



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUB-SECCIÓN C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., nueve (9) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 54 001 23 31 000 2010 00370 01 (53704)

Actor: Maide Peña Rangel, Amelida Peña Rangel.

Demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional

Asunto: Acción de reparación directa (sentencia)

Descriptor. Restrictor.

En cumplimiento de la sentencia de tutela proferida el 23 de febrero de 2017 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado dentro del expediente 11001-03-15-000-2016-01413-00 en la que se decidió lo siguiente:

***“1. Amparar** los derechos fundamentales invocados, mediante apoderada, por la señora Amélida Peña Rangel, en consecuencia:*

2. Dejar sin efecto la sentencia de 1 de febrero de 2016, proferida por la Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado.

3. Ordenar a la Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado que, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del presente fallo, profiera una nueva decisión en la que tenga en cuenta las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2. Si no se impugna, **enviar** el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase”.

Las decisiones anteriores se sustentaron en los siguientes argumentos o motivaciones que la Sala presenta en los términos siguientes:

1. En cuanto al desconocimiento de los límites que tenía la Sub-sección de la Sección Tercera para conocer del recurso de apelación en vigencia del Código General del Proceso, invocado por la accionante, la sentencia de la Sección Cuarta despacha desfavorablemente el mismo, con base en que “solo a partir del 2 de julio de 2012, entró en vigencia en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹. En este punto, vale la pena precisar que, en providencia de unificación del 24 de junio de 2014, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, estableció que los aspectos no regulados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo e iniciados **con posterioridad al 1 de enero de 2014**, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo deberían resolverse a la luz de las normas del Código General del Proceso. Ahora, el proceso de reparación directa que se cuestiona mediante el mecanismo constitucional de la referencia inició en vigencia del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, por lo tanto, fue la norma aplicable al asunto [...] Luego, en el proceso de reparación directa objeto de estudio, en asunto como la competencia del superior para resolver el recurso de apelación, resultaba aplicable el Código de Procedimiento Civil. En ese sentido, el artículo 357 ejusdem, frente a la competencia del superior, disponía “(...) cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, **el superior resolverá sin limitaciones.** (...)”. De manera que, las normas vigentes y aplicables a la acción de reparación directa que se cuestiona por esta vía no se encontraba limitada por la modificación que, frente a la competencia del superior jerárquico para resolver los recursos de apelación, hizo el Código General del Proceso. Entre otras cosas, porque el recurso de apelación de la entidad demandada cuestionó la existencia de la responsabilidad patrimonial en sentido amplio, por lo que no podía ocurrir nada distinto a que el juez de segunda instancia analizara el material probatorio que obraba en el proceso para estudiar el cargo. Más

¹ “Artículo 308 dispuso “Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauran 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 en la propia sentencia].

aun [sic] el análisis integral de las pruebas es una obligación del juez, dirigida a obtener la certeza de los hechos y de la responsabilidad alegada, en el que nada le impide emplear la facultad oficiosa, máxime, cuando la presunta vulneración se refiere al desconocimiento de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario”.

La Sala en la sentencia de 1 de febrero de 2016, como en la presente providencia cumplió y sigue cumpliendo con las exigencias convencionales, constitucionales y legales al resolver sin limitaciones los recursos de apelación presentados por las partes, correspondiéndose con lo sostenido por el juez de tutela en la decisión de 23 de febrero de 2017.

2. La sentencia de tutela de 23 de febrero de 2017 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, resuelve el problema jurídico planteado con base en los argumentos siguientes:

“[...] La Sala anticipa que la autoridad judicial demanda [sic] profirió la decisión sin la debida motivación y desconoció el precedente judicial del Consejo de Estado y, en consecuencia, accederá a la solicitud de amparo, por las razones que se pasan a exponer.

[...]

Finalmente, la autoridad judicial demandada concluyó que “el daño antijurídico ocasionado a la víctima Olivo Peña Ortega y a sus familiares no resultó atribuible fáctica y jurídicamente a las demandadas, Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, por la falla en el servicio que derivó en la muerte de Olivo, ya que la prueba directa y los indicios, que se generaron de la valoración de otros medios, no permitieron concretar la afirmación de la culpa exclusiva de la víctima, ni la imputación del mencionado daño antijurídico a la [sic] entidades demandadas, al no existir presupuestos probatorios suficientes para determinar que la muerte de Peña Ortega se produjo o no en un enfrentamiento armado, si este accionó o no el arma encontrada, si se encontraba con otras personas o no miembros de un grupo u organización armada insurgente, si hubo uso o no desproporcionado de la fuerza armada”. (Se destaca)

Esta Sala estima que esa conclusión no se compadece con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia, si se tiene en cuenta que, en primer lugar, tal como obra en las amplias transcripciones de los apartes de la providencia demandada, la autoridad judicial demandada dio por acreditado que: (i) la víctima murió en estado de indefensión; acto seguido, (ii) concluyó la inexistencia de la causal de exoneración de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, para posteriormente decir que, (iii) no existió enfrentamiento armado.

Hay imprecisión en la motivación, lo que torna o deviene en una falta de motivación seria y suficiente, que es como debe ser la motivación.

En otras palabras, si Olivo Peña Ortega murió en estado de indefensión y en medio de un combate que en realidad no existió, surge un fuerte indicio de que el señor Olivo Peña Ortega murió por el accionar de armas de fuego de miembros del Ejército.

Además, resultó confusa la afirmación según la cual no se acreditó si la muerte de Olivo Peña Ortega se produjo por la acción del Ejército Nacional, cuando en el capítulo relacionado con “el daño antijurídico en el caso concreto” la autoridad judicial demandada afirmó “40. La muerte violenta (...) en desarrollo de una operación y acción militar de miembros del Ejército Nacional, (...)”. Aspecto que fue reiterado, en el acápite “6.4 La

imputación en el caso concretó [sic]” y en el que además dijo que encontró acreditado que el señor Olivo Peña Ortega fue ultimado violenta y cruelmente.

Vale la pena destacar, además, que en la contestación de la demanda de reparación directa, la entidad demandada de manera reiterada y enfática sostuvo la defensa del caso en la existencia de la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, para lo cual, afirmó que la muerte del señor Peña Rangel tuvo lugar durante una operación táctica contra grupos al margen de la ley en la que se presentó enfrentamiento armado contra insurgentes guerrilleros y durante el cruce de disparos resultó muerto.

De manera que la institución demandada en ningún momento negó que la muerte del señor Olivo Peña Rangel haya sido ocasionada por miembros del Ejército Nacional, por el contrario, afirmó que tuvo lugar en el marco de un enfrentamiento armado.

Además, si el Consejo advirtió incoherencia entre las declaraciones rendidas en el acta de inspección técnica, en la necropsia y en el informe de gasto de munición y descartó la ocurrencia de dicho enfrentamiento armado, era necesario que se pronunciara sobre la imputación de daño antijurídico bajo estas premisas a título de cualquier grado de responsabilidad de conformidad con el artículo 90 de la CP.

Quiere decir lo anterior, que (i) si la autoridad judicial demandada dio por acreditado el daño antijurídico, consistente en la muerte del señor Peña Ortega, (ii) no encontró probado que el hecho haya tenido lugar en un enfrentamiento armado y (iii) descartó la configuración causal eximente de responsabilidad de la causa exclusiva de la víctima, era imprescindible que se pronunciara respecto de si la muerte se enmarcó o no dentro de los denominados casos de ejecuciones extrajudiciales.

Luego, la Sala no encuentra completa y ajustada la motivación de la decisión objeto de cuestionamiento, pues se advierte contradicción entre las afirmaciones que expone a lo largo de la providencia y deja amplio margen de duda respecto de los motivos que llevaron finalmente a negar la reparación pretendida. En ese sentido, se encuentra acreditada la falta e indebida motivación de la decisión, invocada por la señora Amélica Peña Rangel”

En cuanto a esta argumentación, la Sala en la parte motiva de esta providencia tiene en cuenta la misma al momento de resolver los recursos de apelación.

3. Finalmente, con relación al desconocimiento del precedente judicial en el caso en concreto, la sentencia de 23 de febrero de 2017 plantea los argumentos siguientes:

“[...] Al respecto se advierte que, tal como dijo esta Sala en anterior oportunidad², en principio, la escogencia del título de imputación per se no puede invocarse para sustentar el desconocimiento del precedente judicial³. Esto porque la tesis vigente⁴ en la Sección Tercera reconoce dos situaciones: por una parte, que el constituyente no reconoció título alguno de imputación y, por la otra, que no es procedente que jurisprudencialmente se establezca un título de imputación de responsabilidad patrimonial único o excluyente.

Adicionalmente, porque le corresponde al juez ordinario analizar en cada caso el título de imputación, en otras palabras, porque tal decisión corresponde a un ejercicio interpretativo

² Consejo de Estado, Sección Cuarta. Providencia del 7 de abril del 2016. Expediente No. 11001-03-15-000-02719-01. C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. Providencia del 15 de septiembre del 2015. Expediente No. 11001-03-15-000-2015-01859-00 (AT). C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez (E).

⁴ Ver, entre otras, las providencias del 5 de marzo de 2015 (30102); del 19 de abril de 2012 (21515); y del 23 de agosto de 2012 (23219).

propio de la autonomía judicial⁵ que escapa del escrutinio del juez de tutela como desconocimiento del precedente.

Sin embargo, en casos excepcionales como este, en los que se alega una ejecución extrajudicial o un caso de los denominados “falsos positivos”, la clara determinación del régimen de imputación de responsabilidad administrativa cobra mayor importancia, debido a que allí podrían verse comprometidos derechos fundamentales y principios constitucionales, además de que se involucran delitos de lesa humanidad⁶ y se desconocen principios del derecho internacional humanitario – protección de la población civil en los conflictos armados no internacionales-. Tal importancia, a juicio de esta Sala, ha conducido a la Sección Tercera de esta Corporación a darle un tratamiento diferente a la determinación del régimen de imputación y, sobre todo, a las consecuencias jurídico-procesales de dicha determinación⁷.

*En efecto, la Sección Tercera ha dicho que en procesos como el estudiado deben ser analizados con fundamento en el régimen objetivo de responsabilidad, debido a la existencia de una actividad peligrosa⁸ como es el uso de armas de fuego. Y Aunque [sic] es cierto que dicha Sección Ha considerado procedente acudir al régimen subjetivo con fundamento en la falla del servicio, no es menos cierto que la Sala Plena de esa Sección, **en providencia de unificación del 11 de septiembre de 2013**⁹, reconoció expresamente que, ante la ausencia de certeza frente a los elementos de la falla probada del servicio, es posible acudir a un régimen objetivo.*

[...]

Por lo que, en coherencia con lo anterior, si la autoridad judicial demandada consideró que no se configuraron los presupuestos para declarar probada la falla en el servicio, en atención a que se encontró acreditada la muerte del señor Olivo en el marco de una orden de operaciones militares, como lo señaló de manera textual en la providencia cuestionada, correspondía entonces realizar el estudio del caso a la luz del régimen objetivo de responsabilidad.

En síntesis, la decisión objeto de censura también desconoció el precedente judicial de la Sección Tercera del Consejo de Estado”.

La Sala analizará los anteriores argumentos con base en la jurisprudencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera de 19 de abril de 2012, expediente 19001-23-31-000-1999-00815-01 (21515) y los argumentos siguientes:

“En la actualidad, las decisiones judiciales que se consideran admisibles son únicamente aquellas que tienen como sustento, criterios o parámetros distinguibles que puedan ser revisados y analizados desde una órbita externa a la decisión misma. Bajo esta perspectiva, cada providencia judicial conlleva una elección entre diferentes opciones de solución, que, según el criterio del fallador, se escoge por mostrarse como la más adecuada al caso concreto.

En ese orden de ideas, la razón por la cual se exige al juez dicha motivación tiene que ver con la necesidad de observar el itinerario recorrido para la construcción y toma de la

⁵ Ibídem.

⁶ Respecto del tema ver: Consejo de Estado, Sección Cuarta. Providencia del 12 de noviembre del 2015. Expediente No. 11001-03-15-000-2015-01844-00 (AT). C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

⁷ Ibídem.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”. Providencia del 30 de abril del 2014. Expediente No. 41001-23-31-000-1993-07386-00. Radicado interno: 28075. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 41001-23-31-000-1994-07654-01. Radicado interno: 20601. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth.

decisión adoptada, de manera que se disminuya el grado de discrecionalidad del fallador quien deberá siempre buscar la respuesta más acertada, garantizando así una sentencia argumentada, susceptible de ser controvertida en tal motivación por vía de impugnación por las partes que se vean perjudicadas.

En el caso colombiano, la obligatoriedad de motivación de las sentencias judiciales, encuentra su antecedente más cercano en el artículo 163 de la Constitución de 1886¹⁰, regla ésta que fue excluida de la Carta Política de 1991 y que vino a ser incorporada de nuevo con la expedición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia¹¹. Así mismo, el Código Contencioso Administrativo contempla los elementos esenciales que deben contener las sentencias judiciales, entre los cuales aparece de manera expresa la necesidad de motivación¹².

En lo que se refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia” [negrilla fuera de texto].

Así como con base en la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, expediente 18001-23-31-000-1999-00454-01 (24392) y en la motivación siguiente:

“Esta Sala, en sentencia de 19 de abril pasado¹³, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la

¹⁰ Inicialmente correspondía al Artículo 161 que disponía: “Toda sentencia deberá ser motivada”.

¹¹ Artículo 55: “Las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales. La parte resolutive de las sentencias estará precedida de las siguientes palabras: “Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley”. La pulcritud del lenguaje, la claridad, la precisión y la concreción de los hechos materia de los debates y de las pruebas que los respaldan, que los Magistrados y jueces hagan en las providencias judiciales, se tendrán en cuenta como factores esenciales en la evaluación del factor cualitativo de la calificación de sus servicios”.

¹² Artículo 170. La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas.

¹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 19 de abril de 2012. Cons Ponente. Hernán Andrade Rincón. Exp 21515.

jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación” [negrilla fuera de texto].

Y si bien en la sentencia de tutela de 23 de febrero de 2017 se afirma que le correspondería a la Sala realizar el estudio del caso con base en el régimen objetivo de responsabilidad invocando como sustento la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 11 de septiembre de 2013, expediente 41001-23-31-000-1994-07654-01 (20601), resulta que al estudiar el problema jurídico de la misma providencia no se encuentra planteada unificación con relación al régimen de responsabilidad, fundamento o título de imputación, tal como se transcribe a continuación:

“14. Para emitir una decisión de mérito en el proceso de la referencia, la Sala deberá verificar si están probados los elementos que estructuran la responsabilidad en cabeza del Estado, labor en la cual tendrá que dar solución a los siguientes interrogantes:

14.1. La Sala estudiará si dentro del proceso estuvo demostrada la causal excluyente de responsabilidad del hecho exclusivo de la víctima, alegada por la parte alegante, quien afirma que el señor Italo Adelmo Cubides Chacón propició su propia muerte al no estar en su lugar de trabajo, y encontrarse acompañando a la cuadrilla guerrillera involucrada en el combate supuestamente ocurrido el 28 de marzo de 1993. El mismo estudio deberá hacerse en relación con la afirmación de que el señor Italo Adelmo Cubides Chacón era integrante de la guerrilla y que disparó contra la patrulla militar, hecho que estaría demostrado, según la entidad demandada, porque el occiso se le encontraron armas de fuego y material de intendencia de uso privativo de las fuerzas militares.

14.2. Igualmente, será necesario analizar si el hecho de que los militares involucrados en el operativo militar realizado el 28 de marzo de 1993 hubieran sido absueltos de responsabilidad penal y disciplinaria, implica que la jurisdicción de lo contencioso administrativo deba pronunciarse absolviendo de toda responsabilidad patrimonial al Ejército Nacional, como lo sostiene la entidad demandada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

14.3. Finalmente, en caso de que se decida que es procedente la declaración de responsabilidad de la entidad demandada, es necesario que la Sala determine si es posible aplicar a la indemnización de los perjuicios, los criterios de reparación integral que han sido fijados por la Sala en otras oportunidades –en acogida de los criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, cuando se demuestra que el daño se produjo con ocasión de graves violaciones a los derechos humanos de los demandantes. Esto a pesar de que la parte demandante, favorecida con la decisión recurrida en alzada, no formuló apelación en éste punto”.

A lo que se agrega, que la mencionada sentencia de la Sala Plena de la Sección tercera de 11 de septiembre de 2013 (20601) leída íntegramente su motivación no determina que deba analizarse casos como el que estudia la Sala exclusivamente con base en el régimen objetivo, por lo que el párrafo 22 transcrito por la sentencia de tutela debe comprenderse con los argumentos planteados en los párrafos 20 y 21 en los términos siguientes:

*“20. En atención a que en la demanda se señaló que la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón fue producida por una acción de los miembros del Ejército Nacional, constitutiva de una falla del servicio consistente en que al mencionado señor se le asesinó sin que existiera una razón legítima para ello, entonces **la Sala principiará por estudiar si se configuró la aludida falla. Definido aquello, se indicará posteriormente que, si en gracia de discusión se entendiera que no está demostrada una falla del servicio, entonces el caso podría analizarse con base en un régimen objetivo de imputación de responsabilidad, toda vez que el hecho dañoso se desplegó en el marco de una actividad peligrosa, como lo es el adelantamiento de un operativo armado por parte de los miembros de la institución militar involucrada en la presente contención.** Finalmente, se analizará si en el proceso estuvieron demostrados los elementos necesarios para la exoneración de responsabilidad por un hecho de la víctima que alega la entidad demandada, consistente en que el señor [...] pertenecía, supuestamente, a un grupo guerrillero que abrió fuego contra la patrulla militar desplegada en el lugar de los acontecimientos. En este punto se enfatizará que la prueba de la cual eximente [sic] de responsabilidad, es una carga que corresponde a quien la alega.*

*21. La Sala encuentra que en el caso de autos, **la obligación de reparación a cargo de la entidad demandada puede ser analizada teniendo en cuenta los parámetros de la teoría de la falla del servicio, pues la misma se encuentra plenamente demostrada con las pruebas allegadas al expediente, las cuales permiten la construcción de unos indicios que señalan el hecho de que la muerte del señor [...] ocurrió como consecuencia de una ejecución extrajudicial [...]**” [negrilla fuera de texto]*

Luego en cumplimiento de la sentencia de tutela de 23 de febrero de 2017 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, decide la Sala de Sub-sección los recursos de apelación presentados por la parte actora y por la demandada Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional contra la sentencia de 22 de agosto de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander que resolvió (1) declarar la responsabilidad patrimonial de la entidad pública demandada, (2) condenándola a pagar por perjuicios morales y materiales –en la modalidad de lucro cesante-, (3) ordenándose el cumplimiento de medidas de justicia restaurativa y, (4) negándose las demás pretensiones de la demanda [fls.233 y 234 cp].

ANTECEDENTES

1. La demanda.

La demanda fue presentada el 30 de septiembre de 2010 por Maide Peña Rangel y Amelida Peña Rangel, por medio de apoderado debidamente facultado y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo [Decreto 01 de 1984], contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional [fls.3 a 19 c1], para que se declarara la responsabilidad administrativa y patrimonial de las entidades públicas demandadas por la retención ilegal y muerte violenta de su padre Olivo Peña Ortega en hechos ocurridos entre el 13 y 14 de agosto de 2009 en San Calixto, Norte de Santander. Como

consecuencia de la anterior declaración se solicitó condenar a las mismas entidades públicas a la reparación de los perjuicios morales subjetivos¹⁴, de los perjuicios inmateriales por la vulneración de los derechos fundamentales a la integridad moral [buen nombre y honra], presunción de inocencia y familia¹⁵, del daño a la vida de relación¹⁶, y de los perjuicios materiales¹⁷.

Lo anterior se fundó en los siguientes hechos: (1) Olivo Peña residía en la vereda Manzanares del municipio de El Tarra, Norte de Santander, ejerciendo la labor u oficio de jornalero agrícola; (2) convivía y procuraba el sustento de sus hijas menores Maide Peña Rangel y Amelida Peña Rangel; (3) el *“catorce (14) de agosto de 2008, aproximadamente a las 6:00 p.m. de la tarde, el ciudadano OLIVO PEÑA fue retenido en cercanías de la vereda La Perla, corregimiento Puente Real, municipio de San Calixto (en los límites de esa municipalidad con El Tarra), por efectivos de la Compañía Coyotes del Batallón de Contraguerrillas No. 95, adscrito a la Brigada Móvil No. 15 del Ejército Nacional”*; (4) los militares que retuvieron a Olivo Peña *“aproximadamente a las 2:00 de la mañana del quince (15) de agosto, en cercanías del sitio en el que lo habían ilegalmente privado de la libertad, procedieron a dispararle repetidamente, hasta causarle la muerte, simulando un combate, en el que dijeron había dado de baja al mencionado y haberle incautado una subametralladora”*; (5) la víctima fue presentada como integrante como un grupo armado ilegal muerto durante un enfrentamiento; (6) los familiares de la víctima se enteraron en la mañana del 15 de agosto de 2008, siendo ordenada la entrega de los restos de Olivo a José Ángel Peña por la Fiscalía; (7) la víctima fue sepultada el 17 de agosto en el municipio de El Tarra; (8) sus hijas quedaron al cuidado de su tío José Ángel Peña; (9) por la precariedad de este último la hermana de la víctima Fidelina Peña Ortega asumió el cuidado de Amelida Peña Rangel, trasladándola los primeros días del mes de agosto de 2008 para vivir en su residencia en Bucaramanga, tramitando ante un juez de familia su guarda; (10) se produjeron perjuicios morales, materiales y a la vida de relación; y, (11) la investigación penal por el homicidio de Olivo fue adelantada por la Fiscalía Segunda de Derechos Humanos bajo el radicado 544986001135200880059.

Se aportó constancia de la Procuraduría 23 Judicial II Administrativa de Cúcuta de la petición de conciliación extrajudicial de 17 de agosto de 2010, cuya diligencia se celebró el 29 de

¹⁴ Por perjuicios morales derivados de la muerte violenta se reclamó cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una de las demandantes [fl.3 c1]. Por perjuicios morales derivados de la retención ilegal se reclamó cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una de las demandantes.

¹⁵ Por el que se reclamó para cada una de las demandantes ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

¹⁶ Por el que se reclamó para cada una de las demandantes cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

¹⁷ Los que resultaran probados y reajustados en el 32% anual.

septiembre de 2010 sin lograrse algún acuerdo, dándose por terminada esta etapa el 29 de septiembre de 2010 [fl.22 c1].

2. Actuación procesal en primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander admitió la demanda por auto de 6 de octubre de 2010 [fl.26 c1], notificado el 14 de diciembre de 2010 al Ministerio de Defensa-Ejército Nacional por conducto del Comandante del Grupo de Caballería Mecanizado No. 5 “General Hermógenes Maza” [fl.32 c1].

La apoderada de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional oportunamente contestó la demanda [fls.34 a 40 c1], con las siguientes consideraciones: (1) oponiéndose tanto a la declaratoria de responsabilidad, como a la condena; (2) no constándole los hechos los cuales debían probarse, ya que la actuación de los miembros del Ejército Nacional fue legítima; (3) como razones de la defensa se plantearon: (3.1) se propuso como excepción culpa exclusiva de la víctima¹⁸; (3.2) se invocó la legítima defensa como causal exonerativa de responsabilidad¹⁹; y, (3.3) propuso la excepción genérica.

El proceso se abrió a pruebas por auto de 10 de marzo de 2011 [fls.60 y 61 c1]. Vencida la anterior instancia procesal se corrió traslado a las partes por auto de 21 de junio de 2012 [fl.170 c1], por término común, para que presentaran los alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera el concepto de rigor.

¹⁸ “[...] En el presente caso existe rompimiento de la relación de causalidad, por lo que se debe exonerar a la Entidad [sic] que representó [sic]; por que [sic], la presunta falla del servicio no fue causa eficiente en la producción del daño, fue la conducta contraria a la ley de las víctimas la causa de los hechos cuya responsabilidad se endilga a mi demandada [...] se encuentra plenamente demostrada la causal eximente de responsabilidad de la CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA por las siguientes consideraciones: 1.- La orden de operaciones: legitima la actuación de los militares en el lugar de los hechos y en la operación realizada. 2. Informe de patrullaje: enmarcado dentro de la misión de efectuar operaciones ofensivas de registro y control de área donde se desarrollaron los hechos [...] 3. Investigación penal actualmente la adelanta la justicia ordinaria ante la Fiscalía Seccional de Cucuta [sic] (Norte de Santander), por la muerte del señor OLIVO PEÑA ORTEGA el día 15 de Agosto [sic] de 2008 en la zona rural del Municipio [sic] de San Calixto (N de S) que se encuentra en etapa instructiva y a la fecha no se han tomado decisiones de fondo. La operación realizada por el Ejército Nacional se hizo en cumplimiento de los deberes y derechos de naturaleza legal y constitucional que legitiman el actuar de los miembros de la Fuerza Publica [sic] [...] la muerte de OLIVO PEÑA ORTEGA fue consecuencia de enfrentar a los uniformados” [fl.36 c1].

¹⁹ “[...] Dado que la muerte de la persona por la cual se demanda, tuvo ocurrencia en un enfrentamiento armado que sostuvo él, como integrante de un grupo al margen de la ley y miembros del Batallón Contraguerrilla No 95, se configuró la legítima defensa” [fl.37 c1].

La apoderada de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, dentro de la oportunidad procesal, presentó los alegatos de conclusión [fls.173 a 178 c1], ratificando lo afirmado en la contestación de la demanda, y planteando que examinadas las pruebas “es claro que no existe ninguna que nos lleve a la convicción que la muerte del señor OLIVO PEÑA ORTEGA, según los hechos registrados el día 13 y 14 de agosto de 2008, en la zona rural del Municipio de San Calixto Norte de Santander, haya sido causada por acción u omisión por el Ejército Nacional”, sino que por el contrario se estableció “que el daño sufrido por los demandantes se produjo por el actuar directo de la propia víctima al enfrentar a la tropa al momento de ser sorprendido y no por la omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia a su cargo”. Además, “de acuerdo con el informe presentado por los militares que llevaron a cabo la operación, SE EVIDENCIA que la actuación de los miembros del Ejército [sic] Nacional fue legítima, ajustada a la normatividad y en ejercicio de las funciones constitucionales asignadas”. Así mismo, se demostró que se demostró la eximente de responsabilidad de culpa de la víctima “pues la muerte de OLIVO PEÑA ORTEGA **fue consecuencia de enfrentar a los uniformados**”. Finalmente, se configuró la eximente de responsabilidad de la legítima defensa.

El apoderado de la parte actora, dentro de la oportunidad procesal, presentó los alegatos de conclusión [fls.179 a 200 c1], ratificando lo sostenido en la demanda, y planteando (1) que se demostró que Olivo Peña Ortega “murió violentamente por impactos de arma de fuego percutidos con un arma de dotación oficial por efectivos de la Compañía Coyotes del Batallón de Contraguerrillas No. 95, adscrito a la Brigada Móvil No. 15 del Ejército Nacional, aproximadamente a las 2:00 de la mañana del día quince (15) de agosto de 2008, en la vereda La Perla del municipio de San Calisto, departamento de Norte de Santander”; (2) para imputar el daño antijurídico producido se sustentó en dos premisas: la acción fue desplegada por funcionarios públicos adscritos al Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, y con armas de dotación oficial. Sostuvo que las declaraciones rendidas por varios miembros del Ejército Nacional que participaron en los hechos no podían ser valoradas al no respetar las previsiones del Código de Procedimiento Civil para producir la prueba testimonial; (3) en cuanto a la prueba documental aportada se afirmó que “solo recoge reportes posteriores al hecho, pero no es reconstruye [sic] el momento en que se produjo el empleo de las armas y la muerte de OLIVO PEÑA ORTEGA”; (4) no se probó una causa extraña para eximir la responsabilidad de las entidades públicas demandadas “para lo que era menester demostrar que sus agentes habrían hecho uso adecuado, exento de todo abuso u [sic] actuación negligente, de los letales artefactos bélicos con los que suprimieron la vida del mencionado y que la víctima, por actuar contra derecho, habría sido la única responsable del hecho que ha dado lugar al ejercicio de esta acción”; (5) se demostró que Olivo Peña Ortega fue retenido ilegalmente cuando se dirigía a su casa y en la madrugada del 15 de agosto de 2008 fue ejecutado sin que se haya probado que su muerte se produjo en combate; (6) cuestionó los testimonios rendidos por Edgar Alexis

Arteaga, Naín Ríos Ballena y Antonio Serrano Arteaga y solicitó no darles valor probatorio²⁰; (7) en los *“Insitop podrá el despacho observar que la compañía Coyote, con su pelotón Coyote 1, identificado como C-1, y el pelotón Coyote 2, o C-2, ni el 14 ni el 15 de agosto, este último que es el día de mayor interés, reportaron que se encontraban en la vereda La Perla o Puente Real, municipio de San Calixto”*²¹; (8) confrontados el levantamiento de cadáver, la fijación fotográfica, la inspección técnica, el bosquejo fotográfico y la necropsia con el informe de patrullaje *“se podrá constatar que los hechos no ocurrieron como lo relatan los agentes estatales”*²²; (9) resultaba *“inexplicable que estando separados por una distancia apreciable, más de 400 metros, los militares hubieran podido apreciar auditivamente el desplazamiento de los delincuentes, pero más allá la posición de tiro de los militares no guarda correspondencia con los hallazgos de la necropsia que probó las trayectoria [sic] de los cinco impacto [sic] de arma de fuego que impactaron a la víctima, todos en trayectoria posterior-anterior, es decir, que impactaron la parte trasera de la víctima y salieron por su parte frontal, y uno de derecha a izquierda y los otros en sentido contrario, y con trayectorias que marcaron algunos una posición de tiro del victimario en un plano superior con respecto al ultimado, es decir, supero-inferior, mientras otros marcaban de inferior a superior”*²³; (10) la versión de los pobladores de la zona *“dan cuenta que era conocida la presencia del ejército en el sector, que la noche del 14 de agosto, como a las 9 de la noche fue cuando se escucharon disparos, lo que desvirtúa la*

²⁰ “Esos testimonios fueron producidos en el esfuerzo por garantizar impunidad, penal, disciplinaria y administrativa en la ejecución extrajudicial que conocen sus señorías, eso es innegable, pero no se trata de conjeturar, lo que pedimos respetuosamente es que aprecien que esas atestaciones fueron producidas por un oficial del ejército con funciones disciplinarias, pero sin que existiera resolución que decretara su incorporación, habiendo surgido como pruebas “fantasmas” y sin que se conozca de dónde ni por qué el funcionario castrense conoció de la existencia de los “testigos” y de la importancia y pertinencia de sus dichos para el informativo disciplinario interno que dirigía. Los testigos se presentaron como desmovilizados de grupos guerrilleros, al menos eso declara uno de ellos y se “intuye” de lo afirmado por los otros, pero ello no fue objeto de verificación, pero más allá de ello, lo importante, señores Magistrados, al ponderar el contenido de esas atestaciones se puede constatar que mienten. Vea que ninguno hace alusión al hecho ocurrido el 15 de agosto de 2008 en el que perdió la vida OLIVO PEÑA ORTEGA, pues todos, al unísono, sostienen que último supuesto encuentro con la víctima lo habrían tenido en el “2003 o 2004”; y en ello es en lo único que coinciden, pues uno sostiene que conoció a la víctima como del ELN para pasar luego hasta el fin de sus días al EPL; mientras el otro, refiriéndose al mismo periodo que el otro testigo ubicó a la víctima como del ELN, señala que este siempre fue del EPL; mientras para el otro deponente el único vínculo que tuvo OLIVO PEÑA con el ELN es que ese grupo delincuencia lo secuestró, para rematar afirmando que la guerrilla que integraba y servía la víctima al momento de morir eran las FARC. No hay en esas atestaciones ninguna concordancia, pero más allá tampoco tienen concordancia con la versión de los militares, pues estos señalan que la operación militar se dirigió contra el Frente Armando Cacia Guerrero del ELN y en el reporte de la muerte de OLIVO PEÑA ORTEGA lo ubican como miembro activo de esa organización, mientras dos de los testigos “fantasmas” señalan que la víctima pertenecía al EPL y el otro sostiene que integraba las FARC” [fls.191 a 193 c1].

²¹ “[...] A folio 164, se reportó como sitio de ubicación de Coyote 1 y 2, el día 15 de agosto, el día que ocurrió la muerte de OLIVO PEÑA ORTEGA, el sitio conocido como Piedras de moler, en jurisdicción del municipio de Teorama. Y a folio 164, se reportó que el pelotón C-1 o Coyote 1, que se dice estaba al mando de un subteniente de apellido González y no del sargento segundo MIRANDA, se encontraba ubicada en el sitio Buenos Aires del municipio de Teorama, mientras el pelotón Coyote 2 o C-2, permanecía en Rancho Quemado Teorama” [fl.194 c1]

²² “[...] Lo primero que se resalta es que el lugar donde ocurrieron los hechos es una carretera (fotografías y bosquejos), construida sobre un sector plano, pero circundada en sus márgenes por declinaciones del terreno que llevan a cañadas” [fl.195 c1].

²³ “[...] Ese tipo de trayectorias no podían causarlas tiradores ubicados a más de 400 metros de la víctima, teniendo estos posición similar (sobre la carretera), lo que indica que los hechos no ocurrieron como lo relatan los funcionarios de la accionada, sino que la víctima fue ultimada en estado de indefensión” [fls.196 y 197 c1].

supuesta acción encubierta y sorpresiva que habrían realizado las tropas"; (11) la víctima fue reconocida como jornalero; y, (12) la víctima no tenía antecedentes penales o judiciales.

La Procuraduría 24 Judicial para Asuntos Administrativos el 21 de febrero de 2013 emitió su concepto [fls.210 a 212 c1] solicitando no acceder a las pretensiones de la demanda porque (1) no se probó la retención de Olivo Peña Ortega por tropas del Ejército Nacional; (2) la víctima no tenía antecedentes judiciales; (3) de acuerdo con los testimonios de Aleida Camargo y Ana Belinda Peña Ortega, la víctima trabajaba en la finca de la primera *"adelantando tareas de sembrador de cacao y yuca"*; (3) las indagaciones preliminares a los desmovilizados debía desecharse; (4) no se desvirtuaron los informes rendidos por el Ejército Nacional acerca del fallecimiento de Peña Ortega en un enfrentamiento; y, (5) no puede encuadrarse la imputación en un fundamento objetivo, por lo que no procede declarar la responsabilidad al no haberse demostrado la falla en el servicio.

3. Sentencia de primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 22 de agosto de 2014 profirió sentencia en la que declaró la responsabilidad patrimonial de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, y las condenó al pago de la indemnización por concepto de perjuicios morales y materiales –en la modalidad de lucro cesante-, ordenándose el cumplimiento de medidas de justicia restaurativa, y negando las demás pretensiones de la demanda [fls.215 a 233 cp], con fundamento en los argumentos siguientes: (1) la tesis del *a quo* para el presente caso es que *"sí hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial"*; (2) ya que se *"encuentra demostrado que la muerte del señor Olivo Peña Ortega, obedeció a una ejecución extrajudicial realizada el 15 de agosto del 2008 por parte de miembros del Ejército Nacional –Compañía Coyote, orgánico del Batallón Contraguerrillas No. 95, adscrito a la Brigada Móvil No.15 "General Santander", simulando un combate que nunca existió en la Vereda "La Perla" del Corregimiento Puente Real, Municipio de San Calixto –Norte de Santander-, alterando la escena de los supuestos hechos y reportándose como dado de baja en combate al referido señor"*²⁴; (3) por otra parte, no se demostró la eximente de culpa de la víctima invocada, ya que *"no existe soporte probatorio para sostener que la víctima haya participado de forma determinante y decisiva en los hechos*

²⁴ "[...] En conclusión considera la Sala que la versión de la entidad demandada presenta inconsistencias cuando se contrasta con la trayectoria de los disparos, en primer lugar, sobre el hecho de que todos fuesen impactados en la humanidad del señor Olivo Peña Ortega por la espalda y, en segundo lugar, sobre los ángulos de la trayectoria de los disparos (posterior-anterior, inferior-superior y superior-inferior). Amén de que causa extrañeza que solamente se haya causado la muerte del señor Olivo Peña, si se trataba de varias personas armadas que se enfrentaron a los integrantes de la patrulla del ejército, y fueron varios los integrantes de la patrulla que dispararon por 2 o 3 minutos a los supuestos atacantes" [fl.226 cp].

que dieron lugar a su propia muerte”²⁵; (4) además, la víctima no tenía antecedentes penales; (5) así como no se demostró que la víctima hiciera parte de un grupo armado al margen de la ley; (5) se reconocieron perjuicios morales a favor de Maide Peña Rangel, no así respecto de Amelida Peña Ortega pues no se aportó el registro civil de nacimiento, a la que tampoco se podía tener como damnificada “*pues en el proceso no existe ningún elemento probatorio que permita deducir con certeza dicha condición*”²⁶. A la primera de las hijas se tasaron los perjuicios en doscientos [200] salarios mínimos legales mensuales vigentes por la muerte de su padre Olivo Peña Ortega; (6) como no se demostró la retención ilegal de la víctima no se demostró daño alguno y perjuicios morales a reconocer; (7) se negaron los perjuicios inmateriales por vulneración de los derechos fundamentales a la integridad moral [buen nombre y honra], presunción de inocencia y familia, “*por cuanto dentro del proceso no se encuentra acreditada la causación de algún perjuicio en este sentido, que deba ser resarcido de forma pecuniaria*”; (8) se negó el perjuicio por daño a la vida de relación puesto que no habían elementos probatorios para acreditarlo; (8) se reconocieron perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante a favor de Maide Peña Rangel por un monto de sesenta y siete millones doscientos sesenta y un mil noventa y dos pesos con diecisiete centavos [\$67.261.092,17]; y, (9) se ordenaron medidas de justicia restaurativa como: ceremonia de excusas y perdón a la familia de la víctima, crear y mantener un link en la página web del Ejército Nacional para acceder a la sentencia; diseñar e impartir cátedra sobre la protección y garantía de los derechos humanos; y, publicación de un reportaje en el que se aclare que Olivo Peña Ortega no pertenecía a un grupo armado ilegal y su muerte respondió a una ejecución extrajudicial.

4. El recurso de apelación.

El apoderado de la parte actora presentó el 11 de febrero de 2015 el recurso de apelación contra la sentencia del *a quo* proferida el 22 de agosto de 2014 [fls.236 a 251 cp], cuyo objeto fue revocar parcialmente la sentencia en cuanto al “*no reconocimiento como víctima y perjudicada con la violación de derecho [sic] humanos debatida en esta acción de la joven AMELIDA PEÑA RANGEL*”, planteando las siguientes consideraciones: (1) es cierto que no se aportó el registro civil de nacimiento; y, (2) se trata de un excesivo ritualismo al desconocerse “*la obligación de la judicatura de producir fallos que sean compatibles con la justicia, entre ellas*

²⁵ “[...] no se recaudó la prueba técnica con la cual se acredite que el señor Peña Ortega sí disparó un arma en la madrugada del 15 de agosto de 2008. Lo anterior, por cuanto al cadáver del señor Olivo Peña Rangel nunca le fue realizada prueba de residuos de disparos, pues según la versión de los militares, había llovido en la escena de los hechos y las manos del occiso habían quedado expuestas a la intemperie” [fl.226 cp].

²⁶ “[...] La parte actora no solicitó en la demanda ninguna prueba testimonial tendiente a probar cuál era el núcleo familiar del señor Olivo Peña Ortega para el día 14 de agosto de 2008, así como tampoco se solicitó la práctica de prueba alguna tendiente a demostrar los daños morales recibidos por la parte demandante con ocasión de la muerte del citado señor” [fls.227 y 228 cp].

el deber de producir, cuando ello sea racionalmente y objetivamente posible, proveídos de mérito que busquen establecer la verdad [...] en tratándose de actuaciones que se ocupan de graves violaciones de derechos humanos, la obligación de que los fallos sean respetuoso [sic] de la obligación internacional del Estado de reparar, inclusive sin que haya ruego de las víctimas, esas violaciones, buscando en la medida de lo materialmente posible obtener decisiones judiciales que contribuyan a la creación de la reparadora verdad judicial". Con base en lo anterior, invocó que el juez de instancia debía *"emplear sus facultades y potestades legales, aun superando las deficiencias del libelo, para establecer si ello era cierto o no"*. Además, se contaba con decisión judicial de designación como guardadora provisional de la menor Amelida Peña Ortega a Fidelina Peña Ortega.

La apoderada de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional presentó el 19 de febrero de 2015 recurso de apelación contra la sentencia del *a quo* de 22 de agosto de 2014 [fls.252 y 253 cp], cuyo objeto fue revocar dicha providencia, planteando las consideraciones siguientes: (1) no se probó la falla de la administración; (2) en *"el sub judice de las probanzas resulta indubitablemente tanto que la actuación irregular del señor PEÑA ORTEGA, fue lo que produjo su muerte configurándose la causal de exoneración de responsabilidad denominada CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA"*; (3) no debían descartarse las declaraciones de los desmovilizados; (4) se manifestó el desacuerdo con la tasación de los perjuicios morales, específicamente con el aumento de su quantum; y, (5) finalmente, cuestionó la condena extra-petita.

El Tribunal por auto de 17 de febrero de 2015 fijó el 18 de marzo del mismo año como fecha para llevar a cabo la audiencia de conciliación en los términos del artículo 70 de la Ley 1395 de 2010 [fl.264 cp]. Celebrada la misma se declaró fallida y se concedieron los recursos presentados por las partes, en el efecto suspensivo [fl.277 y 278 cp].

5. Actuación en segunda instancia.

Este despacho al recibir el proceso lo admitió por auto de 20 de mayo de 2015 [fl.283 cp]. Luego, mediante providencia de 16 de junio de 2015 se corrió traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera su concepto [fl.285 cp].

El apoderado sustituto de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional oportunamente presentó los alegatos de conclusión [fls.286 a 288 cp] ratificando lo afirmado en la sustentación del recurso de apelación.

La Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado radicó el 24 de julio de 2015 el concepto número 143/2015, con el que solicitó mantener la declaratoria de responsabilidad, reducir la condena impuesta por perjuicios morales y ratificar todo lo demás²⁷ [fls.308 a 315 cp].

La parte actora en esta instancia guardó silencio.

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

1.- La Corporación es competente para conocer del asunto²⁸, en razón de los recursos de apelación presentados por las partes, en proceso de doble instancia²⁹, y de conformidad con la prelación para fallo dispuesta por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, al tratarse de un caso de grave violación de los derechos humanos³⁰, respecto de la sentencia proferida por el

²⁷ “...] En concepto del Ministerio Público, lo pertinente es imputar responsabilidad a la entidad demandada, a título de **falla del servicio**, ya que se infiere de las pruebas allegadas al expediente que la muerte del señor Olivo Peña Ortega corresponde a una ejecución extrajudicial [...] El Ministerio Público no comparte la tesis de la entidad demandada, en el sentido que el señor Olivo Peña Ortega era miembro de un grupo armado ilegal y que se enfrentó a miembros del ejército nacional, razón por la cual la muerte se produjo en un combate armado [...] Al cadáver de Peña Rangel [sic] nunca le fue realizada prueba de residuos de disparos, pues según la versión de los militares había llovido en la escena de los hechos y las manos del occiso habían quedado expuestas a la intemperie [...] Si bien el Ejército afirma que Peña Ortega se encontraba armado y los atacó, no se estableció de manera indubitable que portara armas y las hubiese accionado en contra de los miembros del Ejército. De acuerdo con el dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses sobre la trayectoria de las heridas sufridas por el occiso Peña Ortega **es evidente su indefensión, pues le dispararon estando de espaldas al victimario** [...] El Ministerio Público considera que las pruebas arrimadas al proceso no son demostrativas de situación que válidamente pueda exonerar de responsabilidad a la entidad demandada [...] La menor **Amelida Peña Rangel** no acreditó su calidad de hija de la víctima y por tal razón no queda demostrada su legitimación para reclamar. Así las cosas, las pretensiones indemnizatorias de esta demandante no están llamadas a prosperar [...] conviene recordar que estamos ante una justicia rogada [...] En el caso, para quien demanda en calidad de hija (nivel 1) la condena por concepto de perjuicios morales debe ser tasada en 100 SMLMV, puesto que por no haberse probado que agentes estatales hubiesen sido condenados penalmente por las conductas causantes del daño, no es pertinente considerar los límites [sic] ampliados que plantea el precedente invocado”.

²⁸ De conformidad con el artículo 129 del C.C.A, subrogado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998.

²⁹ La Ley 1395 de 2010 dispuso que para que un proceso de reparación directa iniciado a partir del 12 de julio de 2010 tuviere vocación de doble instancia, la suma de todas las pretensiones de la demanda (artículo 20 C.P.C.) debía superar los 500 S.M.L.M.V. En el *sub lite*, se instauró la demanda el 30 de septiembre de 2010, y que, sumadas todas las pretensiones, ascendieron a la suma de \$577.900.000.00, correspondientes a 1122,13 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de su presentación (\$515.000), razón por la cual la acción es susceptible de ser tramitada en segunda instancia.

³⁰ Ley 1285 de 2009, “Artículo 16. Apruébese como artículo nuevo de la Ley 270 De 1996 el siguiente: Artículo 63A. Del orden y prelación de turnos. Cuando existan razones de seguridad nacional o para

Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 22 de agosto de 2014, mediante la que se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

2.- Determinada la competencia, la Sala aborda en primer lugar ciertos aspectos procesales que deben ser resueltos previo al análisis de fondo, advirtiendo que como la falta de legitimación en la causa por activa hace parte del objeto de apelación de la parte actora, será resuelto en este momento.

2. Aspectos procesales previos.

3.- La Sala previo a estudiar y analizar de fondo este proceso, se pronuncia acerca de las siguientes cuestiones procesales: (1) la falta de legitimación en la causa por activa, (2) y el valor probatorio de la prueba trasladada.

4.- La Sala inicia con el estudio de la falta de legitimación en la causa por activa, ya que en la sentencia de 22 de agosto de 2014 el *a quo* declaró probada esta excepción respecto de **AMELIDA PEÑA RANGEL** al no haberse aportado su registro civil de nacimiento ni en copia simple, ni en copia auténtica, y que es objeto de la apelación presentada por la parte actora.

2.1. La falta de legitimación en la causa por activa.

5.- La demanda fue presentada el 30 de septiembre de 2010 por las siguientes familiares de la víctima: (1) **MAIDE PEÑA RANGEL** en calidad de hija, y (2) **AMELIDA PEÑA RANGEL** en calidad de hija, y que actuaba bajo representación de su guardadora provisional **FIDELINA PEÑA ORTEGA** [tal como consta en el poder otorgado a folio 2 del cuaderno 1.

prevenir la afectación grave del patrimonio nacional o en el caso de graves violaciones de derechos humanos o de crímenes de lesa humanidad, o de asuntos de especial trascendencia social, Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas, Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Constitucional, señalarán la clase de procesos que deberían ser tramitados y fallados preferentemente. Dicha actuación también podrá ser solicitada por el Procurador General de la Nación”.

6.- Es a partir de las anteriores condiciones que la Sala procede a examinar este aspecto, tanto en su dimensión de hecho o procesal, y material.

2.1.1. Fundamentos para la consideración de la legitimación en la causa.

7.- En la verificación de los presupuestos procesales materiales o de fondo, dentro de los cuales se encuentra la legitimación en la causa, compete a la Sala, antes de considerar las pretensiones planteadas en el libelo introductorio, analizar la legitimidad para obrar dentro del proceso de la parte actora o de quien acude como demandado y su interés jurídico en la pretensión procesal, pues la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o a las demandadas³¹.

8.- En primer lugar, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, la jurisprudencia constitucional se ha referido a la legitimación en la causa, como la *“calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”*³², de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas³³.

9.- Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha construido una postura *“consistente en excluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado”*³⁴.

³¹ Sección Tercera, sentencias del 22 de noviembre de 2001, expediente 13356; Sub-sección C, de 1 de febrero de 2012, expediente 20560. Constituye postura sólidamente decantada por la jurisprudencia de esta Sala aquella consistente en excluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado.

³² Corte Constitucional, sentencia C- 965 de 2003.

³³ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 25 de julio de 2011, expediente 20146.

³⁴ Sección Tercera, sentencia de 22 de noviembre de 2001, expediente 13356. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 8 de noviembre de 2016, expediente 33725.

10.- Dentro del concepto de legitimación en la causa, se vislumbra la legitimación de hecho, originada en la simple alegación de esa calidad en la demanda, como lo prevé el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo [Decreto 01 de 1984] al señalar *“la persona interesada podrá”*, siendo entonces ese interés mínimo, suficiente para accionar y para proponerlo en la instancia procesal de inicio del juicio³⁵. Se trata de la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.

11.- La legitimación material se concreta en el evento en que se pruebe realmente la calidad de damnificado para así obtener una sentencia favorable a las pretensiones de la demanda³⁶. Alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas³⁷. De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo. La legitimación material supone, pues, la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.

12.- En la jurisprudencia de la Sección Tercera se ha establecido que *“se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda [...] la legitimación material en la causa, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño [...]”*³⁸.

13.- De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso

³⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de agosto de 2011, expediente 19237.

³⁶ Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2005, expediente 13444.

³⁷ Sección Tercera, sentencia de 31 de octubre de 2007, expediente 13503.

³⁸ Sección Tercera, sentencias de 11 de noviembre de 2009, expediente: 18163; de 4 de febrero de 2010, expediente 17720.

no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores³⁹.

14.- En suma, un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente está legitimado materialmente, ya que ésta solamente es predicable se reitera, de quienes tienen un derecho cierto que habilita el ejercicio de la acción a los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandante o demandada con la pretensión formulada o la defensa realizada, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior para dictar sentencia de mérito favorable a una u otra parte⁴⁰.

15.- Determinados los fundamentos en los que se sustenta la Sala para verificar la legitimación en la causa, en concreto por activa, procede a examinarla en el caso en concreto.

2.1.2. Legitimación en la causa por activa en el contexto convencional cuando se trata de una menor de edad.

16.- Para el caso en concreto es necesario analizar la legitimación en la causa por activa de la menor **AMELIDA PEÑA RANGEL** con base en la aplicación de los estándares, reglas y principios que convencionalmente está llamado a aplicar el juez administrativo por virtud de los artículos 1, 2, 29, 44, 90, 93, y 229 de la Constitución Nacional, de los artículos 8 y 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de los artículos 1.1, 2, 19 y 25 de la

³⁹ Sección Tercera, sentencia de 20 de septiembre de 2001, expediente 10973. A Propósito de la falta de legitimación en la causa material por activa, la Sección ha sostenido que “[...] si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo –no procesal–”.

⁴⁰ Sección Tercera, sentencia de 17 de junio de 2004, expediente 14452. En similar sentido y complementando lo dicho en el texto, se ha afirmado lo siguiente: “La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Nótese que el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo –no el procesal–; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante”. Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 22 de noviembre de 2001, expediente 13356. Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 2006, expediente 15352.

Convención Americana de Derechos Humanos [incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la ley 16 de 1972] y los artículos 2.1, 3 y 4 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989.

17.- La premisa básica ordinaria es que respecto de la menor **AMELIDA PEÑA RANGEL** se invocó la calidad de hija de la víctima **OLIVO PEÑA ORTEGA**, para lo que era exigible arrimar al plenario los documentos necesarios e idóneos para probar la calidad alegada, como se procede a estudiar a continuación.

18.- Según la jurisprudencia de la Sección Tercera y de esta Sub-sección es necesaria la acreditación del parentesco de quienes se presentaron como demandantes hijos de la víctima, o en su defecto la afectación o vulneración ha debido desprenderse de la consumación del daño antijurídico, con lo que se entiende que tienen interés jurídico y, en consecuencia, están legitimados en la causa por activa para reclamar la indemnización del presunto daño antijurídico alegado, calidad que deberán invocar en el escrito introductorio y acreditar plenamente, de conformidad con lo consagrado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, con fundamento en el cual, incumbe a las parte probar los presupuestos de hecho o la calidad en que fundamenta sus pretensiones.

19.- El parentesco como elemento a despejar cuando se cuestiona la legitimación en la causa por activa exige estudiar como medio probatorio para su acreditación el registro del estado civil.

20.- Sobre el tema, vale decir que el registro del estado civil, el cual comprende, entre otros, los nacimientos, matrimonios y defunciones, como función del Estado, se estableció en 1883, con la expedición del Código Civil. Posteriormente, con la expedición la ley 57 de 1887, sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional, en el artículo 22, se estableció tener y admitir como pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos, matrimonios o defunciones de personas bautizadas, casadas, o muertas en el seno de la iglesia católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidieran los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales.

21.- A partir de la vigencia de la ley 92 de 15 de junio de 1938, los documentos referidos pasaron a ser supletorios y se determinó en el artículo 18 ibídem que solo tendrían el carácter de pruebas principales del estado civil respecto de los nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos y adopciones, que se verifiquen con posterioridad a la señalada fecha, las

copias auténticas de las partidas del registro del estado civil, expedidas por los notarios, el alcalde municipal, los funcionarios consulares de Colombia en el Exterior y los corregidores e inspectores de policía, quienes quedaron encargados de llevar el registro del estado civil de las personas. Finalmente con el Decreto Ley 1260 de 1970, se estableció como prueba única del estado civil, para los nacimientos, matrimonios y defunciones ocurridos después de su vigencia, las copias auténticas de los registros civiles.

22.- Así las cosas, dependiendo de la fecha de nacimiento de las personas, la prueba del estado civil y la acreditación del parentesco deberá hacerse con el documento que corresponda. En este sentido la jurisprudencia de la Sala ha sostenido:

“En vigencia del artículo 347 del C.C., y la Ley 57 de 1887, el estado civil respecto de personas bautizadas, casadas o fallecidas en el seno de la Iglesia, se acreditaba con los documentos tomados del registro del estado civil, o con las certificaciones expedidas por los curas párrocos, pruebas que, en todo caso, tenían el carácter de principales. Para aquellas personas que no pertenecían a la Iglesia Católica, la única prueba principal era la tomada del registro del estado civil. Con la entrada en vigencia de la Ley 92 de 1.938 se estableció la posibilidad de suplir la falta de las pruebas principales por supletorias. Para acudir a éstas últimas, era necesario demostrar la falta de las primeras. Esta demostración consistía en una certificación sobre la inexistencia de la prueba principal, expedida por el funcionario encargado del registro civil, que lo era el notario, y a falta de éste, el alcalde. Por su parte, el Decreto 1260 de 1.970 estableció como prueba única para acreditar el estado civil de las personas, el registro civil de nacimiento”⁴¹.

23.- En tanto que en la reciente jurisprudencia la Sala argumentó:

“Sobre el particular, al ocuparse de regular los asuntos atinentes a las “PRUEBAS DEL ESTADO CIVIL”, el Decreto - ley 1260 de 1970, en su artículo 105, determina: “Artículo 105.- Los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos. En caso de pérdida o destrucción de ellos, los hechos y actos se probarán con las actas o los folios reconstruidos o con el folio resultante de la nueva inscripción, conforme a lo dispuesto en el artículo 100”. Para eliminar cualquier duda en relación con el alcance y el carácter imperativo de la norma transcrita, el mismo estatuto en cita determina, a la altura de su artículo 106: “Artículo 106.- Ninguno de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil y la capacidad de las personas, sujetos a registro, hace fe en proceso ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en la presente ordenación, salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro”. Sobre el punto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en sentencia del 22 de enero del 2008, señaló: “Así pues, cuando el estado civil se aduce como fuente de derechos y de obligaciones (artículo 1° Decreto 1260 de 1970) es necesario acudir a su régimen probatorio establecido en los artículos 101 y siguientes del Decreto 1260 de 1970”. Con fundamento en lo anterior puede concluirse entonces que el registro civil de nacimiento constituye el documento idóneo para acreditar de manera idónea, eficaz y suficiente la relación de parentesco con los progenitores de una persona, comoquiera que la información consignada en dicho documento público ha sido previamente suministrada por

⁴¹ Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2009, expediente 16694.

las personas autorizadas y con el procedimiento establecido para tal efecto”⁴².

24.- La segunda premisa tiene como fundamento constitucional que la titularidad de la acción⁴³ de reparación directa, siguiendo la sentencia de la Corte Constitucional T-097 de 2009, “*está en cabeza de cualquier persona, entendiéndose para tal efecto <<toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, mayor o menor de edad>>*⁴⁴, *cuestión diferente de la legitimación en la causa por activa, en virtud de la cual quien busca la reparación de un daño antijurídico ocasionado por cualquier autoridad pública debe tener <<un interés directo en la pretensión indemnizatoria, sea porque efectivamente sufrió el daño causado por la entidad pública, sea porque obtuvo los derechos para esgrimirlos en juicio por razones sucesorales o de negociación por acto entre vivos>>*⁴⁵”⁴⁶.

25.- La misma sentencia citada de la Corte Constitucional considera que la jurisprudencia del Consejo de Estado al interpretar el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo [Decreto 01 de 1984] “*armoniza claramente con lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política y con el deber establecido para las autoridades judiciales, en este caso la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de garantizar la efectividad de los valores, principios y derechos fundamentales*”⁴⁷.

26.- Se agrega en la jurisprudencia constitucional, sentencia T-097 de 2009, en consideración que cuando no obra por ejemplo el registro civil de nacimiento de una persona que invoca la acción de reparación directa por los daños antijurídicos ocasionados a una familiar, “*basta con acreditar interés o demostrar en el curso del proceso la calidad de damnificado, para efectuar el estudio de fondo del petitum*”.

27.- A lo anterior, cabe agregar que en los eventos en los que un (a) menor de edad invoca la acción de reparación directa debidamente representado (a) la falta del registro civil de nacimiento que permita establecer la relación de parentesco con la víctima no

⁴² Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 7 de abril de 2011, expediente 20750.

⁴³ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed, Buenos Aires, Depalma, 1981. “*Se habla, entonces, de un poder que tiene todo individuo como tal, y en nombre del cual le es posible acudir ante los jueces en demanda de amparo a su pretensión. El hecho de que esta pretensión sea fundada o infundada no afecta la naturaleza del poder jurídico de accionar, pueden promover sus acciones en justicia aun aquellos que erróneamente se consideran asistidos de razón [...] Entendemos, pues, por acción no ya el derecho del actor ni su pretensión a que ese derecho sea tutelado por la jurisdicción, sino su poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales*”.

⁴⁴ Cfr. Lecciones de Derecho Procesal Administrativo. Juan Carlos Galindo Vacha. Edit. Pontificia Universidad Javeriana, segunda edición, Pág. 551, 2006.

⁴⁵ Cfr. Lecciones de Derecho Procesal Administrativo. Juan Carlos Galindo Vacha. Edit. Pontificia Universidad Javeriana, segunda edición, Pág. 551, 2006

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia T-097 de 2009.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia T-097 de 2009

puede desvirtuar la lectura sistemática que se desprende de la constitución: (1) ya que el artículo 1 consagra que el Estado Social de Derecho como modelo adoptado exige el respeto de la dignidad humana, esencial en la protección de los niños; (2) lo que se refuerza con el mandato del artículo 2 que consagra como fines esenciales del Estado la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes establecidos en la Carta Política, teniendo las autoridades, como las judiciales, el deber de proteger a este (a) menor en su vida, honra, derechos y libertades; (3) uno de los cuales es el derecho al debido proceso que se ve reforzado cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional como los niños, a tenor del artículo 29; (4) que según el artículo 44 implica la prevalencia sobre los derechos de los demás; (5) cuya garantía parte de la base de entender que el artículo 90 no impone restricción alguna para decidir de fondo si procede declarar la responsabilidad y reconocer la indemnización de una persona; (6) ratificado además por la cláusula de garantía de convencionalidad consagrada el inciso primero del artículo 93 que hace prevalecer en el ordenamiento jurídico colombiano los tratados y convenios internacionales que reconocen la protección de los derechos humanos; y, (7) con lo que se materializa la eficacia del derecho de acceso a la administración de justicia, o tutela judicial efectiva, en los términos del artículo 229⁴⁸.

28.- Sin embargo, la Sala de Sub-sección como juez de convencionalidad está llamado a establecer si los presupuestos constitucionales y legales de nuestro ordenamiento jurídico se corresponden con los estándares, reglas y principios convencionales.

29.- En ese sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 8 que toda *“persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”*. Siendo esto así, examinado convencionalmente el presupuesto legal que exige como prueba para la legitimación en la causa por activa la acreditación del parentesco con el registro civil de nacimiento no puede constituirse en obstáculo, barrera o límite que cercene o vulnere el mandato de efectividad que impone la Declaración, [específicamente cuando se trata de un niño como sujeto de especial protección convencional] y contradice lo consagrado por el artículo 30 de la misma según el cual nada en dicho instrumento internacional *“podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a*

⁴⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 29 de febrero de 2016, expediente 35298. “10. Lo anterior, para efectos de enfatizar que bajo los principios de la Constitución de 1991, la justicia se alcanza dando primacía al derecho sustancial sobre el derecho formal, toda vez que este último se encuentra establecido para garantizar la efectividad del primero”. Corte Constitucional, sentencia SU-768 de 2014.

una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.

30.- En un segundo examen de convencionalidad se encuentra que valorados los presupuestos legales para la determinación de la legitimación en la causa por activa en el caso específico de los niños debe corresponderse con los mandatos de la Convención Americana de Derechos Humanos, que examinados permite a la Sala concluir que exigirla como prueba única, idónea o que no permite otras alternativas de demostración material del parentesco con la víctima de un presunto daño antijurídico no puede (1) contradecir el mandato convencional del artículo 1.1 que exige de todo Estado el respeto de los derechos y libertades de la misma Convención entre ellos el de los niños del artículo 19 y garantizar su pleno ejercicio; (2) por lo que por virtud del artículo 2 debe el juez contencioso administrativo como juez de convencionalidad adoptar las medidas que sean necesarias para la efectividad y eficacia de tales derechos; (3) para así corresponderse con el derecho de toda persona, específicamente los niños, a un recurso sencillo, rápido y efectivo que los ampare ante la violación de los derechos fundamentales reconocidos convencional, constitucional y legalmente; (3) que garantice el mandato consagrado en el artículo 19 según el cual todo niño *“tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y del Estado”*⁴⁹, sin que opere ningún tipo de discriminación o condicionamiento que haga nugatorio el ejercicio de sus derechos⁵⁰.

31.- De acuerdo con la Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: (1) *“25. Los niños integran un grupo que ha merecido el mayor interés de la comunidad internacional. El primer instrumento internacional relativo a aquéllos fue la Declaración de Ginebra de 1924, adoptada por la Unión Internacional para la Protección de la Infancia. En ésta se reconoció que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, como un deber que se halla por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia”*⁵¹; (2) en el sistema interamericano de derechos humanos *“es preciso considerar el principio 8 de la*

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, pár.54.

⁵⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 29 de febrero de 2016, expediente 35298.

⁵¹ *“26. En el siglo XX se produjeron al menos 80 instrumentos internacionales aplicables, en diversa medida, a los niños. En el conjunto destacan la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1959), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio, 1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, 1990). En este mismo círculo de protección del niño figuran también el Convenio 138 y la Recomendación 146 de la Organización Internacional del Trabajo y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”,*

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) y el artículo 19 de la Convención Americana, así como los artículos 13, 15 y 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”)” [párrafo 27]; (3) la interpretación del mencionado artículo 19 debe ser dinámica “que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección” [párrafo 28]; (4) es “importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado” [párrafo 54]; (5) un trato diferenciado a los niños “no es per se discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño. Se entiende que, en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquélla” [párrafo 55]; (6) en correspondencia con lo anterior, la diferenciación que se opera objetiva y razonablemente a favor de los niños se sustenta en el principio del interés superior de estos fundado “en la dignidad misma del ser humano, en las características propios de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”⁵² [párrafo 56]; (7) para garantizar la prevalencia de dicho interés “el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere <<cuidados especiales>>, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir <<medidas especiales de protección>>. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia”⁵³ [párrafo 60]; (8) todo lo anterior se

⁵² Declaración de los derechos del niño de 1959, principio 2. “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los niños, artículo 3. “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

⁵³ Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 129. “[...] En el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares”; caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafos 68 y 1999; caso Furlán y familiares vs. Argentina, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2012, párrafo 230.

proyecta “sobre la regulación de los procedimientos judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutelase hallan aquéllas” [párrafo 94]; (9) esto último implica “que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”⁵⁴ [párrafo 96]; (10) lo anterior significa con relación al ejercicio de los derechos y garantías procesales que siendo aplicables a todas las personas “en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”⁵⁵ [párrafo 98]; y, (11) las anteriores condiciones deben ponderarse considerando “las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”⁵⁶ [párrafo 102].

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva acerca del Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, párrafo 119. “[...] para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”.

⁵⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General 13 al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14), de 13 de abril de 1984. “[...] los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14”.

⁵⁶ Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 8 de julio de 2004; Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de septiembre de 2004; Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de junio de 2005; Asunto de los niños y adolescentes privados de la libertad en el “Complexo do Tatuapé” da FEBEM respecto de Brasil, resolución de 25 de noviembre de 2008; Caso González y otras (“Campo algodónero”) vs. México, Excepción preliminar, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009; caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2010, párrafo 167; caso Contreras y otros vs. El Salvador, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2011, párrafo 107; caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia de 30 de noviembre de 2012, párrafo 238; caso Fornerón e hija vs Argentina, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de abril de 2012, párrafos 138 y 139; caso Mendoza y otros vs. Argentina, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia de 14 de mayo de 2013; caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2013, párrafo 327; caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, Excepciones preliminares,

32.- Ahora bien, en el caso González y otras (“campo algodoner”), contra México [sentencia de 16 de noviembre de 2009], se argumenta que la *“prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable”*⁵⁷.

33.- En el mismo marco convencional del estudio que realiza la Sala, se encuentra necesario considerar el caso de la legitimación en la causa por activa ponderando si las exigencias legales cumplen con los estándares o mandatos convencionales consagrados en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, ya que las exigencias procesales en su aplicación e interpretación debe asegurar el respeto pleno de los derechos del niño (a) [artículo 2], por lo que los tribunales, como los contencioso administrativos, deben adoptar medidas que atiendan al interés superior del niño [artículo 3.1], que permitan la efectividad de todos derechos reconocidos en tal Convención y en cualquier instrumento convencional [artículo 4], y en el marco del derecho de todo niño a ser inscrito después de nacer y tener como prerrogativas positivas las de tener un nombre, adquirir una nacionalidad, conocer a sus padres y ser cuidado por ellos⁵⁸.

fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2013, párrafo 219; caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 19 de mayo de 2014, párrafos 133 a 137; Opinión Consultiva OC21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, Decisión de 19 de agosto de 2014, párrafos 64 a 71.

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso González y otras (“campo algodoner”) vs. México, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrafo 408. Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, párrafo 184; caso de la Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, párrafo 257; caso Rosendo Cantú y otra vs México, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, párrafo 201. “[...] De conformidad con sus obligaciones convencionales, efectivamente, el Estado debió haber adoptado medidas especiales a favor de la señora Rosendo Cantú, no sólo durante la denuncia penal, sino durante el tiempo en que, siendo una niña, estuvo vinculada a las investigaciones ministeriales seguidas con motivo del delito que había denunciado, máxime por tratarse de una persona indígena, pues los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar, inter alia, lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades”.

⁵⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 29 de febrero de 2016, expediente 35298. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional”, pár.57. “[...] la Corte ha recalcado reiteradamente la existencia de un “muy comprensivo corpus iuris de derecho internacional de protección de los derechos de los niños”, que debe ser utilizado como fuente de derecho por el Tribunal para establecer “el contenido y los alcances” de las obligaciones que han asumido los Estados a través del artículo 19 de la Convención Americana respecto a las niñas y

34.- Con base en los anteriores estándares convencionales, y en atención a los presupuestos constitucionales, la Sala examina el caso en concreto.

2.1.3. Legitimación en la causa por activa en el caso en concreto.

35.- Para el caso en concreto la Sala sin negar el presupuesto de la acreditación del parentesco de quienes se presentaron como demandantes de la víctima **OLIVO PEÑA ORTEGA** no se desvirtúa, y se concreta para la situación específica de **MAIDE PEÑA RANGEL** respecto de la que se allegó la copia auténtica del registro civil de nacimiento con número serial 18526884 correspondiente a la misma persona mencionada, nacida el 6 de junio de 1992 e hija de **AMARES RANGEL QUINTERO** y **OLIVO PEÑA ORTEGA** [fl.19 c1].

36.- Diferente es la situación procesal de **AMELIDA PEÑA RANGEL** ya que no se presentó, aportó o allegó el registro civil de nacimiento, y para evitar una prolongación en la decisión judicial de fondo, o una determinación nugatoria de sus derechos la Sala examina los criterios fijados convencionalmente: (1) se puede establecer con base en la copia autenticada del acta de la diligencia de posesión como curador principal ante la Jurisdicción Voluntaria, de 20 de septiembre de 2010, de **FIDELINA PEÑA ORTEGA** [fl.21 c1], que para la época de presentación de la demanda el 30 de septiembre de 2010 **AMELIDA** era una menor de edad; (2) mujer y campesina que residía en una zona rural; (3) con probabilidad de limitaciones en la formación educativa; (4) que bajo la tutoría de su tía otorgó poder a un abogado para que invocara la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo [Decreto 01 de 1984]; (5) cuyo eficaz ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia se ha condicionado por no obrar el documento exigido legalmente para acreditar su calidad de hija de la víctima; (6) que **AMELIDA** junto con **MAIDE PEÑA RANGEL** conformaban el núcleo de la víctima **OLIVO PEÑA ORTEGA** para la fecha de ocurrencia de los hechos entre el 14 y 15 de agosto de 2008, en la vereda La Perla, corregimiento Puente Real, municipio de San Calixto [Norte de Santander] como se demuestra con el acervo probatorio del expediente.

niños, en particular al precisar las “medidas de protección” a las que se hace referencia en el mencionado precepto. Específicamente, la Corte ya ha resaltado que la Convención sobre los Derechos del Niño es el tratado internacional que posee mayor vocación de universalidad, lo cual “pone de manifiesto un amplio consenso internacional (opinio iuris communis) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia, habiendo sido ratificada además por casi todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos”. Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafos 192 a 194.

37.- En este específico caso la Sala encuentra necesario aplicar como medida para la efectividad y eficacia del derecho de acceso a la justicia –tutela judicial efectiva- de una mujer, menor de edad y campesina, que por la escasa o nula comprensión que podía **AMELIDA**, o su representante, tener de la exigencia del mencionado documento, y que advertido que obra una prueba mínima que permite establecer que la menor para el 14 y 15 de agosto de 2008 hacía parte del núcleo familiar de la víctima **OLIVO PEÑA ORTEGA**, como son el acta de la diligencia de posesión de la tutora y lo declarado por **ANTONIO MARÍA PEÑA ORTEGA** [fl.15 cuaderno de pruebas 1], y así llegar a la conclusión objetiva y razonable que para hacer efectivos y eficaces sus derechos debe reconocérsele la legitimación en la causa por activa, sin perjuicio de su encuadramiento en alguno de los niveles correspondientes a las tablas de indemnización, de llegar a pronunciarse de fondo la Sala, como más adelante se definirá, lo que se hace para dar plena prevalencia al principio convencional del interés superior del niño en los términos ya señalados, al derecho sustancial sobre el formal, y a la tutela judicial efectiva.

38.- El reconocimiento de la legitimación en la causa por activa de **AMELIDA PEÑA RANGEL** para el caso en concreto, como menor de edad, mujer y campesina para la época de los hechos y para la fecha de presentación de la demanda, tiene en cuenta que el presente asunto está relacionado con presuntas violaciones a los derechos humanos, a garantías del derecho internacional humanitario en el marco del conflicto armado interno, y que deben sujetarse reforzadamente a la protección de los niños y menores de edad en los términos y alcance de la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 19 y de la Convención de las Naciones Unidas para la protección de los Niños de 1989⁵⁹.

39.- La Sala de Sub-sección con base en los anteriores argumentos revoca la sentencia de primera instancia que declaró la falta de legitimación en la causa por activa respecto de la mujer menor **AMELIDA PEÑA RANGEL**, y en su lugar encuentra demostrada la misma legitimación.

40.- Dilucidada la anterior cuestión, la Sala examina lo relacionado con el valor probatorio de la prueba trasladada desde los procesos penal –adelantado por la Fiscalía General de la Nación- y disciplinario militar y ordinario –adelantado por la Brigada Móvil N° 15 y por la Procuraduría Provincial de Ocaña, Norte de Santander.

2.2. Valor probatorio de la prueba trasladada.

⁵⁹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 29 de febrero de 2016, expediente 35298, párrafo 15.4.

41.- Después de examinar el expediente, la Sala encuentra que al proceso en primera instancia fueron trasladadas (1) las piezas procesales recaudadas que integran el expediente y proceso abierto por la muerte violenta de **OLIVO PEÑA ORTEGA** en hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008 en el corregimiento Puente Real, vereda La Perla, del municipio de San Calixto –Norte de Santander, adelantado por las Fiscalías Segunda, Cuarta y Quinta de la Unidad de Asuntos Humanitarios bajo la radicación 544986001135200880059, y que comprende elementos documentales, técnicos y testimoniales; y, (2) las pruebas aportadas y practicadas dentro de los procesos disciplinario militar –adelantado por el Comandante de la Brigada Móvil No.15 de la Segunda División del Ejército Nacional- y por la Procuraduría Provincial de Ocaña – Norte de Santander-, bajo radicación número 046-2742-08, y comprensiva de documentos, herramientas técnicas, declaraciones y versiones libres.

42.- Para determinar la procedencia de la valoración de la prueba trasladada desde los procesos penal ordinario y disciplinario –militar y ordinario- que por los hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008 han cursado, y se desconoce si cursan en la actualidad, la Sala debe fijar los fundamentos para su valoración.

2.2.1. Fundamentos para la valoración de la prueba trasladada.

43.- La jurisprudencia de los últimos años del Consejo de Estado con relación a la eficacia probatoria de la prueba trasladada sostiene que cabe valorarla a instancias del proceso contencioso administrativo, siempre que se cumpla con los presupuestos generales siguientes⁶⁰: (i) los normativos del artículo 185⁶¹ del C.P.C., esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional en la medida en que el [los] proceso [s] del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia de ella⁶², respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción. Así como con lo consagrado por el artículo 168 del C.C.A⁶³ [Decreto 01 de 1984];

⁶⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. En su modulación puede verse las siguiente sentencias: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334.

⁶¹ “Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”.

⁶² Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2011, expediente 19969.

⁶³ Artículo 168 del Código Contencioso Administrativo: “En los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”. El artículo 211 de la ley 1437 de 2011 reza lo siguiente: “En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil”. En tanto que el artículo 214 de la ley 1437 de 2011 establece: “Toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la

(ii) las “pruebas trasladadas y practicadas dentro de las investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración no requieren ratificación o reconocimiento, según sea del caso, dentro del proceso de responsabilidad”⁶⁴; (iii) la ratificación de la prueba trasladada se suple con la admisión de su valoración⁶⁵; y, (iv) la prueba trasladada de la investigación disciplinaria puede valorarse ya que se cuenta con la audiencia de la parte contra la que se aduce, por ejemplo la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL**⁶⁶.

44.- A su vez, como presupuestos para la valoración de la prueba testimonial que se traslada desde un proceso administrativo disciplinario, penal ordinario o penal militar se tiene en cuenta las siguientes reglas especiales [debiéndose tener en cuenta tanto las generales como estas]: (i) no necesitan de ratificación cuando se trata de personas “que intervinieron en dicho proceso disciplinario, o sea el funcionario investigado y la administración investigadora (para el caso la Nación)”⁶⁷; (ii) las “pruebas trasladadas de los procesos penales y, por consiguiente, practicadas en éstos, con audiencia del funcionario y del agente del Ministerio Público, pero no ratificadas, cuando la ley lo exige, dentro del proceso de responsabilidad, en principio, no pueden valorarse. Se dice que en principio, porque sí pueden tener el valor de indicios que unidos a los que resulten de otras pruebas, ellas sí practicadas dentro del proceso contencioso administrativo lleven al juzgador a la convicción plena de aquello que se pretenda establecer”⁶⁸; (iii) puede valorarse los testimonios siempre que solicitados o allegados por una de las partes del proceso, la contraparte fundamenta su defensa en los mismos⁶⁹, siempre que se cuente con ella en copia auténtica; (iv) cuando las partes en el proceso conjuntamente solicitan o aportan los testimonios practicados en la instancia disciplinaria⁷⁰; y, (v) cuando la parte demandada “se allana expresamente e incondicionalmente a la solicitud de pruebas presentada por los actores o demandantes dentro del proceso contencioso administrativo”.

actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia necesaria de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de la existencia de aquellas. La prueba practicada dentro de una actuación declarada nula, conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de contradecirla”. Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607.

⁶⁴ Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989, expediente 5573.

⁶⁵ Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004, expediente 15088.

⁶⁶ Sección Tercera, sentencia 20 de mayo de 2004, expediente 15650. Las “pruebas que acreditan la responsabilidad de la demandada que provienen de procesos disciplinarios internos tramitados por la misma, pueden ser valoradas en la presente causa contencioso administrativa, dado que se practicaron por la parte contra la que se aducen”. Las piezas procesales adelantadas ante la justicia disciplinaria y penal militar se allegaron por el demandante durante el período probatorio, y pueden valorarse. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2008, expediente 16741.

⁶⁷ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737, Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 16 de noviembre de 1993, expediente 8059.

⁶⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334, Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989, expediente 5573.

⁶⁹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 1 de marzo de 2006, expediente 15284.

⁷⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607.

45.- En cuanto a las declaraciones rendidas ante las autoridades judiciales penales ordinarias [Fiscalía, Jueces Penales, Jueces de Instrucción Penal Militar], la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia de 11 de septiembre de 2013 [expediente 20601] considera que “es viable apreciar una declaración rendida por fuera del proceso contencioso administrativo, sin audiencia de la parte demandada o sin su citación, cuando se cumpla con el trámite de ratificación, o cuando por acuerdo común entre las partes –avalado por el juez- se quiso prescindir del aludido trámite. Este último puede manifestarse como lo dispone el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil –verbalmente en audiencia o presentando un escrito autenticado en el que ambas partes manifiesten expresamente que quieren prescindir de la ratificación-, o extraerse del comportamiento positivo de las partes, cuando los mismos indiquen de manera inequívoca que el querer de éstas era prescindir de la repetición del interrogatorio respecto de los testimonios trasladados, lo que ocurre cuando ambos extremos del litigio solicitan que el testimonio sea valorado, cuando la demandada está de acuerdo con la petición así hecha por la demandante, o cuando una parte lo solicita y la otra utiliza los medios de prueba en cuestión para sustentar sus alegaciones dentro del proceso [...] Ahora bien, en los casos en donde las partes guardan silencio frente a la validez y admisibilidad de dichos medios de convicción trasladados, y además se trata de un proceso que se sigue en contra de una entidad del orden nacional, en el que se pretenden hacer valer los testimonios que, con el pleno cumplimiento de las formalidades del debido proceso, han sido recaudados en otro trámite por otra entidad del mismo orden, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de afirmar que la persona jurídica demandada –La Nación- es la misma que recaudó las pruebas en una sede procesal diferente, lo que implica que, por tratarse de testimonios recopilados con la audiencia de la parte contra la que se pretenden hacer valer en el proceso posterior, son plenamente admisibles y susceptibles de valoración [...] La anterior regla cobra aún mayor fuerza si se tiene en cuenta que, en razón del deber de colaboración que les asiste a las diferentes entidades del Estado, a éstas les es exigible que las actuaciones que adelanten sean conocidas por aquellas otras que puedan tener un interés directo o indirecto en su resultado, máxime si se trata de organismos estatales que pertenecen al mismo orden, de tal manera que las consecuencias de una eventual descoordinación en las actividades que los estamentos del Estado, no puede hacerse recaer sobre los administrados, quienes en muchas ocasiones encuentran serias dificultades para lograr repetir nuevamente dentro del proceso judicial contencioso administrativo, aquellas declaraciones juramentadas que ya reposan en los trámites administrativos que han sido adelantados por las entidades correspondientes”⁷¹.

46.- Así mismo, la jurisprudencia de la Sub-sección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado considera que cuando no se cumple con alguna de las anteriores reglas o criterios, se podrán valorar las declaraciones rendidas en procesos diferentes al contencioso administrativo,

⁷¹ Sección Tercera, sentencia de 11 de septiembre de 2013, expediente 20601; de la Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 45433.

especialmente del proceso penal ordinario, como indicios cuando *“establecen las circunstancias de tiempo, modo y lugar [...] ya que pueden ser útiles, pertinentes y conducentes para determinar la violación o vulneración de derechos humanos y del derecho internacional humanitario”*⁷². Con similares argumentos la jurisprudencia de la misma Sub-sección considera que las indagatorias deben ser contrastadas con los demás medios probatorios *“para determinar si se consolidan como necesarios los indicios que en ella se comprendan”*⁷³ con fundamento en los artículos 1.1, 2, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

47.- De otra parte, para el caso de la prueba documental, la regla general que aplica la jurisprudencia del Consejo de Estado es aquella según la cual en *“relación con el traslado de documentos, públicos o privados autenticados, estos pueden ser valorados en el proceso contencioso al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289”*⁷⁴ del Código de Procedimiento Civil. Conforme a lo anterior, es claro que sin el cumplimiento de los requisitos precitados las pruebas documentales y testimoniales practicadas en otro proceso no pueden ser valoradas para adoptar la decisión de mérito⁷⁵.

48.- No obstante, a dicha regla se le reconocieron las siguientes excepciones: (i) puede valorarse los documentos que son trasladados desde otro proceso [judicial o administrativo disciplinario] siempre que haya estado en el expediente a disposición de la parte demandada, que ésta haya podido realizar y agotar el ejercicio de su oportunidad de contradicción de la misma⁷⁶; (ii) puede valorarse cuando la contraparte la utiliza para estructurar su defensa jurídica⁷⁷; (iii) pueden valorarse los documentos que se trasladan en copia simple operando las reglas examinadas para este tipo de eventos para su valoración directa o indirecta en la jurisprudencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado

⁷² Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 45433.

⁷³ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 45433.

⁷⁴ “Artículo 289. Procedencia de la tacha de falsedad. La parte contra quien se presente un documento público o privado, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a ésta, y en los demás casos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerlo como prueba, o al día siguiente al en que haya sido aportado en audiencia o diligencia. Los herederos a quienes no les conste que la firma o manuscrito no firmado proviene de su causante, podrán expresarlo así en las mismas oportunidades. No se admitirá tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión o se trate de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica”.

⁷⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607. Además, en otra jurisprudencia se sostiene que “se trata de una prueba documental que fue decretada en la primera instancia, lo cierto es que pudo ser controvertida en los términos del artículo 289 [...] por el cual se reitera, su apreciación es viable”. Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009, expediente 16727. Cfr. también Sección Tercera, sentencia de 30 de mayo de 2002, expediente 13476. “Se exceptúa respecto de los documentos públicos debidamente autenticados en los términos del art. 254 CPC y los informes y peritaciones de entidades oficiales (art. 243 CPC)”. Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 14 de abril de 2011, expediente 20587.

⁷⁶ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de abril de 2011, expediente 20374.

⁷⁷ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 9 de diciembre de 2004, expediente 14174.

[expediente 25022]; (iv) puede valorarse cuando la parte contra la que se aduce se allana expresa e incondicionalmente a la misma; y, (v) puede valorarse el documento producido por una autoridad pública aportando e invocado por el extremo activo de la litis⁷⁸.

49.- Finalmente, si se trata de inspecciones judiciales, dictámenes periciales e informes técnicos trasladados desde procesos penales ordinarios o militares, o administrativos disciplinarios pueden valorarse siempre que hayan contado con la audiencia de la parte contra la que se aducen⁷⁹, o servirán como elementos indiciarios que deben ser contrastados con otros medios probatorios dentro del proceso contencioso administrativo.

50.- Debe tenerse en cuenta que en la actualidad el Código General del Proceso en su artículo 174, aplicable por remisión expresa del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, consagra que las *“pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtir la contradicción en el proceso al que están destinadas [...] La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan”*. A dicha norma se integran los criterios anteriormente fijados, por lo que se puede afirmar una completa correspondencia del análisis realizado por la Sala con todo el universo normativo convencional, constitucional y legal de los medios probatorios que fueron trasladados.

51.- Por las especiales y específicas características de los hechos en los que se sustenta este caso, la Sala define las condiciones de valoración de la prueba trasladada cuando con los mismos medios se pretende demostrar tanto el daño antijurídico, como la imputación de éste a las entidades demandadas, por la presunta violación o vulneración de derechos humanos y la infracción del derecho internacional humanitario, así como la reparación de los perjuicios que se demuestren se ocasionaron como consecuencia de todo lo anterior.

2.2.2. Fundamentos para la valoración de la prueba trasladada cuando permite demostrar la vulneración de derechos humanos, la violación del derecho internacional humanitario y de las reglas de ius cogens.

⁷⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920.

⁷⁹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 5 de junio de 2008, expediente 16398.

52.- Cuando se trata de eventos, casos o hechos en los que se puede encontrar comprometida la violación de derechos humanos, la infracción del derecho internacional humanitario, o la vulneración de principios o reglas de *ius cogens*, de miembros de la población civil [desaparecidos, forzosamente, desplazados forzosamente, muertos, torturados, lesionados, o sometidos a tratos crueles e inhumanos, u objeto de falsas acciones de los miembros de la fuerza pública] con ocasión del conflicto armado interno [por violación de los derechos fundamentales de los niños, por violación de los derechos de los combatientes, por violación de los derechos de un miembro de una comunidad de especial protección, o de un sujeto de especial protección por su discapacidad o identidad social, la aplicación de las reglas normativas procesales, antes Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso] la valoración del acervo probatorio obrante en el expediente “*debe hacerse conforme con los estándares convencionales de protección*”⁸⁰, para garantizar “el acceso a la justicia”⁸¹ en todo su contenido como garantía convencional y constitucional [para lo que el juez contencioso administrativo obra como juez de convencionalidad, sin que sea ajeno al respeto de la protección de los derechos humanos, dado que se estaría vulnerando la Convención Americana de Derechos Humanos⁸²], como derecho humano reconocido constitucional y

⁸⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737.

⁸¹ ABREU BURELLI, Alirio, “La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en [<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/8.pdf>; www.juridicas.unam.mx; p.115; Consultado el 20 de abril de 2012]. “Si bien el derecho procesal disciplina las formas, ello no impide que contenga normas de carácter sustancial, al desarrollar principios constitucionales sobre la administración de justicia, la tutela del orden jurídico, la tutela de la libertad y dignidad del hombre y de sus derechos fundamentales. El acceso a la justicia, el derecho a la defensa, el derecho de petición, la igualdad de las partes, derivan de mandatos constitucionales”.

⁸² “La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Reglamento aprobado en su XXXIV período ordinario de sesiones, celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996, y en vigor desde el 1º de enero de 1997, concentró en el Capítulo IV, todo lo relativo a la prueba (admisión; iniciativa probatoria de la Corte; gastos de la prueba; citación de testigos y peritos; juramento o declaración solemne de testigos y peritos; objeciones contra testigos; recusación de peritos; protección de testigos y peritos; incomparecencia o falsa deposición), en un intento de sistematizar la materia que en Reglamentos anteriores se resolvía en disposiciones dispersas. Por su parte, el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su sesión 660ª., de 8 de abril de 1980, con modificaciones en 1985, 1987, 1995 y 1996, actualmente en vigor, contiene disposiciones sobre presunción (artículo 42); solicitud de cualquier información pertinente al representante del Estado (artículo 43.2); investigación in loco (artículo 44); fijación de la oportunidad para la recepción y obtención de las pruebas (artículo 45.5); examen de las pruebas que suministren el Gobierno y el peticionario, las que recoja de testigos de los hechos o que obtenga mediante documentos, registros, publicaciones, etc. (artículo 46.1). Además de las disposiciones de su Reglamento, la Corte Interamericana ha establecido, a través de su jurisprudencia, desde los primeros casos contenciosos –Viviana Gallardo, Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz, Fairén Garbi y Solís Corrales, entre otros–, los criterios rectores del proceso y, especialmente, de la prueba, en fecunda y reconocida creación del Derecho, no solo para suplir vacíos normativos, sino también para afirmar la naturaleza especial de su competencia y desarrollar los principios sustantivos del derecho internacional de los derechos humanos. La jurisprudencia de la Corte Interamericana –al igual que su Estatuto y su Reglamento– ha utilizado como fuente inmediata en materia probatoria, la experiencia de la Corte Internacional de Justicia. Esta, a su vez, tuvo como antecedentes el Proyecto de Disposiciones sobre Procedimiento para el Arbitraje Internacional, preparado en 1875 por el Instituto de Derecho Internacional; las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales y la práctica reiterada durante muchos años de las Cortes Internacionales de Arbitraje”: ABREU BURELLI, Alirio, “La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en [<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/8.pdf> Disponible en www.juridicas.unam.mx p. 113 Consultado el 20 de abril de 2012].

supraconstitucionalmente, tal como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Manuel Cepeda sostiene⁸³.

53.- Lo que implica, interpretada la Convención Americana de Derechos Humanos, en especial los artículos 1.1, 2, y 25 y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que es esencial que en la valoración de las pruebas trasladadas se infunde como presupuesto sustancial la convencionalidad, de manera que en eventos, casos o hechos en los que se discuta la violación de los derechos humanos y la infracción del derecho internacional humanitario se emplee *“como principio básico la llamada prueba racional o de la “sana crítica”, que tiene su fundamento en las reglas de la lógica y de la experiencia, ya que la libertad del juzgador no se apoya exclusivamente en la íntima convicción, como ocurre con el veredicto del jurado popular, ya que por el contrario, el tribunal está obligado a fundamentar cuidadosamente los criterios en que se apoya para pronunciarse sobre la veracidad de los hechos señalados por una de las partes y que no fueron desvirtuados por la parte contraria”*⁸⁴.

54.- A lo anterior cabe agregar que en el ordenamiento jurídico internacional la Corte Internacional de Justicia ha procurado argumentar que el juez debe orientarse por el principio de la sana crítica y de la libertad de apreciación de los medios probatorios que obren en los procesos, y que debe desplegar un papel activo. En ese sentido se sostiene:

“[...] Uno de los principios establecidos por la Corte Internacional de Justicia –destacado por la doctrina jurídica e incorporado en las legislaciones procesales de derecho interno– se refiere a la afirmación de que, en cuanto al fondo del derecho, la justicia internacional en su desarrollo flexible y empírico rechaza el exclusivo sistema de pruebas legales que impone al juez una conducta restrictiva, particularmente, en la prohibición de determinadas pruebas. El juez debe gozar de una gran libertad en la apreciación de la prueba a fin de que pueda elaborar su convicción sin estar limitado por reglas rígidas.

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, sentencia de 26 de mayo de 2010, párrafo 140. “[...] 140. En lo que concierne al acceso a la justicia, valga destacar que en este caso los tribunales contencioso administrativos no establecieron responsabilidad institucional por acción de funcionarios estatales en la ejecución del Senador Cepeda Vargas, que considerara la transgresión de sus derechos a la vida y la integridad personal, entre otros, a pesar de que al momento de sus decisiones se contaba ya con los resultados parciales del proceso penal e incluso del disciplinario. En este sentido, no contribuyeron de manera sustancial al cumplimiento del deber de investigar y esclarecer los hechos [...]. Llama la atención que en uno de los procesos el Consejo de Estado no valoró los resultados parciales de las investigaciones penales y disciplinarias en las que constaba la responsabilidad de los dos sargentos del Ejército Nacional, por considerar que la documentación fue remitida en copia simple [Cfr. sentencia de apelación emitida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, rad. 250002326000199612680-01 (20.511), 20 de noviembre de 2008, fls. 4524 a 4525]. Si bien no correspondía a esta vía establecer responsabilidades individuales, al determinar la responsabilidad objetiva del Estado las autoridades jurisdiccionales deben tomar en cuenta todas las fuentes de información a su disposición. Por ende, las autoridades encargadas de estos procedimientos estaban llamadas no sólo a verificar las omisiones estatales, sino a determinar los alcances reales de la responsabilidad institucional del Estado”.

⁸⁴ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Orden y valoración de las pruebas en la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en [<http://www.corteidh.org.cr/tablas/a11690.pdf>; Consultado 20 de abril de 2012].

Asimismo la Corte Internacional de Justicia ha señalado que en materia probatoria ella no tiene un papel pasivo y debe tomar la iniciativa de traer al proceso las pruebas que considere pertinentes si estima que las existentes no son suficientes para cumplir sus finalidades. Así lo dispone el artículo 48 de Estatuto, al ordenar que “la Corte dictará las providencias necesarias para el curso del proceso, decidirá la forma y los términos a que cada parte debe ajustar sus alegatos y adoptará las medidas necesarias para la práctica de la pruebas”. En el mismo sentido el artículo 49 eiusdem dispone que, “aun antes de empezar una vista, puede pedir a los agentes que produzcan cualquier documento o den cualesquiera explicaciones. Si se negaren a hacerlo, se dejará constancia formal del hecho”. Igualmente puede la Corte (artículo 34, parágrafo 2) “solicitar de organizaciones internacionales públicas información relativa a casos que se litiguen en la Corte y recibirá la información que dichas organizaciones envíen por iniciativa propia”⁸⁵.

55.- Establecidos los presupuestos y los fundamentos con base en los cuales la Sala sustenta la prueba trasladada, debe examinarse la situación de los medios probatorios allegados en el expediente.

2.2.3. Valoración de la prueba trasladada desde el proceso penal ordinario que se adelanta por la Fiscalía Segunda, Unidad de Asuntos Humanitarios, bajo la radicación 544986001135200880059.

56.- De acuerdo con los fundamentos anteriores, la Sala valora cada tipología de medios probatorios que fueron objeto de traslado desde el proceso penal ordinario radicado con el número 544986001135200880059, de acuerdo con el Oficio 235, de 23 de junio de 2011, del Fiscal Primero Especializado delegado ante los Jueces Penales del Circuito [fl.129 c1], donde se informó que bajo el radicado 54-001-23-000-2010-00370-00 se adelantaba “la indagación por el homicidio de OLIVIO ORTEGA PEÑA”.

57.- En cuanto a la prueba documental trasladada al proceso, la Sala encuentra que comprende el proceso penal ordinario, que fue solicitada por la parte demandante sin que haya sido objeto de petición expresa o coadyuvancia por parte de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional.

58.- Se cumple con dos de los supuestos para su valoración: (i) la prueba documental estuvo a disposición de las partes una vez allegada durante el período probatorio, con lo que hubo lugar a la contradicción de la misma, sin que hubiere sido objeto de tacha alguna por parte de las entidades demandadas, garantizándose con ello el derecho de contradicción y publicidad de la

⁸⁵ ABREU BURELLI, “La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., pp. 114 y 115.

prueba [cumpliendo con ello los mandatos convencionales y constitucionales]. De igual forma, el precedente de la Sala sostiene que las pruebas recaudadas podrán ser valoradas ya que se puede considerar contrario a la lealtad procesal *“que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, bien sea por petición expresa o coadyuvancia pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión”*⁸⁶; y, (ii) se trata de medios probatorios que pueden ser conducentes, pertinentes y útiles para establecer la vulneración de derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario, en las condiciones en las que acaecieron los hechos.

59.- Ahora bien, respecto a las entrevistas realizadas por los miembros de la Policía Judicial, si bien fueron aportadas al proceso en copia auténtica, son varias las premisas a tener en cuenta para su valoración: (i) inicialmente, cumple alguno de los presupuestos que se fijan: de una parte, se practicaron con audiencia de la parte contra la cual se aduce al haber sido entrevistado un miembro del Ejército Nacional como el soldado profesional Eliécer Walfran Berrío Chamorro. En tanto que las demás entrevistas a Antonio María Peña Ortega, Aleida Camargo Contreras, Ana Belinda Peña Ortega, Ramón Quintero Castro, José de Dios Quintero Santana, Rosalía Sanguino Contreras, Gladys María Quintero Guerrero, Faride Quintero Bayona, José Antonio Guerrero Sánchez y José Ángel Peña Ortega [de acuerdo con los elementos de prueba que obran en el expediente] la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional en ningún momento fue convocado, o se tuvo su audiencia para la práctica de las entrevistas rendidas ante la Fiscalía competente; (ii) por otro lado, no se cumplió con el procedimiento de ratificación al interior del proceso contencioso administrativo de ninguno de los testimonios, ni de la declaración objeto de traslado, con lo que no se cumple lo exigido en el artículo 222 del Código General del Proceso [Ley 1564 de 2012]; (iii) sin embargo, y de acuerdo con la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera, de 11 de septiembre de 2013 [expediente 20601], se debe tener en cuenta:

“[...] Para tal efecto, será necesario determinar cuál es el sentido de las formalidades que establece el artículo 229 del C. de P.C., lo que se elucidará atendiendo al tenor literal de la disposición y a los derechos sustanciales cuya protección persiguió el legislador procesal con su estipulación, aspectos en los que se pondrá de presente que no es necesario cumplir al pie de la letra la ritualidad normada para la ratificación de testimonios extraprocesales, sino que es suficiente con que se satisfagan las garantías que se prohíjan con la misma, tal como se ha hecho en parte de la jurisprudencia citada para fundamentar algunas de las excepciones antes señaladas [...] Así, en lo que tiene que ver con el sentido de las reglas procedimentales consagradas en el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil –y preceptos concordantes-, la Sala considera que una interpretación literal de tales normas, arroja como resultado la tesis que ha sido sostenida por el Consejo de Estado y la

⁸⁶ Sección Tercera, sentencia de 21 de febrero de 2002, expediente 12789; sentencia de 9 de junio de 2010, expediente 18078.

Corte Suprema de Justicia en las sentencias referidas al inicio del presente acápite, en el sentido de afirmarse que las declaraciones juramentadas trasladadas al proceso contencioso desde otro trámite judicial –o recopiladas de forma extraprocesal-, sólo son apreciables si se ratifican o cuando las partes han tenido la oportunidad de controvertirlas en el momento de su recopilación [...] Ahora bien, la Sala recuerda que no todos los casos en los que se discuta la posibilidad de valorar testimonios practicados en otro proceso, pueden solucionarse con base en una interpretación literal de los requisitos procesales que están siendo comentados, pues es posible que existan supuestos de hecho en los cuales la aplicación rígida de una formalidad ritual podría conducir a consecuencias que son contrarias a las finalidades queridas por el legislador, lo cual es una de las mayores críticas que se han formulado en contra de la escuela gramatical de intelección de los preceptos normativos⁸⁷.

[...]

12.2.17. En síntesis, para la Sala es viable apreciar una declaración rendida por fuera del proceso contencioso administrativo, sin audiencia de la parte demandada o sin su citación, cuando se cumpla con el trámite de ratificación, o cuando por acuerdo común entre las partes –avalado por el juez- se quiso prescindir del aludido trámite. Esto último puede manifestarse como lo dispone el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil – verbalmente en audiencia o presentando un escrito autenticado en el que ambas partes manifiesten expresamente que quieren prescindir de la ratificación-, o extraerse del comportamiento positivo de las partes, cuando los mismos indiquen de manera inequívoca que el querer de éstas era prescindir de la repetición del interrogatorio respecto de los testimonios trasladados, lo que ocurre cuando ambos extremos del litigio solicitan que el testimonio sea valorado, cuando la demandada está de acuerdo con la petición así hecha por la demandante, o cuando una parte lo solicita y la otra utiliza los medios de prueba en cuestión para sustentar sus alegaciones dentro del proceso.

12.2.18. Ahora bien, en los casos en donde las partes guardan silencio frente a la validez y admisibilidad de dichos medios de convicción trasladados, y además se trata de un proceso que se sigue en contra de una entidad del orden nacional, en el que se pretenden hacer valer los testimonios que, con el pleno cumplimiento de las formalidades del debido proceso, han sido recaudados en otro trámite por otra entidad del mismo orden, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de afirmar que la persona jurídica demandada –la Nación- es la misma que recaudó las pruebas en una sede procesal diferente, lo que implica que, por tratarse de testimonios recopilados con la audiencia de la parte contra la que se pretenden hacer valer en el proceso posterior, son plenamente admisibles y susceptibles de valoración, según la interpretación más estricta que pueda hacerse de las formalidades establecidas en el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, según las cuales la ratificación de las declaraciones juramentadas trasladadas sólo es necesaria “... cuando se hayan rendido en otro [proceso], sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior...”.

12.2.19. La anterior regla cobra aún mayor fuerza si se tiene en cuenta que, en razón del deber de colaboración que les asiste a las diferentes entidades del Estado⁸⁸, a éstas les es exigible que las actuaciones que adelanten sean conocidas por aquellas otras que puedan tener un interés directo o indirecto en su resultado, máxime si se trata de organismos estatales que pertenecen al mismo orden, de tal manera que las consecuencias de una eventual descoordinación en las actividades de los estamentos del Estado, no puede hacerse recaer sobre los administrados, quienes en muchas ocasiones encuentran serias dificultades para lograr repetir nuevamente dentro del proceso judicial contencioso

⁸⁷ La elucidación gramatical del sentido de las palabras a partir de las cuales se forjan las leyes, es apenas una etapa inicial en el proceso de interpretación de los textos jurídicos y, en la mayoría de los casos, el cumplimiento de dicha etapa no agota el proceso que debe seguirse para interpretar sentido de un mandato normativo. Al respecto dice Arturo Valencia Zea que “La deficiencia más grave del método de los glosadores o de los exégetas consiste en haber creído que la sola interpretación gramatical era suficiente para conocer el derecho. Los métodos modernos no condenan la exégesis, pues toda ley consta de palabras y proposiciones gramaticales que es necesario conocer en primer término; simplemente sostienen que la sola exégesis no es suficiente, y que de las palabras debemos remontarnos hasta los principios esenciales del sistema jurídico” (Valencia Z., Arturo, Ortiz M., Álvaro, Derecho Civil, Tomo I: Parte General y Personas, decimoquinta edición, Bogotá-2002, p. 115).

⁸⁸ Tal como lo ordena el artículo 113 de la Constitución Política al decir que “Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

administrativo, aquellas declaraciones juramentadas que ya reposan en los trámites administrativos que han sido adelantados por las entidades correspondientes”.

60.- Con base en los anteriores criterios, la Sala al no encontrar reunidos alguno de los supuestos de excepción no dará valor probatorio a las entrevistas realizadas, dentro del proceso penal ordinario, a Antonio María Peña Ortega, Aleida Camargo Contreras, Ana Belinda Peña Ortega, Ramón Quintero Castro, José de Dios Quintero Santana, Rosalía Sanguino Contreras, Gladys María Quintero Guerrero, Faride Quintero Bayona, José Antonio Guerrero Sánchez y José Ángel Peña Ortega, lo que no impide que la misma Sala pueda tener y valorar sus manifestaciones como indicios, especialmente aquellos que establecen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que falleció violentamente **OLIVO PEÑA ORTEGA**, ya que pueden ser útiles, pertinentes y conducentes para determinar la vulneración de derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario, o a otras normas convencionales que habrá que establecer con posterioridad, y para lo que es necesario, dando prevalencia a lo sustancial por sobre el excesivo rigorismo procesal⁸⁹.

61.- En relación con la valoración de las actas de las diligencias de inspección judicial, de los dictámenes periciales y de los informes técnicos practicados en el proceso penal trasladado, la premisa jurisprudencial⁹⁰ es que las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquéllos en los que fueron practicados, salvo que lo hayan sido con audiencia de la parte contra la que se aducen⁹¹.

62.- Para el caso en concreto obra: (i) formato de inspección técnica a cadáver realizado el 15 de agosto de 2008 a las 11:20 a.m., por el Grupo de Policía Judicial CTI de Ocaña [fls.8 a 13 cuaderno de pruebas 1]; (ii) informe fotográfico 0507, de 15 de agosto de 2008 [fls.22 a 28 cuaderno de pruebas 1]; (iii) ficha técnica fotográfica y/o videográfica [fls.29 y 30 cuaderno de pruebas 1]; (iv) informe pericial de necropsia número20081010154498000122, de 18 de agosto de 2008 [fls.38 a 42, 71 a 75 cuaderno de pruebas 1]; y, (v) informe de Investigador de Laboratorio del CTI de balística forense, CTI Cúcuta, de 23 de octubre de 2008 [fls.61 a 70 cuaderno de pruebas 1], las cuales serán valoradas por esta Sala según los criterios fijados en el anterior apartado.

⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-768 de 2014.

⁹⁰ Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334; Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 22 de octubre de 2012, expediente 24070.

⁹¹ Sección Tercera, sentencia de 5 de junio de 2008, expediente 16398. Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11898. Finalmente, las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquéllos en los que fueron practicados, cuando ello no se hizo a petición o con audiencia de la parte contra la cual se aducen. En efecto, para garantizar el derecho de contradicción, estas pruebas deben practicarse, en todo caso, dando oportunidad a las partes de estar presentes, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 237 y 246 del Código de Procedimiento Civil, lo que, obviamente, no podrá lograrse con el simple traslado posterior del acta o del informe respectivos. Por lo anterior, la inspección o el peritazgo (sic) deberán practicarse nuevamente en el nuevo proceso”.

2.2.4. Valoración de la prueba trasladada desde el proceso disciplinario –militar y ordinario- que se adelantó ante el Comandante de la Brigada Móvil No.15 de la Segunda División del Ejército Nacional y la Procuraduría Provincial de Ocaña, bajo la radicación 046-2742-08.

63.- De acuerdo con los fundamentos anteriores, la Sala valora cada tipología de medios probatorios que fueron objeto de traslado desde el proceso disciplinario –militar y ordinario- radicado con el número 046-2742-08, de acuerdo con el Oficio 01252, de 10 de junio de 2011, de la Procuradora Provincial con la que se allegó copia auténtica de la investigación disciplinaria [cuaderno de pruebas 2].

64.- En cuanto a la prueba documental trasladada al proceso, consistente en el proceso disciplinario –militar y ordinario- radicado con el número 046-2742-08, fue solicitada por la parte demandante sin que haya sido objeto de petición expresa o coadyuvancia por parte de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional. Sin perjuicio de lo anterior, se cumple con dos de los supuestos para su valoración: (i) la prueba documental estuvo a disposición de las partes una vez allegada durante el período probatorio, con lo que hubo lugar a la contradicción de la misma, sin que hubiere sido objeto de tacha alguna por parte de las entidades demandadas, garantizándose con ello el derecho de contradicción y publicidad de la prueba [cumpliendo con ello los mandatos constitucionales y convencionales]. De igual forma, el precedente de la Sala sostiene que las pruebas recaudadas podrán ser valoradas ya que se puede considerar contrario a la lealtad procesal *“que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, bien sea por petición expresa o coadyuvancia pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión”*⁹²; y, (ii) se trata de medios probatorios que puede ser conducentes, pertinentes y útiles para establecer la vulneración de derechos humanos y de infracciones al derecho internacional humanitario, en las condiciones en las que acaecieron los hechos.

65.- Ahora bien, respecto a las declaraciones rendidas, si bien fueron aportadas al proceso en copia auténtica, son varias las premisas a tener en cuenta en su valoración: (i) inicialmente, cumple uno de los presupuestos adicionales que se fijan en las reglas que legal y jurisprudencialmente se han establecido: de una parte, se practicaron con audiencia de la parte contra la cual se aduce al haber sido rendidas dentro del proceso disciplinario militar adelantado por el Comandante de la Brigada Móvil N° 15 de la Segunda División del Ejército Nacional, y por miembros de dicha institución componente de la unidad que participó en los hechos el 15 de agosto de 2008; [ii] por otro lado, no

⁹² Sección Tercera, sentencia de 21 de febrero de 2002, expediente 12789; sentencia de 9 de junio de 2010, expediente 18078.

se cumplió con el procedimiento de ratificación al interior del proceso contencioso administrativo de ninguno de los testimonios, ni de la declaración objeto de traslado, con lo que no se cumple lo exigido en el artículo 222 del Código General del Proceso [Ley 1564 de 2012]; (iii) sin embargo, de acuerdo con la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera, de 11 de septiembre de 2013 [expediente 20601], procede su valoración de manera directa.

66.- De otra parte, las versiones libres rendidas por el Cabo Segundo Jaime Andrey Hernández Mora y los soldados profesionales Jorge Armando Camilo Figueroa, Fredy Armando Bernal Rincón, Juan Isidro Caicedo Medrano y Eliécer Walfran Berrío Chamorro, y trasladadas inicialmente al proceso disciplinario militar y luego al presente, la Sala de Subsección no puede valorarla *“en ningún caso, como prueba testimonial ni someterse a ratificación”*⁹³, teniendo en cuenta que *“siempre que se quiera hacer valer la declaración del respectivo agente estatal, dentro de este tipo de procesos, debe ordenarse la práctica de su testimonio”*⁹⁴ y bajo el apremio del juramento⁹⁵.

67.- Sin embargo, desde la perspectiva convencional, y en atención a la vulneración de los derechos humanos y las violaciones del derecho internacional humanitario o a otras normas convencionales que pueden desvelarse en el presente proceso, la Sala de Subsección como juez de convencionalidad y sustentado en los artículos 1.1, 2, 8.1, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 29 y 229 de la Carta Política contrastará lo declarado en la indagatoria con los demás medios probatorios para determinar si se consolidan como necesarios los indicios que en ella se comprendan⁹⁶.

68.- En relación con la valoración de las actas de las diligencias de inspección judicial, de los dictámenes periciales y de los informes técnicos practicados en el proceso penal trasladado, la premisa jurisprudencial⁹⁷ es que las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquéllos en los

⁹³ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11898.

⁹⁴ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11898.

⁹⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 7 de septiembre de 2015, expediente 52892, párrafo 8.4. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 20 de octubre de 2014, expediente 29575. Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 26 de junio de 2014, expediente 21630. Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 20 de febrero de 2014, expediente 26576.

⁹⁶ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 7 de septiembre de 2015, expediente 52892, párrafo 8.5.

⁹⁷ Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334; Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 22 de octubre de 2012, expediente 24070.

que fueron practicados, salvo que lo hayan sido con audiencia de la parte contra la que se aducen⁹⁸.

69.- Con fundamento en lo anterior, la Sala como juez de convencionalidad y contencioso administrativo tendrá, valorará y apreciará los medios probatorios [documentos, testimonios, indagatorias, inspecciones judiciales, experticios e informes técnicos y fotografías] trasladados desde los procesos penales ordinarios y las investigaciones disciplinarias militares y ordinarias que cursan, o cursadas, por muerte violenta de **OLIVO PEÑA ORTEGA**, con las limitaciones y en las condiciones señaladas.

70.- Luego de abordar las cuestiones procesales, y siendo una de ellas, la falta de legitimación en la causa por activa y la valoración de cierta prueba trasladada, objetos de las apelaciones de la parte actora y de las entidades públicas demandadas que se entienden resueltos, la Sala delimita el análisis de las impugnaciones presentadas por las partes.

3. Análisis de la impugnación.

71.- El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por las partes en sus escritos de apelación oportunamente presentados [siguiendo la sentencia de la Sala Plena de Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, expediente 21060]. Específicamente se analizará por la Sala el juicio de imputación y la reparación de los perjuicios morales, precisándose su estudio de la siguiente manera: (1) operó la eximente de responsabilidad de la culpa de la víctima; (2) que no se probó la falla en el servicio; (3) reconocimiento de perjuicios morales a una de las demandantes; y, (4) determinación si hubo condena extra-petita.

72.- Con base en la anterior delimitación de las impugnaciones la Sala formulará los problemas jurídicos.

4. Problemas jurídicos.

⁹⁸ Sección Tercera, sentencia de 5 de junio de 2008, expediente 16398. Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11898. Finalmente, las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquéllos en los que fueron practicados, cuando ello no se hizo a petición o con audiencia de la parte contra la cual se aducen. En efecto, para garantizar el derecho de contradicción, estas pruebas deben practicarse, en todo caso, dando oportunidad a las partes de estar presentes, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 237 y 246 del Código de Procedimiento Civil, lo que, obviamente, no podrá lograrse con el simple traslado posterior del acta o del informe respectivos. Por lo anterior, la inspección o el peritazgo (sic) deberán practicarse nuevamente en el nuevo proceso”.

73.- Se pueden plantear tres problemas jurídicos: (1) ¿cabe imputar fáctica y jurídicamente la responsabilidad a las entidades públicas demandadas por el daño antijurídico padecido por **OLIVO PEÑA ORTEGA**, como consecuencia de su muerte violenta en los hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008 en el corregimiento Puente Real, vereda La Perla, municipio de San Calixto –Norte de Santander-?; (2) si cabe imputar el daño antijurídico, ¿procede el reconocimiento y liquidación de los perjuicios inmateriales [morales y por vulneración a bienes convencionales y constitucionales] y materiales [en la modalidad de lucro cesante]; o, (3) ¿sólo cabe confirmar los perjuicios inmateriales que en la modalidad de perjuicios morales y materiales que fueron reconocidos y liquidados en primera instancia, o cabe incrementarlos?

74.- Antes de abordar el estudio de los fundamentos de la responsabilidad y su acreditación para el caso en concreto, debe tenerse en cuenta que en esta providencia la Sala ejerce un control de convencionalidad en los siguientes términos.

5. Control oficioso de convencionalidad⁹⁹.

75.- El control de convencionalidad¹⁰⁰ es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión como el “*control difuso de convencionalidad*” e implica el deber de todo juez nacional de “*realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”¹⁰¹.

76.- Si bien, como construcción jurídica, el control de convencionalidad parece tener su origen en la sentencia proferida en el “caso Almonacid Arellano y otros vs Chile,”¹⁰² lo cierto es que

⁹⁹ Puede verse: Sección Tercera, Sala de Sub-sección C en la sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 35413.

¹⁰⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerzas rectoras*, 1ª ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp.717. Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”, en BREWER CARÍAS, Allan R., SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*, 1 ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp.175-181

¹⁰¹ FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014]. “*Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerzas rectoras*, 1ª ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp.717.

¹⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

desde antes del 2002,¹⁰³ e incluso en la jurisprudencia de los años noventa de la Corte Interamericana de Derechos, ya se vislumbraban ciertos elementos de este control de convencionalidad¹⁰⁴.

77.- Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado,¹⁰⁵ aunque en su formulación inicial se señalaba que eran los jueces los llamados a ejercerlo¹⁰⁶.

78.- Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar cómo en el “caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,” la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, pues allí se afirma que constituye una obligación en cabeza del poder judicial ya que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma¹⁰⁷ y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.”¹⁰⁸

79.- Lo anterior indica claramente que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una “interpretación convencional” para determinar si aquellas normas son “compatibles” con los mínimos previstos

¹⁰³ “[...] El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, v.gr., en los casos Myrna Mack Chang (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y Tibi (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4)”. SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

¹⁰⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerzas rectoras*, 1ª ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp.717.

¹⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123: “El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”.

¹⁰⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerzas rectoras*, 1ª ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp.717.

¹⁰⁷ “[...] El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente”. CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

¹⁰⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario¹⁰⁹.

80.- Ese control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así:

“[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”¹¹⁰.

81.- En suma, dada la imperiosa observancia de la convencionalidad basada en los Derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia decantada por la Corte Interamericana, como criterio interpretativo vinculante, es que se encuentra suficiente fundamento para estructurar el deber jurídico oficioso de las autoridades estatales –y en particular de los jueces- de aplicar la excepción de in-convencionalidad para favorecer las

¹⁰⁹ FERRER MACGREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014]. “[...] Se trata de un estándar “mínimo” creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad” otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales”. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerzas rectoras*, 1ª ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp.717.

¹¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014]. En opinión de Ferrer MacGregor: “Si observamos los alcances del “control difuso de convencionalidad”, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de “bloque de constitucionalidad” derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un “deber” de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un “bloque de convencionalidad” para establecer “estándares” en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional”. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerzas rectoras*, 1ª ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp.717.

prescripciones normativas que emanan de la Convención por sobre los actos jurídicos del derecho interno¹¹¹.

82.- Esta afirmación se fundamenta no sólo en la prohibición que tiene todo Estado parte de un tratado de no oponer su derecho interno para incumplir los acuerdos internacionales¹¹², sino también en la pretensión de justicia que intrínsecamente encierran las disposiciones convencionales, comoquiera que el *telos* de ésta y de su interprete último es el de privilegiar la vigencia de los Derechos Humanos y del principio democrático en cada uno de los países firmantes de la Convención¹¹³.

83.- Dicho con otras palabras, no es la autoridad local quien determina la medida y alcance de la Convención, sino que es la Convención la que les determina a las autoridades nacionales su medida y alcance competencial a la luz de sus disposiciones¹¹⁴.

84.- El control de convencionalidad como construcción jurídica no se agota en el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos, sino que ha tenido cabida cuestionada en el derecho comunitario europeo, en el que se planteó la denominada doctrina “*Simmenthal*”. Se trata del caso “*Administration des finances italiennes c. Simmenthal*”, sentencia del 9 de marzo de 1978 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el que consideró:

“[...] El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicarlas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”¹¹⁵.

¹¹¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerzas rectoras*, 1ª ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp.717.

¹¹² Se trata del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que establece: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

¹¹³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerzas rectoras*, 1ª ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp.717.

¹¹⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerzas rectoras*, 1ª ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp.717.

¹¹⁵ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso “*administration des finances italiennes c. Simmenthal*”, sentencia de 9 de marzo de 1978, en FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, p.1207. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerzas rectoras*, 1ª ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp.717.

85.- En tanto que en el derecho europeo de los derechos humanos, se encuentra que la Corte Europea de Derechos Humanos ha venido aplicando el control de convencionalidad¹¹⁶, operándolo tanto frente Constituciones, como respecto de leyes de los Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos. En ese sentido se puede citar los siguientes casos: a) *Partie communiste unifié de Turquie*, sentencia de 20 de noviembre de 1998; b) caso *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres*, sentencia de 28 de octubre de 1999¹¹⁷; c) caso *Open Door y Dublin Well Woman*¹¹⁸.

86.- Como puede observarse, el control de convencionalidad no es una construcción jurídica aislada, marginal o reducida a sólo el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos. Por el contrario, en otros sistemas de derechos humanos, como el europeo, o en un sistema de derecho comunitario también ha operado desde hace más de tres décadas, lo que implica que su maduración está llamada a producirse en el marco del juez nacional colombiano¹¹⁹.

87.- Y justamente esta Corporación ya ha hecho eco de la aplicabilidad oficiosa e imperativa del control de convencionalidad conforme a la cual ha sostenido el deber de los funcionarios en general, y en particular de los jueces, de proyectar sobre el orden interno y dar aplicación directa a las normas de la Convención y los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; tales cuestiones han sido abordadas en aspectos tales como los derechos de los niños, la no caducidad en hechos relacionados con actos de lesa humanidad, los derechos a la libertad de expresión y opinión, los derechos de las víctimas, el derecho a la reparación integral, el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho al a protección judicial, entre otros asuntos¹²⁰.

¹¹⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerzas rectoras*, 1ª ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp.717.

¹¹⁷ Puede verse en: SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8eme ed, Paris, PUF, 2006, p.191-2.

¹¹⁸ Puede verse: RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1997, p.42.

¹¹⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerzas rectoras*, 1ª ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp.717.

¹²⁰ Véase, entre otras, las siguientes providencias: sentencia de 25 de mayo de 2011 (expediente 15838), sentencia de 25 de mayo de 2011 (expediente 18747), sentencia de 8 de junio de 2011 (expediente 19772), sentencia de 31 de agosto de 2011 (expediente 19195), sentencia de 1º de febrero de 2012 (expediente 21274), sentencia de 18 de julio de 2012 (expediente 19345), sentencia de 22 de octubre de 2012 (expediente 24070), sentencia de 19 de noviembre de 2012 (expediente 25506), sentencia de 27 de febrero de 2013 (expediente 24734), sentencia de 20 de junio de 2013 (expediente 23603), sentencia de 24 de octubre de 2013 (expediente 25981), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 40802), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 26013), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 25813), sentencia de 3 de marzo de 2014 (expediente 47868), sentencia de 26 de marzo de 2014 (expediente 29129), sentencia de 8 de abril de 2014 (expediente 28330), sentencia de 8 de abril de 2014 (expediente 28318), sentencia de 14 de mayo de 2014 (28618), sentencia de 9 de julio de 2014 (expediente 30823), sentencia de 9 de julio de 2014 (expediente 28318), sentencia de 12 de julio de 2014 (expediente 28433), sentencia de 28 de agosto de 2014 (expediente 26251), sentencia de 20 de octubre de 2014 (expediente 31250), sentencia de 12 de noviembre de 2014 (expediente 28505). Auto de 24 de

88.- Así mismo, cabe examinar que por las circunstancias en que ocurrió la muerte violenta de **OLIVO PEÑA ORTEGA** el 15 de agosto de 2008 en el corregimiento de Puente Real, vereda La Perla, municipio de San Calixto –Norte de Santander-, y por las condiciones en las que este tipo de eventos se viene produciendo en el Estado colombiano en el marco del conflicto armado interno, los fundamentos para su encuadramiento como un caso constitutivo de una grave vulneración de los derechos humanos, de infracciones del derecho internacional humanitario, y la configuración como acto de lesa humanidad.

6. La particularidad de los hechos del caso implican una grave vulneración de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y constitutivo de un acto de lesa humanidad¹²¹.

89.- Así las cosas, una vez precisado el alcance del control de convencionalidad en el ordenamiento jurídico interno, la Sala debe destacar que los hechos objeto de la presente sentencia implican una clara y grave violación de los derechos humanos, infracciones del derecho internacional humanitario, y puede ser constitutivo de un acto de lesa humanidad. En cuanto a este último aspecto, cabe afirmar que bajo un análisis contextual las denominas “*falsas acciones de cumplimiento*” de los mandatos constitucionales y legales por parte de agentes estatales, específicamente de miembros de las fuerzas militares en Colombia desde los años ochenta, pero con mayor frecuencia y rigurosidad a partir del año 2004 se viene presentando como una actividad sistemática, dirigida contra personas de la población civil y, con la participación directa o la aquiescencia de los mencionados miembros de las fuerzas militares, por lo que los hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008 en los que murió violentamente **OLIVO PEÑA ORTEGA** en el corregimiento Puente Real, vereda La Perla, del municipio de San Calixto –Norte de Santander-, cabe encuadrarlo dentro de esta categoría de acto de lesa humanidad, integrándose a un conjunto de casos sobre los que esta Sala y las demás Sub-secciones vienen pronunciándose y que han acaecido en los diferentes puntos cardinales del país.

90.- En este sentido, la Sala retoma el criterio ya expuesto con anterioridad según el cual, en tales eventos, la pretensión declarativa de responsabilidad excede el interés particular o

septiembre de 2012 (expediente 44050), Auto de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de diciembre de 2012 (expediente 45679), Auto de 17 de septiembre de 2013 (expediente 45092), Auto de Sala Plena de Sección de 17 de octubre de 2013 (expediente 45679), Auto de 26 de septiembre de 2013 (expediente 42402), entre otras providencias. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerzas rectoras*, 1ª ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp.717.

¹²¹ Puede verse: Sección Tercera, Sala de Sub-sección C en la sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 35413.

individual y se ve revestida de una relevancia jurídica colectiva que involucra a la humanidad en su conjunto¹²².

91.- En consecuencia, tomando como punto de partida los hechos expuestos en la demanda debidamente acreditados y habiendo motivado suficientemente la razón por la cual el litigio que ocupa el conocimiento de la Sala se enmarca dentro del concepto de grave violación de Derechos Humanos y como acto de lesa humanidad, surge para el juez administrativo, como juez de convencionalidad la competencia para pronunciarse, oficiosamente, sobre el contexto amplio que involucra esta situación, lo que implica la declaratoria de responsabilidad del Estado respecto de aquellos daños antijurídicos que le sean atribuibles, siempre que guarden relación o vínculo con este contexto.

92.- Al encontrarse la Sala frente a un caso de tal magnitud, constitutivo de un acto de lesa humanidad, considerando que es la sociedad como un todo, la humanidad y no solo unos sujetos individualmente considerados quienes resultan ofendidos con este tipo de acciones, surge una competencia convencional oficiosa en virtud de la cual el juez administrativo está llamado a abordar el juicio de responsabilidad del Estado en el marco de este contexto y, por contera, le corresponderá dictar las medidas generales no pecuniarias dirigidas a la sociedad y humanidad como un todo.

93.- Por consiguiente, mal haría la Sala en guardar silencio respecto de unos hechos constitutivos de la muerte violenta de una persona de la población civil, como **OLIVO PEÑA ORTEGA**, apoyándose en un argumento de raigambre procedimental. Ello, a más de prohijar una visión miope de la realidad que se juzga e impedir la estructuración de una completa dimensión contextual en la cual se desarrollaron los hechos objeto de juicio, no se ajusta a los postulados ideales del juez administrativo en el ámbito del Estado Social y Democrático de Derecho y conforme al control de convencionalidad, comprometido con la obtención del derecho

¹²² Sección Tercera, Sub-sección C. Auto de 17 de septiembre de 2013, expediente 45092.

sustancial y la búsqueda de la verdad, en tanto manifestaciones de la justicia material¹²³ conforme a las normas convencionales¹²⁴ y constitucionales.

94.- El juez administrativo, en estos casos, debe apoyarse tanto en los mandatos normativos convencionales contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos [recordando que se encuentra incorporada al ordenamiento jurídico colombiano por la ley 16 de 1972], las demás normas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos [v.gr., el Protocolo Adicional a la Convención de San Salvador], la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las normas de derecho internacional humanitario [como los Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo Adicional II a estos Convenios de 1977] y otras normas para la protección contra la discriminación o la tutela de los discapacitados, a efectos de evitar que se concrete una circunstancia de impunidad¹²⁵⁻¹²⁶ en un caso constitutivo de lesa humanidad; de modo que está habilitado para pronunciarse sobre la configuración de la

¹²³ Corte Constitucional sentencia SU-768 de 2014. In extenso, este punto fue desarrollado por la Corte en los siguientes términos: *“El Juez del Estado social de derecho es uno que ha dejado de ser el “frio funcionario que aplica irreflexivamente la ley”, convirtiéndose en el funcionario –sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material”*.

¹²⁴ Sección Tercera, Subsección C. auto de 17 de septiembre de 2013, expediente 45092. *“es común sostener que el Juez Administrativo no es un mero ejecutor formal de las normas legales, sino que en consideración al rol funcional que desempeña dentro del Estado Social de Derecho, es su obligación, antes que nada, ser garante de la corrección constitucional en la interpretación y aplicación de las normas legales, al igual que ejercer, ex officio, el control de convencionalidad que se le impone en razón a la fuerza vinculante de los tratados de Derechos Humanos y su doctrina”*.

¹²⁵ Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2005/102/Add.1 8 de febrero de 2005. Conforme al concepto amplio de impunidad desarrollado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que incluye allí la inexistencia de responsabilidad administrativa, en los siguientes términos: *“Impunidad Por impunidad se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”*.

¹²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) c. Guatemala, sentencia de 8 de marzo de 1998. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha comprendido un concepto amplio de impunidad, entendiendo por tal **“la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”**. Criterio reiterado, entre otros, en el Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000; Caso del Tribunal Constitucional c. Perú, sentencia de 31 de enero de 2001; Caso Ivcher Bronstein c. Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001; Caso Las Palmeras c. Colombia, sentencia de reparaciones de 6 de diciembre de 2001; Caso Juan Humberto Sánchez c. Honduras, sentencia de 7 de junio de 2003; Caso 19 Comerciantes c. Colombia, sentencia de 5 de julio de 2004; Caso de los Hermanos Paquiyauri c. Perú, sentencia de 8 de julio de 2004; Caso de las Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador, sentencia de 1° de marzo de 2005; Caso de la Comunidad Moiwana c. Suriname, sentencia de 1° de marzo de 2005; Caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005.

responsabilidad del Estado respecto del todo el contexto en que sucedieron los hechos, dado que está frente a un caso de tal magnitud en donde el interés en determinar la responsabilidad no es una cuestión de estirpe netamente individual sino que, como se dijo, tiene relevancia colectiva al afectar a la humanidad en su conjunto.

95.- Con base en los anteriores fundamentos es necesario establecer bajo un estudio de contexto que la muerte violenta de **OLIVO PEÑA ORTEGA** ocurrida el 15 de agosto de 2008 en el corregimiento Puente Real, vereda La Perla, municipio de San Calixto –Norte de Santander- hace parte de un conjunto sistemático de actividades, contra la población civil y realizadas o con la aquiescencia de los miembros de las fuerzas militares, por lo que cabe examinar fundamentos en los que se sustenta el concepto de lesa humanidad.

7. El concepto de lesa humanidad para el caso.

98.- Así, se tiene que los de lesa humanidad se comprenden como *“aquellos actos ominosos que niegan la existencia y vigencia imperativa de los Derechos Humanos en la sociedad al atentar contra la dignidad humana por medio de acciones que llevan a la degradación de la condición de las personas, generando así no sólo una afectación a quienes físicamente han padecido tales actos sino que agrediendo a la conciencia de toda la humanidad”*¹²⁷; siendo parte integrante de las normas y principios de *jus cogens* de derecho internacional¹²⁸, razón por la cual su reconocimiento, tipificación y aplicación no puede ser contrariado por norma de derecho internacional público o interno¹²⁹.

¹²⁷ Sección Tercera, Sub-sección C, Auto de 17 de septiembre de 2013, exp. 45092.

¹²⁸ Tal como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente, en el caso *Almonacid Arellano c. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, en los siguientes términos: “152. En efecto, por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad¹²⁸ claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido. 153. Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa”.

¹²⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “La ampliación del contenido del *ius cogens*”, en [<http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.DM.MR.1-16.pdf>]. “[...] el *ius cogens* internacional va más allá que el derecho de los tratados, extendiéndose al derecho de la responsabilidad internacional del Estado, y a todo el *corpus juris* del Derecho Internacional contemporáneo, y abarcando, en última instancia, a todo acto jurídico. Al abarcar todo el Derecho Internacional, se proyecta también sobre el derecho interno, invalidando cualquier medida o acto incompatible con él. El *ius cogens* tiene incidencia directa en los propios fundamentos de un Derecho Internacional universal, y es un pilar básico del nuevo *jus Gentium*”.

99.- Dicho lo anterior, en lo que es de interés para la responsabilidad del Estado, se entiende que los elementos estructuradores del concepto de lesa humanidad son: (i) que el acto se ejecute o lleve a cabo en contra de la población civil y que ello ocurra (ii) en el marco de un ataque que revista las condiciones de generalizado o sistemático¹³⁰.

100.- Así, en cuanto al primero de estos elementos, se debe acudir a la normativa del Derecho Internacional Humanitario, específicamente al artículo 50 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, norma que establece, por exclusión, a quienes se les considera población civil, en los siguientes términos: *"1. Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil"*, constituye, entonces, población civil todas las personas que no se encuadran dentro de las categorías de miembros de las fuerzas armadas y prisioneros de guerra.

101.- Este punto debe ser complementado con lo establecido por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, en el caso *Fiscal vs Dusko Tadic*, en donde se dejó claro que el criterio de la población civil no se aplica desde una perspectiva individual sino colectiva o grupal: *"el acento no es puesto en la víctima individual, sino, ante todo, en la colectiva. La victimización del individuo no deriva de sus características personales, sino de su pertenencia a un determinado grupo de población civil que es tomada como blanco"*¹³¹.

102.- Por otra parte, en segundo elemento estructurador del acto de lesa humanidad hace referencia al tipo de ataque, debiendo ser éste generalizado o sistemático, en tanto supuestos alternativos. Así, por generalizado se entiende un ataque que causa una gran cantidad de víctimas o dirigido contra una multiplicidad de personas, es decir, se trata de un criterio *cuantitativo*. A su turno, el carácter sistemático pone acento en la existencia de una planificación previa de las conductas ejecutadas¹³², de manera que, siguiendo a la Comisión de Derecho

¹³⁰ Cfr. Sección Tercera, Sub-sección C, Auto de 17 de septiembre de 2013, exp. 45092.

¹³¹ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Sentencia de 7 de mayo de 1997. Caso Fiscal vs. Dusko Tadic, [<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>; consultado 1 de abril de 2013]. El aparte citado es del siguiente tenor en francés: *"Ainsi, l'accent n'est pas mis sur la victime individuelle mais plutôt sur la collectivité, la victimisation de l'individu ne tenant pas à ses caractéristiques personnelles mais plutôt à son appartenance à une population civile ciblée."* [<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/fr/tad-tj970507f.pdf>; consultado el 18 de marzo de 2013].

¹³² Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Sentencia de 7 de mayo de 1997. Caso Fiscal vs. Dusko Tadic, [<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>; consultado 1 de abril de 2013]. En el caso Tadic el TIPY sostuvo esta diferencia en los siguientes términos: *"648. Por lo tanto, el deseo de excluir los actos aislados o aleatorios de la noción de crímenes contra la humanidad que dio lugar a la inclusión de la exigencia de que los actos deben ser dirigidos contra una población civil" población ", y, o bien una constatación de ser generalizado, que se refiere a el número de víctimas, o*

Internacional, “lo importante de este requisito es que excluye el acto cometido al azar y no como parte de un plan o una política más amplios.”¹³³.

103.- Para determinar que se trata de un acto de lesa humanidad la Sala ha debido analizar bajo criterios contextuales¹³⁴ los hechos del presente caso¹³⁵ y los de otras decisiones judiciales¹³⁶, de las que se desprenden los elementos singulares siguientes: (1) se trata de acciones desplegadas por diferentes unidades y miembros de las fuerzas militares con ocasión del conflicto armado; (2) se realizan bajo la cobertura de órdenes o misiones militares y con conocimiento de los altos mandos militares de cada zona en donde se despliegan; (3)

sistematicidad, lo que indica que un patrón o plan metódico es evidente, cumple con este requisito”. En inglés la redacción es la siguiente: “648. It is therefore the desire to exclude isolated or random acts from the notion of crimes against humanity that led to the inclusion of the requirement that the acts must be directed against a civilian “population”, and either a finding of widespreadness, which refers to the number of victims, or systematicity, indicating that a pattern or methodical plan is evident, fulfils this requirement”.

¹³³ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. 1996. V.II Segunda Parte. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo periodo de sesiones, p.51.

¹³⁴ WOLFFHÜGEL G., Christian, “El elemento contextual del crimen de lesa humanidad: una visión en el marco de las decisiones de la corte penal internacional”, en [<https://www.ucep.org/OKN/collection/cortepenar/Wolffhugelformatted.pdf>; consultado 16 de agosto de 2015]. “Será entonces, con ocasión de las órdenes de arresto en contra de Jean Pierre Bemba Bombo – en la situación de la República Centro Africana- y Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) y Ali Muhammad Ali Abd-Rahman (“Ali Kushayb”) – en la situación de Darfur, Sudán-, donde se puede encontrar la primera evaluación, contenida en una orden de arresto, respecto de los elementos contextuales del crimen de lesa humanidad [...] Así mismo, la SCP I en el caso contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo – situación de la República Democrática del Congo, formuló un análisis del elemento contextual del crimen de lesa humanidad a cuyo efecto tuvo en cuenta los hechos sucedidos entre enero de 2001 y enero de 2004, en los cuales los grupos armados Mengu y Ngiti conocidos como las FNI – Fuerzas Nacionales Integracionistas- y las FRPI –Fuerzas Revolucionarias Patrióticas de Ituri-, llevaron a cabo más de diez ataques, en los cuales se causó el asesinato de civiles en un número importante”. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Directiva N0. 0001 de 4 de octubre de 2012, “Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación”, en [<http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-N%C2%B0-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf>; consultado 16 de agosto de 2015]. “Contexto: Marco de referencia contentivo de aspectos esenciales, acerca de elementos de orden geográfico, político, económico, histórico y social en el cual se han perpetrado delitos por parte de grupos criminales, incluidos aquellos en los que servidores públicos y particulares colaboran con aquéllos. Debe igualmente comprender una descripción de la estrategia de la organización delictiva, sus dinámicas regionales, aspectos logísticos esenciales, redes de comunicaciones y mantenimiento de redes de apoyo, entre otros. No bastará con la descripción de la estructura criminal o una enunciación de sus víctimas, sino que se deberá analizar su funcionamiento. La creación de contextos persigue: (i) conocer la verdad de lo sucedido; (ii) evitar su repetición; (iii) establecer la estructura de la organización delictiva; (iv) determinar el grado de responsabilidad de los integrantes del grupo y de sus colaboradores; (v) unificar actuaciones al interior de la Fiscalía con el fin de esclarecer patrones de conducta, cadenas de mando fácticas y de iure; y (vi) emplear esquemas de doble imputación penal, entre otros aspectos. A efectos de construir los contextos, se deberán recaudar y valorar en su conjunto, de forma ponderada y sistemática, diversas fuentes de información, incluida aquella que quieran suministrar las víctimas. De igual manera, se deberán adoptar las medidas procesales necesarias para que los elementos que permitan construir el contexto puedan servir, a su vez, como material probatorio y evidencia física en las respectivas indagaciones o procesos penales que surjan a partir de los casos o situaciones priorizados, o en otros. No constituye contexto el simple recuento anecdótico de acontecimientos ni tampoco el relato de hechos inconexos”.

¹³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, sentencia de 20 de noviembre de 2013, párrafos 81 a 94. En especial se analizó contextualmente la situación de orden público y los actos de violencia contra las comunidades del Cacarica.

¹³⁶ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 7 de septiembre de 2015, expediente 52892. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 7 de septiembre de 2015, expediente 47671.

presuntamente se identifican a miembros de grupos armados insurgentes, de bandas criminales o de narcotraficantes; (4) involucran a personas de la población civil que responden a ciertas características: (4.1) son jóvenes [edades que oscilan entre 19 y 26 años]; (4.2) algunos campesinos, otras personas que llegaron a las ciudades y que tenían un oficio, en determinados casos personas que se realizan actividades ilícitas menores, y alguno con una elección de vida social, como ser “punkero”, o con discapacidades mentales o sensoriales reconocibles exteriormente; (5) son presentados como dados de baja en presuntos combates entre las fuerzas militares y miembros de grupos armados insurgentes o bandas criminales; (6) en la escena de los hechos a las personas de la población civil muertas violentamente les encuentran armas de fuego de corto alcance [revólveres y pistolas] que fueron accionadas en pocas ocasiones o no lo fueron; (7) por el contrario los miembros de cada unidad militar dispara en el evento un abundante número de proyectiles de sus armas de dotación oficial]; (8) siempre se trataba de acciones en las que las unidades militares contaban con mayoría respecto de los presuntos insurgentes o de los miembros de bandas criminales; (9) los hechos ocurren en la noche, en zonas de difícil acceso y sin presencia de viviendas; y, (10) las investigaciones iniciales son adelantadas por la justicia penal militar con cierres, archivos y envío a la jurisdicción ordinaria después de enfrentar serias dificultades para lograr establecer la veracidad de los hechos.

104.- Determinados los anteriores conceptos y los criterios contextuales, la Sala conforme al acervo probatorio revisado en el expediente, encuentra que los hechos objeto de esta sentencia se corresponden con la categoría de acto de lesa humanidad, pues, por una parte (1) los hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008 concretan una práctica que está siendo dirigida por algunas unidades y miembros de las fuerzas militares de Colombia contra la población civil en diferentes lugares del territorio nacional, que como en este caso de concretaron el Departamento de Norte de Santander, municipio de San Calixto, vereda La Perla, corregimiento Puente Real; (2) comprende un ataque sistemático ya que se trata de una práctica que las unidades militares como el Pelotón “Coyote 1” del Batallón Contraguerilla No.95 -Segunda División del Ejército Nacional de Norte de Santander- viene realizando en esta zona y en otras a lo largo del territorio nacional, y que ha tenido como objetivo presentar a personas de la población civil que son abatidas en presuntos enfrentamientos armados como miembros de grupos armados insurgentes, de bandas criminales o de grupos ilegales al servicio del narcotráfico, produciéndose las denominadas *“falsas acciones para el cumplimiento de los mandatos constitucionales de las fuerzas militares”*; y, (3) los hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008 no pueden considerarse aislados de toda una problemática que tanto en el orden internacional las Naciones Unidas [por medio de sus Relatores Especiales para los Derechos Humanos], la Corte Penal Internacional [por medio de los informes del Fiscal Especial de ese organismo nombrado para estudiar la situación de Colombia], y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [en sus informes], como en el orden jurídico interno las autoridades judiciales de nuestro país [Corte Suprema, Tribunales Superiores, Juzgados y Fiscalía General de la Nación] vienen documentando, informando, denunciando e investigando la comisión de

múltiples vulneraciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario con este tipo de prácticas realizadas por unidades militares en diferentes zonas del territorio nacional, arrojando como resultado registros que pueden comprender cientos o miles de personas de la población civil que resultaron afectadas.

105.- En suma, la Sala encuentra que los hechos del 15 de agosto de 2008 se configuran como un acto de lesa humanidad, al obedecer a un ataque dirigido en contra de la población civil, en el marco de una práctica sistemática de las unidades militares como el Pelotón “Coyote 1” del Batallón Contraguerilla No.95, de la Segunda División del Ejército Nacional, y cuyo resultado era la muerte en presunto combate de personas de la población civil que nunca estuvieron ligados a grupos insurgentes, a bandas criminales o grupos ilegales al servicio del narcotráfico, pese a haber sido presentados como tales por las fuerzas militares, o que incluso participando en el conflicto no son sometidos y llevados ante la autoridad judicial competente.

106.- Es decir, la Sala está ante un acto que ofende y niega profundamente la dignidad humana y que ataca los principios de humanidad y democrático en los que se sustenta la sociedad moderna actual [en la que se ha construido la identidad de todas las sociedades a lo largo de la historia], en atención a la perversión moral y desprecio que envuelven este tipo de actuaciones siniestras, pues, como lo ha precisado el Tribunal Penal Internacional para la antigua ex - Yugoslavia *“los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima”*¹³⁷.

107.- Con base en los anteriores argumentos, la Sala parte de la premisa que los hechos del 15 de agosto de 2008 en el corregimiento de Puente Real, vereda La Perla, municipio de San Calixto –Norte de Santander-, en los que murió violentamente **OLIVO PEÑA ORTEGA** pueden constituir un acto de lesa humanidad de manera tal que el estudio tanto del daño antijurídico, como de la imputación y de la reparación se hará teniendo en cuenta esta naturaleza del acto que pudo haber sido desplegado por el Estado por medio de sus agentes, o con su aquiescencia, connivencia, o asumiéndolo como acto propio.

108.- Si bien en las apelaciones las partes no cuestionan la existencia y demostración del daño antijurídico producido, la Sala encuentra necesario, como primer e indiscutible elemento del juicio de responsabilidad, pronunciarse y constatar que el daño tanto en su materialidad, como en su antijuridicidad esta debidamente acreditado.

¹³⁷ Tribunal Penal Internacional Para la Antigua Yugoslavia. TPIY. Sentencia de 29 de noviembre de 1996, caso Fiscal vs Erdemovic.

8. Presupuestos del daño antijurídico.

8.1. La noción de daño en su sentido general.

109.- Daño ha de entenderse como la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Sin embargo, el daño objeto de la reparación sólo es aquel que reviste la característica de ser *antijurídico*. En este sentido, el daño sólo adquirirá el carácter de *antijurídico* y en consecuencia será indemnizable, si cumple una serie de requisitos como lo son, el de ser personal, cierto y directo¹³⁸.

110.- Ahora bien, los elementos constitutivos del daño son: (1) la certeza del daño; (2) el carácter personal, y (3) directo. El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual¹³⁹. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto¹⁴⁰⁻¹⁴¹, esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio¹⁴².

111.- La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto, pero, si la existencia del daño es la singularidad de su certeza no se debe sin embargo confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su indemnización¹⁴³. De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el

¹³⁸ MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil*. Parte primera. Volumen I. Introducción al estudio del derecho privado, derecho objetivo y derechos subjetivos. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p.510. Tal y como lo explica Mazeaud: “*Es un principio fundamental del derecho francés, aun cuando no esté formulado en ningún texto legal, que, para proceder judicialmente, hay que tener un interés: «Donde no hay interés, no hay acción». Una vez establecido el principio, ha surgido el esfuerzo para calificar ese interés que es necesario para dirigirse a los tribunales: debe ser cierto, debe ser personal. Pero se agrega: debe ser «legítimo y jurídicamente protegido» [...]»*”

¹³⁹ CHAPUS, R., *Responsabilité publique et responsabilité privée.*, ob., cit., p.507.

¹⁴⁰ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

¹⁴¹ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente 4333.

¹⁴² Salvamento de voto del Consejero de Estado Joaquín Barreto al fallo del 27 de marzo de 1990 de la Plenaria del Consejo de Estado, expediente S-021. “[...] *tanto doctrinal como hipotéticamente ha sido suficientemente precisado que dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales, es indispensable que el daño sea cierto; es decir, que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas; aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. Lo que se exige es que no exista duda alguna sobre su ocurrencia*”.

¹⁴³ CHAPUS, R., *Responsabilité publique et responsabilité privée.*, ob., cit., p.403. En el mismo sentido el profesor CHAPUS ha manifestado “*lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y dimensión del perjuicio son la medida de la indemnización. Pero bien puede reconocer que la responsabilidad se compromete cuando la existencia del perjuicio se establece, sin importar las dudas que se tengan acerca de su extensión exacta*”.

problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual¹⁴⁴.

8.2. La noción de daño antijurídico.

112.- Se considera como tal, la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal [carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural], a la esfera de actividad de una persona jurídica [carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades], o a la esfera patrimonial [bienes e intereses], que no es soportable por quien lo padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno.

113.- Así pues, daño antijurídico es aquél que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo.

114.- El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual¹⁴⁵ 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 vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”*¹⁴⁶; 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*

¹⁴⁴ HENAO, Juan Carlos, *El Daño- Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p.131

¹⁴⁵ PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en *Anuario de Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No.4, 2000, p.185. “[...] 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”. 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. 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”.

¹⁴⁶ 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.

cosa”¹⁴⁷; 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”¹⁴⁸, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos¹⁴⁹; y, (iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general¹⁵⁰, o de la cooperación social¹⁵¹.

115.- En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional 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”¹⁵². Así pues, y

¹⁴⁷ 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.

¹⁴⁸ PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186. “[...] 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”.

¹⁴⁹ MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, 1ª reimp, Alianza, Madrid, 2001, pp.152 y 153. “Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? [...] el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus miembros de todo daño o vejación”.

¹⁵⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

¹⁵¹ RAWLS, John, *Liberalismo político*, 1ª ed, 1ª reimp, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279. Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: “la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado [...] El otro elemento corresponde a “lo racional”: se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas”.

¹⁵² Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.168. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse

siguiendo la misma jurisprudencia, se ha señalado “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”¹⁵³.

116.- De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”¹⁵⁴.

117.- Se precisa advertir que en la sociedad moderna el instituto de la responsabilidad extracontractual está llamada a adaptarse, de tal manera que se comprenda el alcance del riesgo de una manera evolutiva, y no sujeta o anclada al modelo tradicional. Esto implica, para el propósito de definir el daño antijurídico, que la premisa que opera en la sociedad moderna es aquella según la cual a toda actividad le son inherentes o intrínsecos peligros de todo orden, cuyo desencadenamiento no llevará siempre a establecer o demostrar la producción de un daño antijurídico. Si esto es así, sólo aquellos eventos en los que se encuentre una amenaza inminente, irreversible e irremediable permitirían, con la prueba correspondiente, afirmar la producción de un daño cierto, que afecta, vulnera, aminora, o genera un detrimento en derechos, bienes o interés jurídicos, y que esperar a su concreción material podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece¹⁵⁵.

posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuricidad (sic)”.

¹⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, ob., cit., p.297. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”.

¹⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica *alterum non laedere*”. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, ob., cit., p.298.

¹⁵⁵ HENAO, Juan Carlos, “De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés”, en VVAA, *Daño ambiental*, T.II, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.194, 196 y 203. “[...] el daño que se presenta a partir de la simple amenaza que permite inferir el agravamiento de la violación del derecho, sin que suponga su destrucción total, no se incluye en los estudios de la doctrina sobre el carácter cierto del perjuicio. Y sin embargo, esta situación también se expresa en el carácter cierto del

118.- Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, 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 de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos” ¹⁵⁶. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹⁵⁷, anormal¹⁵⁸ y que se trate de una situación jurídicamente protegida¹⁵⁹.

8.3. El daño antijurídico cuando se producen violaciones en derechos humanos y en el derecho internacional humanitario.

119.- En aquellos especiales y singulares eventos donde la producción de daños antijurídicos comprende la vulneración de derechos humanos y la violación de normas y obligaciones del derecho internacional humanitario¹⁶⁰, convencionalmente y constitucionalmente [por virtud de

perjuicio. La única diferencia radica en que la proyección en el futuro se hará a partir de la amenaza y hasta la lesión definitiva y no respecto de las consecuencias temporales de esta última. Por esta razón es necesario tener en cuenta esta nueva situación y hacer una proyección en el futuro partiendo de la amenaza del derecho que implicará un agravamiento de la lesión del mismo [...] Se parte, en acuerdo con C. THIBIERGE cuando expone las carencias actuales de la responsabilidad civil, de tener en cuenta “el desarrollo filosófico del principio de responsabilidad y la idea de una responsabilidad orientada hacia el futuro que le permitiría al derecho liberarse de la necesidad de un perjuicio consumado y de crear una responsabilidad sólo por la simple amenaza del daño, con la condición de que éste último sea suficientemente grave” [...] La alteración del goce pacífico de un derecho es un perjuicio cierto. Aunque se pudiere reprochar que la amenaza de un derecho es por definición contraria a su violación, y por consecuencia, es contraria (sic) a la noción de daño, se reitera que la mera amenaza de violación es de por sí un daño cierto y actual. En efecto, el sentido común indica que el uso alterado de un derecho no es un goce pleno y pacífico de este, precisamente porque supone que se encuentra disminuido [...] La necesidad de estudiar la amenaza de agravación del derecho en la certeza del daño. Los desarrollos de esta primera parte nos permiten concluir que la amenaza de daño pertenece al ámbito del régimen jurídico del daño y por ende de la responsabilidad civil. Excluirla de la materia deja una parte esencial del daño sin estudio, permitiendo que se instauren concepciones en las cuales el derecho procesal limita el derecho sustancial”.

¹⁵⁶ Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550. 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”.

¹⁵⁷ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

¹⁵⁸ Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166. “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”.

¹⁵⁹ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

¹⁶⁰ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “¿Qué es el derecho humanitario?”, en [<https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih.es.pdf>; consultado 25 de junio de 2015]. Entendido el derecho internacional humanitario como un conjunto de normas que “por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados. Protege a las personas que no participan o que ya no participan en los combates y limita los medios y métodos de hacer la guerra. El DIH se suele llamarse también “derecho de la guerra” y “derecho de los conflictos armados” [...] El DIH se aplica en situaciones de conflicto armado [...] El origen del DIH se remonta a las normas dictadas por las antiguas civilizaciones y religiones. La guerra siempre ha estado sujeta a ciertas leyes y costumbres. La codificación del DIH a nivel universal comenzó en el siglo XIX. Desde entonces, los Estados han aceptado un conjunto de normas basado en la amarga experiencia de la guerra moderna, que mantiene un cuidadoso equilibrio entre las preocupaciones de carácter humanitario y las exigencias militares de los Estados [...] El DIH se encuentra esencialmente contenido en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en los que son parte casi todos los Estados. Estos Convenios se completaron con otros dos tratados: los

los artículos 2, 29, 93 y 229 de la Carta Política; 1.1, 2 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 12 del Convenio I de Ginebra de 1949 “*para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*”, y el artículo 4.2 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, “*relativa a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*” de 1977] el juez administrativo debe y puede pronunciarse sobre tal vulneración y hacerla parte del daño tanto por su despliegue directo en las víctimas, como en sus familiares.

120.- La muerte de personas de la población civil en el marco de un conflicto armado interno no puede tener como unívoca lectura la constatación del fallecimiento material, sino que exige asociarlo al respeto de la dignidad humana, como principio democrático sustancial, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo, el derecho constituir una familia y el derecho a la libertad. Se trata de afirmar que todo ciudadano que fallece en el marco del conflicto armado, sin perjuicio de su situación frente al mismo, encuentra cercenados los anteriores derechos humanos, porque (1) la forma violenta en que fallece puede en sí misma comprender una vulneración de tal tipo que se ofende el principio de humanidad y de dignidad; (2) se desprende como efecto inmediato e indiscutible que se entorpece cualquier elección del sujeto que fallece en tales condiciones, desde la perspectiva de vida personal, familiar, social y económica¹⁶¹; (3) se hace extinguir, abruptamente, cualquier capacidad laboral, productiva o

Protocolos adicionales de 1977 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados. Hay asimismo otros textos que prohíben el uso de ciertas armas y tácticas militares o que protegen a ciertas categorías de personas o de bienes. Son principalmente: - la Convención de la Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y sus dos Protocolos; - la Convención de 1972 sobre Armas Bacteriológicas; - la Convención de 1980 sobre Ciertas Armas Convencionales y sus cinco Protocolos; - la Convención de 1993 sobre Armas Químicas; - el Tratado de Ottawa de 1997 sobre las Minas Antipersonal; - el Protocolo facultativo de la Convención de sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Ahora se aceptan muchas disposiciones del DIH como derecho consuetudinario, es decir, como normas generales aplicables a todos los Estados. El DIH sólo se aplica en caso de conflicto armado. No cubre las situaciones de tensiones internas ni de disturbios interiores, como son los actos aislados de violencia. Sólo es aplicable cuando se ha desencadenado un conflicto y se aplica por igual a todas las partes, sin tener en cuenta quien lo inició. El DIH distingue entre conflicto armado internacional y conflicto armado sin carácter internacional [...] En los conflictos armados sin carácter internacional se enfrentan, en el territorio de un mismo Estado, las fuerzas armadas regulares y grupos disidentes, o grupos armados entre sí. En ellos se aplica una serie más limitada de normas, en particular las disposiciones del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional II. Es importante hacer distinción entre derecho internacional humanitario y derecho de los derechos humanos. Aunque algunas de sus normas son similares, estas dos ramas del derecho internacional se han desarrollado por separado y figuran en tratados diferentes. En particular, el derecho de los derechos humanos, a diferencia del DIH, es aplicable en tiempo de paz y muchas de sus disposiciones pueden ser suspendidas durante un conflicto armado [...] En particular, está prohibido matar o herir a un adversario que haya depuesto las armas o que esté fuera de combate. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos por la parte beligerante en cuyo poder estén. Se respetarán el personal y el material médico, los hospitales y las ambulancias [...] El DIH prohíbe, entre otras cosas, los medios y los métodos militares que: - no distinguen entre las personas que participan en los combates y las personas que no toman parte en los combates, a fin de respetar la vida de la población civil, de las personas civiles y los bienes civiles; - causan daños superfluos o sufrimientos innecesarios; causan daños graves y duraderos al medio ambiente”.

¹⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012. “[...] 143. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad [caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile].

económica de la persona, que en condiciones normales las podría haber desplegado; (4) se niega la posibilidad de constituir una familia, o se limita la posibilidad de disfrutar de la misma y de todas las virtudes y obligaciones que en dicha figura existe; (5) la persona se somete arbitrariamente a la limitación absoluta de la libertad como expresión plena de la entidad de la persona, y, (6) los familiares de las personas sometidas a la tal cercenamiento de derechos, también padecen un impacto en la dignidad colectiva¹⁶², al encontrar que sus hijos, hermanos o nietos fueron objeto de actos que violentaron todos los mínimos de respeto que esto produce una limitación o restricción indebida en la esfera de sus propios derechos, de su calidad de vida, de su identidad social, y de su posibilidad de superación como individuos de la sociedad democrática.

121.- Desde la perspectiva del derecho internacional humanitario debe examinarse, también, por el juez administrativo si su vulneración produce un daño antijurídico, especialmente cuando la muerte violenta está precedida de una seria antijuridicidad al contravenirse la prohibición de atacar contra la vida de quien en el marco del conflicto está confrontación, bien sea porque no se respeta cometiendo un homicidio, o sometiendo a la persona a su eliminación en su valor como ser humano.

122.- Con base en la motivación y justificación anterior, y ateniéndose estrictamente a las pruebas obrantes en el proceso, la Sala de Sub-sección analizará el daño antijurídico en el caso concreto, en la doble dimensión material y de protección de los derechos.

8.4. El daño antijurídico en el caso concreto.

123.- De acuerdo con la demanda el daño antijurídico se hizo consistir en la afectación del derecho a la libertad por la retención ilegal y a la vida por la muerte violenta del ciudadano **OLIVO PEÑA ORTEGA**, en hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008 en el

La protección a la vida abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad". Puede verse: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Dudgeon vs. United Kingdom, sentencia de 22 de octubre de 1981, asunto 7525/76; caso X and Y vs. Netherlands, sentencia de 26 de marzo de 1985, asunto 8978/80; caso Niemietz vs. Germany, sentencia de 16 de diciembre de 1992, asunto 13710/88; caso Peck vs. United Kingdom, sentencia de 28 de abril de 2003, asunto 44647/98; caso Pretty vs United Kingdom, sentencia de 29 de julio de 2002, asunto 2346/02.

¹⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, sentencia de 25 de octubre de 2012, párrafo 351.

corregimiento Puente Real, vereda La Perla, municipio de San Calixto –Norte de Santander-. En cuanto al primero de los ámbitos, esto es, a la afectación del derecho y bien jurídico a la libertad por la retención ilegal de **PEÑA ORTEGA** no obra prueba alguna en el proceso que permita demostrar que fue detenido, capturado o retenido el 15 de agosto de 2008 por alguno de los miembros de la unidad militar que participó, esto es, del pelotón “Coyote 1” del Batallón Contraguerrilla N° 95 –Segunda División del Ejército Nacional, Norte de Santander-.

124.- Por el contrario la vulneración o afectación al derecho y bien jurídico a la vida consumada en la muerte violenta de **PEÑA ORTEGA** se encuentra plenamente demostrada con los medios de prueba obrantes en el expediente, ya que se cuenta con:

(i) Copia auténtica del registro de defunción con número de indicativo serial 05948483 correspondiente a Olivo Peña Ortega [fl.20 c1], en el que aparece como fecha de defunción el 15 de agosto de 2008 en San Calixto, Norte de Santander.

(ii) Ficha técnica fotográfica y/o videográfica [fls.29 y 30 cuaderno de pruebas 1]. Prueba trasladada desde el proceso penal ordinario.

15	ZOOM				ARTIFICIAL	<<Imagen_15_0507: Primer plano ilustra gran herida que compromete, maxilar, mentón región peri bucal y mejilla lado derecho	MANUAL
16	ZOOMM				ARTIFICIAL	<<Imagen_16-0507: Primer plano, ilustra orificio en región pectoral izquierda.	MANUAL
17	ZOOM				ARTIFICIAL	<<Imagen_17-0507: Primer plano, ilustra perforación en pantalón a la altura de la rodilla derecha y se visualiza herida en el mismos [sic] sector.	MANUAL

(iii) Informe pericial de necropsia número20081010154498000122, de 18 de agosto de 2008 [fls.38 a 42, 71 a 75 cuaderno de pruebas 1].

“[...] **INFORMACIÓN DISPONIBLE AL MOMENTO DE INICIAR LA NECROPSIA**

Datos del acta de inspección:

- Resumen de hechos: persona adulta que fallece el 15 de agosto al parecer durante enfrentamiento armado en zona rural de San Calixto.
 - Hipótesis de manera aportada por la autoridad: Violenta – homicidio
 - Hipótesis de causa aportada por la autoridad: Proyectoil de arma de fuego
- [...]

RESUMEN HALLAZGOS

Se encontraron durante el procedimiento de la necropsia cinco heridas por proyectil de arma de fuego que laceraron vasos de mediano calibre, parénquima pulmonar y se presentaron fracturas de piezas dentarias y de maxilar inferior.

OPINIÓN PERICIAL

Se trata de un hombre adulto de cosntitución [sic] mediana de ocupación agricultor, de estado civil separado quien fallece en shock hipovolémico secundario a heridas de proyectil de arma de fuego en la vereda la Perla jurisdicción del municipio de San Calixto al parecer durante combates contra el ejército.

EXAMEN EXTERIOR

DESCRIPCIÓN DEL CADAVER: Hombre adulto (a), de Contextura MEDIANA. Quien presenta múltiples impactos por proyectil de arma de fuego.

[...]

SEÑALES PARTICULARES: Cicatriz en cara interna del muslo derecho [...]

PRENDAS: botas, color negro, material, caucho, talla: nd, marca: venus, observación: nd, pantalón, color: café, material: dril, talla: 28 [...] observación: con desgarros en el pantalón que corresponden a los orificios hallados en el cuerpo, camiseta, color: gris [...]

PIEL Y FANERAS: Escoriación moderada en costado posterior derecho. Escoriaciones moderados en cara externa de brazo derecho.

DESCRIPCIÓN ESPECIAL DE LESIONES

DESCRIPCIÓN DE LAS LESIONES POR ARMA DE FUEGO (CARGA ÚNICA)

1.1 Orificio de Entrada: De 0.3 cm de diámetro sin tatuaje ni ahumamiento localizado a 48 cm del talón localizada en tercio distal cara interna de muslo derecho cara posterior.

[...]

1.4 Trayectoria: Plano horizontal: Infero-Superior. Plano coronal: Postero-Anterior. Plano sagital: Derecha-Izquierda.

2.1 Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro localizada en tercer espacio intercostal izquierdo con línea axilar posterior sin tatuaje ni ahumamiento a 18 cm de la línea media posterior y a 36 cm del vertex.

[...]

2.4 Trayectoria: Plano horizontal: Supero-Inferior. Plano coronal: Postero-Anterior. Plano sagital: Izquierda-Derecha.

3.1 Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro localizado en tercio proximal externo de brazo izquierdo a 11 cm del acromion sin tatuaje ni ahumamiento.

[...]

3.4 Trayectoria: Plano horizontal: Infero-Superior. Plano coronal: Postero-Anterior. Plano sagital: Izquierda-Derecha.

4.1 Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro sin tatuaje ni ahumamiento localizado parte alta izquierda de cuello cara posterior a 7 cm de la línea media posterior y a 18 cm del vertex

[...]

4.4 Trayectoria: Plano horizontal: Supero-Inferior. Plano coronal: Postero-Anterior. Plano sagital: Izquierda-Derecha

5.1 Orificio de Entrada: de 0.5 cm de diámetro sin tatuaje ni ahumamiento localizado en región escapular derecha a 8 cm de la línea media anterior y a 32 cm del vertex

[...]

5.4 Trayectoria: Plano horizontal: Infero-Superior. Plano coronal: Postero-Anterior. Plano sagital: Izquierda-Derecha” [fls.38 a 40 cuaderno de pruebas 1]. Prueba trasladada desde el proceso penal.

125.- La muerte violenta de **OLIVO PEÑA ORTEGA** en los hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008 en desarrollo de una operación y acción militar de miembros del Ejército Nacional, Pelotón “Coyote 1”, Batallón de Contraguerrilla N° 95 –Segunda División del Ejército Nacional, Norte de Santander-, representó en la esfera de la víctima, de sus familiares y de la comunidad una carga no soportable al haberse suprimido anticipada, arbitraria y absolutamente su derecho a la vida, lo que no puede comprenderse como una carga normal y soportable, atendiendo a las circunstancias especiales y singulares en las que ocurrió su fallecimiento.

126.- Sin embargo, no siendo suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si cabe atribuirlo fáctica y jurídicamente a la entidad demandada Ministerio de Defensa Nacional–Ejército Nacional-, o si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño.

127.- Antes de la imputación en el caso concreto, la Sala delimitará presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

9. La imputación de la responsabilidad.

9.1. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

128.- La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado que consagra en la Carta Política colombiana de 1991 viene a reflejar, sin duda alguna, la consolidación del

modelo de Estado Social de Derecho, y la superación de la idea de la irresponsabilidad de la administración pública. Se trata de afirmar los presupuestos en los que se sustenta el Estado moderno, donde la primacía no se agota al respeto de los derechos, bienes e intereses consagrados en las cartas constitucionales, sino que se desdobra de tal manera que implica, también, su reconocimiento, medidas y objeto de protección por parte de las normas de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, con lo que el ámbito de indagación de la responsabilidad se ha venido ampliando de tal manera que permita lograr un verdadero “*garantismo constitucional*”¹⁶³.

129.- Lo anterior no debe extrañar a nadie, ya que la responsabilidad como instituto viene a aflorar, frente al ejercicio del poder de la administración pública, “*durante la denominada etapa del Estado-policía (Polizeistaat) cuando aparece el reconocimiento de ciertas especies de indemnización debidas a los particulares como consecuencia del ejercicio del poder*”¹⁶⁴. Por el contrario, cuando se llega al modelo del Estado Social de Derecho, la premisa nos lleva a la construcción de los clásicos alemanes administrativistas según la cual la administración pública ya no está llamada a “*no*” reprimir o limitar las libertades, sino a procurar su eficaz, efectiva y proporcional protección, de tal manera que el Estado debe obedecer al cumplimiento de obligaciones positivas con las que se logre dicha procura, de lo contrario sólo habría lugar a la existencia de los derechos, pero no a su protección.

130.- La premisa inicial para abordar el tratamiento del régimen de responsabilidad del Estado parte de la lectura razonada del artículo 90 de la Carta Política, según la cual a la administración pública le es imputable el daño antijurídico que ocasiona. En la visión humanista del constitucionalismo contemporáneo, no hay duda que en la construcción del régimen de responsabilidad, la posición de la víctima adquirió una renovada relevancia, sin que pueda afirmarse que con ello se llegue a concluir que desde la nueva carta constitucional el régimen se orienta hacia una responsabilidad objetiva¹⁶⁵.

131.- En el moderno derecho administrativo, y en la construcción de la responsabilidad extracontractual del Estado lo relevante es la “*víctima*” y no la actividad del Estado, ya que

¹⁶³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Régimen de víctimas y responsabilidad del Estado. Una aproximación al derecho de daños desde la convencionalidad y la constitucionalidad”, Ponencia presentada en el Foro Interamericano De Derecho Administrativo, Ciudad de México, 2014.

¹⁶⁴ GARRIDO FALLA, Fernando. “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, en *Revista de Administración Pública*. No.119, mayo-agosto, 1989, p.8. “*En la base de la teoría estaba la consideración de que muchas actuaciones del poder no se diferenciaban en absoluto de las que hubiese podido realizar un particular*”.

¹⁶⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Régimen de víctimas y responsabilidad del Estado. Una aproximación al derecho de daños desde la convencionalidad y la constitucionalidad”, Ponencia presentada en el Foro Interamericano De Derecho Administrativo, Ciudad de México, 2014.

prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y de los derechos humanos. Su fundamento se encuentra en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 229 de la Carta Política, y en el ejercicio de un control de convencionalidad de las normas, que por virtud del bloque ampliado de constitucionalidad, exige del juez contencioso observar y sustentar el juicio de responsabilidad en los instrumentos jurídicos internacionales [Tratados, Convenios, Acuerdos, etc.] de protección de los derechos humanos¹⁶⁶ y del derecho internacional humanitario, bien sea que se encuentren incorporados por ley al ordenamiento jurídico nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de “*ius cogens*”.

¹⁶⁶ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No.131, 2011, p.920. Al analizar el caso Cabrera García y Montiel contra México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ferrer Mac-Gregor consideró: “*La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió. A su vez, la jurisdicción internacional debe valorar la legalidad de la detención a la luz de la normatividad interna, debido a que la propia Convención Americana remite a la legislación nacional para poder examinar la convencionalidad de los actos de las autoridades nacionales, ya que el artículo 7.2 del Pacto de San José remite a las “Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas” para poder resolver sobre la legalidad de la detención como parámetro de convencionalidad. Los jueces nacionales, por otra parte, deben cumplir con los demás supuestos previstos en el propio artículo 7 para no violentar el derecho convencional a la libertad personal, debiendo atender de igual forma a la interpretación que la Corte IDH ha realizado de los supuestos previstos en dicho numeral*”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párrs. 123 a 125. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano contra Chile argumentó: “*124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 12 a 22. En tanto que en el caso Cabrera García y Montiel contra México la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró: “*Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”.

132.- Esta visión, en la que el ordenamiento jurídico colombiano [y su jurisprudencia contencioso administrativa] está en el camino de consolidarse, responde al respeto de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y al principio “*pro homine*”¹⁶⁷, que tanto se promueve en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos¹⁶⁸. Cabe, por lo tanto, examinar cada uno de los elementos con base en los cuales se construye el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, fundado en el artículo 90 de la Carta Política: el daño antijurídico, y la imputación¹⁶⁹.

133.- Con la Carta Política de 1991 se produjo la “*constitucionalización*”¹⁷⁰ de la responsabilidad del Estado¹⁷¹ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados¹⁷² y de

¹⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia T-191 de 2009. En la jurisprudencia constitucional colombiana dicho principio se entiende como aquel que “*impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional. Este principio se deriva de los artículos 1º y 2º Superiores, en cuanto en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social de Derecho, y como fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como la finalidad de las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades*”. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencias C-177 de 2001; C-148 de 2005; C-376 de 2010.

¹⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana de Derechos Humanos), del 13 de noviembre de 1985. Serie A. No.5, párrafo 46. Principio que “*impone que siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos*”.

¹⁶⁹ Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

¹⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001. En la jurisprudencia constitucional se indica: “*El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente*”.

¹⁷¹ Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. La “*responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización*”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “*consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos*”.

¹⁷² ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49. Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración. Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.308. La “*responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder*”.

su patrimonio¹⁷³, sin distinguir su condición, situación e interés¹⁷⁴. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la *“acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”*¹⁷⁵. Como bien se sostiene en la doctrina, la *“responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad”*¹⁷⁶; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público¹⁷⁷.

134.- De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la *“acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”*¹⁷⁸. La constitucionalización de la responsabilidad del Estado no puede comprenderse equivocadamente como la consagración de un régimen objetivo, ni permite al juez contencioso administrativo deformar el alcance de la misma.

¹⁷³ Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001. *“La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”*.

¹⁷⁴ Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. La *“razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”*. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d une théorie general de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

¹⁷⁵ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. *“Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”*, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. *“Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”*, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

¹⁷⁶ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120. *“La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”*.

¹⁷⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

¹⁷⁸ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. *“Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”*, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BENOIT, Francis-Paul. *“Le regime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”*, en *JurisClasseur Administratif*. Fasc. 700, 715, 716, 720, No.1178, 1954, p.1.

135.- Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado¹⁷⁹ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública¹⁸⁰ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo¹⁸¹, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012¹⁸² y de 23 de agosto de 2012¹⁸³.

136.- En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: (a) el ámbito fáctico, y; (b) la imputación jurídica¹⁸⁴, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico [que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional]. Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la *“superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones*

¹⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Puede verse también Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

¹⁸⁰ Sección Tercera, sentencia de 21 de octubre de 1999, expedientes 10948-11643. Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sección Tercera, sentencia de 13 de julio de 1993. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002.

¹⁸¹ MERKL, Adolfo, *Teoría general del derecho administrativo*, México, Edinal, 1975, pp.212 y 213. “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”.

¹⁸² Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515.

¹⁸³ Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

¹⁸⁴ SANCHEZ MORON, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general.*, ob., cit., p.927. “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”.

sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado¹⁸⁵ según la cláusula social así lo exigen¹⁸⁶.

137.- Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad¹⁸⁷, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica¹⁸⁸. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”¹⁸⁹.

138.- En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”¹⁹⁰. Siendo esto así, la imputación

¹⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7ª ed, Trotta, Madrid, 2010, p.22. “[...] El paradigma del Estado constitucional de derecho –o sea, el modelo garantista- no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la <<racionalidad formal>> y la <<racionalidad material>> weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía Kelsen, únicamente de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una <<racionalidad formal>>; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una <<racionalidad material>> orientada a fines, como lo sería la propia del moderno Estado social. Todos los derechos fundamentales –no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones –equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho” [subrayado fuera de texto].

¹⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

¹⁸⁷ KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”.

¹⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”.

¹⁸⁹ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-05-2003 [<http://criminnet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7. “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”.

¹⁹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, Madrid, 1990, pp.77 ss. “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un

objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”¹⁹¹.

139.- Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”¹⁹². Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad¹⁹³, donde será determinante la magnitud del riesgo¹⁹⁴ y su carácter permisible o no¹⁹⁵. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa.

resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”.

¹⁹¹ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

¹⁹² LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

¹⁹³ FABRA ZAMORA, Jorge, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, en BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.25 y 26. “[...] Varios factores, como el acelerado desarrollo industrial y la intervención del Estado en la economía, pusieron en jaque a diferentes nociones y conceptos de la sociedad liberal clásica, sin mencionar los cambios en el paradigma filosófico, con la consolidación de la filosofía analítica como la escuela dominante de pensamiento. El problema de la causalidad jugó un papel muy importante en espolear este tipo de visión filosófica. En particular, la obra de H.L.A. HART y ANTHONY HONORÉ sobre la causalidad desde la perspectiva de la filosofía analítica demostró que la “dogmática tradicional (principalmente ocupada de la coherencia y la explicación de la doctrina de la responsabilidad extracontractual) se había agotado así misma”” [subrayado fuera de texto].

¹⁹⁴ FABRA ZAMORA, Jorge, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, en BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, ob., cit., p.103. “[...] Para una teoría adecuada, entonces, propone conceptualizar el estándar de debido cuidado (en su concepto, el fundamento de la compensación), en términos de una imposición razonable de riesgos, en vez de una imposición racional de riesgos, de una forma que determine estándares de conducta y sea compatible con el contrato social”.

¹⁹⁵ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sección Tercera, sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente 14170. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo [...] No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”.

*¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad [no afecte a la calidad de la actividad], sí incide en el nivel de la actividad [incide en la cantidad de actividad] del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad [el nivel óptimo] y, con ello, la causación de un número menor de daños*¹⁹⁶.

140.- Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación [desde la perspectiva de la imputación objetiva] a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad¹⁹⁷ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación¹⁹⁸ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: *“Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”*¹⁹⁹.

¹⁹⁶ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.171.

¹⁹⁷ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62. *“El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización_ [...] En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación”.*

¹⁹⁸ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.64. *“La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”.*

¹⁹⁹ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “[...] la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “[...] no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

141.- En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección²⁰⁰ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible²⁰¹. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro [situación de peligro generante del deber] y no le presta ayuda [no realización de la acción esperada]; posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano [capacidad individual de acción]. La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”²⁰².

²⁰⁰ CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31. Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”.

²⁰¹ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

²⁰² Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. A lo que se agrega por el mismo precedente: “En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no

142.- En “una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante”²⁰³.

143.- Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal²⁰⁴, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse [...] que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”²⁰⁵, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho²⁰⁶.

debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss). JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “[...] todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”.

²⁰³ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

²⁰⁴ LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*. Madrid, Tecnos, 1997, p.23. “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”.

²⁰⁵ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.204.

²⁰⁶ MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.308. “[...] el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”.

144.- Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo criterio de motivación de la imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado²⁰⁷, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar, en primer lugar, en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos²⁰⁸, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo [probatoriamente] se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera *“en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”*²⁰⁹.

²⁰⁷ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

²⁰⁸ MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, p.211. Merkl ya lo señaló: *“El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino conditio per quam de la administración”*. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.311. Para Martín Rebollo: *“Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”*.

²⁰⁹ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. *“En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”*.

145.- Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo²¹⁰ que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

146.- En los anteriores términos, cabe estudiar la responsabilidad extracontractual del Estado analizando: si desde el ámbito fáctico de la imputación se concretó el hecho o culpa exclusiva de la víctima; el régimen de responsabilidad aplicable cuando se produce la muerte y lesiones de miembros de la población civil durante una operación militar, bien sea como consecuencia de la acción, omisión o inactividad en los deberes de protección, seguridad y ejercicio de la soberanía, o bien de la ruptura del equilibrio de las cargas públicas de los miembros de la población civil afectados, y derivados de la misma operación militar; la consideración de la responsabilidad por la realización de “falsas acciones de cumplimiento de los mandatos constitucionales por miembros de las fuerzas militares” que se concretan a un ejecución extrajudicial; y, la realización del juicio de imputación para el caso en concreto.

9.2. Determinación de la eximente de responsabilidad del hecho exclusivo de la víctima desde el ámbito fáctico del juicio de imputación.

147.- Se destaca que el hecho exclusivo de la víctima debe estar revestido de cualidades como la contribución determinante de esta y su relación directa e incuestionable con el daño antijurídico producido. Es acertado que algunas decisiones sostengan que no se requiere que el hecho de la víctima sea culposo para que proceda como eximente, y por otra parte, se tiene como exigencia que la causa [la actuación de la víctima] sea determinante²¹¹. También se indica

²¹⁰ PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.174. *“En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente”*. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, no.4, 2000, p.307. De acuerdo con Martín Rebollo “[...] es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa»”.

²¹¹ SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico-comparado*, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, p.323. “[...] podemos decir que el derecho romano clásico la inactividad del perjudicado negligente constituía culpa, en virtud de lo cual su inactividad se elevaba a “causa” del daño no evitado. Tal noción era la consecuencia de un concepto amplio de culpa, que no hacía referencia necesariamente a la existencia de un deber jurídico de actuar, sino que estaba referida una actitud reprochada por la sociedad y, en consecuencia, por el ordenamiento jurídico. En terminología actual, el derecho romano imponía a cada ciudadano una carga de diligencia

que corresponde a la entidad demandada probar los elementos constitutivos de este eximente de responsabilidad.

148.- La problemática que plantea el hecho de la víctima radica en su análisis desde la óptica de la causalidad, o bien en el marco de la tendencia moderna de imputación objetiva, o en la construcción de los deberes positivos del Estado. Sin embargo, la tendencia es a reducir la discusión a la determinación de las condiciones para que el hecho exclusivo de la víctima opere. Esto resulta equivocado, si nos atenemos a los presupuestos inicialmente tratados, ya que sería valorar el hecho de la víctima desde la perspectiva propia al debate de la causalidad, de la determinación de si causalmente como eximente tiene la entidad para producir la ruptura de la “superada” relación de causalidad, cuyo lugar en el juicio de imputación que se elabora en la actualidad está en el ámbito fáctico de la imputabilidad del Estado.

149.- Pero, ¿cómo superar el tratamiento causalista del hecho exclusivo de la víctima? En primer lugar, debe decirse que fruto de la constitucionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado, la concepción del hecho exclusivo de la víctima como eximente no debe convertirse en elemento que no permita hacer viable el contenido del artículo 90 de la Carta Política, sino que debe advertirse que en la situación en la que se encuentra Colombia, de conflicto armado interno debe admitirse, o por lo menos plantearse la discusión, de si cabe imputar, fáctica y jurídicamente, al Estado aquellos hechos en los que contribuyendo la víctima a la producción del daño antijurídico, se logra establecer que aquel no respondió a los deberes normativos, a los deberes positivos de protección, promoción y procura de los derechos de los administrados, y de precaución y prevención de las acciones de aquellos que encontrándose al margen de la ley buscan desestabilizar el orden democrático y, poner en cuestión la legitimidad de las instituciones.

150.- Las anteriores premisas derivan en las siguientes cuestiones: (1) El Estado simplemente obedece a unas obligaciones que se desprenden del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho que exige ya no sólo la garantía de los derechos y libertades, sino su protección eficaz, efectiva y la procura de una tutela encaminada a cerrar la brecha de las debilidades del Estado, más cuando se encuentra en una situación singular como la de Colombia de conflicto armado interno, que representan en muchas ocasiones violaciones sistemáticas, o la

consigo mismo, cuya inobservancia era calificada de culpa y conllevaba el no resarcimiento del daño sufrido por esa causa, incluido el daño que habría podido evitarse. Sin perjuicio de lo anterior, tal visión está seriamente obstaculizada por la mutación que sufrió la noción de culpa. En efecto, ya desde el derecho romano posclásico se venía arraigando la idea de que solo hay culpa de frente a la violación de un preciso deber jurídico establecido en consideración de los demás, idea que hoy en día está firmemente arraigada en nuestra dogmática civilista. Por tanto, así como no hay causalidad de la omisión sin deber de actuar, tampoco hay culpa sin deber jurídico de comportarse diversamente; éste, se dice, constituye uno de los principios básicos del derecho de daños”.

aceptación de las mismas por parte de actores que no haciendo parte del Estado, no dejan de ser ajenos a la problemática de la responsabilidad extracontractual del Estado; (2) si bien las víctimas, siendo miembros de un grupo armado insurgente, pueden contribuir a la producción del daño antijurídico por sus acciones, no existe licencia convencional, constitucional o legal que le permita al Estado, a los miembros de sus cuerpos y fuerzas de seguridad [militar y policial] para que desborden sus facultades, funciones y obligaciones, de tal manera que realicen actos profundamente lesivos para los derechos de las personas [sea combatiente o no], ya que sería simplemente la ruptura de los principios de dignidad y democrático en los que se soporta el Estado Social y Democrático de Derecho; (3) la víctima no puede contribuir eficiente y adecuadamente a la producción del daño antijurídico cuando su acción se ve respondida con absoluto desbordamiento no sólo de la legalidad, sino de los mínimos principios de humanidad en el trato y protección de aquellos que incurson en la comisión de un ilícito, no pueden simplemente ser aniquilados como formula de solución, o suprimidos sus derechos sin ninguna limitación. En este sentido, la concepción del hecho exclusivo de la víctima debe superar como hipótesis la necesidad de determinar un vínculo material u orgánico para que pueda atribuirse la responsabilidad, ya que lo sustancial es el rol que juega la administración pública, su “posición de garante de vigilancia”, de la que derivan todos los deberes de actor llamado de evitar, a ofrecer la protección debida a corresponderse con los deberes positivos, y que implica que debe actuar ponderada, razonable y proporcionadamente al alcance de sus funciones, sin permitir que se susciten desbordamientos que ponen en cuestión la legitimidad democrática de la actividad estatal, por lo que es el Estado el llamado a ejercer una intervención mucho más profunda ante fenómenos de violencia, o de insurgencia que tiene plenamente definidos. d. Debe tenerse en cuenta, también, que el “Estado será responsable de los actos de particulares si los órganos del Estado hubieran podido actuar para prevenir o reprimir el comportamiento de éstos, o si existiese una relación de hecho específica entre la persona o entidad que observó el comportamiento y el Estado”²¹².

151.- Las obligaciones de prevención se conciben por lo general como obligaciones de realizar los máximos esfuerzos, es decir, que obligan a los Estados a adoptar todas las medidas razonables o necesarias para evitar que se produzca un acontecimiento determinado, aunque sin garantizar que el acontecimiento no vaya a producirse, la violación de una obligación de prevención puede ser un hecho ilícito de carácter continuo.

152.- Tampoco puede afirmarse por el Estado que la condición social, el rol que despliega la víctima en la sociedad, su inclinación por un determinado grupo, o la discapacidad mental que padecía desde niño pueda convertirse en razones suficientes para invocar con culpa exclusiva

²¹² RODRIGUEZ H, Gabriela. “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”, en MARTIN, Claudia; RODRIGUEZ-PINZON, Diego; GUEVARA B., José A. (Comp) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 1ª ed. México, Fontamara; Universidad Iberoamericana, 2004, pp.56.

de la víctima cargas de autorresponsabilidad que no son convencional y constitucionalmente razonables y admisibles, so pena de poner desvirtuar los principios democráticos y de pluralismo democrático, ya que sería tanto como estigmatizar o segregar a un grupo social por sus comportamientos y atribuirles materialmente toda la carga de responder por las acciones desplegadas por el Estado en busca de una teórica limpieza, sanidad o mejora para la comunidad. Con otras palabras, el señalamiento escueto e indefinido de toda persona como “*bandido*” representa ya una violación de los derechos humanos, y una afrenta sustancial a la dignidad humana, que de aceptarse en el ámbito fáctico de juicio de imputación implicaría la atribución del daño a personas por su simple condición social lo que es convencional y constitucionalmente contrario a todas las reglas de protección que preceptivamente deben observarse en las sociedades democráticas modernas.

9.3. Determinación del hecho exclusivo de la víctima para el caso en concreto.

153.- Del análisis conjunto, contrastado y crítico de la prueba obrante en el presente proceso se encuentra el Informe de patrullaje de 15 de agosto de 2008, misión táctica “*Abarrote*”, unidad “*Coyote Uno*”, suscrito por el SS. Aristides Miranda Maldonado [fls.42 a 48 c1], según el cual

“[...] 1. SITUACIÓN

a. *Enemigo.*

COMPAÑÍA CARLOS ARMANDO CACUA GUERRERO AL MANDO DE SANTIAGO VERGEL (A. MARCOS) CON 30 TERRORISTAS CON IGUAL NUMERO DE ARMAS LARGAS Y CORTAS QUE ESTAN EN LA CAPACIDAD EN ATACAR TROPAS EN MOVIMIENTOS, INSTALAR AEI Y COLOCAR CAMPOS MINADOS, LOS CUALES DELINQUEN EN LAS VEREDAS MANZANARES, Puente Real, Las Torres, Caracolí [...] del Municipio DEL TARRA.

[...]

3. EJECUCIÓN

[...] La compañía Coyote al mando TE. REY SUAREZ JUAN DAVID A 02-06-08 Realiza una infiltración [...]

[...]

El día 14 de Agosto [sic] del 2008 se inicia movimiento a partir de las 20:30 horas por motivo del tiempo atmosférico, se inicia infiltración. Se escucharon unos ruidos extraños hacia el sector del Sur lo cual hace que la patrulla [...] y se toma un dispositivo con una sección al mando del SS. Miranda Maldonado [...] Se observo [sic] unas siluetas de un personal armado se procedio [sic] a gritar la proclama del Ejército Nacional el cual respondieron con fuego inmediatamente se respondió con fuego hacia el sector donde nos disparaban. Aproximadamente el intercambio de disparos duró de 2 a 3 minutos”.

154.- Se cuenta también con el Informe, de 15 de agosto de 2008, del Comandante del Primer Pelotón “*Coyote*” del Batallón Contraaguerrilla No.95 del Ejército Nacional SS Aristides Miranda Maldonado [fl.49 c1] con el que se informaron los hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008 a

las 02:00 horas aproximadamente “donde hay un combate de encuentro y como resultado hay una muerte en combate de un narcoterrorista con una subametralladora, un proveedor un bolso de acuerdo a lo q’ [sic] se pudo observar”.

155.- De acuerdo con el oficio No. 350 de la central de inteligencia táctica de Ocaña “CIOCA” de fecha 15 de agosto de 2008, donde solicitan el levantamiento y colocación a disposición el cadáver “de sexo masculino presunto Narcoterroristas [sic] al parecer de las Milicias del Frente de Guerra Carlos Armando Cagua Guerrero de la ONT-ELN sin identificar, quien murió en combate el día 15 de Agosto de 2008 a las 02:00 horas aproximadamente en la Vereda la Perla Corregimiento de Puente Real del Municipio de San Calixto N/S, Coordenadas [sic] aproximadas 08°33’18” LN 73°19’01” LW en un enfrentamiento armado entre tropas del Batallón de Contra Guerrillas N° 95 Contra guerrilla COYOTE 1 en [sic] desarrollo de la operación ANDROMEDA Misión [sic] táctica ABARROTE adscritas a la Brigada Móvil N° 15 al mando del Señor [sic] SS. **MIRANDA MALDONADO ARISTIDES**” [fls.145 c1 y 3 cuaderno de prueba 1].

156.- En tanto que en la narración de los hechos comprendida en la inspección técnica realizada al cadáver de la víctima el 15 de agosto de 2008 se señaló que las tropas “del ejército [sic], adscritas a la brigada móvil 15, patrullaban la zona rural de puente real, a eso de las 2:00 de la mañana del 15 de 08 de 2008, en la vía en la cual se desplazaban escucharon a unos sujetos acercarse a ellos, de inmediato la tropa conocida como coyote 1, lanzo [sic] la proclama para identificarse, de tal forma que son atacados por estos sujetos que al parecer eran tres, de inmediato la tropa repela el ataque respondiendo con fuego abierto, los sujetos emprendieron la huida, una vez [sic] seso [sic] el enfrentamiento el cual duro [sic] aproximadamente 3 minutos, realizaron un registro del lugar encontrado el cuerpo de una persona al lado de la vía, mas [sic] exactamente varios metros sobre una peña”.

157.- Ahora bien, de la prueba testimonial cabe extraer: (1) según lo declarado por Antonio María Peña Ortega en su entrevista su hermano era un jornalero que trabaja en la zona en la finca de Aleida Camargo²¹³. Tales hechos fueron corroborados en la

²¹³ “[...] PREGUNTADO: quien [sic] era su hermano. CONTESTO: el señor OLIVO PEÑA ORTEGA [...] PREGUNTADO: usted ya fue a medicina legal para la identificación del cuerpo de su hermano. CONTESTO: si, allá nos mostraron la foto en el computador y lo reconocí, además tenía una cicatriz en la pierna en la parte cara lateral interna eso una pisada de una vaca cuando tenía unos tres o cuatro años. PREGUNTADO: a que [sic] se dedicaba su hermano. CONTESTO: agricultor jornalero. PREGUNTADO: su hermano tenía esposa o hijos. CONTESTO: el [sic] tuvo una esposa DAMARIS RANGEL y se dejaron hace años como unos 16 años y quedaron dos niñas solas, una se llama MAIDE PEÑA de 16 y la otra tiene 15 años y se llama AMELIA PEÑA. PREGUNTADO: cuando [sic] fue la última vez que usted vio a su hermano. CONTESTO: el domingo hace ocho días, hablamos y dijo que estaba trabajando donde la

declaración rendida durante la entrevista de Aleida Camargo Contreras²¹⁴. Así con lo manifestado por Ana Belinda Peña Ortega²¹⁵; y, (2) según las declaraciones de tres reinsertados de la guerrilla [Edwin Alexis Arteaga²¹⁶, Naín Ríos Ballena²¹⁷ y Antonio Serrano Arteaga²¹⁸], la víctima **OLIVO PEÑA ORTEGA** participó como colaborador y

señora ALEIDA CAMARGO en la vereda manzanares en el tarra [...] PREGUNTADO: como [sic] se entero [sic] usted que su hermano estaba muerto. CONTESTO: por que [sic] unos vecino [sic] o amistades me dijeron que a el [sic] lo habían matado en la entrada a puente real [...] se fue a la [sic] cinco de la tarde el día jueves aproximadamente se tardaba una hora donde estaba la fuerza pública el ejercito [sic], el salio [sic] desde donde se encontraba jornaleando el día donde la señora ALEIDA CAMARGO, el [sic] iba para donde una novia que vive mas [sic] arriba de donde lo mataron [...] el [sic] se demoraba casi una hora y media para donde ella y el [sic] no alcanzo [sic] a llegar, como a las 9:30 de la noche, se escucharon unos tiros, eso me lo contó una [sic] amistades de por la zona [...] el [sic] mantenía donde mi hermana, el [sic] a veces ni bajaba al pueblo, por que [sic] a el [sic] no le gustaba tomar casi [...] el [sic] portaba una cuchilla en un bolso o si no [sic] en la pretina” [fl.15 cuaderno de pruebas 1] prueba trasladada del proceso penal.

²¹⁴ “[...] Tiempo que tenía Olivo Peña Ortega Trabajándole [sic]. Tenía como un año trabajándome en la finca lo [sic] manzanares. Que [sic] labores cumplía Olivo como era [sic] era su remuneración, Olivo trabajaba sembrando cacao y cultivando yuca, yo le pagaba la suma de 20.000 pesos el día. Cual [sic] era su horario de trabajo. El horario de trabajo de Olivo era de 06:00 de la mañana a 06:00 de la tarde” [fls.86 y 123 cuaderno de pruebas 1] prueba trasladada del proceso penal.

²¹⁵ “[...] el señor Olivo que es mi hermano vivía conmigo en la vereda manzanares [sic] finca Buenos Aires el día jueves cuando ocurrieron los hechos salio [sic] de mi casa en la mañanita para donde la señora aleida [sic] Camargo donde mi hermano trabajaba como jornalero” [fl.88 cuaderno de pruebas 1] pruebas trasladadas del proceso penal.

²¹⁶ “[...] PREGUNTADO: Conoce usted al señor OLIVO PEÑA ORTEGA? CONTESTO: Si lo distinguí [...] La estatura era entre 1.65 o un poquito mas [sic], era delgado, tenía bigote pero a veces se lo raspaba, tenía barbita pero no mucha, caridelgadito [sic], el tenía como 35 o más años, la verdad no me recuerdo [...] Yo lo distinguí a él en una vereda llamada filo de la virgen por allá en el Catatumbo en la finca del primo MONO PEÑA [...] él tenía mucho movimiento por la vaina de la extorsión [...] Lo que sabía de él era que era [sic] extorsionista por que [sic] entre los años 2002 al 2003, el [sic] era colaborador de la guerrilla del ELN pero supe después trabajaba con el EPL. El [sic] cobraba vacuna, también supe que trabajaba por los lados del Tarra por que [sic] por ahí tenía familia en una vereda llamada Manzanares, y al que no le pagaba vacuna le decía que desocupara la vereda [...] yo soy desmovilizado [...] él entonces era colaborador extorsionista del CARLOS ARMANDO CACUA GUERRERO. Lo que la gente decía y el rumor de la gente era que el [sic] era miliciano. PREGUNTADO: Informe al despacho hacía cuanto [sic] tiempo dejo [sic] de ver a OLIVO PEÑA. CONTESTO: Eso fue mas [sic] o menos desde el 2003 o 2004” [fl.297 cuaderno de pruebas 2]. Prueba trasladada del proceso disciplinario militar.

²¹⁷ “[...] Era de contextura delgada, piel trigueña pelo negro lasio, carifileño [sic], estatura entre 1.65 y 1.70 de edad tenía por ahí unos 35 años, tenía bigotico [...] Yo lo distinguí a el [sic] en el año 1998 en la vereda Filo de la Virgen, trabajaba donde los primos el MONO PEÑA, el raspaba coca y arriaba mulas. En ese entonces se desempeñaba como miliciano del ELN. El [sic] nos cargaba comida en las mulas a los campamentos donde nosotros estábamos, y también movía explosivos. El [sic] estaba preparado para manejar y manipular armas, manipula explosivos, para enterrar minas también a la tropa, hacerle inteligencia a la tropa en que sitio se encuentra, si están vulnerables para atacar [...] muchas veces lo colocaban a cuidar detenidas. Esas eran las actividades que desarrollava [sic] OLIVO en ese entonces, por que [sic] lo que era el primo MONO PEÑA y ARTURO PEÑA también se desempeñaban como milicianos del frente CARLOS ARMANDO CACUA GUERRERO. En el 99 que entraron las AUC en el área de filo de la virgen, martillos, toda esa jurisdicción OLIVO se traslado [sic] para el TARRA, ya en el 2000 cuando yo llegué a esa área de El Tarra ya me encontré con él y se desempeñaba como miliciano del EPL. Hable [sic] con él y me comentó que lo tenían recogiendo base de coca y cobrando impuestos [...] ahí trabajaba para el frente LIBARDO MORA TORO del EPL [...] a él le decían el ÑEQUE [...] Como todo miliciano siempre viven de civil y trabajando en fincas como raspachín o como arriero [...] Cuando estaba como miliciano abajo en filo de la virgen portaba pistola. PREGUNTADO: Informe al despacho hacía cuanto [sic] tiempo dejo [sic] de ver a OLIVO PEÑA. CONTESTO: Eso fue como en el 2003 y 2004 cuando entraron las AUC a la Jurisdicción de El Tarra. Ahí no volví a saber nada más de el [sic] hombre” [fls.300 y 301 cuaderno de pruebas 2]. Prueba trasladada del proceso disciplinario militar.

²¹⁸ “[...] Empecé a tener trato firme con él en el año de 1998, lo conocí en una finca en el filo de la Virgen abajo en el Catatumbo, cuando eso él era jefe de las milicias de esa región del EPL el se la pasaba con el comandante Ramón que lo mató Ejército en el Tarra. En el 1998 y 1999 él estaba en el Catatumbo en las Lajas y se dedicaba a estar pendiente de la gente que entraba de afuera de la gente desconocida que si no tenía recomendación los hacía ir de la Región [sic]. Hacía desplazar gente, los catalogaba de paramilitares para hacerlos ir, esa era la misión que el cumplía, él hacía parte del EPL en ese entonces.

miliciano tanto de las FARC, como del ELN y del EPL, coincidiendo en afirmar que participaba en el cobro de impuestos, realización de labores de inteligencia para estas organizaciones armadas insurgentes y hostigamiento a personas en la zona, para lo cual trabajaba en una finca, pese a lo cual salvo Antonio Serrano Arteaga, Edwin Alexis Arteaga y Naín Ríos Ballena dejaron de contactarse con **PEÑA ORTEGA** entre 2003 y 2004, por lo que desconocían si para la fecha de los hechos seguía participando en las mencionadas organizaciones armadas insurgentes, y sin que se haya podido corroborar estos hechos con la información de inteligencia que tenía el Ejército Nacional en su Segunda División de Norte de Santander, como puede verse en la orden de

Después ya OLIVO PEÑA tuvo un problema con el ELN con el Comandante que se hace llamar "BERNABE" porque el cucho le llamo [sic] la atención porque estaba haciendo cosas indebidas como que estaba haciendo matar gente inocente y las estaba haciendo desplazar y las leyes que OLIVO PEÑA estaba imponiendo ante la organización no eran debidas, entonces el ELN lo amarró, el señor BERNABE lo tuvo como dos meses detenido, amarrado y de ahí ya arregló el problema y OLIVO PEÑA siguió cuidando la finca de un primo que pertenecía al ELN al primo lo mataron en Santa Marta las autodefensas, tenía el alias de "el Mono" y en la gabarra era muy conocido como el "Mono Peña", y de ahí OLIVO PEÑA se retiró del EPL y se puso a trabajar con las FARC en esa época yo llegue [sic] a esa finca que fue decomisada por las FARC por el Comandante DANILO GARCÍA y OLIVO PEÑA trabajaba ahí como arriero de las FARC y empezó a hacer parte de las milicias de las FARC. En esa época yo Salí para el Tarra y empezó a entrar el paramilitarismo, yo no volví a tener conocimiento del man (OLIVO PEÑA), yo perdí contacto con él y después hace como un año volví a tener conocimiento del hombre (OLIVO PEÑA) por medio de unos primos de él que los manes viven en Venezuela, yo me los encontré en Cúcuta y me comentaron que OLIVO PEÑA estaba trabajando en el Tarra, que había vuelto a llegar ahí, OLIVO PEÑA tenía un hermano que le decían el "Chulo", el nombre de el [sic] era MIGUEL ANGEL que también fue muerto por el Ejército y otro hermano que lo conozco como "CHANO PEÑA", el [sic] trabaja con las FARC él es miliciano de las FARC y trabaja en un finca que se llama corral de piedra, ahorita que yo me comuniqué [sic] con una gente del Tarra, unos amigos míos me comentaron que OLIVO PEÑA actualmente estaba trabajando con el ELN en la Vereda Manzanares y entonces uno de los amigos míos habló con él [...] entonces OLIVO me llamo [sic] a mí, para el mes de abril me hizo una llamada y me dijo que no le colaborara al Ejército y que me volviera para el Tarra que él me ayudaba con el ELN para que yo volviera a la zona y pudiera trabajar otra vez porque él tenía buenos contactos en la guerrilla y yo le dije que no, porque ya no volvía porque yo sabía que era para matarme y que yo no volvía por allá [...] La misión que últimamente estaba haciendo en la región de Manzanares, Puente Real y Caracol era cobrar impuestos, en esas partes cumplía esa misión de cobrar impuestos a los cocaleros y seguir la tropa, era explorador de la tropa para armarles minas y eso porque OLIVO sabía de explosivos, inclusive en la finca del "MONO PEÑA" pasamos nosotros un reentrenamiento de explosivos y OLIVO PEÑA estuvo allá. También en estos días tuve conocimiento que a una señora que vive en la vereda PUENTE REAL, la familia de OLIVO PEÑA la estaba presionando para de declaración a favor de ellos, a ella le mandaron un papel para que se acercara al Tarra a la Defensoría del Pueblo o a la Inspectora algo así y la están presionando para diga cosas en contra de la Tropa [sic] que si no hace eso la corren y la matan, ya ni puede ir al pueblo a hacer mercado porque como le dije toda la familia de OLIVO trabaja en la guerrilla y no hacen mas [sic] que presionarla [...] OLIVO tiene una sobrina en las FARC se llama ZENAIDA y toda la familia trabaja con la guerrilla [...] Tenía el alias de "EL ÑEQUE", todo el mundo lo conocía por el ñeque y fumaba mucho cigarrillo [...] La fachada de él era trabajar de finca en finca haciéndole seguimiento a la población civil, donde quiera que llegaba la tropa llegaba él y se vestía mal trazado y todo para averiguar que [sic] población civil hablaba con la tropa y eso, hacía inteligencia [...] Cuando estuvo en las FARC con nosotros cargaba una pistola calibre 7.65 [...] La última vez que lo vi fue en Junio [sic] del 2003 que estuvimos en la Vereda el Caracol pero yo hablé telefónicamente con él en el mes de abril de este año [...] El [sic] participó en dos muertos que hubieron [sic] en la Vereda la Angalia, eso fue en el 2001 y el ayudó a sacarlos [...] Yo se de que él pertenecía a la Guerrilla [sic], todo el tiempo fue activo de la guerrilla y todo el tiempo que estuvo activo fueron como unos dieciocho años y estuvo en las tres organizaciones y la familia de él pertenecía casi toda al EPL. OLIVO como era muy humillativo y cuando le sacaban el cuerpo en un grupo se iba para el otro, así vive toda la familia de él, solo tiene un hermano que es el mas [sic] sano y no se mete en nada de eso" [fls.347 a 349 cuaderno de pruebas 2]. Prueba trasladada del proceso disciplinario militar.

operaciones fragmentaria misión táctica Abarrote de fecha 1 de agosto de 2008²¹⁹, y en el Oficio 080/DIV2-BRIM15-B2-INT-252, de 11 de agosto de 2008, del Comandante de la Central de Inteligencia Táctica de Ocaña –Brigada Móvil No.15-²²⁰ [fls.23 y 24 cuaderno de pruebas 2]

158.- Los anteriores medios probatorios analizados contrastadamente [y con las limitaciones señaladas al determinar el valor de las pruebas trasladadas] permiten a la Sala concluir que no existe prueba directa o indirecta de la participación, contribución o aporte de la [s] conducta [s] de manera determinante y excluyente de la víctima **OLIVO PEÑA ORTEGA** en la producción del daño antijurídico ocurrido el 15 de agosto de 2008, con base en los razonamientos siguientes: (i) de las pruebas documentales como el informe de patrullaje, el informe del Comandante del Primer Pelotón “Coyote” adscrito a la Brigada Móvil No.15, del Oficio 350 de la Central de Inteligencia Táctica de Ocaña y de la inspección técnica realizada al cadáver no

²¹⁹ “[...] 1. **SITUACIÓN:** 1) **Enemigo** De acuerdo a informaciones de inteligencia Técnica, Humana y de Combate se tiene conocimiento de la presencia de un grupo de aproximadamente 15 Narcoterroristas [sic] pertenecientes al **FRENTE DE GUERRA NORORIENTAL COMPAÑÍA CARLOS ARMANDO CACUA GUERRERO ONT ELN**, encabezada por el sujeto **alias (Oliveros)**, los cuales visten de civil y prendas de uso privativo de las Fuerzas Militares, portando armas largas y cortas en los sitios conocidos como; **PLATANAL, EL ESPEJO, RANCHO QUEMADO, PUENTE REAL, LA PERLA, MANZANAREZ** [sic] [...] **REGLAS DE ENCUENTRO** 1) Antes de disparar identifique plenamente su objetivo. 2) No dispare su arma de dotación contra viviendas donde no se haya establecido la ausencia total de civiles ajenos al conflicto. 3) El Comandante es la persona responsable de ordenar abrir fuego. 4) Antes de emplear las armas, lance su proclama a viva voz. 5) Sólo use la cantidad de fuerza necesaria para repeler la agresión, proteger vidas humanas y cumplir la misión. 6) El retén militar debe estar perfectamente identificado. 7) Mantenga la disciplina de fuego. 8) Responda al fuego con fuego dirigido. Siempre tiene el derecho de repeler actos hostiles con la fuerza necesaria. 9) Anticipe el ataque. Use la fuerza si y solo si ve indicios claros de intenciones hostiles o si identifica una fuerza hostil. 10) Es preferible un bandido fugitivo que un inocente muerto. **COMO MEDIDA DE PRECAUCION EN LOS ATAQUES, LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA, A SU NIVEL DEBEN TENER EN CUENTA:** - Que las operaciones militares se deben realizar con cuidado constante por preservar la integridad de la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil. – Verificar por todos los medios a su alcance que los objetivos que se va a atacar no son personas, ni bienes civiles, sino que se trata de objetivos militares. – No se debe producir un ataque cuando exista la posibilidad de ocasionar muertos, heridos o daños entre la población civil y los bienes civiles que serán excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. – Se harán esfuerzos para alejar de la proximidad de objetivos militares a la población civil y los bienes de carácter civil

²²⁰ “[...] **2. INFORMACION DISPONIBLE:** Se tiene conocimiento de la presencia de un grupo indeterminados [sic] de terroristas los cuales se están reuniendo en el sector conocido como La Perla Puente Real, jurisdicción del municipio de San Calixto, estos sujetos portan armas de largo y corto alcance algunos visten prendas de uso privativo de las fuerzas militares y otros visten de civil. Así mismo manifiesta la fuente, que se desplazan en pequeños grupos para evitar ser detectados por las tropas y así mismo para realizar labores de inteligencia delictiva, al sentir la presencia de estas (tropas) esconden las armas largas y solo portan las cortas. **3. CONCLUSIONES** Teniendo en cuenta la presión que vienen ejerciendo las tropas de la Brigada Móvil N° 15 y los golpes que se le han propinado a estas estructuras tanto como son las ONT-ELN, ONT-FARC Y [sic] ONT-BCSN, se presume que están reorganizando sus acciones terrorista [sic] a fin de no ser sorprendidos por las tropas que se encuentran en el área de operaciones. A si [sic] mismo es posible que replanteen sus planes y realicen alguna acción terrorista en contra de una unidad militar o de policía, como retaliación a la presión ejercida por las tropas O prebenden [sic] realizar un desplazamiento hacia el norte del Municipio del Carmen, como son las Veredas Santa Inés, el Boquerón, la Camorra, Vegas del Norte, la Bogotana o culebritas **4. RECOMENDACIONES** - Orientar una operación militar sobre este sector a fin de neutralizar posibles acciones terroristas en contra de las tropas” [fls.23 y 24 cuaderno de pruebas 2] prueba trasladada del proceso disciplinario militar.

existe ningún elemento que permita ubicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se encontraba la víctima la noche del 14 de agosto y la madrugada del 15 de agosto de 2008, sin que entre ellas pueda corroborarse con mínima verosimilitud que se hubiese producido un enfrentamiento armado con miembros de un grupo armado insurgente, señalada la compañía Carlos Armando Cagua Guerrero del ELN, y si en este se encontraba la víctima integrada y desplegada para ese día, quedando sólo como elemento material de discernimiento que las tropas vieron siluetas y escucharon ruidos, por lo que lanzada la proclama fueron atacados con armas y a esto repelieron el mismo por un tiempo no superior a tres [3] minutos; (ii) no se determinaron cuántos miembros del grupo armado insurgente participaron en la presunta acción, por lo que se desconoce según estas pruebas si hubo o no un combate, enfrentamiento o combate de encuentro [señalado bajo esta categoría sólo por el Informe del Comandante del Primer Pelotón “Coyote”]; (iii) no se establece en ninguno de los documentos la cantidad de armas, munición y de elementos que fueron encontrados después del presunto ataque, ya que solamente el informe del Comandante del Primer Pelotón “Coyote” da cuenta de haber encontrado una subametralladora, un proveedor y un bolso, y a que no le fue practicada prueba alguna al cadáver para verificar que haya accionado el arma citada; (iv) en cuanto a los testimonios e indicios desprendidos de las entrevistas rendidas por los reinsertados, al contrastarlas se encuentra que la víctima si bien trabajaba en fincas de la zona de los hechos, su participación en alguno de los grupos armados insurgentes señalados para la época de los hechos, agosto de 2008, no puede corroborarse ya que sólo se tiene conocimiento de su actuar hasta el 2003 o 2004, pese a que con el último de los reinsertados se presume haber comunicado en el 2007, pero sin haber sido contrastada esta información con otros medios probatorios; (v) no puede la Sala dejar de señalar que existen incoherencias y coincidencias en los elementos indiciarios que se desprenden de las entrevistas realizadas a los reinsertados, que permiten establecer que la víctima **OLIVO PEÑA ORTEGA** si pudo haber sido miembro de un grupo armado insurgente, pero que no basta para determinar si en la noche del 14 de agosto y la madrugada del 15 de agosto de 2008 se encontraba desplegando una acción para alguno de tales grupos y en la comisión de un ilícito que hubiese exigido la respuesta armada de los miembros de la unidad militar del Ejército Nacional, que hubiese justificado su muerte violenta, teniendo en cuenta, además, las condiciones en las que se encontró su cadáver, ya que como se examinó en la necropsia la posición del mismo, las trayectorias y condiciones espaciales representaban para este una cierta situación de indefensión; (vi) a lo que se agrega que la Orden de Operaciones fragmentaria de la misión táctica “Abarrote” y el Oficio 080 de 11 de agosto de 2008 del Comandante de la Central de Inteligencia Táctica de Ocaña, de la Brigada Móvil No.15 no corroboran la condición de miliciano y la participación el día de los hechos de la víctima **OLIVO PEÑA ORTEGA** en acciones o actos del grupo armado insurgente ELN, compañía Carlos Armando Cagua Guerrero, o de que éste se encontraba haciendo parte de dicha unidad insurgente, por lo que contrastado con los indicios desprendidos de las entrevistas rendidas por los reinsertados le resta credibilidad y verosimilitud, al juzgarse si para el mes de agosto de 2008 la víctima hacía parte, participaba y desplegaba una acción en contra de la

fuerza pública en la vereda La Perla del corregimiento de Puente Real, municipio de San Calixto [Norte de Santander]; y, (vii) sin tener en cuenta lo afirmado por Antonio María Peña Ortega y Ana Belinda Peña Ortega, ya que al ser familiares de la víctima sus manifestaciones pierden entidad y credibilidad, impidiendo que sus dichos permitan corroborar, a su vez, lo expresado por Aleida Camargo Contreras.

159.- Con base en los argumentos y la valoración probatoria anterior, la Sala considera que en el presente caso no operó el hecho o culpa exclusiva de la víctima como eximente plena de responsabilidad, ni cabe afirmarla como elemento concurrencial en las condiciones demostradas anteriormente, ya que no se estableció que en la muerte violenta de **OLIVO PEÑA ORTEGA** su intervención hubiese sido determinante, imprescindible y excluyente para la consumación o concreción del daño antijurídico imputado a las entidades demandadas, razonamientos por los que se despacha desfavorablemente lo pretendido en la apelación por las entidades demandadas, y se continua con el juicio de imputación en su atribución jurídica..

160.- Definido el alcance de la eximente de la culpa de la víctima, la Sala debe en sede el juicio de atribución jurídica determinar las obligaciones positivas que en cabeza del Estado se afirman respecto de la población civil cuando desarrolla su actividad en el marco del conflicto armado interno.

9.4. Obligaciones positivas del Estado consagradas convencionalmente desde el derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del orden jurídico constitucional en el marco de un conflicto armado interno.

161.- Ahora bien, en el específico caso que se encuentra bajo examen de la Sala se hace necesario valorar la imputación en una doble perspectiva: en primer lugar, desde la producción del daño antijurídico ocurrido durante una operación militar encaminada a contrarrestar acciones de presuntos miembros del grupo armado insurgente ELN, compañía Carlos Armando Cagua Guerrero, para la noche del 14 de agosto y madrugada del 15 de agosto de 2008 en jurisdicción de la vereda La Perla, corregimiento de Puente Real, municipio de San Calixto [Norte de Santander], y donde no ha quedado demostrado que la víctima **OLIVO PEÑA ORTEGA** haya participado como miembro activo, colaborador, miliciano o similar, por lo que ostentando la calidad de miembro de la población civil inmiscuido en el conflicto armado interno que existe en nuestro país, exige determinar si el daño antijurídico ocasionado y demostrado con su muerte violenta es consecuencia de la acción, omisión o inactividad, o por exceso, abuso y desproporción en el cumplimiento de los deberes de protección, seguridad y ejercicio de la soberanía en las que hayan podido incurrir las entidades demandadas, y que representen,

también, la vulneración de los derechos reconocidos a la vida e integridad, dentro del marco de la dignidad humana, y los derechos humanos, que por el mismo bloque merecen ser objeto de protección en cabeza del ciudadano **OLIVO PEÑA ORTEGA**, en los hechos acaecidos el 15 de agosto de 2008²²¹.

162.- En clave convencional de protección de los derechos humanos el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos aplicable a este caso [por vía directa en atención a que por virtud de la Ley 16 de 1972 hace parte de nuestro ordenamiento jurídico] exige al Estado colombiano cumplir con el compromiso del respeto de los derechos y libertades consagrados en la misma Convención, garantizando como obligación positiva el libre y pleno ejercicio a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por condición social. Dicha obligación positiva debe consolidarse, a tenor de lo consagrado por el artículo 2 de la mencionada Convención, por el Estado colombiano con la adopción y aplicación eficaz de medidas legislativas y de cualquier tipo puedan ser necesarias para la efectividad de los derechos y libertades.

163.- De otra parte, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, y considerados singularmente dichos derechos, se tiene que cuando *“un conflicto asume las dimensiones de una confrontación armada, la vida de la nación se considera inmediatamente en peligro, lo que lleva a invocar las cláusulas derogatorias. En tales casos, todas las normas de derechos humanos cuya derogación está prohibida siguen en pleno vigor. Estas normas están confirmadas o complementadas por la normativa específica de los conflictos armados no internacionales, que forman parte de la normativa humanitaria”*²²².

164.- Dicha protección tiene su base en los derechos constitucionalmente reconocidos a la vida e integridad de las personas, y los derechos humanos consagrados en la Convención

²²¹ AMBOS, Kai, *Conceptos básicos del derecho internacional humanitario y el nuevo crimen de agresión*, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp.80 y 81. *“Con relación a los integrantes de grupos armados organizados (entiéndase grupos paramilitares como las Autodefensas Unidas de Colombia [AUC], o grupos guerrilleros como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia [FARC], debe indicarse en primer término que éstos se consideran –a falta del reconocimiento de un estatus de combatiente formal en este tipo de conflicto- básicamente como parte de la población civil. Por este motivo gozan también, en principio, de la correspondiente protección “ante los peligros desprendidos de las hostilidades” (“dangers arising from military operations”, art. 13 inc.1 PA II)”*.

²²² NEWMAN, Frank C; VASAK, Karel. “Derechos civiles y políticos”, en VASAK, Karel (ed) *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. V.I. Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, pp.285 y 286. *“Aunque la Declaración universal tuvo influencia en los redactores de las convenciones de Ginebra, la normativa internacional sobre derechos humanos y las normas humanitarias afrontan el problema de los conflictos armados internos de diferentes modos. La primera se encuadra en el marco del ius ad bellum según lo previsto en la Carta de las Naciones Unidas, de acuerdo con la cual queda prohibido el recurso a la fuerza y, en consecuencia, está dirigido a la conservación de la paz. La segunda, por su parte, forma parte (sic) del ius in bello: establece las normas que rigen el uso de la fuerza sin examinar las causas del conflicto de acuerdo a los principios de la Cruz Roja y, en especial, los principios humanitarios”*.

Americana de Derechos Humanos -artículos 1 [obligación de respetar los derechos²²³], 3 [derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica], 4 [derecho a la vida que se corresponde con el deber de no privar la vida arbitrariamente], 5.2 [derecho a la integridad personal que se corresponde con el deber de no someter a las personas a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y si es privado de la libertad a tratarla con el respeto por su dignidad humana], 7 [derecho a la libertad personal], 8.1 [derecho a la garantía judicial], 11 [derecho a la honra y a la dignidad], 15 [derecho de reunión], 16 [libertad de asociación], 22 [derecho de circulación y de residencia] y 25 [derecho a la protección judicial]. Así mismo, cuando se trata de personas que tiene una identidad cultural o social singular, debe tenerse en cuenta la presunción de no discriminación en los términos del artículo 13 de la Constitución Política y los artículos 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; los artículos 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; los artículos 2.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; los artículos 3 y 45 de la Carta de la OEA, el artículo II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969; el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos –Protocolo de San Salvador de 1988-; y, el artículo 9 de la Carta Democrática Interamericana.

165.- La Sala tiene en cuenta, que el *“artículo 1 de la Declaración universal, al resumir los tres grandes principios de la Revolución francesa, establece, entre otras cosas, que “todos los seres humanos [...] deben tratarse unos a otros con un espíritu de hermandad”. El orden social y la comunidad a la que el individuo pertenece son colocados asimismo en la adecuada perspectiva de los derechos humanos en los artículos 28 y 29 de la Declaración universal y en el párrafo quinto del preámbulo de los Convenios internacionales sobre derechos humanos”*²²⁴.

166.- Desde la perspectiva del derecho internacional humanitario, y específicamente de la aplicación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, la obligación positiva de un Estado como Colombia que se encuentra en una situación de conflicto armado interno

²²³ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273. *“Como se puede observar, de la lectura de este artículo (artículo 1° de la Convención Americana) se desprenden dos obligaciones para los Estados parte, en relación con los derechos consagrados en el texto de la Convención, a saber: i) la obligación de respeto, que exige del Estado una conducta de abstención, denominada también obligación negativa y, por otro lado, ii) se impone una obligación de garantía, que exige a los Estados parte emprender las acciones necesarias tendientes a asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y garantizarlos. Sobre el alcance de esta disposición, (artículo 2° de la Convención Americana) la Corte Interamericana, ha precisado que este deber tiene dos implicaciones: “Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”.*

²²⁴ BOVEN, Theodoor C. Van. “Criterios distintivos de los derechos humanos”, en VASAK, Karel (ed) *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. V.I. 1A ed. Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, p.95. La *“vida humana en sus múltiples relaciones sociales halla reconocimiento y expresión bajo la tutela de la promoción y protección de los derechos humanos”*.

respecto de los miembros de la población civil se concreta en varias dimensiones: (i) en el trato basado en el principio sustancial de humanidad a todas las personas *“a todas las personas que no participen en las hostilidades o que caigan en poder del adversario, sin distinción alguna de índole desfavorable”*; y (ii) lo anterior implica desde la posición de las fuerzas militares del Estado, que su legitimidad y reconocimiento en la guarda del orden público y la seguridad tiene límites fijados por las reglas de la guerra que derivan de este corpus iuris de derecho internacional humanitario, uno de cuyos principios esenciales es el de distinción que impone no involucrar, vincular o incorporar indebida o ilegalmente a miembros de la población civil en acciones, situaciones o considerar como partícipes del conflicto armado interno a miembros de la población civil sin tener integralmente todos los elementos que puedan demostrar la condición de combatiente, integrante de grupo armado insurgente, o de banda criminal del la víctima como ya se señaló.

167.- En esa condición de la víctima **OLIVO PEÑA ORTEGA**, como miembro de la población civil, desde la perspectiva del derecho internacional humanitario, debe observarse lo consagrado en el Convenio IV de Ginebra del 12 de agosto de 1949, *“relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra”* (ratificado por Colombia el 8 de noviembre de 1961), y en el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1977, *“relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”*.

168.- De acuerdo con el Convenio IV de Ginebra son aplicables en este tipo de eventos, y dentro del concepto de conflicto armado interno el artículo 3 común, ya que tratándose de conflictos no internacionales el Estado parte está llamado a aplicar *“como mínimo”* los siguientes criterios:

“[...] 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades [...] y las personas puestas fuera de combate por [...] detención o por cualquier otra causa, serán en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios.

[...]”.

169.- Luego, tratándose de situaciones ocurridas en el marco del conflicto armado interno, el Estado debe orientar su accionar no sólo a cumplir los mandatos constitucionales [artículo 2, especialmente, de la Carta Política] y legales, sino también a dar cabal aplicación y respetar lo consagrado en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra, en especial los siguientes mandatos

positivos: (i) es aplicable a los conflictos armados “que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo” [artículo 1]; (ii) será aplicable “a todas las personas afectadas por un conflicto armado” [artículo 2]; (iii) la invocación de este Protocolo, en los términos del artículo 3.1, no puede hacerse con el objeto de “menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos” [respeto del principio de soberanía en sus dimensiones positiva y negativa]; (iv) como garantía fundamental se establece que todas “las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor [...] Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes” [artículo 4.1]; y, (v) se prohíben los “atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio [...] o toda forma de pena corporal” [artículo 4.2].

170.- En la dimensión constitucional, de acuerdo con lo consagrado en la Constitución Política, es claro que la obligación positiva que asume el Estado de asegurar a todas las personas residentes en Colombia la preservación de sus derechos a la vida y a la integridad física, como manifestación expresa de los derechos fundamentales a la vida, integridad personal y a la seguridad personal, no se encuentra dentro de la clasificación moderna de las obligaciones como una obligación de resultado sino de medio, por virtud de la cual son llamadas las distintas autoridades públicas a establecer las medidas de salvaguarda que dentro de los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad resulten pertinentes, a fin de evitar la lesión o amenaza de los citados derechos fundamentales.

171.- De tal manera, cabe observar la atribución jurídica del daño antijurídico, en principio, a las entidades demandadas por falla en el servicio se hace consistir en el incumplimiento e inobservancia de los deberes positivos derivados de exigencias convencionales [del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos²²⁵], constitucionales, y legales, que pueden ser constitutivos de una falla en el servicio.

²²⁵ CASSESE, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, 1ª ed, 1ª reimp, Ariel, Barcelona, 1993, p.9. “Los derechos humanos representan el generoso intento (en parte, tal vez, ilusorio) de introducir la racionalidad en las instituciones políticas y en la sociedad de todos los Estados”.

172.- Examinadas las anteriores obligaciones positivas en cabeza del Estado y el encuadramiento de la imputación que puede proceder bajo el fundamento de imputación de la falla en el servicio, cabe examinar los presupuestos de la atribución jurídica del daño cuando se producen actos deliberados, acciones planificadas, o despliegues desproporcionados y excesivos para justificar el cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales que están llamadas a cumplir las fuerzas militares del Estados, en concreto el Ejército Nacional, bajo la configuración de las “falsas acciones de cumplimiento de los mandatos”.

9.5. Presupuestos para la determinación de “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento” de los mandatos constitucionales y legales en cabeza de las fuerzas militares con los que se producen daños antijurídicos en miembros de la población civil.

173.- Cabe a la Sala formular como premisa inicial que toda autoridad investida de facultades de orden público, seguridad y protección de la soberanía debe respetar las normas convencionales, constitucionales, la ley y los principios democráticos²²⁶.

174.- Esto implica que bajo la concepción democrática la doctrina militar debe acoger como norma códigos de conducta en los que impere el respeto pleno, integral y eficaz de los mandatos de protección de los derechos humanos y de las reglas del derecho internacional humanitario, especialmente en un conflicto armado interno como el nuestro, donde la relación fuerzas militares – población civil puede ser tanto provechosa para la plena garantía de los derechos y libertades, como conflictiva para el respeto de los mismos, bien sea por uso excesivo y desproporcionado de la fuerza, por desarrollo de prácticas antidemocráticas de ejecuciones extrajudiciales, por planificación de actividades de limpieza o saneamiento social, o similares, en donde la posición de la víctima siempre será cuestionada por sus potenciales relaciones con grupos armados insurgentes, bandas criminales, o por razones de condición social.

²²⁶ FRÜHLING, Hugo. “La reforma de la Policía y el proceso de democratización”, en FRÜHLING, Hugo; TULCHIN, Joseph S. *Crimen y violencia en América Latina*. 1ª ed. Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2005, p.36. “Tradicionalmente, la policía ha hecho hincapié en la necesidad de realizar sus deberes de acuerdo con la ley. Sin embargo, el profesionalismo suele ser percibido como un elemento que dificulta esta observancia de la ley por parte de la entidad; para defender esta postura se sostiene que el propósito del trabajo del policía es hacer cumplir la ley, sin tener en cuenta los valores políticos o sociales que van más allá de ella. Esta interpretación del profesionalismo derivan del hecho de que la capacitación de la policía es fundamentalmente legalista. La autoridad de los oficiales sobre sus subordinados y sobre la ciudadanía, así como su inmunidad frente a interferencias indebidas del ámbito político se basan en las leyes existentes. Si se recurre al imperativo del respeto por la ley, puede argumentarse que la policía es una institución profesional que mantiene el orden en cualquier circunstancia, no obstante, no conduce necesariamente al respeto por conceptos como democracia y los derechos humanos. El personal los acepta, en la medida que se trata de ideas respaldadas por la legislación vigente, pero su incorporación en las prácticas de la institución tarde en aparecer. Entonces, debido a que estos conceptos no son vistos como una fuerza motriz, la policía desconfía de los ciudadanos, lo que a su vez, hace que sus estrategias para combatir el crimen le presten poca atención a las preocupaciones ciudadanas”.

175.- Para la delimitación de las “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento” de los mandatos constitucionales y legales” por parte de los miembros de las fuerzas militares, la Sala debe estudiar dicho fenómeno en su origen desde la consideración de las ejecuciones extrajudiciales²²⁷ en el marco del derecho internacional [a partir de instrumentos de *soft* y *hard law*]. Si bien las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias no encuentran su juridificación en el ordenamiento internacional, su base radica en dos pilares: (1) la garantía del derecho a la vida consagrada en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 1.1 de la Declaración American de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1.1, 2 y 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos; (2) por otra parte se comprenden instrumentos de *soft law* que se integran a las garantías normativas del derecho a la vida tales como el “Código de Conducta para los funcionarios encargados de cumplir la ley” [Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 34/169, de 17 de diciembre de 1979], y los “*Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*” [Octavo Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento de los delincuentes, de 1990].

176.- En ese sentido, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 11 de marzo de 1982, durante cincuenta y nueve [59] sesión, aprobó la Resolución 1982/29 advirtió del incremento de las ejecuciones extrajudiciales en el mundo como un fenómeno que ponía en cuestión la protección de los derechos humanos. En similar sentido se pronunció la Resolución 1982/35 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas adoptada en el vigésima octava sesión realizada el 7 de mayo de 1982.

177.- De acuerdo con la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 44/162, de 15 de diciembre de 1989 [con la que se aprobaron los “*Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias y sumarias*”], los Estados tienen las siguientes obligaciones: “*prohibir por ley tales ejecuciones y velar por que [sic] ellas sean tipificadas como delitos en su derecho penal; ii) evitar esas ejecuciones, garantizando un control estricto de todos los funcionarios responsables de la captura, la detención, el arresto, la custodia o el encarcelamiento de las personas y de todos los funcionarios autorizados por ley para usar la fuerza y las armas de fuego; iii) prohibir a los funcionarios superiores que den órdenes en que autoricen o inciten a otras personas a llevar cabo dichas ejecuciones*”.

²²⁷ HENDERSON, Humberto, “La ejecución extrajudicial o el homicidio en las legislaciones de América Latina”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, V.43, 2006, p.285. “[...] La ejecución extrajudicial es una violación que puede consumarse, en el ejercicio del poder del cargo del agente estatal de manera aislada, con o sin motivación política, o más grave aún, como una acción derivada de un patrón de índole institucional”.

178.- El 28 de diciembre de 1992 se publicó en el marco de la 49ª sesión de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el *“Informe del Relator Especial, Sr. Bacre Waly Ndiaye”*, presentado en cumplimiento de la resolución 1992/72 de la Comisión de Derechos Humanos²²⁸, donde se trató lo relacionado con las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, teniéndose en cuenta: se plantearon ejemplos de las medidas adoptadas por las autoridades competentes *“que se considerarían apropiadas si las denuncias resultaren fundadas: a) Ejecuciones extrajudiciales, sumarios o arbitrarias. Se ha llevado a cabo una investigación independiente; los autores de la ejecución han sido identificados y han comparecido ante la justicia; se han tomado medidas para asegurar en el futuro una protección efectiva contra las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitraria”* [párrafo 31]. Así mismo, se afirmó que en el marco de los conflictos armados el relator recibía muchas denuncias relativas a ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, para cuyo examen tuvo en cuenta “los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y los Protocolos Adicionales a esos Convenios, de 1977. Son particularmente pertinentes el artículo 3, que es común a los Convenios de 1949, en el cual se protege el derecho a la vida de los miembros de la población civil, así como el de los combatientes heridos o que hayan depuesto las armas, y los artículos 51 del Protocolo Adicional I y 13 del Protocolo Adicional II relativos a la protección de la población civil contra los peligros originados por operaciones militares” [párrafo 60]. Finalmente, el relator afirmó que teniendo en cuenta los *“principios 9 a 19 de los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, que disponen que se procederá a una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial de todos los casos en que haya sospecha de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias con objeto de determinar la causa, la forma y el momento de la muerte y la persona o las personas responsables y que los resultados se publicarán. Se hará comparecer ante la justicia a las personas que la investigación haya identificado como participantes en tales ejecuciones, en cualquier territorio bajo la jurisdicción del Estado. Se mantendrán oficinas, y los querellantes, los testigos, quienes realicen la investigación y sus familias serán protegidos de actos de violencia o de cualquier otra forma de intimidación”* [párrafo 64].

179.- El 7 de diciembre de 1993 la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas publicó el *“Informe del Relator Especial, Sr. Bacre Waly Ndiaye, presentado en cumplimiento de*

²²⁸ NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. 59ª período de sesiones. CUESTION DE LA VIOLACION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES EN CUALQUIER PARTE DEL MUNDO Y EN PARTICULAR EN LOS PAISES Y TERRITORIOS COLONIALES Y DEPENDIENTES. Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Informe del Relator Especial, Sr. Bacre Waly Ndiaye, presentado en cumplimiento de la resolución 1992/72 de la Comisión de Derechos Humanos. Documento E/CN.4/1993/46, de 28 de diciembre de 1992, pp.183, en [\[http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G92/149/40/IMG/G9214940.pdf?OpenElement\]](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G92/149/40/IMG/G9214940.pdf?OpenElement); consultado 10 de agosto de 2015].

la resolución 1993/71 de la Comisión de Derechos Humanos”²²⁹, en cuyo párrafo 221 se manifestó frente a la situación de Colombia en materia de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias lo siguiente: “se afirmó que en las regiones donde las fuerzas de seguridad mantenían una fuerte presencia debido a las operaciones antisubversión del Gobierno se cometieron muchas violaciones del derecho a la vida. Se señalaron al Relator Especial como particularmente afectados los departamentos de Antioquia, Arauca, Cauca, Meta y Santander. Según las informaciones, miembros de las fuerzas armadas, la policía y grupos paramilitares que cooperan con las fuerzas de seguridad fueron responsables de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias”.

180.- Se tiene en cuenta diferentes Informes tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [de 2004²³⁰ y 2005] acerca de la situación en Colombia de los que destaca: (2.1) la justicia penal militar investiga indebidamente los casos de homicidios en persona protegida; y, (2.2) se plantean conflictos de competencia [positivos o negativos] en los que no siempre termina conociendo la jurisdicción ordinaria.

181.-Se trae el Informe elaborado en el año 2010 por el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas²³¹, en las que se empleó el concepto de “falsos positivos”, del que se tuvo en cuenta: (3.1) se consideran ejecuciones ilegales de civiles aquellas “manipuladas por las fuerzas de seguridad para que parezcan bajas legítimas de guerrillero o delincuentes ocurridas en combate”; (3.2) se identificaron los siguientes patrones reiterados de conducta: (i) se producen en el “marco de operativos militares

²²⁹ NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. 50ª período de sesiones. CUESTION DE LA VIOLACION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES EN CUALQUIER PARTE DEL MUNDO Y EN PARTICULAR EN LOS PAISES Y TERRITORIOS COLONIALES Y DEPENDIENTES. Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Informe del Relator Especial, Sr. Bacre Waly Ndiaye, presentado en cumplimiento de la resolución 1993/71 de la Comisión de Derechos Humanos. Documento E/CN.4/1994/7, de 7 de diciembre de 1993, pp.185, en [\[http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/858/12/PDF/G9385812.pdf?OpenElement\]](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/858/12/PDF/G9385812.pdf?OpenElement); consultado 10 de agosto de 2015].

²³⁰ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. 59ª período de sesiones. Cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Informe provisional de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Sra. Asma Jahangir presentado en cumplimiento de la resolución 57/214 de la Asamblea General Documento A/59/319, de 1 de septiembre de 2004, pp.185, en [\[http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/475/57/PDF/N0447557.pdf?OpenElement\]](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/475/57/PDF/N0447557.pdf?OpenElement); consultado 10 de agosto de 2015].

²³¹ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, 14ª período de sesiones. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston, Misión Colombia, Documento A/HRC/14/24/Add.2, de 31 de marzo de 2010, pp.185, en [\[http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/132/38/PDF/G1013238.pdf?OpenElement\]](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/132/38/PDF/G1013238.pdf?OpenElement); consultado 10 de agosto de 2015].

anti-insurgentes, aunque los testigos declaran que no hubo combate”; (ii) precede, en la mayoría de los casos, una captura o detención ilegal “en su domicilio o lugar de trabajo, y conducida al lugar de la ejecución”; (iii) la condición social de las víctimas impera ya que “por lo general campesinos, indígenas, trabajadores, jóvenes, personas marginadas o líderes comunitarios” son víctimas de estas prácticas; (iv) la fuerza pública reporta a las víctimas como “insurgentes dados de baja en combate”; (v) las “víctimas aparecen muchas veces uniformadas y con diferentes tipos de armas y equipos militares mientras que, según los testimonios, habían desaparecido con su ropa habitual y desarmadas”; (vi) en “ocasiones las víctimas son previamente señaladas por informantes anónimos, encapuchados o reinsertados, y en otras ocasiones son seleccionadas al azar”; (vi) el “levantamiento del cadáver es realizado por los mismos miembros de la Fuerza Pública que previamente les han dado de ‘baja en combate’”; (vii) no “se preservan la escena del crimen ni las pruebas existentes”; (viii) con frecuencia “aparecen en los cuerpos signos de tortura”; (ix) los “cuerpos son despojados de objetos personales y se hace desaparecer sus documentos de identidad”; (x) los “cuerpos son trasladados a municipios lejanos del lugar donde se les retuvo originalmente y se constatan serios impedimentos tanto para el acceso de los familiares a los cuerpos como para su reconocimiento”; (xi) los “cuerpos son inhumados como N.N. a pesar de ser identificados por familiares o terceras personas”(xii) los “miembros de la Fuerza Pública reciben incentivos económicos, profesionales y premios por la presentación de ‘positivos’”; (xiii) la “competencia judicial para la investigación de los hechos se atribuye desde el primero momento a juzgados penales militares”; (xiv) los “familiares de las víctimas, testigos y defensoras y defensores de derechos humanos dedicados al esclarecimiento de los hechos son objeto de actos de amenaza e intimidación”; y, (v) el “porcentaje de condenas a los responsables es ínfimo”.

182.- Cabe destacar el Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias Christof Heys, publicado el 15 de mayo de 2012²³², en el que se hicieron las siguientes consideraciones respecto a la situación de los “falsos positivos”, de los homicidios cometidos por las fuerzas de seguridad en Colombia: *“En el informe sobre su visita al país, el Relator Especial documentó el fenómeno de los llamados “falsos positivos”, ejecuciones ilegales de civiles manipuladas por las fuerzas de seguridad para que parecieran bajas legítimas de guerrilleros o delincuentes ocurridas en combate. La existencia de falsos positivos no estaba en duda; lo que era cuestionable eran los motivos de la alarmante frecuencia con que se había dado ese fenómeno entre 2004 y 2007. Algunos interlocutores sostenían que era una política de Estado, mientras que el Estado, por su parte, alegaba que*

²³² NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, 20º período de sesiones. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Christof Heyns, Recomendaciones complementarias al país Colombia, Documento A/HRC/20/22/Add.2, de 15 de mayo de 2012, pp.185, en [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/132/38/PDF/G1013238.pdf?OpenElement>; consultado 10 de agosto de 2015]

había habido numerosas acusaciones infundadas de falsos positivos y que algunas de las víctimas eran, de hecho, guerrilleros o delincuentes. El gobierno señaló que no se trataba de un fenómeno generalizado y que esos homicidios ilegales solo eran casos aislados [...] El Relator Especial concluyó que los miembros de las fuerzas de seguridad de Colombia habían sido responsables de un número considerable de falsos positivos ocurridos en todo el país, y señaló que los casos de Soacha eran solo el ejemplo más conocido de la existencia del fenómeno, como lo habían demostrado, entre otras cosas, sus entrevistas con familiares de la víctimas y las pruebas presentadas [...] El Relator Especial indicó que varios factores contribuían a los homicidios, y mencionó entre ellos la presión que se ejercía en las unidades militares para que se mostraran resultados y se demostrara que se ganaba terreno a la guerrilla y a los delincuentes; las recompensas e incentivos otorgados a las fuerzas militares por los homicidios de guerrilleros; y la falta de rendición de cuentas por las violaciones” [párrafos 8 a 10].

183.- Se examina el Reporte intermedio de la situación de Colombia que en 2012 presentó el Fiscal de la Corte Penal Internacional²³³, según el cual los denominados “falsos positivos” se vienen presentando desde los años ochenta y se agudizaron a partir del año 2004 con las siguientes características identificadas en dicho documento: “Los civiles ejecutados fueron reportados como guerrilleros muertos en combate tras alteraciones de la escena del crimen. La información disponible indica que estos asesinatos fueron cometidos por miembros de las fuerzas armadas, operando a veces con paramilitares y civiles como parte de un ataque dirigido contra civiles en varias partes de Colombia. En algunos casos, las ejecuciones estuvieron precedidas por detenciones arbitrarias, tortura y otras formas de malos tratos”. En dicho Reporte el Fiscal de la Corte Penal Internacional sostuvo que la “gran escala de los ataques, el número de víctimas, las semejanzas entre las denuncias de crímenes presentados en todo el país, la planificación y organización necesarias para cometer los asesinatos y registrarlos posteriormente como bajas en combate, indican que los asesinatos de ‘falsos positivos’ equivalen a un ataque sistemático y a gran escala contra la población civil”.

184.- El Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas para las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, publicado el 6 de agosto de 2014²³⁴, se advirtió la tendencia a la reanudación de las ejecuciones como práctica desde el 2012 [párrafos 93 a 98].

²³³ Puede consultarse en: [<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP2012035032COLResumenEjecutivodelReporteIntermed.PDF>; consultado 10 de agosto de 2015]

²³⁴ NACIONES UNIDAS, AASAMBLEA GENERAL. 69ª período de sesiones. Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Informe del Relator Especial, Sr. Christof Heyns, presentado de conformidad con la resolución 67/168 de la Asamblea. Documento A/69/65, de 6 de agosto de 2014, pp.185, en [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/497/39/PDF/N1449739.pdf?OpenElement>; consultado 10 de agosto de 2015].

185.- Finalmente, en el Cuarto Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2014²³⁵, según el cual los supuestos para la materialización de las ejecuciones extrajudiciales como práctica son los siguientes: “i) *ejecución de miembros de la guerrilla fuera de combate*; ii) *ejecución de líderes comunitarios acusados de ser colaboradores*; iii) *transferencia de cuerpos de grupos paramilitares a unidades del Ejército*; iv) *ejecución de informantes y miembros desmovilizados para encubrir crímenes anteriores, negar vinculaciones y destruir evidencia*; v) *ejecución de personas que mantienen lazos con organizaciones criminales como resultado de alianzas y corrupciones*; vi) *ejecución de personas que fueron intencionalmente reclutadas o retenidas (personas vulnerables, personas con discapacidad, adictos, personas en situación de calle y con antecedentes criminales)*; y vii) *‘errores militares’ encubiertos por la simulación de un combate*”.

186.- Cuando se trata de “*falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento*” de los mandatos constitucionales y legales en cabeza de las fuerzas militares, la tendencia de la jurisprudencia contencioso administrativa ha sido a su encuadramiento en el ámbito de la atribución jurídico bajo el supuesto de ejecuciones extrajudiciales.

187.- La sentencia de 11 de febrero de 2009, expediente 16337, analiza el caso de la desaparición de dos hermanos que luego fueron presentados como abatidos durante un enfrentamiento armado se tuvo en cuenta con base en la prueba indiciaria para establecer la responsabilidad del Estado: (1) que las víctimas fueron sometidas a desapariciones forzadas; (2) que los cadáveres estaban ocultos; (3) el “*afán de inculpar a las víctimas por lo sucedido bajo el entendido de que eran integrantes de la guerrilla*”; (4) las “*contradicciones de los informes militares en cuanto al grupo guerrillero que perpetró el ataque*”; (5) la “*falta de actividad probatoria que terminó con la prescripción de acción disciplinaria*”; y, (6) se intimidó e impidió que los afectados y testigos directos “*denunciaran a los uniformados por temor a represalias*”.

188.- La sentencia de la Sub-sección C de 22 de junio de 2011, expediente 20706, al analizar el caso de la muerte de una persona que fue detenida en un reten militar y luego presentado como abatido en un combate con la guerrilla, tuvo en cuenta que en este tipo de eventos las autoridades públicas están obligadas: (1) a devolver a la personas en las mismas condiciones en que fue retenido, o a entregar ante la autoridad judicial en caso de ser requerido; y, (2) se quiso pasar a la persona como un subversivo dado de baja en combate, pese a que el acta de

²³⁵ Puede consultarse en: [<http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf>; consultado 10 de agosto de 2015].

levantamiento de cadáver y una declaración de un inspector indicaban que el fallecido se encontraba vestido de civil y no le fue encontrado armamento alguno.

189.- Luego, la Sub-sección B en la sentencia de 29 de marzo de 2012, expediente 21380, relacionado con la muerte violenta de un campesino, en el corregimiento La Aurora del municipio de Chiriguaná [Cesar] que fue obligado a vestir prendas de uso privativo de las fuerzas militares y presentado como guerrillero muerto en combate, se encontró demostrado: (1) que la persona fue secuestrada el día anterior; (2) el cadáver apareció al interior de las instalaciones del Batallón La Popa de Valledupar, presentando varios disparos de arma de fuego y vistiendo prendas militares; (3) según los informes militares la muerte de la víctima se produjo *“durante un enfrentamiento armado con el batallón contraguerrillas No. 40 adscrito al Comando Operativo nº 7 de la Segunda Brigada del Ejército”*; y, (4) los familiares de la víctima fueron objeto de *“presiones y amenazas para que se abstuvieran de denunciar lo sucedido”*.

190.- En el mismo año 2012, la Sub-sección B en la sentencia de 29 de octubre de 2012, expediente 21806, relacionada con la desaparición y muerte de un joven en el barrio Patio Bonito del municipio de Urrao, Antioquia, en el se encontró acreditado: (1) se trata de un evento más de las prácticas *“denunciadas interna y externamente, consistentes en conducir a las víctimas con apoyo de civiles informantes, simular combates o atribuirle la comisión de delitos, para obtener privilegios económicos e institucionales por su muerte”*; (2) *en este tipo de eventos la prueba indiciaria resulta ser “idónea y única para determinar la responsabilidad”*; (3) hubo un exceso en el ejercicio de las funciones de las autoridades públicas; (4) el miembro del Ejército Nacional procesado ante la justicia penal militar fue exonerado; y, (5) se trató de la violación de derechos humanos cometidos por agentes estatales *“prevalidos de su pertenencia a un grupo conformado para luchar contra la delincuencia”*.

191.- En el año 2013 la Sub-sección A profirió sentencia el 13 de marzo de 2013, expediente 21359, en un caso donde fallecieron tres [3] personas campesinas, encontrando demostrado: (1) como hecho previo se tuvo en cuenta el *“avistamiento de los jóvenes en la vereda ‘La Arroyuela’*”; (2) como hecho posterior se tuvo la aparición de sus cuerpos en la *“vereda Monteredondo”*; y, (3) que todo *“obedeció a un comportamiento anómalo y altamente irregular por parte de los miembros de la demandada”*.

192.- Así mismo, en el año 2013 la Sección Tercera en su Sala Plena profirió la sentencia de 11 de septiembre de 2013 relacionada con la muerte de un campesino presentado como guerrillero dado de baja durante un combate en jurisdicción del municipio de Tello, Huila, en el que se encontró demostrado: (1) se incurrió en falla en el servicio por haber propinado *“la muerte a*

personas no combatientes que se encontraban en estado de indefensión”; (2) lo que se encuadró como una ejecución extrajudicial; (3) no “se adelantó una investigación seria y dedicada para efectos de establecer la verdad sobre las circunstancias en que se produjo su muerte, falencia que a su vez implicó que no fuera posible la reparación adecuada de los familiares del fallecido y la imposición de sanciones y castigos para los agentes estatales involucrados en el hecho”.

193.- La Sub-sección B en la sentencia de 27 de septiembre de 2013, expediente 19886, relacionado con la muerte de un campesino que fue muerto en la vereda de Aguasal del municipio de Pauna, Boyacá, y presentado como guerrillero de la cuadrilla XI de las FACR que fue dado de baja en combate, consideró: (1) no se demostró que el campesino muerto perteneciera a un grupo armado insurgente; (2) se encuadró como una ejecución extrajudicial, aunque se empleó el concepto de *“falso positivo”*; (3) el daño antijurídico encuadraba en la *“noción de delitos de lesa humanidad”*; (4) la justicia penal militar que conoció del caso mediante sentencia de 15 de mayo de 1996 cesó el procedimiento contra el militar encausado; y, (5) la escena del crimen fue alterada por los miembros del Ejército Nacional que participaron en los hechos.

194.- En el año 2014 la Sub-sección B profirió la sentencia de 30 de abril de 2014, expediente 28075, relacionada con la muerte de dos jóvenes campesinos quienes fueron presentado como guerrilleros dados de baja en un combate librado con un frente de las FARC en la vereda Mármol del municipio de San José Isnos, Huila, en la que se encontró demostrado: (1) la muerte de los jóvenes campesinos se produjo cuando los miembros del Ejército desplegaban una operación de registro contra la cuadrilla XIII de las FARC; (2) se encuadró como una ejecución extrajudicial; (3) la *“posición del occiso era desventajosa frente a quien le propinó las heridas letales, convirtiéndolo en un blanco fácil de manejar y dominar”*; (4) la víctima padecía una lesión en la mano que impedía la manipulación o acción del arma de fuego que le fue encontrada; (5) no hubo combate teniendo en cuenta las trayectorias y distancias de los impactos de arma de fuego en los cuerpos; (6) en sus declaraciones los miembros del Ejército Nacional que participaron se contradicen; (7) los jóvenes fallecidos se encontraban en estado de indefensión; (8) se encontraban vestidos de civil; (9) no se acreditó el instinto de conservación propio del combatiente; (10) resultó extraño que no hubo lesionados, ni bajas en los miembros del Ejército Nacional si se afirma que hubo un combate y una emboscada; (11) se trató de un *“homicidio efectuado deliberadamente por agentes estatales cuando la víctima se encontraba en estado de indefensión o inferioridad”*; (12) no se sancionó penal, ni disciplinariamente a los miembros del Ejército Nacional que participaron en la operación militar; y (13) no se demostró que los jóvenes pertenecían a algún grupo armado.

195.- Ahora bien, la sentencia de unificación de la Sección Tercera de 28 de agosto de 2014 [expediente 32988], relacionado con la muerte de tres [3] jóvenes de la vereda Las Nieves del municipio de Apartadó [Antioquia] quienes fueron presentado por el Ejército Nacional como dados de baja en combate, encontrándose demostrado: (1) los jóvenes estuvieron en poder del Ejército; (2) respecto de dos ellos se configuraron los elementos de la desaparición forzada, esto es su privación de la libertad, intervención de agentes estatales y la negativa *“de reconocer la detención y revelar el paradero de las víctimas a sus familiares”*; (3) fueron vestidos con prendas diferentes a las que usaban para el día de los hechos; (4) al haber privado de la libertad a los jóvenes el Ejército nacional *“tenía una clara posición de garante, y se le atribuye cualquier resultado dañoso causado por su acción, por cuanto voluntariamente infringió sus funciones en la prevención o evitación del resultado dañoso”*; (5) las víctimas no pertenecían a un grupo armado; (6) no existió ni combate, ni enfrentamiento; (7) se incumplió por parte del Ejército el deber de aseguramiento, de conservación y la cadena de custodia de los medios probatorios; (8) no se justificó el traslado de los cuerpos a las instalaciones militares; (9) no se estableció que los jóvenes hayan manipulado o accionado arma alguna; (10) se concretó un homicidio en persona protegida; y, (11) la justicia penal militar se inhibió.

196.- De la jurisprudencia de la Sección Tercera y de sus Sub-secciones permite concluir a la Sala que como regla general se impone el encuadramiento y atribución jurídica de la responsabilidad del Estado con base en el fundamento de imputación de la falla en el servicio, y ocasionalmente se ha operado el riesgo excepcional. Dicha tendencia refleja que en este tipo de eventos es claro evidenciar que por acción e inactividad se dejan de materializar deberes positivos que convencional, constitucional y legalmente están en cabeza del Estado para la eficaz garantía de los derechos y libertades, la preservación del principio democrático y plena legitimidad de las actividades desplegadas por los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado en el marco del conflicto armado interno, que impidan la proliferación, la sistematicidad y la aquiescencia con prácticas reprochables, despreciables y absolutamente contrarias con el Estado Social y Democrático de Derecho, como son las *“falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento”* de los mandatos constitucionales [v.gr., artículo 217 de la Carta Política] y legales por parte de los agentes estatales.

197.- A lo que cabe agregar, que la Sala encuentra que en Colombia las *“falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento”* se ha convertido una práctica generalizada, con participación o aquiescencia de agentes estatales, contra la población civil más vulnerable [campesinos, personas de la calle, adictos, delincuentes de poca monta, etc.] y con carácter sistemático que puede estar permitiendo su encuadramiento como un típico acto de lesa humanidad [que a tenor del artículo 7K del Estatuto de Roma], que viene acompañado en muchas ocasiones por la consumación de actos de tortura, desaparición forzada o de otros tratos crueles o inhumanos.

198.- De los instrumentos internacionales producidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de los Informes de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre las ejecuciones extrajudiciales, del Fiscal de la Corte Penal Internacional, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la jurisprudencia de la Sección Tercera y de las Subsecciones cabe establecer los siguientes presupuestos para determinar la ocurrencia de “*falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales*” por parte de miembros de las fuerzas militares con base en los cuales se hará el juicio de imputación para el caso en concreto.

9.6. La imputación en el caso en concreto.

199.- Valorado el acervo probatorio que obra en el proceso se acredita que **OLIVO PEÑA ORTEGA**, para el 15 de agosto de 2008, fecha en la que fue ultimado violentamente, tenía cuarenta [40] años, dos [2] meses y veinticinco [25] días, originario de Sardinata²³⁶ [Norte de Santander], se dedicaba a las actividades en fincas de la zona, que tenía como hermanos a Belinda [donde vivía], Antonio y José Ángel, de quien no se pudo constatar que se dedicaba a actividades ilícitas participando como colaborador o miliciano de alguna de las organizaciones armadas insurgentes [en concreto del ELN en su compañía Carlos Armando Cagua Guerrero], no tenía reporte judicial, policial o de porte de armas ante las autoridades cotejada la información.

200.- En el presente caso la Sala encuentra que el encuadramiento de la atribución jurídica de la responsabilidad [siguiendo la unificación jurisprudencial de la Sala Plena de la Sección Tercera de 19 de abril de 2012, expediente 21515 y de 23 de agosto de 2012, expediente 24392] debe hacerse desde el análisis de las serias fallas en el servicio que se produjeron y que en despliegue, por acción, omisión o inactividad, fueron determinantes y sustanciales para la producción del daño antijurídico consistente en la muerte violenta de **OLIVO PEÑA ORTEGA**, y de los derechos propios y de sus familiares.

201.- Cabe examinar para el encuadramiento de la imputación los siguientes aspectos: (1) circunstancias de tiempo, modo y lugar; (2) verificación probatoria según la cual los hechos

²³⁶ Certificación, del 15 de agosto de 2008, del Registrador Municipal del Estado Civil de El Tarra, Norte de Santander [fl.17 cuaderno de pruebas 1], según la cual la cédula de ciudadanía número 13.120.519, con fecha de nacimiento 21 de mayo de 1966 en Sardinata, Norte de Santander, corresponde a Olivo Peña Ortega.

ocurridos se adecuan a “falsas acciones de cumplimiento”; y, (3) definición de la falla en el servicio en cabeza del Estado.

9.6.1. Acreditación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

202.- Del análisis conjunto, contrastado, ponderado, razonable y bajo las reglas de la sana crítica se tiene por demostrado:

203.- Los hechos ocurrieron el 15 de agosto de 2008 entre las 2:00 y 4:30 a.m., en la vereda La Perla, corregimiento de Puente Real, municipio de San Calixto –Norte de Santander-. Las condiciones específicas se consignan en los siguientes medios probatorios:

204.- Oficio 010606/MDN-CGFM-CE-DIV02-ASJ-1.9, de 4 de diciembre de 2010, del Jefe de Estado Mayor de la Segunda División del Ejército Nacional [fl.41 c1], con el que se allegó “*copia del informe de patrullaje de fecha 15 de agosto de 2008, misión táctica Abarrote, unidad coyote uno, suscrito por el señor SS. MIRANDA MALDONADO ARISTIDES*”.

205.- Informe de patrullaje de 15 de agosto de 2008, misión táctica “Abarrote”, unidad “Coyote Uno”, suscrito por el SS. Aristides Miranda Maldonado [fls.42 a 48 c1].

“[...] 1. SITUACIÓN

b. Enemigo.

COMPAÑÍA CARLOS ARMANDO CACUA GUERRERO AL MANDO DE SANTIAGO VERGEL (A. MARCOS) CON 30 TERRORISTAS CON IGUAL NUMERO DE ARMAS LARGAS Y CORTAS QUE ESTAN EN LA CAPACIDAD EN ATACAR TROPAS EN MOVIMIENTOS, INSTALAR AEI Y COLOCAR CAMPOS MINADOS, LOS CUALES DELINQUEN EN LAS VEREDAS MANZANARES, Puente Real, Las Torres, Caracolí [...] del Municipio DEL TARRA.

[...]

3. EJECUCIÓN

[...] La compañía Coyote al mando TE. REY SUAREZ JUAN DAVID A 02-06-08 Realiza una infiltración [...]

[...]

El día 14 de Agosto [sic] del 2008 se inicia movimiento a partir de las 20:30 horas por motivo del tiempo atmosférico, se inicia infiltración. Se escucharon unos ruidos extraños hacia el sector del Sur lo cual hace que la patrulla [...] y se toma un dispositivo con una sección al mando del SS. Miranda Maldonado [...] Se observo [sic] unas siluetas de un personal armado se procedio [sic] a gritar la proclama del Ejército Nacional el cual

respondieron con fuego inmediatamente se respondió con fuego hacia el sector donde nos disparaban. Aproximadamente el intercambio de disparos duró de 2 a 3 minutos”.

206.- Informe, de 15 de agosto de 2008, del Comandante del Primer Pelotón “Coyote” del Batallón Contraguerrilla No.95 del Ejército Nacional SS Aristides Miranda Maldonado [fl.49 c1] con el que se informaron los hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008 a las 02:00 horas aproximadamente “*donde hay un combate de encuentro y como resultado hay una muerte en combate de un narcoterrorista con una subametralladora, un proveedor un bolso de acuerdo a lo q’ [sic] se pudo observar*”.

207.- Oficio 004367/MDN-CGFM-CE-DIV2-ASJ.1.9, de 23 de mayo de 2012, del Jefe de Estado Mayor de la Segunda División del Ejército Nacional [fls.143 y 144 c1], con el que se informó que se encontraron los siguientes documentos:

“[...] – Copia de la orden de operaciones fragmentaria misión táctica Abarrote de fecha 1 de agosto de 2008²³⁷.

- *Copia del radiograma operacional No. 383 de fecha 20 de agosto de 2008 suscrito por el señor Coronel RUBEN DARIO CASTRO GOMEZ²³⁸.*
- *Copia del informe de patrullaje de fecha 15 de agosto de 2008 de la misión táctica abarrote²³⁹.*
- *Copia del informe de los hechos de fecha 15 de agosto de 2008 suscrito por el señor SS. MIRANDA MALDONADO ARISTIDES, el cual tiene anexo el listado del personal que integraba la contraguerrilla Coyote Uno y el croquis de los hechos²⁴⁰.*
- *Copia del oficio No. 350 de la central de inteligencia táctica de Ocaña “CIOCA” de fecha 15 de agosto de 2008, donde solicitan el levantamiento y colocación a la disposición del cadáver²⁴¹.*

²³⁷ “[...] 1. **SITUACIÓN:** 1) **Enemigo** De acuerdo a informaciones de inteligencia Técnica, Humana y de Combate se tiene conocimiento de la presencia de un grupo de aproximadamente 15 Narcoterroristas [sic] pertenecientes al **FRENTE DE GUERRA NORORIENTAL COMPAÑÍA CARLOS ARMANDO CACUA GUERRERO ONT ELN**, encabezada por el sujeto **alias (Oliveros)**, los cuales visten de civil y prendas de uso privativo de las Fuerzas Militares, portando armas largas y cortas en los sitios conocidos como; **PLATANAL, EL ESPEJO, RANCHO QUEMADO, PUENTE REAL, LA PERLA, MANZANAREZ** [sic] [...] **REGLAS DE ENCUENTRO** 1) Antes de disparar identifique plenamente su objetivo. 2) No dispare su arma de dotación contra viviendas donde no se haya establecido la ausencia total de civiles ajenos al conflicto. 3) El Comandante es la persona responsable de ordenar abrir fuego. 4) Antes de emplear las armas, lance su proclama a viva voz. 5) Sólo use la cantidad de fuerza necesaria para repeler la agresión, proteger vidas humanas y cumplir la misión. 6) El retén militar debe estar perfectamente identificado. 7) Mantenga la disciplina de fuego. 8) Responda al fuego con fuego dirigido. Siempre tiene el derecho de repeler actos hostiles con la fuerza necesaria. 9) Anticipe el ataque. Use la fuerza si y solo si ve indicios claros de intenciones hostiles o si identifica una fuerza hostil. 10) Es preferible un bandido fugitivo que un inocente muerto. **COMO MEDIDA DE PRECAUCION EN LOS ATAQUES, LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA, A SU NIVEL DEBEN TENER EN CUENTA:** - Que las operaciones militares se deben realizar con cuidado constante por preservar la integridad de la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil. – Verificar por todos los medios a su alcance que los objetivos que se va a atacar no son personas, ni bienes civiles, sino que se trata de objetivos militares. – No se debe producir un ataque cuando exista la posibilidad de ocasionar muertos, heridos o daños entre la población civil y los bienes civiles que serán excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. – Se harán esfuerzos para alejar de la proximidad de objetivos militares a la población civil y los bienes de carácter civil

²³⁸ Folio 153 c1.

²³⁹ Folios 154 a 158 c1.

²⁴⁰ Folios 159 a 161 c1.

- Copia del oficio No. 351 de la central de inteligencia táctica de Ocaña "CIOCA" de fecha 15 de agosto de 2008 donde se relaciona el material de guerra e intendencia que se encontró en el lugar de los hechos²⁴².
- Copia del INSITOP para los días 12, 13, 14, 15, 16 y 17 de agosto de 2008²⁴³.

Por último me permito informar que verificados los archivos se encontró que se dio apertura mediante Indagación preliminar 032 del 2008 del BCG 95 se la llevo [sic] al [sic] Procuraduría General de la Nación en ejercicio del poder preferente mediante oficio 4010 de fecha 15 de diciembre de 2009; en cuanto a la Investigación [sic] de carácter penal se encontró en la base de datos que está a cargo de la Fiscalía Tercera seccional de Ocaña".

208.- Formato de inspección técnica a cadáver realizado el 15 de agosto de 2008 a las 11:20 a.m., por el Grupo de Policía Judicial CTI de Ocaña [fls.8 a 13 cuaderno de pruebas 1], en San Calixto, vereda "La Perla" corregimiento de Puente Real –Norte de Santander-, siendo recibidos por el Cabo Segundo Jaime Hernández Mora y otros del Batallón No. 95 de la Brigada Móvil No.15, describiéndose lo siguiente:

"[...] Siendo las 11:20 horas del 15-08-08 descendimos del helicóptero y empezamos a caminar por camino [sic] de herradura hasta llegar a una carretera, llegamos al sitio de los hechos a las 11:35 el terreno es plano y a los lados de la vía es zona montañosa al llegar al lugar no se observa acordonado el lugar de la escena, pero se encontraba personal de la Brigada Móvil N° 15 prestando seguridad, se le recibe el lugar de los hechos al soldado profesional ELIECER BERRIO CHAMORRO, quien actúa primer respondiente, seguidamente se procede al ingreso de la escena por parte de Investigador Criminalístico [...] localizándose los siguientes elementos así: EMP N° 1 una (1) vainilla calibre 5.56 con su fulminante percutido, EMP N° 2 una (1) vainilla calibre 5.56 con su fulminante percutido EMP N° 3 una (1) vainilla calibre 5.56 con su fulminante percutido EMP N° 4 una (1) vainilla calibre 9mm con su fulminante percutido EMP N° 5 un bolso verde tipo morral en su interior se hallaron dos (2) granadas de 60 mm para mortero una (1) cuchilla con su vaina, un (1) bolso tipo canguro camuflado EMP N° 6 occiso N.N. MASCULINO. EMP N° 7 una (1) subametralladora INGRANS USA Serie 334455 con un proveedor que en su interior se hallaron trece (13) cartuchos calibres [sic] 9 mm, el cadáver se halló en una bajada pronunciada con vegetación espesa de difícil acceso y EMP N° 8 tres (3) (cartuchos) se

²⁴¹ "[...] dejando a disposición en el lugar de los hechos 01 cadáver de sexo masculino presunto Narcoterroristas [sic] al parecer de las Milicias del Frente de Guerra Carlos Armando Cagua Guerrero de la ONT-ELN sin identificar, quien murió en combate el día 15 de Agosto de 2008 a las 02:00 horas aproximadamente en la Vereda la Perla Corregimiento de Puente Real del Municipio de San Calixto N/S, Coordenadas [sic] aproximadas 08°33'18" LN 73°19'01" LW en un enfrentamiento armado entre tropas del Batallón de Contraguerrillas N° 95 Contraguerrilla COYOTE 1en [sic] desarrollo de la operación ANDROMEDA Misión [sic] táctica ABARROTE adscritas a la Brigada Móvil N° 15 al mando del Señor [sic] SS. **MIRANDA MALDONADO ARISTIDES**. Debido a las condiciones climáticas, y la situación de orden publico [sic] que se esta presentando en el sector no se garantiza el ingreso de aeronaves para llevar la comisión judicial a realizar la diligencia de levantamiento de cadáver por lo cual se requiere la disponibilidad de dicha comisión en las primeras horas del día 15 de Agosto [sic] de 2008 donde tendremos el apoyo de un helicóptero el cual ingresara al área en el instante en que la unidad nos confirme que las condiciones climáticas son las adecuadas y tengamos el apoyo de otro helicóptero que sirva como escolta para garantizar la salida con seguridad" [fls.145 c1 y 3 cuaderno de pruebas 1].

²⁴² "[...] Con toda atención informo a los señores del **CUERPO TECNICO DE INVESTIGACION** el material hallado a un presunto terrorista muerto en enfrentamiento armado el día 15 de agosto de 2008 entre bandidos de la ONT-ELN Frente de Guerra Carlos Armando Cagua Guerrero y tropas de la compañía Coyote al mando del Señor [sic] **SS. MIRANDA MALDONADO ARISTIDES** orgánico del Batallón de Contraguerrillas N° 95 adscrito a la brigada Móvil No. 15 en la vereda la Perla del Corregimiento de Puente Real coordenadas aproximadas LN 08°33'18" LW 73°19'01" Jurisdicción [sic] del Municipio [sic] de San Calixto (N/S). **MATERIAL ENCONTRADO: 01 SUBAMETRALLADORA INGRA N° 334455 01 PROVEEDOR 13 CARTUCHOS CAL. 9mm 02 GRANADAS DE 60 mm 01 MALETIN COLOR VERDE 01 CUCHILLO**" [fl.146 c1].

²⁴³ Folios 162 a 167 c1.

corrige tres vainillas calibres [sic] 9 mm. Todos estos elementos fueron registrados, fotografiados y topográficamente donde se plasman las medidas. Por parte de las tropas participaron en el cruce de disparo [sic] el CS. Hernández Mora Jaime número de fusil 05382410, SLP Caicedo Mediano Juan número fusil 05381983, SLP Bernal Rincón Fredy número de fusil N° 05381972 y SLP Camilo Figueroa Jorge número de fusil N° 05383087. Igualmente se deja constancia que no se realiza toma de residuos de disparo en mano al occiso por [sic] según los militares después de sucedido [sic] los hechos empezó a llover hasta las horas de la madrugada quedando expuestas las manos a la intemperie

IV. EXAMEN EXTERNO DEL CUERPO

1. Posición:

Natural X

Cuerpo de Cúbito: Dorsal X

[...]

Cabeza hacia la derecha

MSD Semiflexión Mano Supinación

MSI Flexión Mano Prognación

MID en extensión Pie rotación interna

MII en extensión Pie rotación interna

Prendas: [...] Vestido X

2. Descripción

[...]

Buso color blanco con perforación y mancha de sangre en cara anterior pantalón clásico color café con perforación y manchas de sangre en el lado derecho de la bota derecha, botas de caucho “pantaneras” color negro

[...]

V. CRONOTANATOLOGIA EN LA ESCENA

[...]

Hipótesis de causa de la muerte Arma de fuego

[...]

7. OBSERVACIONES No se toma muestra de residuos de disparo porque las manos estuvieron expuestas durante 5 horas a la lluvia, las granadas de mortero se destruyen” [fls.8 a 13 cuaderno de pruebas 1] prueba trasladada del proceso penal.

209.- Informe ejecutivo de la Policía Judicial, de 16 de agosto de 2008 [fl.19 a 21 cuaderno de pruebas 1].

“[...] 5. NARRACIÓN DE LOS HECHOS (En forma cronológica y concreta)

Fecha de los hechos 15-08-2008

Tropas del ejercito [sic], adscritas a la brigada móvil 15, patrullaban la zona rural de puente real, a eso de las 2:00 de la mañana del 15 de 08 de 2008, en la vía en la cual se desplazaban escucharon a unos sujetos acercarse a ellos, de inmediato la tropa conocida como coyote 1, lanzo [sic] la proclama para identificarse, de tal forma que son atacados por estos sujetos que al parecer eran tres, de inmediato la tropa repela el ataque respondiendo

con fuego abierto, los sujetos emprendieron la huida, una vez [sic] seso [sic] el enfrentamiento el cual duro [sic] aproximadamente 3 minutos, realizaron un registro del lugar encontrado el cuerpo de una persona al lado de la vía, mas [sic] exactamente varios metros sobre una peña.

6. DATOS DE LA VÍCTIMA (Únicamente si no está contenido en otro formato)

Primer nombre N.N. [...]

[...]

7. DILIGENCIAS ADELANTADAS

[...] una vez [sic] aterrizamos en el sector a las 11:20 horas, se inicio [sic] una caminata ya que el lugar de los hechos estaba retirado del punto de aterrizaje, caminata que duro [sic] aproximadamente unos 15 minutos de ida ya que había que decolgar [sic] la montaña, a las 11:35 horas se recibe el lugar de los hechos con la [sic] anotaciones pertinentes en el formato FPJ-4 de actuación de primer respondiente, por parte del señor ELIECER BERRIO CHAMORRO, SOLDADO PROFESIONAL [...] donde se deja constancia en las observaciones que se recibe el lugar de los hechos protegido por los mismos, mas [sic] no acordonado [...] EMP No.1 una vainilla calibre 5.56 con su fulminante percutido. EMP No.2 unja [sic] vainilla calibre 5.56 con su fulminante percutido. EMP No.3 unja [sic] vainilla calibre 5.56 con su fulminante percutido. EMP No.4 una vainilla calibre 9 m.m con su fulminante percutido. EMP No.5 un bolso tipo morral, en su interior se hallaron dos granadas de 60 m.m para mortero, una cuchilla con su vaina, un bolso tipo canguro camuflado. EMP No.6 occiso N.N masculino. EMP No.7 una sub ametralladora INGRANS USA serie 334455 con un proveedor que en su interior se hallan trece cartuchos calibres 9 m.m, el cadáver se hallo [sic] en una bajada pronunciada con vegetación espesa de difícil acceso y EMP No.8 tres vainillas calibre 9 m.m con sus fulminantes percutidos, todos estos elementos fueron fijados fotográficamente y topográficamente mediante un bosquejo, es de aclarar que para la fijación de los elementos 5, 6, 7 fue necesario bajar mediante un lazo ya que donde se hallaron era un terreno en pendiente [...] no se le realizaron prueba de residuos de disparo ya que desde el momento en que ocurrieron los hechos según los militares empezó a llover y las manos quedaron expuestas a la intemperie [...] también se le recibió entrevista al señor ELIECER BERRIO CHAMORRO, SOLDADO PROFESIONAL” [fls.19 y 20 cuaderno de pruebas 1] prueba trasladada del proceso penal.

210.- Informe de Investigador de Laboratorio del CTI de balística forense, CTI Cúcuta, de 23 de octubre de 2008 [fls.61 a 70 cuaderno de pruebas 1].

“[...] XI. INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Con base en los resultados del presente Estudio Balístico, de acuerdo con el análisis del Protocolo de Necropsia N°2008010154498000122 correspondiente al occiso PEÑA ORTEGA OLIVO teniendo en cuenta la materialización grafica [sic] de trayectorias, (ver diagramas) se determino [sic] que los disparos fueron hechos a una distancia mayor a 2, mts (no hay evidencia de restos de pólvora) y de acuerdo a la ubicación de los orificios de entrada y materialización de trayectorias indica que la victima [sic] recibió cinco disparos la parte posterior del cuerpo, con trayectoria Postero-Anterior, dependiendo de la posición del occiso al momento de recibir los disparos”²⁴⁴ [fl.64 cuaderno de pruebas 1] prueba trasladada del proceso penal.

²⁴⁴ “[...] El anterior concepto se fundamenta en datos técnicos y descripciones medico-legales [sic], sin tener en cuenta las condiciones topográficas del terreno, ni las declaraciones de los sindicatos o posibles testigos de los hechos; razón por la cual respetuosamente se sugiere realizar análisis con la diligencia en el lugar de los hechos, donde están los datos de campo necesarios para establecer con mayor certeza la

211.- Acta de gasto de munición [fls.84 y 85 cuaderno de pruebas 2], en el que se estableció que la munición de los soldados era calibre 5.56 y portaban cien (100) unidades, habiéndose perdido la misma cantidad. El personal que consumió dicha munición fue: el Cabo Segundo Jaime Hernández Mora veinte (20) cartuchos; el soldado profesional Juan Caicedo Medrano veintiocho (28) cartuchos; el soldado profesional Fredy Bernal Rincón treinta (30) cartuchos; y, el soldado profesional Jorge Camilo Figueroa veintidós (22) cartuchos [fl.86 cuaderno de pruebas 2] prueba trasladada del proceso disciplinario militar.

212.- Oficio 494/DIV2-BRIM15-BCG95-ASJ-747, de 28 de septiembre de 2008, del Comandante del Batallón de Contraguerrillas No.95 [fl.92 cuaderno de pruebas 2], con el que se allegó: Radiograma [fl.93 cuaderno de pruebas 2], con el que se informó: *"PERMITOME INFORMAR ESE COMANDO X GASTO MATERIAL GUERRA COMBATE DE ENCUENTRO X DIA 15 AGOSTO DE 2008 06:00 X EN DESARROLLO DE LA OPERACIÓN ATENAS MISION TACTICA ABARROTE X VEREDA PUENTE REAL X MUNICIPIO DE SAN CALIXTO X COORDENADAS (8°33'18" – 73°09'01") X CONTRA NARCOTERRORISTAS PERTENECIENTES A LA CUADRILLA CARLOS CACUA GUERRERO DEL ELN X MUNICION CALIBRE 5.56 INDUMIL LOTE 0659 CANTIDAD 100 X CS. HERNANDEZ MORA JAIME 20 X SLP. CAICEDO MEDRANO JUAN 28 X SLP BERNAL RINCON FREDY 30 X SLP CAMILO FIGUEROA JHON 22 X MY HERRAN VILLALBA JOSE REINEL"* prueba trasladada del proceso disciplinario militar.

213.- Libro COB folios 181 y 182 [fls.234 y 235 cuaderno de pruebas 2], en el que aparece reporte del 15 de agosto de 2008 a las 3:25 *"barón 6, informa combate de Coyote 1 hace 30 minutos (aproximadamente) en coordenadas 08.33.20 73.09.00 sin conocer result [sic]"* prueba trasladada del proceso disciplinario militar.

214.- De las declaraciones [entrevistas y declaraciones, así como de los indicios que se generan en las versiones libres, en las condiciones establecidas al determinar el valor probatorio de las pruebas trasladadas] rendidas por los miembros de la unidad militar [soldado Eliécer Walfran Berrío Chamorro fls.14 cuaderno de pruebas 1 y 329 cuaderno de pruebas 2; Cabo Segundo Jaime Andrey Hernández Mora fls.305 a 307 cuaderno de pruebas 2, soldados profesionales Jorge Armando Camilo Figueroa fls.311 a 314 cuaderno 2, Fredy Armando Bernal Rincón fls.318 y 319 cuaderno de pruebas 2, Juan Isidro Caicedo Medrano fls.324 y 325 cuaderno de pruebas 2 y del Sargento Segundo Aristides Segundo Mirando Maldonado fls.342 y 343 cuaderno de pruebas 2] que participaron en los hechos en la madrugada del 15 de agosto

ubicación y posición de víctima y victimario, distancia de disparo y posibles obstáculos a la trayectoria de disparo" [fl.64 cuaderno de pruebas 1].

de 2008 en el corregimiento Puente Real, vereda La Perla, del municipio de San Calixto –Norte de Santander-, la Sala tiene en cuenta como elementos para determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar:

(i) La unidad militar recibió información de inteligencia según la cual en la zona había un grupo aproximado de 15 miembros del frente de guerra nororiental pertenecientes a la compañía Carlos Armando Cagua Guerrero de la organización armada insurgente ELN que operaban en las veredas y corregimientos Platanales, El Espejo, Rancho Quemado, Puente Real, La Perla, Manzanares [tal como aparece en la orden de operaciones fragmentaria misión táctica “Abarrote” de 1 de agosto de 2008; a su vez según el Oficio 080/DIV2-BRIM15-B2-INT-252, de 11 de agosto de 2008, del Comandante de la Central de Inteligencia Táctica de Ocaña –Brigada Móvil No.15- [fls.23 y 24 cuaderno de pruebas 2], señalaba la presencia de *“un grupo indeterminados [sic] de terroristas los cuales se están reuniendo en el sector conocido como La Perla Puente Real, jurisdicción del municipio de San Calixto, estos sujetos portan armas de largo y corto alcance algunos visten prendas de uso privativo de las fuerzas militares y otros visten de civil. Así mismo manifiesta la fuente, que se desplazan en pequeños grupos para evitar ser detectados por las tropas y así mismo para realizar labores de inteligencia delictiva, al sentir la presencia de estas (tropas) esconden las armas largas y solo portan las cortas”*; en el Informe de patrullaje de 15 de agosto de 2008 de la misión táctica desplegada “Abarrote” por la unidad militar “Coyote Uno” [fls.42 a 48 c1] se sostuvo como situación *“COMPAÑÍA CARLOS ARMANDO CACUA GUERRERO AL MANDO DE SANTIAGO VERGEL (A. MARCOS) CON 30 TERRORISTAS CON IGUAL NUMERO DE ARMAS LARGAS Y CORTAS QUE ESTAN EN LA CAPACIDAD EN ATACAR TROPAS EN MOVIMIENTOS, INSTALAR AEI Y COLOCAR CAMPOS MINADOS, LOS CUALES DELINQUEN EN LAS VEREDAS MANZANARES, Puente Real, Las Torres, Caracolí [...] del Municipio DEL TARRA”*; según el Cabo Segundo Hernández Mora la *“información era que por ese sector se estaban moviendo un grupo terrorista de la CACUA GUERRERO creo”*; en tanto que el soldado profesional Camilo Figueroa manifestó que *“anteriormente que siempre se movían bandidos en la zona de Manzanares mas [sic] o menos 15 bandidos”*; en tanto que el soldado profesional Bernal Rincón no se acordó; así como el soldado profesional Caicedo Medrano señaló que la *“información era que había por ese sector un grupito de bandidos que se movilizaban en esos sectores”*.

(ii) De acuerdo con el Informe de patrullaje de 15 de agosto de 2008, misión táctica “Abarrote”, la unidad militar “Coyote Uno” del Batallón Contraguerrilla N° 95, suscrito por el Sargento Segundo Aristides Miranda Maldonado, el 14 de agosto de 2008 iniciaron movimiento desde las 8:30 p.m., iniciando infiltración pero sin determinar lugar; así como en el Informe, de 15 de agosto de 2008, del Comandante del Primer Pelotón “Coyote” del Batallón Contraguerrilla No.95 del Ejército Nacional SS Aristides Miranda Maldonado [fl.49 c1] con el que se informaron los hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008 a las 02:00 horas aproximadamente *“donde hay un*

combate de encuentro y como resultado hay una muerte en combate de un narcoterrorista con una subametralladora, un proveedor un bolso de acuerdo a lo q' [sic] se pudo observar"; así como con el Radiograma [fl.93 cuaderno de pruebas 2] con el que se informó: "PERMITOME INFORMAR ESE COMANDO X GASTO MATERIAL GUERRA COMBATE DE ENCUENTRO X DIA 15 AGOSTO DE 2008 06:00 X EN DESARROLLO DE LA OPERACIÓN ATENAS MISION TACTICA ABARROTE X VEREDA PUENTE REAL X MUNICIPIO DE SAN CALIXTO X COORDENADAS (8°33'18" – 73°09'01") X CONTRA NARCOTERRORISTAS PERTENECIENTES A LA CUADRILLA CARLOS CACUA GUERRERO DEL ELN X MUNICION CALIBRE 5.56 INDUMIL LOTE 0659 CANTIDAD 100 X CS. HERNANDEZ MORA JAIME 20 X SLP. CAICEDO MEDRANO JUAN 28 X SLP BERNAL RINCON FREDY 30 X SLP CAMILO FIGUEROA JHON 22 X MY HERRAN VILLALBA JOSE REINEL".

(iii) La unidad militar "COYOTE Uno" según la información de situación de la tropa –INSITOP- para el 15 de agosto de 2008 no aparecía ubicada en el corregimiento Puente Real, vereda La Perla, del municipio de San Calixto –Norte de Santander- [fls.162 a 167 c1, 70 C.2, 201 a 204 229 a 233 cuaderno de pruebas 2].

(iv) La unidad militar "COYOTE UNO" del Batallón Contraguerilla N° 95 estaba ejecutando la orden de operaciones fragmentaria misión táctica "ABARROTE" cuya misión era capturar a los sujetos del frente de guerra Cacua Guerrero de la organización armada insurgente ELN o repeler el ataque.

(v) El Sargento Segundo Aristides Miranda Maldonado no logró identificar a la persona fallecida como miembro o integrante del frente de guerra mencionado.

(vi) Los soldados profesionales y el Cabo Segundo portaban como arma de dotación oficial fusiles calibre 5.56, que fueron disparados de la siguiente manera: (i) el Cabo Segundo Jaime Andrey Hernández Mora disparó en cinco [5] ocasiones; (ii) el soldado Jorge Armando Camilo Figueroa manifestó que disparó en cuatro [4] o cinco [5] ocasiones; (iii) el soldado profesional Fredy Armando Bernal Rincón dijo que disparó en cinco [5] ocasiones; y, (iv) el soldado profesional Juan Isidro Caicedo Medrano afirmó que disparó aproximadamente en cuatro [4] o cinco [5] ocasiones.

(vii) De acuerdo con el informe rendido por el Sargento Segundo Aristides Miranda Maldonado ordenó al amanecer del día 15 de agosto de 2008 realizar un registro encontrando el siguiente material de guerra, como aparece en el oficio 351 de la central de inteligencia táctica de Ocaña "CIOCA": **"MATERIAL ENCONTRADO: 01 SUBAMETRALLADORA INGRA N° 334455 01**

PROVEEDOR 13 CARTUCHOS CAL. 9mm 02 GRANADAS DE 60 mm 01 MALETIN COLOR VERDE 01 CUCHILLO [fl.146 c1]. El anterior se corresponde con lo recaudado por el Grupo de Policía Judicial que realizó la inspección técnica al cadáver en la misma fecha: “EMP N° 4 una (1) vainilla calibre 9mmm con su fulminante percutido EMP N° 5 un bolso verde tipo morral en su interior se hallaron dos (2) granadas de 60 mm para mortero una (1) cuchilla con su vaina, un (1) bolso tipo canguro camuflado EMP N° 6 occiso N.N. MASCULINO. EMP N° 7 una (1) subametralladora INGRANS USA Serie 334455 con un proveedor que en su interior se hallaron trece (13) cartuchos calibres [sic] 9 mmm”.

(viii) De acuerdo con el formato de inspección técnica al cadáver realizado el 15 de agosto de 2008 por el Grupo de Policía Judicial del CTI Ocaña el terreno era “plano y a los lados de la vía es zona montañosa”; para el Cabo Segundo Hernández Mora el “terreno era quebrado, lo único que había plano era la carretera, había una hondonada a mano derecha y otra a mano izquierda, debajo de los dos huecos había una cañada”; a su vez el soldado profesional Camilo Figueroa señaló que el terreno era “marañita al lado y lado del camino, era siempre quebrado porque era voladero a la derecha voladero a la izquierda y al frente siempre teníamos montañas, un cerro”; para el soldado profesional Bernal Rincón la “carretera era plana y a mano izquierda venía un camino y a la parte de al frente había así como un cerro y al otro lado había un hueco”; y, para el soldado profesional Caicedo Medrano sostuvo que el “terreno es bastante quebradizo tanto a la izquierda como a la derecha había hueco”.

(ix) Según el Sargento Segundo Aristides Miranda Maldonado, quien comandaba la unidad militar “COYOTE UNO” del Batallón Contraguerrilla N° 95 no hubo una orden de disparar, sino que el “puntero que es el SLP. CAICEDO ve unas siluetas de un personal con armamento, y según lo manifestado por él le lanza la proclama [...] cuando les respondieron con fuego. Lógicamente que ellos les contestaron al fuego aproximadamente ese fuego cruzado duro [sic] de dos a tres minutos, luego el cabo HERNANDEZ me informa por radio de la situación ya comentada al cual le doy unas ordenes [sic] que me asegure el sitio o sector perimétricamente, ya que el cabo me manifestó que el personal armado se encontraba huyendo por la Y que va hacia manzanares”.

(x) Ninguno de los miembros de la unidad militar “COYOTE UNO” del Batallón Contraguerrilla No 95 resultó lesionado o muerto.

(xi) El Sargento Segundo Miranda Maldonado ordenó hacer un registro, luego informó al Mayor Herrán del Batallón quien le dio la orden “que a la [sic] 05:30 de la mañana hicieran un registro sobre el lugar de los hechos. A esa hora impartí la orden de hacer el registro, cuando el cabo

me informa que hay una persona muerta en la parte de abajo, le informo al Comandante del Batallón el cual me da la orden de que nadie toca nada, aseguremos el sector y esperemos las autoridades competentes que vengan a hacer el levantamiento al lugar de los hechos. La fiscalía llego [sic] ese mismo día como hacia las 11”.

215.- Ahora bien, de acuerdo con el informe pericial de necropsia número 20081010154498000122, de 18 de agosto de 2008 [fls.38 a 42, 71 a 75 cuaderno de pruebas 1], se concluyó: (i) que hubo un presunto enfrentamiento armado con integrantes de la unidad militar “COYOTE UNO” del Batallón Contraguerilla N°95, falleciendo una persona identificada como N.N., por heridas producidas con arma de fuego, encontrándose según el Informe elaborado por el Grupo de Policía Judicial, que realizó la inspección técnica al cadáver, tres [3] vainillas de calibre 5.56 con su fulminante percutido y cuatro [4] vainillas de calibre 9mm con su fulminante percutido²⁴⁵; y, (ii) la víctima vestía de civil y con botas de caucho negras.

216.- Según el Acta de gasto de munición [fls.84 y 85 cuaderno de pruebas 2], en el que se estableció que la munición de los soldados era calibre 5.56 y portaban cien (100) unidades, habiéndose perdido la misma cantidad. El personal que consumió dicha munición fue: el Cabo Segundo Jaime Hernández Mora veinte (20) cartuchos; el soldado profesional Juan Caicedo Medrano veintiocho (28) cartuchos; el soldado profesional Fredy Bernal Rincón treinta (30) cartuchos; y, el soldado profesional Jorge Camilo Figueroa veintidós (22) cartuchos [fl.86 cuaderno de pruebas 2]. Luego, en total fueron utilizadas cien [100] unidades de munición de las armas de dotación oficial para el 15 de agosto de 2008 fecha de los hechos.

²⁴⁵ Informe ejecutivo de la Policía Judicial, de 16 de agosto de 2008 [fl.19 a 21 cuaderno de pruebas 1]. “[...] **6. DATOS DE LA VÍCTIMA (Únicamente si no está contenido en otro formato)** Primer nombre N.N. [...] **7. DILIGENCIAS ADELANTADAS** [...] una vez [sic] aterrizamos en el sector a las 11:20 horas, se inicio [sic] una caminata ya que el lugar de los hechos estaba retirado del punto de aterrizaje, caminata que duro [sic] aproximadamente unos 15 minutos de ida ya que había que decolgar [sic] la montaña, a las 11:35 horas se recibe el lugar de los hechos con la [sic] anotaciones pertinentes en el formato FPJ-4 de actuación de primer respondiente, por parte del señor ELIECER BERRIO CHAMORRO, SOLDADO PROFESIONAL [...] donde se deja constancia en las observaciones que se recibe el lugar de los hechos protegido por los mismos, mas [sic] no acordonado [...] EMP No.1 una vainilla calibre 5.56 con su fulminante percutido. EMP No.2 unja [sic] vainilla calibre 5.56 con su fulminante percutido. EMP No.3 unja [sic] vainilla calibre 5.56 con su fulminante percutido. EMP No.4 una vainilla calibre 9 m.m con su fulminante percutido. EMP No.5 un bolso tipo morral, en su interior se hallaron dos granadas de 60 m.m para mortero, una cuchilla con su vaina, un bolso tipo canguro camuflado. EMP No.6 occiso N.N masculino. EMP No.7 una sub ametralladora INGRANS USA serie 334455 con un proveedor que en su interior se hallan trece cartuchos calibres 9 m.m, el cadáver se hallo [sic] en una bajada pronunciada con vegetación espesa de difícil acceso y EMP No.8 tres vainillas calibre 9 m.m con sus fulminantes percutidos, todos estos elementos fueron fijados fotográficamente y topográficamente mediante un bosquejo, es de aclarar que para la fijación de los elementos 5, 6, 7 fue necesario bajar mediante un lazo ya que donde se hallaron era un terreno en pendiente [...] no se le realizaron prueba de residuos de disparo ya que desde el momento en que ocurrieron los hechos según los militares empezó a llover y las manos quedaron expuestas a la intemperie [...] también se le recibió entrevista al señor ELIECER BERRIO CHAMORRO, SOLDADO PROFESIONAL” [fls.19 y 20 cuaderno de pruebas 1].

217.- Ahora bien, se debe tener en cuenta el Informe de patrullaje de 15 de agosto de 2008, misión táctica “Abarrote”, unidad “Coyote Uno”, suscrito por el SS. Aristides Miranda Maldonado [fls.42 a 48 c1].

“[...] 1. SITUACIÓN

c. Enemigo.

COMPAÑÍA CARLOS ARMANDO CACUA GUERRERO AL MANDO DE SANTIAGO VERGEL (A. MARCOS) CON 30 TERRORISTAS CON IGUAL NUMERO DE ARMAS LARGAS Y CORTAS QUE ESTAN EN LA CAPACIDAD EN ATACAR TROPAS EN MOVIMIENTOS, INSTALAR AEI Y COLOCAR CAMPOS MINADOS, LOS CUALES DELINQUEN EN LAS VEREDAS MANZANARES, Puente Real, Las Torres, Caracolí [...] del Municipio DEL TARRA.

[...]

3. EJECUCIÓN

[...] La compañía Coyote al mando TE. REY SUAREZ JUAN DAVID A 02-06-08 Realiza una infiltración [...]

[...]

El día 14 de Agosto [sic] del 2008 se inicia movimiento a partir de las 20:30 horas por motivo del tiempo atmosférico, se inicia infiltración. Se escucharon unos ruidos extraños hacia el sector del Sur lo cual hace que la patrulla [...] y se toma un dispositivo con una sección al mando del SS. Miranda Maldonado [...] Se observo [sic] unas siluetas de un personal armado se procedio [sic] a gritar la proclama del Ejército Nacional el cual respondieron con fuego inmediatamente se respondió con fuego hacia el sector donde nos disparaban. Aproximadamente el intercambio de disparos duró de 2 a 3 minutos”.

218.- En tanto que del Oficio 004367/MDN-CGFM-CE-DIV2-ASJ.1.9, de 23 de mayo de 2012, del Jefe de Estado Mayor de la Segunda División del Ejército Nacional [fls.143 y 144 c1], con el que se informó que se encontró la copia de la orden de operaciones fragmentaria misión táctica Abarrote de fecha 1 de agosto de 2008, de acuerdo con la cual:

“REGLAS DE ENCUENTRO 1) Antes de disparar identifique plenamente su objetivo. 2) No dispare su arma de dotación contra viviendas donde no se haya establecido la ausencia total de civiles ajenos al conflicto. 3) El Comandante es la persona responsable de ordenar abrir fuego. 4) Antes de emplear las armas, lance su proclama a viva voz. 5) Sólo use la cantidad de fuerza necesaria para repeler la agresión, proteger vidas humanas y cumplir la misión. 6) El retén militar debe estar perfectamente identificado. 7) Mantenga la disciplina de fuego. 8) Responda al fuego con fuego dirigido. Siempre tiene el derecho de repeler actos hostiles con la fuerza necesaria. 9) Anticipe el ataque. Use la fuerza si y solo si ve indicios claros de intenciones hostiles o si identifica una fuerza hostil. 10) Es preferible un bandido fugitivo que un inocente muerto. **COMO MEDIDA DE PRECAUCION EN LOS ATAQUES, LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA, A SU NIVEL DEBEN TENER EN CUENTA:** - Que las operaciones militares se deben realizar con cuidado constante por preservar la integridad de la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil. – Verificar por todos los medios a su alcance que los objetivos que se va a atacar no son personas, ni bienes civiles, sino que se trata de objetivos militares. – No se debe producir un ataque cuando exista la posibilidad de ocasionar muertos, heridos o daños entre la población civil y los bienes civiles que serán excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. – Se harán esfuerzos para alejar de la proximidad de objetivos militares a la población civil y los bienes de carácter civil”.

219.- Así mismo, de las declaraciones y entrevistas de Ramón Quintero Castro [fls.92 y 120 cuaderno de pruebas 1], de José de Dios Quintero Santana [fls.96 y 97 cuaderno de pruebas], de Rosalía Sanguino Contreras [fl.100 cuaderno de pruebas 1], de Gladys María Quintero Guerrero [fls.102 y 103 cuaderno de pruebas 1], de Faride Quintero Bayona [fls.106 y 107 cuaderno de pruebas 1], de José Antonio Guerrero Sánchez [fl.110 cuaderno de pruebas 1] se tiene en cuenta: (i) que estaba trabajando como jornalero; (ii) la víctima vivía en la vereda Manzanares en donde su hermana Ana Belinda Peña; (iii) que por la zona los declarantes y moradores no había visto miembros de alguna organización armada insurgente; (iv) algunos manifestaron que desde el 14 de agosto de 2008 sintieron y escucharon la presencia de los miembros del Ejército por la zona; y, (v) algunos escucharon varios disparos en la noche del 14 de agosto de 2008.

220.- Sin embargo, las declaraciones [y los indicios desprendidos de las entrevistas] rendidas por Antonio María Peña Ortega [fl.15 cuaderno de pruebas 1, examinado rigurosamente y limitado en su verosimilitud al proceder de un hermano de la víctima], por Aleida Camargo Contreras [fls.86 y 123 cuaderno de pruebas 1], por Ana Belinda Peña Ortega [fl.88 cuaderno de pruebas 1, examinado rigurosamente y limitado en su verosimilitud al proceder de una hermana de la víctima], y por José Ángel Peña Ortega [fls.114 y 115 cuaderno de pruebas] no se tendrán en cuenta ya que al provenir de familiares de la víctima los primeros ven reducida su credibilidad y verosimilitud, de manera que por lo que diferente a lo señalado por Aleida Camargo Contreras, los demás deponentes, o las demás pruebas obrantes en el expediente no permiten corroborar o constatar sus dichos. En cuanto a lo declarado por Aleida Camargo Contreras, no hay material probatorio en el expediente que permita corroborar que para la época de los hechos, agosto de 2008, la víctima **OLIVO PEÑA ORTEGA**, trabajaba en su finca en el tiempo señalado, para las labores mencionadas y con la remuneración expresada.

221.- Según lo contenido en el formato de inspección técnica a cadáver realizado el 15 de agosto de 2008 a las 11:20 a.m., por el Grupo de Policía Judicial CTI de Ocaña [fls.8 a 13 cuaderno de pruebas 1], en San Calixto, vereda “La Perla” corregimiento de Puente Real –Norte de Santander-, siendo recibidos por el Cabo Segundo Jaime Hernández Mora y otros del Batallón No. 95 de la Brigada Móvil No.15, en sus observaciones se consignó que no *“se toma muestra de residuos de disparo porque las manos estuvieron expuestas durante 5 horas a la lluvia, las granadas de mortero se destruyen”* [fls.8 a 13 cuaderno de pruebas 1].

222.- Ahora bien, según las anotaciones manuscritas en el libro COB de reportes en el que aparece reporte del 15 de agosto de 2008 a las 3:25 “*barón 6, informa combate de Coyote 1 hace 30 minutos (aproximadamente) en coordenadas 08.33.20 73.09.00 sin conocer result [sic]*” [fls.234 y 235 cuaderno de pruebas 2].

223.- Valoradas conjunta, contrastada, ponderada y críticamente las pruebas anteriores que permiten establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar quedando demostrado: (i) los hechos ocurrieron el 15 de agosto de 2008 a las 2:00 a.m. aproximadamente; (ii) en la vereda La Perla, del corregimiento Puente Real, del municipio de San Calixto –Norte de Santander-; (iii) en los mismos falleció **OLIVO PEÑA ORTEGA** recibiendo cinco [5] disparos “*que laceraron vasos de mediano calibre, parénquima pulmonar y se presentaron fracturas de piezas dentarias y de maxilar inferior*”; (iv) su muerte violenta se produjo como consecuencia de los disparos realizados por el pelotón “COYOTE UNO” del Batallón Contraguerilla No.95 de la Segunda División del Ejército Nacional, quienes portaban fusiles de calibre 5.56 y dispararon cien [100] ocasiones; (v) si bien existía una orden de operaciones y la orden fragmentaria “ABARROTE”, existen profundas contradicciones en cuanto a su conocimiento y finalidad; (vi) los miembros del pelotón que participaron en los hechos y rindieron declaraciones y versiones libres incumplieron con lo ordenado por la orden de operaciones que contenía la misión táctica “ABARROTE” al conocer tantos detalles de la misma; (vii) también incumplieron la orden de operaciones respecto a la escena de los hechos ya que del material bélico incautado existen serias dudas del tipo de armas accionadas, ya que las vainillas encontradas proceden de dos diferentes tipos de armas, cuando la unidad militar tenía un solo tipo de arma de dotación y aquel presuntamente sólo tenía una INGRAMS, además de no haber acordonado el lugar de los hechos y ser recibido el Grupo de Policía Judicial del CTI de Ocaña por persona diferente a quien tenía el mando el Sargento Segundo Mirando Maldonado; (viii) al fallecido **PEÑA ORTEGA** presuntamente le fue incautada una INGRAMS calibre 9mm con un proveedor con trece [13] cartuchos que no estaban percutidos, pese a encontrarse tres [3] vainillas del mismo calibre, las que no fueron objeto de cotejo y valoración balística para determinar su procedencia; (ix) el supuesto combate o enfrentamiento tuvo una corta duración, de dos [2] a tres [3] minutos; (x) no hay explicación razonable para haber sido utilizados cien [100] cartuchos del calibre 5.56 de las armas de dotación oficial de los miembros de la unidad militar, pese a que su oponente presuntamente portaba una INGRAMS, sin haber sido precisado o establecido la presencia de más personas en el lugar de los hechos; (xi) sin que, además, se haya producido lesión alguna en los miembros de la unidad militar como está corroborado; (xii) se produjo en un lugar de difícil acceso, sin la cercanía de viviendas y contando con las condiciones de oscuridad y climáticas de la zona; (xiii) las prendas de vestir con las que fue encontrado coinciden con las que usualmente tenía según sus familiares y conocidos; (xiv) en todo caso la víctima vestía de civil al momento de su fallecimiento como ha quedado corroborado; (xv) ni la orden de operaciones fragmentaria “ABARROTE”, ni en las demás

pruebas que obran en este proceso revelan de manera directa o indirecta que **OLIVO PEÑA ORTEGA** perteneciera, o hiciera parte de un grupo armado insurgente, de una banda criminal al servicio del narcotráfico, o de la delincuencia común, sino por el contrario que esta persona no tenía antecedentes penales o judiciales; (xvi) sin perjuicio de las entrevistas rendidas por los reinsertados Edward Alexis Arteaga, Naín Ríos Ballena y Antonio Serrano Arteaga, que identifican y ubican a la víctima como colaborador y miliciano de una organización armada insurgente en la zona, información que no ha podido ser contrastada con la información de inteligencia y disponible por el Ejército Nacional, o por cualquier autoridad policial y judicial en el país, y con los demás medios probatorios que obran en el expediente.

224.- Después de analizar la Sala las circunstancias de tiempo, modo y lugar, pasa a estudiar las investigaciones adelantadas por la muerte violenta de **OLIVO PEÑA ORTEGA**.

9.6.2. Las investigaciones adelantadas por la muerte violenta de OLIVO PEÑA ORTEGA.

225.- De acuerdo con el Oficio 235, de 23 de junio de 2011, del Fiscal Primero Especializado delegado ante los Jueces Penales del Circuito [fl.129 c1], donde se informó que bajo el radicado 54-001-23-000-2010-00370-00 se adelantaba *“la indagación por el homicidio de OLIVIO ORTEGA PEÑA”*.

226.- A su vez conforme con el Oficio 01252, de 10 de junio de 2011, de la Procuradora Provincial de Ocaña, Norte de Santander [fl.131 c1], con el que se envió copia auténtica de la investigación disciplinaria con número de radicado 046-2742-08 adelantada por la muerte de Olivo Peña Ortega, que inicialmente estaba a cargo del funcionario de instrucción de la Brigada Móvil N° 95 de la Segunda División del Ejército Nacional contándose: (1) con el Auto, de 19 de agosto de 2008, del Comandante de la Brigada Móvil No. 15 –Segunda División del Ejército Nacional- [fls.1 a 3 cuaderno de pruebas 2] con el que se inició la indagación preliminar por los hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008 en la vereda La Perla del municipio de San Calixto, Norte de Santander; (2) y con el Auto de apertura de pruebas del funcionario de instrucción de la Brigada Móvil No.15 [fl.5 cuaderno de pruebas 2].

227.- De otra parte, según el Oficio 2374/MDN JPM J37IPM 746, de 1 de octubre de 2008 del Juez Treinta y Siete [37] de Instrucción Penal Militar [fl.244 cuaderno de pruebas 2], con el que se informó que por los hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008 **“NO SE ENCUENTRA diligencia alguna adelantadas por estos hechos”**.

228.- Dilucidado lo anterior la Sala examina la determinación de la identidad de la víctima **OLIVO PEÑA ORTEGA**.

9.6.3. Determinación de la identidad de OLIVO PEÑA ORTEGA.

229.- A instancias del proceso penal ordinario adelantado por la Fiscalía de la Unidad de Asuntos Humanitarios se recaudó el formato de inspección técnica a cadáver realizado el 15 de agosto de 2008 a las 11:20 a.m., por el Grupo de Policía Judicial CTI de Ocaña [fls.8 a 13 cuaderno de pruebas 1], en San Calixto, vereda “La Perla” corregimiento de Puente Real –Norte de Santander-, siendo recibidos por el Cabo Segundo Jaime Hernández Mora y otros del Batallón No. 95 de la Brigada Móvil No.15 donde se determinó como NN el cuerpo encontrado, sin perjuicio de haberse aportado el registro de defunción con número de indicativo serial 05948483 correspondiente a Olivo Peña Ortega [fl.20 c1], en el que aparece como fecha de defunción el 15 de agosto de 2008 en San Calixto, Norte de Santander [fl.49 cuaderno de pruebas 2]

230.- Establecido que la víctima fue declarada como N.N al momento de realizarse el levantamiento del cadáver el 15 de agosto de 2008, debe examinarse si presentaba antecedentes policiales, judiciales o disciplinarios.

9.6.4. Determinación de los antecedentes policiales, judiciales o disciplinarios de OLIVO PEÑA ORTEGA.

231.- De acuerdo con el Oficio DAS-SNS-GOPE-IDENT-435308-1, de 13 de mayo de 2011, del Detective del Área de Identificación del DAS [fl.72 c1], se informó: *“PEÑA ORTEGA OLIVO, con CEDULA DE CIUDADANIA 13120519 REGISTRA (N) ANTECEDENTE (S) JUDICIALES SEGÚN ARTICULO 248 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. Sin comprobación dactiloscópica e ignorando si se trata de la misma persona, figura(n) siguiente anotación(es): PEÑA ORTEGA OLIVO, C.C. 13120519. FUERZAS MILITARES – JUZGADO – DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR Número 0 de Ocaña-Norte de Santander, en OFICIO 2297 de 19 de Agosto [sic] de 2008, comunica SOLICITUD DE ANTECEDENTES-, proceso o sumario 0, por [sic] No informa delito”*²⁴⁶.

²⁴⁶ Obra también: Oficio DAS-SNS-GOPE-25442.IDENT-815139-1, de 20 de noviembre de 2008, del Detective del Área de Identificación del DAS [fls.117 y 118 c1], con la siguiente información: *“PEÑA*

232.- A su vez, según el Oficio 146/DENOR-ASJUR-29, de 17 de mayo de 2011, del Jefe de la Oficina de Asuntos Jurídicos DENOR [fls.73 y 137 c1], se informó *“que de conformidad al artículo 248 de la Carta Política de 1991, no se registra orden de captura vigente en el sistema de antecedentes SP2 de la Policía Nacional en referencia al señor OLIVO PEÑA ORTEGA identificado con cedula [sic] de ciudadanía 13.120.519, de conformidad con lo expuesto en oficio numero [sic] 1056 SIJIN-MD-ACRIM-SIJIN DENOR de fecha 16-05-2011”*.

233.- Con base en el análisis de los medios probatorios anteriores la Sala concluye que **OLIVO PEÑA ORTEGA** no tenía antecedentes policiales, judiciales o disciplinarios por delitos relacionados con los hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008, como puede ser rebelión, porte ilegal de armas, homicidio, extorsión, o concierto para delinquir por conformación de grupos armados insurgentes, bandas criminales al servicio del narcotráfico o delincuencia común, sino que lo único reportado está relacionado con un proceso por inasistencia alimentaria.

234.- Ahora bien, la valoración probatoria realizada por la Sala debe permitirle adecuar la responsabilidad del Estado por la muerte violenta de **OLIVO PEÑA ORTEGA** en el marco de “falsas acciones para el cumplimiento de los mandatos constitucionales” por miembros del Ejército Nacional, pertenecientes al pelotón “COYOTE UNO” del Batallón Contraguerrilla 1 de la Segunda División del Ejército Nacional, para la época de los hechos.

9.6.5. Encuadramiento de la responsabilidad de las entidades demandadas por la muerte violenta de OLIVO PEÑA ORTEGA, con ocasión de las “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales” realizadas por miembros del Ejército Nacional el 15 de agosto de 2008.

235.- Para encuadrar la responsabilidad de las entidades demandadas se precisa establecer la base convencional y constitucional cuyos deberes positivos fueron distorsionados grave, seria y radicalmente por las “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales” por miembros de las fuerzas militares, en este caso el pelotón “COYOTE UNO” del Batallón Contraguerrilla N° 95 de la Segunda División del Ejército Nacional, con las

ORTEGA OLIVO, con CEDULA DE CIUDADANIA 13120519 REGISTRA (N) ANTECEDENTE (S) JUDICIALES SEGÚN ARTICULO 248 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. Sin comprobación dactiloscópica e ignorando si se trata de la misma persona, figura(n) siguiente anotación(es): PEÑA ORTEGA OLIVO, C.C. 13120519. FUERZAS MILITARES – JUZGADO – DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR Número 0 de Ocaña-Norte de Santander, en OFICIO 2297 de 19 de Agosto [sic] de 2008, comunica SOLICITUD DE ANTECEDENTES-, proceso o sumario 0, por [sic] No informa delito”.

que se produjo el daño antijurídico consistente en la muerte violenta de **OLIVO PEÑA ORTEGA**.

236.- Las fuerzas militares, especialmente el Ejército Nacional como parte del Estado está sometido a los fines esenciales del Estado señalados en el artículo 2, inciso primero de nuestra Constitución, esto es, a *“servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”*, así como están llamadas a *“defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”*.

237.- Este primer mandato positivo tiene en el inciso segundo del mismo artículo 2 de la Carta Política una dimensión sustancial al establecer que autoridades como el Ejército Nacional *“están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades”*.

238.- Tales mandatos positivos permiten concretar lo consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos según el cual los Estados partes en la misma [Colombia lo es e incorporó la misma Convención por ley 16 de 1972] *“se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna”*.

239.- Un segundo mandato positivo se encuentra en lo establecido en el inciso segundo del artículo 217 de la Carta Política según el cual las *“Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”*. Y si son guardianas del orden constitucional debe entenderse que están llamadas en todas sus acciones a corresponderse con ese mínimo que permite dotar no sólo de legitimidad democrática, sino de estabilidad y vigencia a todo el sistema.

240.- No obstante, cuando hechos como los ocurridos el 15 de agosto de 2008 en la vereda La Perla, del corregimiento Puente Real, municipio de San Calixto –Norte de Santander-, se producen se contradice no sólo los mandatos convencionales y constitucionales, sino que se genera una ruptura con todo el orden constitucional al realizarse *“falsas acciones para el cumplimiento de los mandatos constitucionales”*. Y no puede invocarse, siquiera, que el *“fin justifica los medios”*, porque la garantía y defensa de los derechos y libertades en el marco del conflicto armado nunca puede avalar que los de ciertos ciudadanos colombianos puedan ser renunciables o revocables por la sencilla razón que debe lograrse objetivos militares,

estratégicos o de posicionamiento respecto de aquellos que están en confrontación. Ni siquiera encuentra justificación en lo consagrado en el artículo 27.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según la cual en *“caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”*, a lo que cabe agregarse según el numeral segundo de la misma norma que no procede la suspensión de los derechos a la vida y a la integridad personal.

241.- Bajo el anterior contexto y teniendo en cuenta la igualdad material que debe tenerse en cuenta respecto de la víctima, la Sala considera que la muerte violenta de **OLIVO PEÑA ORTEGA** no encuadra siquiera en el supuesto de suspensión de garantías mencionada, ya que tratándose de una persona que hace parte de la población civil está bajo la cobertura del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y del artículo 13 del Protocolo Adicional II a los Convenios de 1977, por lo que no habría lugar a suspensión alguna de los derechos de la víctima ya que las obligaciones que se desprenden de tales normas son de naturaleza positiva e incompatibles con cualquier renuncia o suspensión a la que sea sometida una persona.

242.- Con base en este contexto, la Sala aprecia los criterios que convencional, constitucional y jurisprudencialmente se han establecido para poder adecuar la responsabilidad por falla en el servicio de las entidades demandadas por la muerte violenta de **OLIVO PEÑA ORTEGA** ocurrida el 15 de agosto de 2008 en la vereda La Perla, del corregimiento Puente Real, municipio de San Calixto –Norte de Santander-: (i) se produjo en el marco de una orden de operaciones y orden fragmentaria “ABARROTE” del Comando del Batallón de Contraguerrilla N° 95 de la Segunda División del Ejército Nacional, Norte de Santander; (ii) las declaraciones del Sargento Segundo Aristides Miranda Maldonado, del Cabo Segundo Hernández Mora y de los soldados profesionales del pelotón “COYOTE UNO” del mencionado Batallón no permiten establecer con un mínimo de certeza que hubo un combate por las siguientes razones: (a) la posición en la que se encontraba la unidad militar respecto de la víctima no era propicia para un enfrentamiento; (b) ninguno de los militares de la unidad pudo ver a los miembros del presunto grupo armado o de bandas criminales; (c) el arma encontrada a **PEÑA ORTEGA** era una INGRAMS, en tanto que los militares todos iban provistos de fusiles calibre 5.56 como armas de dotación oficial; (d) los miembros de la unidad militar emplearon más de cien [100] cartuchos del calibre de sus armas de dotación oficial, en tanto que cerca al cuerpo de **OLIVO PEÑA ORTEGA** fueron encontradas tres [3] vainillas de calibre mm, sin haberse cotejado balísticamente su procedencia, y además el arma INGRAMS tenía un proveedor con todos sus cartuchos sin percutir; y, (e) realizado el registro por los mismos miembros de la unidad militar

sólo encontraron el cadáver de la víctima, sin haber reportado, encontrado o evidenciado la presencia de más personas o de un grupo que tuvo presencia esa madrugada del 15 de agosto de 2008; (iii) el comandante del pelotón “COYOTE UNO” reportó los hechos el 15 de agosto de 2008 al Comando del Batallón Mayor Herrán, afirmando que había tenido un contacto, combate o enfrentamiento armado en la zona, siendo identificada una persona como miembro de un grupo armado insurgente o de una banda criminal al servicio del narcotráfico dada de baja en el presunto combate; (iv) la víctima **PEÑA ORTEGA** apareció con un arma, INGRAMS calibre 9mm, del que no se tiene ninguna prueba que permita establecer su pertenencia, ni tampoco que haya accionado el arma, teniendo en cuentas las limitaciones derivadas de su discapacidad mental constatada; (v) pese a no haber sido demostrada actividad ilícita, o participación en algún grupo armado insurgente, banda criminal al servicio del narcotráfico o de delincuencia común de la víctima, el anexo de inteligencia señalaba la presencia de personas de estos grupos en la zona sin especificar, lo que ha sido utilizado para involucrar a la víctima quien seguramente fue escogida al azar para proceder a esta “falsa acción para el cumplimiento de los mandatos constitucionales”; (vi) la escena de los hechos y el levantamiento estuvo sin control desde las 5:00 a.m., hasta las 11.35 a.m. del 15 de agosto de 2008, lo que razonable y ponderadamente pudo afectar la preservación de la misma y de sus pruebas existentes, lo que plantea como seria duda porque si recibió cinco [5] impactos la víctima, cerca de su cuerpo había una diversidad de proyectiles de diferentes armas que no han sido reportadas en ningún informe, documento o experticio realizado; (vii) al cuerpo de **OLIVO** no le fue encontrada identificación alguna, ni sus objetos personales; (viii) el cuerpo de la víctima durante el levantamiento e inspección del cadáver fue determinado como N.N; (ix) revisadas las hojas de vida institucional de los miembros de la unidad militar “COYOTE UNO” del Batallón Contraguerrilla N° 95 de la Segunda División del Ejército Nacional, se encontró que algunos de los que participaron en los hechos recibieron con posterioridad reconocimientos profesionales pese a lo ocurrido el 15 de agosto de 2008; (x) la Fiscalía Segunda de la Unidad de Asuntos Humanitarios abrió investigación por los hechos, así como se adelantó el proceso disciplinario ante la Segunda División del Ejército Nacional, la que fue remitida a la Procuraduría Provincial de Ocaña en ejercicio de la competencia preferente; y (xi) hasta la fecha de esta providencia no se ha logrado investigar, juzgar y condenar a ninguno de los miembros de la unidad militar comprometida en los hechos.

243.- De esta manera, la Sala de Subsección examinadas conjunta, armónica, contrastada y coherentemente, y en aplicación del principio de la sana crítica a todos los medios probatorios, y basada en las anteriores conclusiones, encuentra que el daño antijurídico ocasionado a la víctima **OLIVO PEÑA ORTEGA** y a sus familiares es atribuible fáctica y jurídicamente a las demandadas Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional por la falla en el servicio que derivó en su muerte violenta el 15 de agosto de 2008 en la vereda La Perla, corregimiento Puente Real, municipio de San Calixto [Norte de Santander].

244.- La responsabilidad atribuida a las entidades demandadas se concretó por falla en el servicio en virtud de la omisión e inactividad de la entidad demandada en el cumplimiento de los deberes positivos de protección de la dignidad humana, vida e integridad personal de la víctima **OLIVO PEÑA ORTEGA**, cuya primera manifestación se concreta en la garantía de protección y seguridad de las mismas como miembros de la población civil, especialmente por parte del Ejército Nacional, al haberse producido su muerte de carácter ilegal.

245.- Así mismo, se concretó la falla en el servicio porque los miembros del Ejército Nacional que desarrollaron el operativo militar²⁴⁷ sobre **OLIVO PEÑA ORTEGA** desplegaron una acción deliberada, arbitraria, desproporcionada y violatoria de todos los estándares de protección mínima aplicable tanto a miembros de los grupos armados insurgentes que presuntamente como a miembros del Ejército Nacional, que configuradas como “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales”, distorsionan, deforman y pueden llegar a quebrar el orden convencional constitucional y democrático, poniendo en cuestión toda la legitimidad democrática de la que están investidas las fuerzas militares en nuestros país.

246.- Con relación a lo anterior, la Sala de Sub-sección C debe reiterar que el alcance de la obligación de seguridad y protección de la población civil dentro del contexto constitucional, tiene su concreción en las expresas obligaciones positivas emanadas de los artículos 1 [protección de la dignidad humana], 2 [las autoridades están instituidas “*para proteger a todas personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades*”], 217, inciso 2º [“*Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, al independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional*”], de la Carta Política de 1991. Las que no se agotan, sino que se amplían por virtud del artículo 93 constitucional, de tal manera que cabe exigir como deberes positivos aquellos emanados de derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos. Con otras palabras, las “*falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales*” ejecutadas por miembros de las fuerzas militares como acción sistemática constituyen actos de lesa humanidad que comprometen al Estado y que violan tanto el sistema de derechos humanos, como el de derecho internacional humanitario y el orden constitucional interno.

²⁴⁷ CASSESE, Antonio, Los derechos humanos en el mundo contemporáneo, ob., cit., p.150. “*En pocas, pero succulentas páginas, Beccaria criticaba la tortura no sólo por su inhumanidad, sino también por su absoluta inutilidad como medio para arrancar la verdad a los acusados [...] la tortura es ampliamente utilizada, de hecho, tanto en el marco de los procesos penales, como y sobre todo fuera de cualquier actividad judicial: a ella recurren los servicios de seguridad, las fuerzas de policía y ciertos aparatos militares de muchos Estados*”.

247.- Se trata de afirmar la responsabilidad del Estado en la medida en que a la administración pública le es imputable al tener una *“posición de garante institucional”*, del que derivan los deberes jurídicos de protección consistentes en la precaución y prevención de los riesgos en los que se vean comprometidos los derechos humanos de los ciudadanos que se encuentran bajo su cuidado, tal como se consagra en las cláusulas constitucionales, y en las normas de derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. Luego, sustancial para endilgar la responsabilidad es que se deduzca a quién competía el deber de corresponder su actividad, sus acciones y ejecuciones en todo su alcance con los mandatos convencionales y constitucionales, de modo tal que los *“fines institucionales”* no pueden sean contradictorios con aquellos sería y gravemente, justificando esto en una política, estrategia o programa sistemático destinado a identificar a miembros de la población civil como presuntos integrantes de grupos armado insurgentes, o de bandas criminales al servicio del narcotráfico.

248.- Con otras palabras, no se puede justificar el cumplimiento del deber de protección de los derechos y libertades, así como de la soberanía territorial del Estado vulnerando tanto los derechos humanos de personas de la población civil, como las obligaciones del derecho internacional humanitario, tal como ocurre en el caso en concreto, deformando, distorsionando y quebrantando los fines institucionales y funcionales, rompiendo con la procura sustancial de protección y la primacía de la defensa de *“todos”* los ciudadanos sin lugar a discriminación alguna, por su condición social, discapacidad, raza, situación de marginalidad, etc. Así mismo, debe ofrecerse la oportuna investigación cuando se han cometido actos de lesa humanidad como la muerte violenta producto de *“falsas acciones para el cumplimiento de los mandatos constitucionales”* por miembros de las fuerzas militares, como la desplegada por el pelotón *“COYOTE UNO”* del Batallón de Contraguerrilla N° 95 de la Segunda División del Ejército Nacional en Norte de Santander.

249.- En la jurisprudencia se señaló que la posición de garante ya ha sido acogida en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos afirmándose que la *“atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos (sic) 1.1 y 2 de la Convención [...] La responsabilidad internacional de los Estados Partes es, en este sentido, objetiva o ‘absoluta’, teniendo presentes conjuntamente los dos deberes generales, estipulados en los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana”*²⁴⁸.

²⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Mapiripán, párrafo 110, Caso de los 19 comerciantes párrafo 141. “[...] Es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por

250.- De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia interamericana de Derechos Humanos, no puede construirse una cláusula general de responsabilidad en cabeza del Estado cuando se produce todo tipo de violaciones a los derechos humanos en su territorio, por lo tanto “tratándose de hechos de terceros que no han actuado en connivencia con la fuerza pública, y, en los cuáles no hay un hecho imputable a un agente estatal, la jurisprudencia internacional estructura la responsabilidad sobre la base de que se reúnan dos elementos: (i) que el Estado incumpla con los deberes de diligencia que le son exigibles en la evitación de graves violaciones a los derechos humanos, y (ii) que se trate de riesgos inminentes y cognoscibles. Es decir, que en esta estructura el fundamento de la responsabilidad no es objetivo y está basado en la ausencia de una prevención razonable a las graves violaciones a los derechos humanos. Por ende, si se presenta la violación a pesar de que el Estado ha adoptado medidas adecuadas, orientadas a impedir la vulneración, el hecho no le es imputable al Estado”²⁴⁹. Por el contrario, cuando se emplean las mismas medidas invocando la defensa de los derechos y libertades y la integridad de la soberanía, pero vulnerando los derechos humanos y violando el derecho internacional humanitario debe operar bajo el principio de proporcionalidad.

251.- En su momento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Velásquez Rodríguez*”, estableció que la aplicación del estándar de diligencia llevó a constatar que el “*Estado permitió que el acto se realizara sin tomar las medidas para prevenirlo*”. Esto permite reconducir el régimen de responsabilidad del Estado hacia la inactividad como presupuesto sustancial, sustentado en la existencia de obligaciones positivas de prevención y protección, con las que se busca afirmar el concepto de “*capacidad de actuar*” del Estado ante la violación, amenaza o lesión de los derechos humanos, incumpléndose de modo “*omisivo puro*” el deber de poner fin o impedir hechos o actos ajenos a su actuación que pueden provocar situaciones que como el desplazamiento forzado afecta los derechos de las personas.

252.- Con base en lo anterior, cabe advertir que no puede ofrecerse como única vía la aplicación de la posición de garante ya que cuando dicha violación se produce como consecuencia de la acción de “*actores-no estatales*”, se exige determinar que la situación fáctica existió y que respecto a ella se concretaron tres elementos: “*i) los instrumentos de prevención utilizados; ii) la calidad de la respuesta y iii) la reacción del Estado ante tal*

parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención [...] En conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno”.

²⁴⁹ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “La responsabilidad del Estado por el hecho de terceros”, trabajo de investigación suministrado por el autor.

*conducta*²⁵⁰, que en términos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se entiende como el estándar de diligencia exigible al Estado²⁵¹.

253.- Todo lo anterior lleva a concluir a la Sala bajo el principio de proporcionalidad, (i) que si la actividad u operación militar desplegada por los miembros del pelotón “COYOTE UNO” del Batallón Contraguerrilla N°95 de la Segunda División del Ejército Nacional era idónea en correspondencia de las garantías de tutela eficaz y efectiva de los derechos, procurando y promocionando estos y su mejora respecto de otros ciudadanos sin perjudicar los de aquellos de la víctima **OLIVO PEÑA ORTEGA**; (ii) que haya sido necesario adoptar tales medidas en la realización de la actividad u operación militar, en consideración de otras opciones o alternativas para lograr el cometido de dotar de seguridad y protección a la población de la vereda La Perla, corregimiento Puente Real, del municipio de San Calixto –Norte de Santander-, respecto de los fenómenos de violencia, delincuencia y terrorismo por los grupos armados insurgentes o de las bandas criminales al servicio del narcotráfico en una determinada zona, sin vulnerar o afectar seria y gravemente los derechos y libertades al vincular anormal e indebidamente a la víctima **PEÑA ORTEGA** a acciones no verificadas de estos grupos, con el agravante de haber sido sujeto a una identificación con actividades ilícitas que son sustanciales no sólo para el sacrificio de su vida, sino también la afectación a su honor, honra y buen nombre como miembro de la población civil; y, (iii) que la restricción o limitación de las garantías, derechos y libertades debe redundar en una mayor garantía de aquellos de otras personas de la comunidad de la mencionada vereda, que se hayan visto sometidas a la vulneración de los suyos por razón de la exigencia de perturbación del orden público, seguridad y tutela de sus derechos, sin que se haya llegado a una certeza probatoria que la víctima era un agente de las mismas directa o indirectamente, quebrando el balance entre los ámbitos de prerrogativas y reduciendo toda esperanza de efectividad de los mismos por **PEÑA ORTEGA**.

254.- Luego, en cabeza de la víctima cabía la probabilidad de concretarse o materializarse de manera irreversible e irremediable la amenaza y el riesgo como consecuencia de la muerte

²⁵⁰ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “La responsabilidad del Estado por el hecho de terceros”, trabajo de investigación suministrado por el autor.

²⁵¹ Comité de Derechos Humanos, Comentario General 31: Nature of the General Legal Obligations Imposed on States Parties to the Covenant, P 11, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/ Add.13 (May 26, 2004). Resolución CIDH 8 julio 2009. Medidas provisionales respecto de Guatemala, Caso Masacre Plan de Sánchez. Precisamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado: “Que el artículo 1.1 de la Convención establece las obligaciones generales que tienen los Estados Parte de respetar los derechos y libertades en ella consagrados y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. En consecuencia, independientemente de la existencia de medidas provisionales específicas, el Estado se encuentra especialmente obligado a garantizar los derechos de las personas en situación de riesgo y debe impulsar las investigaciones necesarias para esclarecer los hechos, seguidas de las consecuencias que la legislación pertinente establezca. Para tal investigación el Estado en cuestión debe realizar sus mejores esfuerzos para determinar todos los hechos que rodearon la amenaza y la forma o formas de expresión que tuvo; determinar si existe un patrón de amenazas en contra del beneficiario o del grupo o entidad a la que pertenece; determinar el objetivo o fin de la amenaza; determinar quién o quiénes están detrás de la amenaza, y de ser el caso sancionarlos”.

violenta de la que fue objeto **OLIVO PEÑA ORTEGA** por parte de miembros del Ejército Nacional, lo que lleva a plantear que el Estado debía cumplir con su deber positivo, concretado en la protección de la vida e integridad de las personas que se vieron afectadas, y no a desplegar “*falsas acciones para el cumplimiento de mandatos constitucionales*” como única justificación para poder aniquilar o exterminar a personas ajenas al conflicto armado, pero de las que se sirve el aparato militar para garantizar resultados, contradiciendo tanto las normas convencionales, como el orden constitucional, y poniendo en cuestión su propia legitimidad democrática.

255.- A lo que se agrega, la sistematicidad que este caso, como otros que en esta Sala se discuten y que han sido objeto de cuestionamiento tanto por órganos de derecho internacional público, como por autoridades nacionales, lo que implica la obligación del Estado de impedir este tipo de política, estrategia o programa, que debe ser reconducido y armonizado a la protección convencional, constitucional y racional de los derechos, ya que la preservación del orden público y la materialización de la seguridad no puede implicar la seria y grave vulneración de los derechos humanos y la sustancial violación del derecho internacional humanitario de sujetos de la población como en el caso de **OLIVO PEÑA ORTEGA**. Así como no puede prohibirse, ni debe continuarse con actuaciones relacionadas con el deber de custodia que pesa en cabeza de las demandadas, o de cualquier otro organismo del Estado de custodiar el cadáver de personas que fallecen por actividades que se despliegan militarmente, y menos permitir que su ocultamiento, como ocurre en este caso, pueda inducir a impedir la verificación de otras serias vulneraciones, como puede ser que se haya sometido a la víctima a tortura, o a tratos crueles o inhumanos, o a irrespeto del cuerpo, etc., lo que deberá ser investigado rigurosamente tanto en sede de la jurisdicción ordinaria para establecer los responsables y los móviles, como por las instancias disciplinarias ordinaria y militar.

256.- Con relación a lo anterior, la Sala de Sub-sección C encuentra que la protección de la población civil, no está reducido a los contornos de nuestra Carta Política, sino que se extiende a las cláusulas que en el derecho internacional público se consagran tanto en el ámbito internacional humanitario, como en el de la protección de los derechos humanos²⁵² [como se indicó al comienzo del juicio de imputación]. La Sala respecto de la protección de la población civil, y singularmente de los derechos humanos de las ciudadanos con ocasión de masacres como situaciones de vulneraciones sistemáticas de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, tiene en cuenta en su base normativa la protección de la población civil²⁵³ se encuentra en la Carta Política en los artículos 1, 2, 93 y 94,

²⁵² Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁵³ PEREZ GONZALEZ, Manuel. “Introducción; El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto”, en RODRIGUEZ – VILLASANTE, José

así como en los instrumentos jurídicos internacionales que en consideración del bloque ampliado de constitucionalidad y a su ratificación son aplicables las normas de derecho internacional humanitario²⁵⁴.

257.- En ese sentido, se considera necesario “asegurar, en el plano internacional y en el plano interno, su efectiva aplicación. Sobre todo si se considera la naturaleza del Derecho internacional imperativo (*ius cogens*) que poseen en su mayor parte dichas normas, lo que se expresa, entre otras cosas, en el hecho de quedar sustraída su aplicación a la lógica de la reciprocidad –el respeto de ciertas normas humanitarias básicas no queda supeditado a que el adversario las respete por su parte- y en el hecho de generar obligaciones *erga omnes*, esto es, frente a todos, que en cuanto tales excluyen la posibilidad de prescindir de su acatamiento incluso si las personas protegidas manifestaran la intención de renunciar a los derechos correlativos a esas obligaciones”²⁵⁵.

258.- El Estado debe propiciar que el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, genéricamente, o en sus especiales condiciones, no se considere riesgoso, de manera que tanto su actividad, su desplazamiento, como la defensa de los derechos no este sometido a un desbalance en las relaciones asimétricas²⁵⁶ Estado-ciudadano, máxime cuando del segundo extremo se encuentran presuntos miembros de grupos armados insurgente, a quienes debe combatirse con toda la carga de la legitimidad democrática reconocida convencional, constitucional y legalmente, y no por medidas, vías y acciones de hecho, que sólo repercuten en la indispensable legitimidad democrática de la toda administración pública debe estar revestida en su accionar. Deber que tiene que interpretarse en aplicación del principio de

Luis (Coord) *Derecho internacional humanitario*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp.42 y 43. “En su <Informe del Milenio> (*‘Nosotros los pueblos’*. La función de las Naciones Unidas en el siglo XXI), el Secretario General de las Naciones Unidas KOFI A ANNAN advierte cómo las principales amenazas para la paz y la seguridad internacionales provienen hoy, más que de las agresiones externas, de los conflictos intraestatales, produciéndose numerosas víctimas en guerras civiles, campañas de depuración étnica y actos de genocidio en que se usan armas que se pueden adquirir fácilmente en el bazar mundial de los armamentos”.

²⁵⁴ PEREZ GONZALEZ, Manuel. “Introducción; El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto”, en RODRIGUEZ – VILLASANTE, José Luis (Coord) *Derecho internacional humanitario*., ob., cit., p.45. “[...] el Derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados se concibe en la actualidad como un vasto conjunto normativo que persigue controlar jurídicamente el fenómeno bélico –reglamentando los métodos y medios de combate, distinguiendo entre personas y bienes civiles y objetivos militares, protegiendo a las víctimas y a quienes las asistan-, con vistas a limitar en la mayor medida posible los ingentes males que el mismo causa a los seres humanos”.

²⁵⁵ PEREZ GONZALEZ, Manuel. “Introducción; El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto”, en RODRIGUEZ – VILLASANTE, José Luis (Coord) *Derecho internacional humanitario*., ob., cit., p.46. Puede verse Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁵⁶ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, Marcial Pons, INAP, Madrid, 2003, pp.21 y 22. “La concepción de la igualdad entre el estado y el individuo no logra explicar ni la especial necesidad de justificación en que ha de legitimarse toda acción estatal, ni tampoco la pretensión de validez y eficacia a la que aspiran las decisiones de todo poder legítimamente constituido (...) El individuo actúa en el marco de una libertad jurídicamente constituida. El estado actúa en el ámbito de una competencia jurídicamente atribuida”.

proporcionalidad, de lo contrario podría suponer la exigencia ilimitada al Estado de salvaguardar la seguridad a toda costa, a cualquier coste y en todo momento, lo que excede la realidad material y la capacidad de los aparatos estatales²⁵⁷. En esta motivación resulta absolutamente contrario a los mandatos de los artículos 2, 29, 229 de la Carta Política, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que las fuerzas y cuerpos del Estado adelanten procedimientos con el único objetivo de aniquilar, suprimir o exterminar al “enemigo”, ya que se trata de una doctrina totalmente contraria al derecho internacional de los derechos humanos, pero especialmente opuesta al derecho internacional humanitario si se aplica estrictamente el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II de 1977 en sus artículos 4 y 5.

259.- Adicionalmente, la Sala como juez de convencionalidad y contencioso administrativo y para la tutela de los derechos humanos y el respeto del derecho internacional humanitario, ordenara que el Estado examine si hechos como los ocurridos el 15 de agosto de 2008 hace parte de una práctica denominada “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de mandatos constitucionales” y siendo constitutivos de actos de lesa humanidad [al dirigirse contra la población civil en Casanare y otras zonas, y por su sistematicidad, que parte del amparo en estructuras militares organizadas y planificadas que se distorsionan o deforman de los fines esenciales que la Constitución les ha otorgado], deben corresponderse con la obligación positiva del Estado de investigar y establecer si se produjo la comisión de conductas que vulneraran el trato digno y humano, de tal forma que se cumpla con el mandato convencional y constitucional de la verdad, justicia y reparación²⁵⁸.

260.- Con base en los anteriores argumentos, razonamientos y justificaciones la Sala de Subsección confirmara la sentencia de primera instancia, declarando la responsabilidad de las entidades demandadas por la falla en el servicio consistente en el despliegue de “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de mandatos constitucionales” por parte de los miembros del pelotón “COYOTE UNO” del Batallón Contra guerrilla N° 95 de la Segunda División del Ejército Nacional, que produjo la muerte violenta de **OLIVO PEÑA ORTEGA**, el 15 de agosto de 2008 en el corregimiento Puente Real, vereda La Perla, municipio de San Calixto –Norte de Santander-, en los términos de la presente providencia.

261.- Lo anterior exige ahora determinar si de ellos cabe confirmar el reconocimiento de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de perjuicios morales, que hizo el a quo, o si procede su reducción en atención a lo argumentado por la parte demandada en su apelación.

²⁵⁷ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁵⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

10. Reconocimiento y liquidación de los perjuicios.

10.1. Reconocimiento y liquidación de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de perjuicios morales.

262.- En la demanda se solicitó el reconocimiento de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de perjuicios morales, a favor de **MAIDE PEÑA RANGEL** y de **AMELIDA PEÑA RANGEL**, la suma equivalente a cien [100] salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una por el daño antijurídico consistente en la muerte violenta de **OLIVO PEÑA ORTEGA**. Así como se solicitó la suma equivalente a cien [100] salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una por el daño antijurídico consistente en la retención ilegal de la víctima. Sin embargo este último rubro se desechará ya que en el momento de analizar la certeza, carácter personal, directo y existencia del daño antijurídico se estableció que como tal no se demostró con ningún medio probatorio este dentro del proceso, confirmándose la sentencia de primera instancia que negó esta pretensión indemnizatoria.

263.- En la sentencia de 22 de 1gosto de 2014, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander reconoció y liquidó los perjuicios morales a favor de **MAIDE PEÑA RANGEL** [hija] la suma equivalente a doscientos [200] salarios mínimos legales mensuales vigentes, negándose respecto de **AMELIDA PEÑA RANGEL**.

264.- En la apelación la parte actora solicitó revocar la anterior sentencia, para reconocer y liquidar los perjuicios morales a favor de **AMELIDA PEÑA RANGEL**. En tanto que la parte demandada cuestionó el monto de los perjuicios morales reconocidos a **MAIDE PEÑA RANGEL**.

265.- En cuanto al primer aspecto, y reiterando lo afirmado al momento de estudiar la falta de legitimación en la causa por activa de **AMELIDA PEÑA RANGEL**, la Sala encuentra que si bien no se aportó el registro civil de nacimiento de la menor para establecer si es hija de la víctima **OLIVO PEÑA RANGEL**, si obra copia autenticada del acta de la diligencia de posesión como curador principal ante la Jurisdicción Voluntaria, de 20 de septiembre de 2010, de **FIDELINA PEÑA ORTEGA** respecto de la menor **AMELIDA PEÑA RANGEL**, designada "*mediante auto de fecha trece (13) de agosto del corriente año, en el proceso de GUARDA radicado al No. 2010 00457 00*" [fl.21 c1], que contrastado con el testimonio del hermano de la víctima Antonio María Peña Ortega [manifestación que por garantía convencional no ve reducida su

verosimilitud, como se hizo por la Sala para establecer aspectos dentro del juicio de imputación] permite acreditar que **AMELIDA PEÑA RANGEL** tiene vínculos de familiaridad con aquella, de manera tal que en afirmación y eficacia del derecho sustancial a la reparación integral de una mujer menor de edad la Sala le reconocerá y liquidará los perjuicios morales si bien no como hija ya que se carece de la prueba directa e incuestionable de ello, si como damnificada del daño antijurídico y los perjuicios ocasionados con la muerte violenta de **PEÑA RANGEL** ocurrida el 15 de agosto de 2008.

266.- Conocida la vulneración de los derechos humanos de una persona de como **OLIVO PEÑA ORTEGA**, la Sala examina si procede incrementar las indemnizaciones concedidas a los demandantes.

267.- Ahora bien, la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012²⁵⁹ señaló que en *“cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que (sic) demás perjuicios- a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso”*. En la misma providencia se agrega que *“la Sala reitera la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan”*.

268.- Debe, además, como parte de la motivación, examinarse si se acreditó el parentesco debida y legalmente, con los registros civiles, para reconocer los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares, para lo que procede la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se infiere que la muerte, lesión, etc., afecta a la víctima y a sus familiares más cercanos [esto es, los que conforman su núcleo familiar], y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia²⁶⁰ como espacio básico de

²⁵⁹ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

²⁶⁰ Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008, expediente 18586. *“Las reglas de la experiencia, y la práctica científica han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992 donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así: “En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2º., señala que Colombia*

toda sociedad²⁶¹ [el segundo criterio con el que ya cuenta el juez en el momento de reconocer los perjuicios morales tiene que ver con el concepto de familia, que será importante para

como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica [sic] y la vigencia de un orden justo. “Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que “se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” Y agrega que “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes [...] La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor: “En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue: “1º. Los descendientes legítimos; “2º. Los ascendientes legítimos; “3º. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos; “4º. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1º., 2º. y 3º; “5º. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1º., 2º., y 4º; “6º. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores; “7º. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados. “Si la persona fuera casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a la potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos”. “También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3º ibídem, que reza: “La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún (sic) cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución” “La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio. “Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales. “Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien”.

²⁶¹ Corte Constitucional, C-821 de 9 de agosto de 2005. “4.2. Amparada en la doctrina especializada, también la jurisprudencia constitucional ha señalado que el surgimiento de la familia se remonta a la propia existencia de la especie humana, razón por la cual se constituye en “la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre”. Bajo esta concepción, la familia es considerada un “presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, lo que entraña para éste la responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar, ya que [e]s la comunidad entera la que se beneficia de las virtudes que se cultivan y afirman en el interior de la célula familiar y es también la que sufre grave daño a raíz de los vicios y desordenes que allí tengan origen”. 4.3. En Colombia, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no acogió la propuesta formulada por el Gobierno de asignarle a la familia un alcance puramente asistencial y se decidió, en cambio, por reconocerle el carácter de pilar fundamental dentro de la organización

determinar la tasación y liquidación de los mismos perjuicios, ya que puede apreciarse [de la prueba testimonial]:- ¿cómo estaba conformada la familia?; - ¿qué rol desempeñaba la víctima al interior de su familia?; - ¿cómo estaban definidas las relaciones entre la víctima y los demás miembros de la familia?; - ¿se trataba de una familia que convivía o no en un mismo espacio?; - ¿se trataba de una familia que estaba disgregada, o de una familia fruto de diferentes

estatal, asociándola con la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y elevando a canon constitucional aquellos mandatos que propugnan por su preservación, respeto y amparo. De este modo, la actual Carta Política quedó alineada con la concepción universal que define la familia como una institución básica e imprescindible de toda organización social, la cual debe ser objeto de protección especial. 4.4. En efecto, el derecho internacional, en las declaraciones, pactos y convenciones sobre derechos humanos, civiles, sociales y culturales, se refiere a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y le asigna a los estados y a la sociedad la responsabilidad de protegerla y asistirle. Tal consideración aparece contenida, entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos (art. 23), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10°) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (art. 17); los cuales se encuentran incorporados a nuestro derecho interno por haber sido suscritos, aprobados y ratificados por el Estado colombiano. 4.5. Bajo ese entendido, en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5° de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral. 4.6. En concordancia con ello, el artículo 42 de la Constitución consagró a la familia como el “núcleo fundamental de la sociedad”, precisando que la misma puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos, esto es, “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Ello permite advertir que en el orden constitucional vigente, no se reconocen privilegios en favor de un tipo determinado de familia, sino que se legitima la diversidad de vínculos o de formas que puedan darle origen. Así, tanto la familia constituida por vínculos jurídicos, es decir, la que procede del matrimonio, como la familia que se constituye por vínculos naturales, es decir, la que se forma por fuera del matrimonio o en unión libre, se encuentran en el mismo plano de igualdad y son objeto de reconocimiento jurídico y político, de manera que las personas tienen plena libertad para optar por una o otra forma de constitución de la institución familiar. 4.7. Conforme con el alcance reconocido a la familia, el propio artículo 42 le asigna a la sociedad y al Estado el deber de garantizar su protección integral, al tiempo que le asigna a la ley la función de regular, por una parte, las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo; y por la otra, lo referente a los efectos civiles de los matrimonios religiosos y de las sentencias dictadas por las autoridades religiosas que declaren su nulidad, así como también lo relacionado con la cesación de los efectos civiles de todos los matrimonios a través del divorcio. 4.8. La protección integral de que es objeto la institución familiar, cualquiera que sea la forma que ella adopte, es recogida y prodigada por la propia Constitución mediante la implementación de un sistema de garantías, cuyo propósito es reconocer su importancia en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales de la institución familiar, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos. Tal como lo ha destacado esta Corporación,[5] ese ámbito de protección especial se manifiesta, entre otros aspectos, (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; (iv) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; (v) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener; y (vi) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos”.

relaciones de los padres –hermanastros, hermanos de crianza, por ejemplo-?], y de reconocer su existencia bien sea como un derecho prestacional o fundamental²⁶².

269.- La sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012²⁶³, sostiene claramente que el *“Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de tales argumentaciones conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso”* [citando la sentencia T-212 de 2012 de la Corte Constitucional].

270.- A lo que se agregó, en la misma sentencia una serie de criterios o motivaciones razonadas que debían tenerse en cuenta para tasar el perjuicio moral, partiendo de afirmar que *“teniendo en cuenta las particularidades subjetivas que comporta este tipo de padecimiento que gravitan en la órbita interna de cada individuo, sin que necesariamente su existencia corresponda con la exteriorización de su presencia, ha entendido esta Corporación que es posible presumirlos para la caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso”*.

271.- Y se concluyó, en la citada sentencia de la Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, que *“no puede perderse de vista que de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala –y de la Corte Suprema de Justicia también-, ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la*

²⁶² Corte Constitucional, sentencia T-572 de 26 de agosto de 2009. *“Se discute igualmente en relación con el contenido y alcance de las medidas constitucionales de protección de la familia. En efecto, aquéllas se manifiestan en la necesaria adopción de normas legales, de actos administrativos, así como de decisiones judiciales, medidas todas ellas encaminadas a lograr y preservar la unidad familiar existente, al igual que brindar una protección económica, social y jurídica adecuada para el núcleo familiar. Estos son los propósitos, o la razón de ser de las normas jurídicas y demás medidas de protección previstas por el ordenamiento jurídico. Así mismo, se presenta una controversia acerca de si la familia puede ser considerada, en sí misma, un derecho fundamental o uno de carácter prestacional. De tal suerte que las medidas de protección de aquélla pueden ser comprendidas de manera diferente, dependiendo de si se entiende que familia es un derecho fundamental (de primera generación), o si, por el contrario, se ubica como un derecho de contenido prestacional. En efecto, si se entiende que “familia” es un derecho prestacional, entonces el Estado, según las condiciones económicas podrá establecer mayores o menores beneficios que proporcionen las condiciones para que las familias puedan lograr su unidad, encontrándose protegidas económica y socialmente. De igual manera, entraría a aplicarse el principio de no regresión, pudiéndose, en algunos casos, excepcionarse. Por el contrario, si se comprende a la familia en términos de derecho fundamental, entonces las medidas estatales relacionadas con aquélla serán obligatorias, no pudiendo alegarse argumentos de contenido económico para incumplirlas, pudiéndose además instaurar la acción de tutela para su protección. Finalmente, la tesis intermedia apunta a señalar que la familia como institución debe ser protegida por el Estado, en cuanto a la preservación de su unidad y existencia, presentando en estos casos una dimensión de derecho fundamental; al mismo tiempo, otros elementos, de contenido económico y asistencial, se orientan por la lógica de implementación y protección propia de los derechos prestacionales. En suma, de la comprensión que se tenga del término “familia” dependerá el sentido y alcance de los mecanismos constitucionales de protección”*.

²⁶³ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al arbitrium judicis, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la (sic) características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez”.

272.- La Sala de Sub-sección dando continuidad a la jurisprudencia contenciosa encuentra que para el reconocimiento de los perjuicios morales el primer elemento tiene que ver con el parentesco, el cual se constata de la siguiente manera:

273.- Con relación al parentesco de los familiares de **OLIVO PEÑA RANGEL** sólo se cuenta con el siguiente elemento probatorio: copia auténtica del registro civil de nacimiento con número serial 18526884 correspondiente a **MAIDE PEÑA RANGEL**, nacida el 6 de junio de 1992 e hija de Amares Rangel Quintero y Olivo Peña Ortega [fl.19 c1].

274.- Como sólo existe un testimonio en el que se manifiesta que **AMELIDA PEÑA RANGEL** es hija de la víctima, y se encuentra demostrado que estaba bajo la curadora principal ante la Jurisdicción Voluntaria, de 20 de septiembre de 2010, de **FIDELINA PEÑA ORTEGA**, familiar de la víctima, la Sala fundada en las máximas garantías convencionales [artículos 1.1, 2, 19 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de los Niños de 1989] y constitucionales [artículo 42 de la Carta Política] para este **único** caso y con carácter excepcional reconocerá la calidad y condición de hija de la víctima a **AMELIDA**, exigiendo que en todo caso la regla general sigue siendo la de aportar, allegar o requerir oportunamente dentro del trámite de los procesos contenciosos administrativos las pruebas que permitan determinar el parentesco, elemento esencial y primario para el reconocimiento de los perjuicios morales, máxime cuando se trata de una persona que hace parte del núcleo esencial de la familia de la víctima, como ocurre en este asunto.

275.- Examinados los anteriores medios probatorios se tiene acreditado el parentesco con la víctima **OLIVO PEÑA RANGEL** de la siguiente forma: (1) **MAIDE PEÑA RANGEL** como hija, y (2) **AMELIDA PEÑA RANGEL** como hija.

276.- La Sala teniendo en cuenta las sentencias de unificación de 28 de agosto de 2014, especialmente la identificada con el número 32988, tiene en cuenta que la hija está en el primer nivel, siendo que respecto de **MAIDE PEÑA RANGEL** se acude a la simple prueba del estado civil, en tanto que con relación a **AMELIDA PEÑA RANGEL** excepcionalmente se reconoce su calidad de hija con la copia de la guarda provisional de su tía y hermana de la víctima, y el testimonio de Antonio María Peña Rangel.

277.- Para la liquidación de los perjuicios morales, los cuales serán objeto de modificación con relación a la sentencia de primera instancia, la Sala de Sub-sección tiene en cuenta, la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 28 de agosto de 2014, expediente 32988, así como el Documento Final aprobado mediante Acta del 28 de agosto de 2014 “Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales”, así como las sentencias de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera en la materia y de la misma fecha, en las que se fijó:

“Para la reparación del daño moral, en caso de muerte, se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno-filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (primer grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio (100 smmv).

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

La siguiente tabla recoge lo expuesto:

GRAFICO No. 1					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Regla general en el caso de muerte	Relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva”.

278.- Como en los hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008 se produjeron violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, la Sala teniendo en cuenta la misma fuente jurisprudencial de unificación se sustenta en la siguiente argumentación:

“En casos excepcionales, como los de graves violaciones a los derechos humanos, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en todos los eventos en los anteriores, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios antes señalados. Este *quantum* deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño”.

279.- De las pruebas recaudadas, valoradas y contrastadas se encuentra probado el parentesco esto es la relación afectiva y la intensidad de la afectación padecida por **MAIDE PEÑA RANGEL** y de **AMELIDA PEÑA RANGEL**, por la muerte violenta de **OLIVO PEÑA RANGEL**, lo que permitirá liquidar los perjuicios a favor de ambas en el porcentaje equivalente al 100%.

280.- Con base en los anteriores argumentos, la Sala reconoce y liquida los perjuicios morales con ocasión de la muerte violenta de **OLIVO PEÑA ORTEGA** producto de una “falsa e ilegal acción so pretexto del cumplimiento de mandatos constitucionales” adelantada por miembros del Ejército Nacional, de la siguiente manera:

Víctima	Porcentaje	SMLMV	Equivalente en moneda legal colombiana
Maide Peña Rangel [hija]	100 % Incremento 100	100	\$73.771.700.00
Amelida Peña Rangel [hija]	100% Incremento 15	100	\$73.771.700.00

281.- Luego, con base en la anterior se confirmará el reconocimiento, actualizará y modificará la liquidación de los perjuicios morales según la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander 22 de agosto de 2014.

282.- En cuanto a los perjuicio a la vida de relación reclamado en la demanda, y negado en la sentencia de primera instancia, está decisión se confirmará ya que de las pruebas obrantes y valoradas no se tiene demostración de la certeza de dicho perjuicio, teniendo en cuenta que la

jurisprudencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera, sentencias de 28 de agosto de 2014 [expedientes 28804, 31172] establece que dicho perjuicio hace parte del denominado “daño a la salud” que debe ser probado, se le reconoce única y exclusivamente a la víctima directa, que para el caso concreto falleció, y que debe acreditarse la gravedad de la lesión, todo lo cual no ha sido probado, ya que conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil dicha carga está en cabeza de la parte actora que lo reclama y pretende, negándose dicho rubro indemnizatorio en la presente sentencia.

10.2. Reconocimiento de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

283.- De acuerdo con la unificación jurisprudencial de 28 de agosto de 2014, de la Sala Plena de la Sección Tercera, este tipo de perjuicios se “reconocerá, aun [sic] de oficio”, procediendo *“siempre y cuando se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente o estable y los parientes hasta el primer grado de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas de ‘crianza’”*.

284.- A lo que se agrega que las *“medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. Para el efecto, el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados (Artículo 8.1 y 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos)”* [sic].

285.- La parte actora reclamó el reconocimiento de perjuicios por vulneraciones de bienes convencionales y constitucionales como a la integridad moral [buen nombre y honra, presunción de inocencia y familia. Para el proceso se encuentra demostrado que el daño antijurídico no sólo se concretó en los perjuicios morales reclamados por los familiares de **OLIVO PEÑA ORTEGA**, sino también en la producción de perjuicios concretados en la vulneración de la dignidad humana, al haber sido muerto violentamente, con absoluto desprecio por la humanidad, en total condición de indefensión y despojado de todo valor como ser humano.

286.- La Sala estudia si procede en el presente caso ordenar medidas de reparación no pecuniarias, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso y las afectaciones a las que fue sometidos los bienes e intereses de **OLIVO PEÑA ORTEGA**, que generaron la violación de los artículos 1, 2, 11, 16 y 44 de la Carta Política, 1.1, 2, 4, 5, 17, 22 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, las normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de las Convenciones y Protocolos de Ginebra [normas de derecho internacional humanitario]. Así mismo, se observa que para la consideración de este tipo de medidas la base constitucional se desprende los artículos 90, 93 y 214, la base legal del artículo 16 de la ley 446 de 1998 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Adicionalmente, y para garantizar el derecho a la reparación integral de la víctima, se tiene en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la “*restitutio in integrum*”, máxime cuando existe la vulneración del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, como quedó verificado con ocasión de los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007.

287.- De acuerdo con la jurisprudencia de la Sección Tercera, toda “*reparación, parte de la necesidad de verificar la materialización de una lesión a un bien jurídico tutelado [daño antijurídico], o una violación a un derecho que, consecuentemente, implica la concreción de un daño que, igualmente, debe ser valorado como antijurídico dado el origen del mismo [una violación a un postulado normativo preponderante]. Así las cosas, según lo expuesto, es posible arribar a las siguientes conclusiones lógicas: Toda violación a un derecho humano genera la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento. No todo daño antijurídico reparable (resarcible), tiene fundamento en una violación o desconocimiento a un derecho humano y, por lo tanto, si bien el perjuicio padecido deber ser reparado íntegramente, dicha situación no supone la adopción de medidas de justicia restaurativa. Como se aprecia, en la primera hipótesis, nos enfrentamos a una situación en la cual el operador judicial interno, dentro del marco de sus competencias, debe establecer en qué proporción puede contribuir a la reparación integral del daño sufrido, en tanto, en estos eventos, según los estándares normativos vigentes [ley 446 de 1998 y 975 de 2005], se debe procurar inicialmente por la *restitutio in integrum* [restablecimiento integral] del perjuicio y de la estructura del derecho trasgredido, para constatada la imposibilidad de efectuar la misma, abordar los medios adicionales de reparación como la indemnización, rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos. Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido éste como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad al tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el*

reconocimiento positivo del orden nacional e internacional, o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos”.

288.- En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño [strictu sensu], sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, per se, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio. Como corolario de lo anterior, para la Sala, la reparación integral propende por el restablecimiento efectivo de un daño a un determinado derecho, bien o interés jurídico y, por lo tanto, en cada caso concreto, el operador judicial de la órbita nacional deberá verificar con qué potestades y facultades cuenta para obtener el resarcimiento del perjuicio, bien a través de medidas netamente indemnizatorias o, si los supuestos fácticos lo permiten [trasgresión de derechos humanos en sus diversas categorías], a través de la adopción de diferentes medidas o disposiciones”²⁶⁴.

289.- Para el caso concreto, se demuestra la vulneración, en cabeza de **OLIVO PEÑA ORTEGA**, de la dignidad humana, luego acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera, y en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo, la Sala encuentra que procede **confirmar las medidas de justicia restaurativa** ordenadas en la sentencia de 22 de agosto de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, y se va a agregar complementar por la Sala al ordenar y exhortar a las entidades públicas demandadas al cumplimiento de “medidas de reparación no pecuniarias”, con el objeto de responder al “*principio de indemnidad*” y a la “*restitutio in integrum*”, que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión:

²⁶⁴ Sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273^a. Ver de la Corte Permanente de Justicia Internacional, caso Factory of Chorzów, Merits, 1928, Series A, No. 17, Pág. 47. Citada por CRAWFORD, James “Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado”, Ed. Dykinson, Pág. 245; Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso de la Masacre de Puerto Bello (vs) Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006; de la Corte Constitucional Sentencia T-563 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En igual sentido T- 227 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1094 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-175 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional, sentencia T-188 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis

(1) La presente sentencia hace parte de la reparación integral, de modo que las partes en el proceso así deben entenderla. Como consecuencia de esto, copia auténtica de esta sentencia deberá ser remitida por la Secretaría de la Sección Tercera al Centro de Memoria Histórica, para así dar cumplimiento a lo consagrado en la ley 1424 de 2010, y se convierta en elemento configurador de la evidencia histórica del conflicto armado de Colombia.

(2) Como la presente sentencia hace parte de la reparación integral, es obligación de las entidades demandadas Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-, la difusión y publicación de la misma por todos los medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su resolutive, por un período ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

(3) Así mismo, y como garantía de no repetición el Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional desde la ejecutoria de la presente sentencia, realizarán capacitaciones en todos los Comandos, Batallones, Unidades y patrullas militares en materia de procedimientos militares y policiales según los estándares convencionales y constitucionales, exigiéndose la difusión de ejemplares impresos de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la Convención de Naciones Unidas sobre la desaparición forzada y de las Convenciones interamericanas sobre desaparición forzada y tortura, las cuales deben ser tenidas en cuenta en los manuales institucionales y operacionales, y su revisión periódica por los mandos militares, de manera que se pueda verificar que se está cumpliendo los estándares convencionales en todo el territorio nacional, y en especial en el Batallón Contraguerrilla N°95 y la Segunda División del Ejército Nacional, con sede en Ocaña, Norte de Santander.

(4) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación- Fiscalía 31 de la Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, Regional Villavicencio, con el fin de que continúe las investigaciones penales por los hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008 en el corregimiento Puente Real, vereda La Perla, municipio de San Calixto –Norte de Santander-, y en dado caso, se pronuncie si procede su encuadramiento como un caso que merece la priorización en su trámite, en los términos de la Directiva No. 01, de 4 de octubre de 2012 [de la Fiscalía General de la Nación], para investigar a aquellos miembros de la Fuerza Pública que hayan participado en la comisión de presuntas violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario cometidas contra **OLIVO PEÑA ORTEGA**, y consistentes en: a) violación de la dignidad humana, b) violación del derecho a la familia, c) violación del derecho al trabajo, d) violaciones de las normas de los Convenios de Ginebra, e) discriminación; f) falsas e ilegales acciones so

pretexto de cumplir mandatos constitucionales, etc., y todas aquellas que se desprendan de los hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008.

(5) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Procuraduría General de la Nación, Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, con el fin de que abra las investigaciones disciplinarias por los hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008 en el corregimiento Puente Real, vereda La Perla, municipio de San Calixto –Norte de Santander-, y se lleven hasta sus últimas consecuencias, revelando su avance en un período no superior a noventa [90] días por comunicación dirigida a esta Corporación, al Tribunal Administrativo de Casanare, a los familiares de la víctimas y a los medios de comunicación de circulación local y nacional.

(6) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Justicia Penal Militar, para que abra la investigación penal militar, con el objeto de establecer si hay lugar a declarar la responsabilidad de los miembros del Ejército Nacional, por los hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008, sin perjuicio que la justicia penal militar haya dado traslado de las diligencias a la justicia ordinaria en su momento.

(7) Los familiares de **OLIVO PEÑA RANGEL** son reconocidos como víctimas del conflicto armado, razón por la que se solicita a las instancias gubernamentales competentes incorporarlas y surtir los procedimientos consagrados en la ley 1448 de 2011.

(8) Se exhorta para que en el término, improrrogable, de treinta (30) días la Defensoría del Pueblo informe de las investigaciones por la violación del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos que se hayan adelantado por los hechos, y se ponga disposición por los medios de comunicación y circulación nacional.

(9) Copia de esta providencia debe remitirse por la Secretaría de la Sección Tercera al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, para que estas entidades públicas en cumplimiento de los mandatos convencionales y convencionales la pongan en conocimiento de las siguientes instancias: (i) del Relator Especial para las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas que elabore actualmente los informes de Colombia, para que se incorpore la información que comprende esta providencia; (ii) a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

para que en su informe del país tenga en cuenta esta decisión judicial; (iii) a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional para que conozca y tome en cuenta en sus informes del país esta decisión judicial; y, (iv) a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que en su próximo informe tenga en cuenta esta sentencia.

(10) De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al Tribunal de origen y a este despacho informes del cumplimiento dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia, con una periodicidad de treinta [30] días calendario y por escrito, de los que deberán las mencionadas entidades dar difusión por los canales de comunicación web, redes sociales, escrito y cualquier otro a nivel local y nacional. En caso de no remitirse el informe pertinente, se solicitara a la Procuraduría adelantar las averiguaciones de su competencia ante la orden dada por sentencia judicial y se adopten las decisiones a que haya lugar de orden disciplinario.

290.- Después de definir el reconocimiento y liquidación de los perjuicios morales y la delimitación de las medidas de reparación no pecuniarias por la vulneración de bienes convencionales y constitucionales, la Sala aborda lo relacionado con la condena en costas.

11. Ofrecimiento de disculpas a las víctimas.

291.- Como complemento a las medidas antes ordenadas, al ser revocada la sentencia de 1 de febrero de 2016 por la decisión judicial de tutela de 23 de febrero de 2017 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, la Sala de la Sub-sección C ofrece sinceras disculpas a **MAIDE PEÑA RANGEL** y a **AMELIDA PEÑA RANGEL** familiares de las víctima, y determina que esta sentencia en sí misma sea una expresión de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados con la muerte violenta de **OLIVO PEÑA ORTEGA** en hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008 en la vereda La Perla, corregimiento Puente Real, municipio de San Calixto, Norte de Santander.

12. Costas.

292.- Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA

PRIMERO. CUMPLIR el numeral tercero [3º] de la sentencia de tutela de 23 de febrero de 2017 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado que ordenó proferir una nueva decisión siguiendo las consideraciones de la parte motiva de la misma providencia.

SEGUNDO. CONFIRMAR los numerales primero, cuarto, sexto, séptimo y octavo del resuelve de la sentencia de 22 de agosto de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, y con base en la parte motiva de la presente providencia-.

TERCERO. CONFIRMAR, ACTUALIZAR Y MODIFICAR la sentencia de 22 de agosto de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en cuanto a los perjuicios inmateriales, en la modalidad de perjuicios morales con base en la parte motiva de esta providencia que quedará de la siguiente manera:

Víctima	Porcentaje	SMLMV	Equivalente en moneda legal colombiana
Maide Peña Rangel [hija]	100 % Incremento 100	100	\$73.771.700.00
Amelida Peña Rangel [hija]	100% Incremento 15	100	\$73.771.700.00

CUARTO. CONFIRMAR Y MODIFICAR la sentencia de 22 de agosto de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en cuanto a los perjuicios inmateriales, en la modalidad de afectación relevante a bienes y derechos convencional y constitucionalmente amparados, con base en la parte motiva de esta providencia,

agregándose las siguientes medidas que obligatoriamente deben cumplir las entidades públicas demandadas:

(1) La presente sentencia hace parte de la reparación integral, de modo que las partes en el proceso así deben entenderla. Como consecuencia de esto, copia auténtica de esta sentencia deberá ser remitida por la Secretaría de la Sección Tercera al Centro de Memoria Histórica, para así dar cumplimiento a lo consagrado en la ley 1424 de 2010, y se convierta en elemento configurador de la evidencia histórica del conflicto armado de Colombia.

(2) Como la presente sentencia hace parte de la reparación integral, es obligación de las entidades demandadas Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-, la difusión y publicación de la misma por todos los medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su resolutive, por un período ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

(3) Así mismo, y como garantía de no repetición el Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional desde la ejecutoria de la presente sentencia, realizarán capacitaciones en todos los Comandos, Batallones, Unidades y patrullas militares en materia de procedimientos militares y policiales según los estándares convencionales y constitucionales, exigiéndose la difusión de ejemplares impresos de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la Convención de Naciones Unidas sobre la desaparición forzada y de las Convenciones interamericanas sobre desaparición forzada y tortura, las cuales deben ser tenidas en cuenta en los manuales institucionales y operacionales, y su revisión periódica por los mandos militares, de manera que se pueda verificar que se está cumpliendo los estándares convencionales en todo el territorio nacional, y en especial en el Batallón Contraguerrilla N°95 y la Segunda División del Ejército Nacional, con sede en Ocaña, Norte de Santander.

(4) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación- Fiscalía 31 de la Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, Regional Villavicencio, con el fin de que continúe las investigaciones penales por los hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008 en el corregimiento Puente Real, vereda La Perla, municipio de San Calixto –Norte de Santander-, y en dado caso, se pronuncie si procede su encuadramiento como un caso que merece la priorización en su trámite, en los términos de la Directiva No. 01, de 4 de octubre de 2012 [de la Fiscalía General de la Nación], para investigar a aquellos miembros de la Fuerza Pública que hayan participado en la comisión de presuntas violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario

cometidas contra **OLIVO PEÑA ORTEGA**, y consistentes en: a) violación de la dignidad humana, b) violación del derecho a la familia, c) violación del derecho al trabajo, d) violaciones de las normas de los Convenios de Ginebra, e) discriminación; f) falsas e ilegales acciones so pretexto de cumplir mandatos constitucionales, etc., y todas aquellas que se desprendan de los hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008.

(5) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Procuraduría General de la Nación, Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, con el fin de que abra las investigaciones disciplinarias por los hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008 en el corregimiento Puente Real, vereda La Perla, municipio de San Calixto –Norte de Santander-, y se lleven hasta sus últimas consecuencias, revelando su avance en un período no superior a noventa [90] días por comunicación dirigida a esta Corporación, al Tribunal Administrativo de Casanare, a los familiares de la víctimas y a los medios de comunicación de circulación local y nacional.

(6) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Justicia Penal Militar, para que abra la investigación penal militar, con el objeto de establecer si hay lugar a declarar la responsabilidad de los miembros del Ejército Nacional, por los hechos ocurridos el 15 de agosto de 2008, sin perjuicio que la justicia penal militar haya dado traslado de las diligencias a la justicia ordinaria en su momento.

(7) Los familiares de **OLIVO PEÑA RANGEL** son reconocidos como víctimas del conflicto armado, razón por la que se solicita a las instancias gubernamentales competentes incorporarlas y surtir los procedimientos consagrados en la ley 1448 de 2011.

(8) Se exhorta para que en el término, improrrogable, de treinta (30) días la Defensoría del Pueblo informe de las investigaciones por la violación del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos que se hayan adelantado por los hechos, y se ponga disposición por los medios de comunicación y circulación nacional.

(9) Copia de esta providencia debe remitirse por la Secretaría de la Sección Tercera al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, para que estas entidades públicas en cumplimiento de los mandatos convencionales y convencionales la pongan en conocimiento de las siguientes instancias: (i) del Relator Especial para las

ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas que elabore actualmente los informes de Colombia, para que se incorpore la información que comprende esta providencia; (ii) a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para que en su informe del país tenga en cuenta esta decisión judicial; (iii) a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional para que conozca y tome en cuenta en sus informes del país esta decisión judicial; y, (iv) a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que en su próximo informe tenga en cuenta esta sentencia.

(10) De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al Tribunal de origen y a este despacho informes del cumplimiento dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia, con una periodicidad de treinta [30] días calendario y por escrito, de los que deberán las mencionadas entidades dar difusión por los canales de comunicación web, redes sociales, escrito y cualquier otro a nivel local y nacional. En caso de no remitirse el informe pertinente, se solicitara a la Procuraduría adelantar las averiguaciones de su competencia ante la orden dada por sentencia judicial y se adopten las decisiones a que haya lugar de orden disciplinario.

QUINTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SÉPTIMO. ABSTENERSE de condenar en costas a la demandada.

OCTAVO. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** inmediatamente el expediente al Tribunal de origen”

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrada

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala