

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., siete (7) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación: 85001-23-31-000-2010-00178-01 (47671)

Actor: Cruz Helena Taborda Taborda y otros

Demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional

Asunto: Acción de reparación directa (sentencia)

Decide la Sala de Subsección C el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare el 13 de febrero de 2013 [atendiendo a la prelación para fallo dispuesta por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, teniendo en cuenta que se trata de un caso de grave violación de los derechos humanos¹], en la que se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda en los siguientes términos: (1) se declaró no probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima; (2) se declaró administrativamente responsable a las entidades públicas demandadas por la muerte violenta de José Lorenzo Taborda Taborda el 14 de marzo de 2007; (3) como consecuencia de la anterior declaración se les condenó a pagar la indemnización por concepto de perjuicios morales y a la realización de condenas simbólicas; (4) se negaron las demás pretensiones de la demanda; y, (5) no se condenó en costas [fls.124 cara posterior y 125 cp].

ANTECEDENTES

1. La demanda.

1 La demanda fue presentada el 23 de septiembre de 2010 por Cruz Helena Taborda Taborda [hermana], Jairo de Jesús Taborda Taborda [hermano], Luz Dilia Taborda Taborda [hermana], Verónica Taborda Taborda [hermana] y María Verónica Taborda de

¹ 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 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".

Taborda [madre], mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A, solicitando que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“[...] 1. Que la Nación Colombiana – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, es responsable administrativa y comercialmente de todos los daños y perjuicios tanto materiales y/o patrimoniales, como extrapatrimoniales (perjuicios o daños morales subjetivos y vulneración a sus derechos fundamentales a la vida, integridad personal, libertad y seguridad, presunción de inocencia, derecho a la asociación, el trabajo y tranquilidad) ocasionados a los demandantes en su calidad de familiares por la desaparición forzada y ejecución extrajudicial perpetrada por miembros de ejército [sic] de que fuera víctima **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, según hechos ocurridos el día 14 de marzo de 2007 prolongados hasta el 8 de septiembre de 2008, en el municipio de monterrey [sic], Casanare.

1.2. Que como consecuencia de la declaración de responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército [sic] Nacional se condene a pagarle a cada uno de los demandantes por concepto de **perjuicios materiales y/o patrimoniales** los que se demuestren en el curso del proceso, padecidos y futuros, ocasionados la [sic] ejecución extrajudicial de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, [sic] La condena de los perjuicios materiales se hará en la cuantía que resulte de las bases demostradas en el curso del proceso, reajustada en la fecha de ejecutoria de la providencia que la imponga. Igualmente pagará los intereses compensatorios de las sumas que por este concepto se impongan, desde el la [sic] fecha del homicidio de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, hasta la fecha de ejecutoria de la providencia. Coetáneo a lo anterior, la demandada pagará los intereses moratorios sobre las sumas condenadas desde la Ejecutoria [sic] de la sentencia hasta el día anterior al que se verifique efectivamente el pago.

1.3. Como consecuencia de la declaración de responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército [sic] Nacional, condénese a pagar a favor de cada uno de los demandantes la suma de equivalente a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes como resarcimiento del daño o perjuicio **moral** causado como consecuencia de la ejecución extrajudicial del señor **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**.

1.4. Como consecuencia de la declaración de responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército [sic] Nacional, condénese a pagar a favor de cada uno de los demandantes la suma de equivalente a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes como resarcimiento del **daño o perjuicio a la vida en relación** causado como consecuencia de la ejecución extrajudicial del señor **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**.

1.5. Como consecuencia de la declaración de responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército [sic] Nacional, condénese a pagar a favor de cada uno de los demandantes la suma de equivalente a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes como resarcimiento del daño o perjuicio **extrapatrimonial** causado como consecuencia de la ejecución extrajudicial del señor **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, representados en la violación a los derechos fundamentales como: la vida, integridad personal, libertad y seguridad, presunción de inocencia, derecho al trabajo y tranquilidad.

1.7. [sic] Con el propósito de reparar el daño ocasionado, por el derecho a la verdad y como medida de satisfacción y garantías de no repetición, **LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, deben dar a conocer por los medios de comunicación la información sobre la ejecución extrajudicial de JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA consumado por miembros del Ejército Nacional en el municipio de MONTERREY, CASANARE, pedir disculpas a las víctimas y a la sociedad de conformidad con las consideraciones que se hagan a lo largo de esta demanda y programar talleres de formación en derecho [sic] humanos a [sic] dirigidos a todos los miembros de la brigada dieciséis del ejército.

1.7. Con el propósito de reparar el daño ocasionado por el derecho a la honra la Nación Colombiana Ejército [sic] Nacional debe rectificar ante los medios de comunicación la información tergiversada que se diera a conocer sobre la muerte de las [sic] víctima en las condiciones y por los medios de comunicación en la que fuera divulgada, de conformidad con las consideraciones, sobre el derecho a la honra, que se hagan a lo largo de esta demanda.

1.8. Las sumas a que resulte condenada la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército [sic] Nacional, serán actualizadas de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A. y se reconocerán los intereses legales liquidados conforme a la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha de la ocurrencia de los hechos hasta cuando se de cumplimiento de [sic] la sentencia, es decir, al pago efectivo de esta suma por parte de las autoridades responsables. Igual tratamiento se dará a las sumas pactadas en el acuerdo conciliatorio desde la ocurrencia de los hechos hasta el cumplimiento del mismo.

1.9. La Nación Colombiana – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército [sic] Nacional, dará cumplimiento a la decisión en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

1.10. Se condene a las demandadas al pago de los gastos y costas causados a lo largo del proceso” [fls.2 y 3 c1].

2 Como fundamento de las pretensiones, la parte actora presentó como hechos los que a continuación extrae la Sala:

“[...] JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA, hijo de MARÍA BERÓNICA TABORDA Y [sic] LUIS OCTAVIO TABORDA, nació el 19 de junio de 1979 en San José del palmar [sic], Choco [sic], pero se residió con su familia en Cartago, Valle.

Desde su niñez estuvo sometido a tratamiento especializado pues se le diagnosticó retardo mental moderado y epilepsia, su historia clínica reposa en el Centro de Especialistas de Risaralda – CER, donde estuvo bajo tratamiento por el Dr. CARLOS ALFONSO TELLEZ.

Su última residencia fue en la ciudad de Villavicencio, Meta, donde vivió con su hermano JAIRO DE JESÚS TABORDA hasta días antes de su muerte.

En el mes de marzo de 2007 desaparece de su casa en Villavicencio y sus familiares sólo supieron de él hasta septiembre de 2008 cuando son informado [sic] que fue reportado como muerto por el ejército pocos días después de su desaparición.

Mediante oficio suscrito por el personero municipal de Cartago, Valle del Cauca, el 8 de septiembre de 2008 la señora MARÍA VERÓNICA TABORDA es informada de la muerte de su hijo en hechos (sin especificar) ocurridos el 14 de marzo de 2007 en

el municipio de Monterrey, Casanare, solicitándole comunicarse con el Instituto Nacional de Medicina Legal para lo pertinente.

El operativo en que resultó muerto LORENZO TABORDA fue desarrollado por [sic] batallón de infantería [sic] No. 44 “Ramón Nonato Pérez” con sede en Tauramena.

El “formato para personas NN” del Instituto de Medicina Legal reporta como causa de la muerte “manera de muerte violenta-homicidio. Presuntos vínculos con narcotraficantes [sic]

En la actualidad se desarrolla investigación penal por los hechos a cargo del juzgado 13 de instrucción penal militar de Tauramena.

Se trata de una ejecución extrajudicial de una persona que por su estado de imputabilidad [sic] no podía haber hecho frente a los efectivos del ejército”² [fl.4 c1].

3 Según constancia aportada con la demanda por el apoderado de la parte actora se celebró audiencia de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 53 Judicial II para Asuntos Administrativos, según Acta número 264 [fls.26 a 28 c1], el 23 de septiembre de 2010 sin haberse logrado ningún acuerdo.

2. Actuación procesal en primera instancia.

4 El Juzgado Primero Administrativo de Yopal, Casanare al avocar conocimiento de la demanda, por auto de 2 de diciembre de 2010 [fl.39 ambas caras c1], remitió por competencia las diligencias al Tribunal Contencioso Administrativo en atención a la cuantía.

5 Mediante auto de 3 de marzo de 2011 el Tribunal Administrativo de Casanare admitió la demanda instaurada contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional [fl.42 c1], la que fue notificada a las entidades públicas demandadas por conducto del Comandante de la Décimo Sexta Brigada del Ejército Nacional [fl.45 c1].

² Como fundamentos de derecho sostuvo que de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, surgió una nueva responsabilidad del Estado por violaciones a los derechos humanos contra las personas objeto de protección. Este derecho internacional también obliga a los Estados a ejercer el deber de prevención, utilizando distintos mecanismos para proteger los derechos de las personas y buscar la reparación integral [fl.5 c1]. En atención a los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, sostuvo la parte actora que el daño antijurídico se concreta en la ejecución extrajudicial de José Lorenzo Taborda Taborda que provino de varios agentes del Estado, por lo que los demandantes no están en el deber jurídico de soportar las consecuencias perjudiciales provocadas por la acción del Ejército Nacional [fl.9 c1]. Los actores manifestaron haber sufrido perjuicios materiales e inmateriales como consecuencia de la desaparición forzada y posterior ejecución extrajudicial de José Lorenzo Taborda Taborda a manos de los miembros del Batallón de Infantería No. 44 “Ramón Nonato Pérez” del Ejército Nacional, en los hechos ocurridos el día 14 de marzo de 2007, de manera que solicitan sean resarcidos en su totalidad mediante el ejercicio de la presente acción.

6 Estando dentro del término legal, mediante escrito de 12 de mayo de 2011, la apoderada de la parte demandada procedió a dar contestación [fls.49 a 59 c1], oponiéndose a la totalidad de las pretensiones e invocando como excepciones la culpa exclusiva de la víctima y la necesidad de la prueba. En efecto, estimó la demandada que, en el caso concreto, la actuación de la víctima fue la única y exclusiva causa del daño padecido por los demandantes, pues siendo un presunto militante de grupos subversivos, el señor Taborda Taborda era susceptible de ser dado de baja en operativos militares³. Así mismo argumentó que para imponer una eventual condena en contra del Ministerio de Defensa, era necesario probar, a cargo de los demandantes, la acción u omisión constitutiva de falla en el servicio.

7 El período probatorio se abrió mediante auto de 7 de julio de 2011⁴ [fls.72 ambas caras y 73 c1].

³ “[...] Cabe señalar que el Estado estuvo presto a cumplir con sus obligaciones, ello es así ya que tratando de evitar un posible delito con su accionar lamentablemente resultó muerto el señor **JOSE LORENZO TABORDA TABORDA**, cuando presumiblemente, se entro [sic] en combate” [fl.52 c1].

⁴ En la mencionada providencia se decidió: “[...] **3.1 Parte demandante (fls. 18-20, c.1)** 3.1.1 Documentales Téngase como pruebas los documentos anexados por la parte actora, conforme al mérito que les otorga la ley. 3.1.2 Testimoniales a) Recíbase el testimonio de Carlos Alfonso Téllez [...] 3.1.3 Mediante Oficio [sic] Por Secretaría ofíciase a) A la Fiscalía General de la Nación, Unidad de Derechos Humanos, Fiscalía 62, para que remita fotocopia auténtica, íntegra y legible de la investigación penal que se adelanta por el homicidio de José Lorenzo Taborda Taborda. b) A la Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Fiscalías, para que informe si se inició alguna investigación contra José Lorenzo Taborda Taborda, en caso afirmativo remita fotocopia auténtica, íntegra y legible de los expedientes. c) A la Procuraduría General de la Nación delegada para los Derechos Humanos para que remita fotocopia auténtica, íntegra y legible, de la investigación disciplinaria adelantada por los hechos ocurridos el día 14 de marzo de 2007, que terminaron con la vida de José Lorenzo Taborda Taborda. d) Al Juzgado Trece de Instrucción Penal Militar, con sede en Tauramena para que remita fotocopia auténtica, íntegra y legible de la investigación disciplinaria adelantada por los hechos ocurridos el día 14 de marzo de marzo de 2007, que terminaron con la vida de José Lorenzo Taborda Taborda. e) A la Registraduría de Monterrey, para que remita fotocopia auténtica, íntegra y legible del folio del registro civil donde se inscribió la defunción de José Lorenzo Taborda Taborda. f) A la Institución Prestadora de Salud del Municipio [sic] de Cartago, Valle del Cauca, para que remita fotocopia auténtica, íntegra y legible de la historia clínica de José Lorenzo Taborda Taborda, referenciada con el No. 15566575. G) Al comandante del batallón de infantería No.44 “Ramón Nonato Pérez” con sede en Tauramena, para que remita fotocopia auténtica, íntegra y legible del informe de operación en la que se desarrolló el operativo en el cual resultó muerto José Lorenzo Taborda Taborda [...] 3.1.4 Prueba pericial 3.1.4.1 Por Secretaría ofíciase al Instituto Nacional de Medicina Legal para que disponga la exhumación del cadáver de José Lorenzo Taborda Taborda, con el propósito de practicar ampliación de necropsia o valoración de los restos óseos en aras de determinar: a) Las lesiones causadas. b) Si existieron otras lesiones que no hayan sido identificadas por el médico legista a partir de las cuales se pueda inferir la posición de la víctima con respecto del victimario. c) Si las lesiones en el cuerpo son compatibles con aquellas que se pueden generar en un enfrentamiento armado regular. d) Demás aspectos de interés. La práctica de esta prueba queda supeditada a la recopilación de las demás decretadas luego de lo cual se ponderará nuevamente sobre su necesidad. 3.1.4.2. Designar a la Fundación ORI RAMÓN NONATO PÉREZ [...] para que a través de uno de sus profesionales en psiquiatría rinda el dictamen pericial solicitado [...] **4. Negar las siguientes pruebas:** 4.1. No se decreta la insólita “Inspección Judicial” solicitada a folio 19 por cuanto para conocer el índice de precios al consumidor y las tablas sobre expectativas de vida en Colombia, los cuales constituyen hechos notorios [...] 4.2. Por estar pendiente la práctica del dictamen pericial decretado en el

8 Vencida esta instancia procesal, mediante auto de 6 de septiembre de 2012 el Tribunal corrió traslado a las partes para alegar en conclusión y al agente del Ministerio Público para que rindiera el concepto de rigor [fl.79 c1].

9 La parte actora, dentro de la oportunidad procesal, presentó los alegatos de conclusión [fls.80 a 98 c1], reiterando todos los argumentos y fundamentos de derecho expuestos en el escrito de demanda, y adicionalmente sostuvo que pudo acreditarse que el occiso Taborda Taborda presentaba retardo mental moderado y movimientos coreoatetósicos, de conformidad con lo consignado en la historia clínica obrante en el expediente y con la declaración rendida por su médico tratante, razón por la cual el paciente se encontraba en imposibilidad de ejecutar funciones como correr, desarrollar marcha regular, e incluso, usar cualquier tipo de armamentos⁵. Así las cosas, estimó el apoderado de la parte actora, que no eran de recibo las declaraciones rendidas por los militares que dieron de baja a José Lorenzo Taborda, en virtud de las cuales se afirmó que el occiso, en compañía de dos sujetos presuntamente pertenecientes a bandas narcotraficantes, abrieron fuego indiscriminado a los agentes al oír la proclama del Ejército Nacional⁶.

9.1 Alegó además, falsedad ideológica en los informes levantados por los miembros del Ejército pues, en cuanto al material incautado al occiso después del supuesto enfrentamiento, se observa una discordancia entre el arma que reporta el Teniente Coronel Duarte Rojas en el informe manuscrito (“pistola prieto vereta –sic– un proveedor para la misma y 7 cartuchos 7.65 mm”), y el relacionado por el Teniente Coronel Henry Hernán Acosta en el formato elaborado (“revólver calibre 38, seis vainillas cal 38L y una

numeral 3.1.4.1, resulta improcedente decretar anticipadamente su ampliación, por lo que se negará la solicitud hecha [...]” [fls.72 ambas caras y 73 cp].

⁵ “[...] Mediante el testimonio del Dr. CARLOS ALFONSO TELLEZ, médico neurocirujano, quien fuera tratante de JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA se estableció que este último padecía retardo mental y discapacidad generada por movimientos coreoatetósicos, que le hacían imposible ejecutar funciones como correr, hablar en forma fluida, usar armas e incluso desarrollar una marcha regular, del testimonio del Dr. Carlos Téllez se desprende claramente que la condición de su paciente era de carácter permanente y por lo tanto resulta inverosímil la versión de los efectivos del ejército según la cual la víctima murió en un enfrentamiento con organizaciones al margen de la ley, para cualquier persona resultaría claro el padecimiento de Lorenzo. Igualmente en las piezas de la historia clínica de José Lorenzo obrantes en el expediente de la Investigación [sic] penal dan cuenta de que presentaba un cuadro de movimientos coreoatetósicos y actividad paroxística asociada a epilepsias, Lorenzo no podía mantenerse quieto por su condición” [fl.96 c1].

⁶ “[...] La persona que resultó muerta en tal operativo era JOSÉ LORENZO TABORDA quien como quedó probado por la declaración del Médico [sic] Carlos Téllez no estaba en capacidad de sostener un arma de fuego y mucho menos dispararla, por lo que resulta evidente la falsedad del informe referido” [fl.97 c1].

chapuza para revólver 38L negra en lona”)⁷. Así mismo, se observó que en las anotaciones manuscritas correspondientes al 14 de marzo de 2007 se consigna “sin novedad”, al paso que en el documento de orden fragmentaria No. 0032 no se relaciona la ocurrencia del operativo en que resultó muerto el señor José Lorenzo Taborda Taborda⁸.

9.2 Así mismo, indicó que los hechos relatados por los miembros de las Fuerzas Militares en el supuesto operativo adelantado el día 14 de marzo de 2007 corresponden exactamente con los que circundaron el operativo militar del día 6 de marzo del mismo año, adelantado por la misma unidad militar al mando del mismo Teniente Coronel Duarte Rojas, pues se señala que se interceptaron tres personas, dos huyeron, una fue abatida y le fue incautada un arma corta⁹.

9.3 Señaló la parte demandante que resultaba extraño que los testimonios rendidos por soldados profesionales coincidieran exactamente en las versiones de los hechos en cuanto a los detalles y apreciaciones de los militares que participaron en el operativo, sin embargo, al ser interrogados por las vestimentas y el armamento de los supuestos agresores, tales aspectos no fueron descritos por los militares¹⁰.

⁷ “[...] En el informe manuscrito también obrante en el proceso penal de su puño y letra afirma el mismo T.C. Duarte Rojas que se decomisa una pistola Prieto Vereta (sic) (de haberse incautado en realidad tal pistola hubiese verificado la ortografía del nombre) un proveedor para la misma y 7 cartuchos 7.65 mm, sin embargo en el formato en que se pone a disposición de la Brigada 16 el material incautado, suscrito por el T.C HENRY HERNAN ACOSTA PARDO se reporta un revolver [sic] calibre 38, seis vainillas cal [sic] 38L y una chapuza para revolver [sic] 38L negra en lona. Evidentemente se trató de presentar la muerte de Lorenzo Taborda en un burdo montaje en el que existió falsedad ideológica de documentos públicos” [fl.97 c1].

⁸ “[...] Se evidencia en el documento de orden fragmentaria No. 0032: MADRIGAL que se puso a disposición del pelotón cobra 2 para el operativo en que murió José Lorenzo radios PCR 730 – 710 con indicativos Dardo y Dember, sin embargo en la minuta de anotaciones en manuscrito se observa que para la madrugada del día 14/03/07 se reportó de los dos indicativos S/N (sin novedad), en todo el día lo que evidencia que el combate reportado en los informes no existió realmente y fue producto de la posterior adulteración de la realidad en los informes” [fl.97 c1].

⁹ “[...] Dentro de las pesquisas adelantadas por la fiscalía 31 especializada de la UDH y DIH se efectuó inspección en el Batallón de Infantería No. 44 a la carpeta de muerte en combate de Cesar Augusto Concha Neiva, documentación también obrante en el expediente penal trasladado a este proceso, en la que se puede observar la descripción de un operativo militar de la misma unidad cobra 2 comandada por el mismo TC Erwin Eduardo Duarte Rojas en la que sorprende que la descripción [sic] de los hechos del día 6 de marzo de 2007 es casi idéntica a la efectuada el día 14 de marzo del mismo año, sobre todo en los documentos de lección aprendida e informe de patrullaje, en que se hace referencia a la interceptación de tres personas de las dos escapan sin rastro y la otra resulta abatida y se incauta una arma corta, tal circunstancia que nos lleva a pensar que esta conducta no es incidental ni ocasional sino sistemática, reiterada y planificada, por lo tanto es una conducta que ofende a la humanidad entera, un **crimen de lesa humanidad**” [fl.97 c1].

¹⁰ “[...] La versión de los soldados profesionales JOSÉ DUVAN ARANZALES WALTEROS, ALDIDIER AMAYA ALVAREZ, del subteniente XAVIER ALFONSO FRANCO SILVA y del comandante del operativo ERWIN EDUARDO DUARTE ROJAS, coinciden en cuanto a la descripción de los hechos, lo que no es sorprendente para nada, pero lo que si sorprende y mucho es que todas las versiones coincidan en

9.4 Finalmente, concluyó el referido apoderado que “resulta contrario a la lógica y a las reglas de la experiencia que tres hombres con armas cortas a descubierto en medio de un camino rural decidan enfrentarse con una patrulla militar guarecida y armada con fusiles, [y] más inverosímil resulta que a sólo 30 metros (en el croquis sólo 10) la patrulla militar no hayan [sic] hecho blanco sino en uno de los supuestamente sorprendidos individuos”, por lo que deduce la existencia de una falsedad en las versiones de los militares.

10 La apoderada de las entidades demandadas, dentro de la oportunidad procesal, presentó los alegatos de conclusión [fls.99 a 103 c1], reiterando los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda y agregando que era necesario esperar las resultas de los procesos penales contra los uniformados, pues de lo contrario, no podría acreditarse que la muerte del señor Taborda Taborda se alejó del estricto cumplimiento de sus funciones¹¹. Adicionalmente, estimó que en caso de condenar al Estado, debía desestimarse el lucro cesante solicitado en la demanda, pues la suma pretendida por los actores no fue probada en ningún momento del proceso, máxime si se tiene en cuenta que el occiso padecía de retardo mental moderado¹².

11 El Ministerio Público en esta instancia procesal guardó silencio.

3. Sentencia de primera instancia.

cuanto al punto de vista de cada uno y a la percepción de los detalles de cada uno. Así, todos coinciden en haber visto a tres individuos, en haber escuchado la proclama del ejercito [sic], en haber recibido fuego nutrido en respuesta y haber reaccionado en la misma forma dando de baja a uno de los presuntos agresores, pero también coinciden en lo que no percibieron: al ser interrogados al respecto de las vestimentas y el armamento de los supuestos agresores tales aspectos no son descritas por los militares. Tal circunstancia evidencia que los deponentes fueron instruidos antes de aportar sus versiones en indagatoria” [fl.98 c1].

¹¹ “[...] En el presente caso, se debe precisar de manera clara y concreta la manera [sic] como sucedieron los hechos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que estos se desarrollaron igualmente se deberá verificar en concordancia con el expediente PENAL, esto es, las decisiones de FONDO, sentencia debidamente ejecutoriada que declare la responsabilidad de los presuntos uniformados involucrados. Pues, se repite, nada hay en concreto que haga pensar que miembros del Ejército Nacional actuaron con sevicia causando la muerte del señor **JOSE LORENZO TABORDA TABORDA**” [fl.101 c1].

¹² “[...] **Es pertinente señalar, que el apoderado de la parte actora sostiene que el occiso devengaba mensualmente la suma de \$515.000, lo cual no prueba en manera alguna, es decir no demostró el oficio al cual se dedicaba el señor JOSE LORENZO TABORDA TABORDA que le permitiera percibir ingresos mensuales, mucho menos probó los supuestos ingresos percibidos. En ese orden de ideas es ilógico presumir que continuaría devengando el mismo ingreso durante el tiempo de vida probable, máxime si se tiene en cuenta que según lo manifestado, el occiso padecía de retardo mental moderado**” [fl.103 c1].

12 El Tribunal Administrativo de Casanare mediante sentencia de 13 de febrero de 2013 accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, en la siguiente forma:

“[...] PRIMERO: **DECLARAR** no probada la culpa exclusiva de la víctima propuesta por la entidad accionada como eximente de responsabilidad.
 SEGUNDO: **DECLARAR** administrativamente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, por la muerte violenta de José Lorenzo Taborda Taborda ocurrida el 14 de marzo de 2007 en Monterrey-Casanare, por lo señalado en la parte motiva.
 TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional a pagar a los demandantes por concepto de perjuicios morales las sumas de dinero que se indican a continuación:

NOMBRE	PARENTESCO	MONTO A INDEMNIZAR
María Victoria Taborda de Taborda	MADRE	100 SMLMV
Cruz Helena Taborda Taborda	HERMANA	50 SMLMV
Jairo de Jesús Taborda Taborda	HERMANO	50 SMLMV
Luz Dilia Taborda Taborda	HERMANA	50 SMLMV
Verónica Taborda Taborda	HERMANA	50 SMLMV

El monto del salario mínimo será el que esté vigente al momento de la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: **CONDENAR** a la parte demandada a ejecutar las medidas simbólicas que se indicaron en el acápite **“REPARACION INTEGRAL DEL DAÑO: CONDENAS SIMBÓLICAS POR SOLICITUD EXPRESA”** de la parte motiva de este fallo.

QUINTO: **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda, con fundamento en los argumentos expuestos en la parte considerativa.

SEXTO: No imponer condena en costas.

SEPTIMO: **ORDENAR** remitir copia auténtica del presente fallo con constancia de notificación y ejecutoria a la Nación-Ministerio de Defensa, al Comando General del Ejército Nacional, al Comandante de la Octava División del Ejército Nacional y a la Procuraduría Delegada ante este Tribunal, acorde con las previsiones del artículo 173 del C.C.A., modificado por el artículo 62 de la Ley 1395 de 2010 [...]” [fls.124 ambas caras y 125 cp]

13 A esta decisión el Tribunal llegó con base en los siguientes argumentos:

“[...] La prueba analizada permite arribar a las siguientes conclusiones:

1. El occiso era una persona que no solo presentaba en su comportamiento *movimientos coreatéticos y epilepsia* sino que padecía retardo mental profundo como lo diagnosticaron varios galenos en especial un neurólogo y una psicóloga, lo que constituye prueba técnica de gran valía en estas diligencias.
2. Debido a que su conciencia y discernimiento no superaba la de un niño de 8 años, sumado a su inestabilidad motriz, era imposible que la víctima empuñara un arma

con la determinación que se requiere para causar daño a otro, así lo dejó sentenciado el médico neurocirujano que atendió a la víctima cuando contaba con 11 años de edad.

3. La parte demandada no probó que la víctima hubiera pertenecido o tuviera nexos con algún frente de la guerrilla, paramilitares, narcotraficantes, delincuencia común, miembro de banda emergente o bandolero, cuando tenía la carga de hacerlo, dada la facilidad para probar los hechos debido a la organización y a la información que maneja la inteligencia militar (carga dinámica de la prueba), por tanto se dará aplicación a lo previsto en el artículo 177 del C.P.C.
4. Tampoco quedó probado que el revólver calibre 38 encontrado supuestamente en manos de la víctima fuera de su propiedad y que éste efectivamente hubiera sido disparado por la víctima, pues no hay documento que acredite el habersele practicado la prueba de absorción atómica.
5. No se adelantaron labores de inteligencia por parte de los uniformados, orientadas a obtener indicios y mayores pruebas para lograr dar con el paradero de los reales delincuentes en la región, antes de atacar a población civil a la cual pertenecía el occiso y del que apenas refirieron haber visto su silueta.
6. Las afirmaciones hechas por los militares dentro de la investigación penal son inconsistentes y contradictorias por las circunstancias indicadas en este fallo, juicio de valor que también le mereció a la Fiscalía General de la Nación, lo que motivó que las diligencias penales fueran solicitadas por esta entidad para garantizar una investigación exhaustiva y real de los hechos de la que aún no se conocen sus resultados, máxime cuando determinó que la muerte de Taborda Taborda, no podía ser atribuida a hechos relacionados con el servicio para que siguiera conociendo de ella la Justicia Penal Militar.
7. En el proceso quedó probado **el hecho** a cargo de la administración (operativo militar con uso de las armas oficiales contra una persona), **el daño** (deceso de José Antonio Taborda como consecuencia de los impactos de bala de dichas armas) y el **nexo causal** entre uno y otro, por cuanto el actuar de los militares constituyó la causal real, única y eficiente en la producción del daño.
8. La accionada no corroboró la participación de la víctima en el hecho delictivo, pues el uso de la fuerza oficial en todos los casos no se legitima porque supuestamente la víctima [sic] sea delincuente, porque como cualquier otro ciudadano del común, las personas que pertenecen a grupos ilegales también tienen derechos constitucionales que deben ser protegidos por las autoridades, en el caso específico por las tropas del Ejército, habida cuenta que cuando entran en combate se parte de la idea principal del respeto por el Derecho Internacional Humanitario.
9. El Ejército Nacional no probó que el desarrollo de los hechos luctuosos tuvieron ocurrencia por culpa exclusiva de la víctima, o que su actuar hubiera concurrido con el de los militares para exonerarse de la responsabilidad que se le endilga o en el peor de los casos para reducirla, razones por las que será condenado al pago de indemnización a favor de los accionantes [...]

LA INDEMNIZACIÓN

Perjuicios Morales

[...] 100 SMLMV para la madre y de 50 SMLMV para cada uno de los hermanos, pues no hay duda que la muerte de un hijo produce profunda congoja para toda la familia, pero quienes soportan mayor aflicción son sus progenitores, salvo que se

demuestre lo contrario, por esta razón el beneficio indemnizatorio es mayor que el reconocido a los hermanos [...]

Daño a la vida de relación:

[...] la lesión extrapatrimonial padecida por los accionantes debía probarse para su reconocimiento y no se hizo, era preciso demostrar ese cambio o mutación como consecuencia de la muerte del joven Antonio Taborda para proceder a su reconocimiento [...]

Daños materiales: (Consolidados y futuros)

[...]

En el caso particular quedó probado que la víctima para el momento de su muerte no vivía en el seno familiar, tampoco quedó demostrado que estuviera trabajando, percibiendo una renta periódica con la cual ayudara al sustento de su madre y sus hermanos, por el contrario, quedó acreditado suficientemente que se trataba de una persona discapacitada con retardo mental, que padecía movimientos *coreatetósicos* y ataques de epilepsia, es decir, que en lugar de estar a cargo del cuidado y manutención de quienes conformaban su familia nuclear, era él quien demandaba protección y cuidado, en consecuencia tampoco hay lugar al reconocimiento de perjuicios materiales, ni siquiera por concepto de daño emergente, porque su progenitoria y hermanos no tuvieron que acarrear con los gastos de inhumación del cadáver porque eso lo hizo el Estado como se pudo establecer con la investigación adelantada por la Fiscalía [...]

REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO:

CONDENAS SIMBÓLICAS POR PETICIÓN EXPRESA

[...]

1. La divulgación pedagógica en las unidades operativas adscritas a la Octava División del Ejército Nacional con sede en Yopal, mediante la fijación de un extracto de este fallo en lugar visible de los despachos de los comandantes de las mismas por el término de un (1) mes.

El contenido de dicha divulgación deberá incluir por lo menos los siguientes pasajes: i) la descripción general de los hechos; ii) el aparte completo que sigue al epígrafe “REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO” y iii) los numerales primero y segundo de la parte resolutive de esta sentencia precedida de su fecha, origen y radicado.

Esta medida será cumplida por el Comandante de la Octava División del Ejército con sede en Casanare quien deberá rendir un informe sobre el cumplimiento de lo aquí ordenado dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

2. Además, conforme a los estándares de la Corte Interamericana, que el Superior [sic] funcional y este Tribunal y han aplicado ante la gravedad de algunos hechos similares a los que aquí se juzgan, con arreglo al deber que le asiste al Estado de ofrecer a las víctimas de estas actuaciones irregulares de sus agentes *verdad, justicia y reparación*, así como la solemne promesa de *no repetición*, se condenará, a título de mecanismos de reparación simbólica integral, a divulgar, a costa de la Nación-Ministerio de Defensa, en un diario de amplia circulación nacional y en Casanare, los siguientes pasajes de este fallo: i) la descripción general de los hechos; ii) el aparte completo que sigue al epígrafe “REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO” y iii) los ordinales primero, segundo y cuarto de la parte resolutive de esta sentencia precedida de su fecha, origen, radicado, y de una disculpa institucional que ofrecerá el Ministro de Defensa en nombre del Estado a los familiares de José Lorenzo Taborda Taborda,

especialmente a su madre y hermanos, a la comunidad de Monterrey-Casanare, Villavicencio-Meta y Cartago – Valle y en general a la población Colombiana [sic].

3. Esta medida será cumplida por el Ministro de Defensa, quien acreditará su cumplimiento dentro del mes siguiente a la ejecutoria de este fallo.

[...]

[...] no procede la condena en costas” [fls.122 a 124 ambas caras cp].

14 La Fiscalía 31 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario realizó el 27 de febrero de 2013 una inspección judicial al presente proceso como consta en el acta correspondiente [fl.126 cp].

4. El recurso de apelación.

15 Contra lo así decidido se alzó la parte demandada, mediante escrito presentado el día 15 de marzo de 2013 [fls.129 a 135 cp], con el siguiente objeto centrado en el juicio de imputación de la responsabilidad patrimonial realizado por el Tribunal: i) la conducta de los militares se había constituido un evento de legítima defensa ante la agresión de la que fueron objeto por parte de unos individuos y no un uso ilegítimo de la fuerza como lo estimó el Tribunal; ii) el título de imputación jurídica de la responsabilidad del Estado para eventos en los cuales las fuerzas militares causan un daño que se reputa de antijurídico consiste en la falla del servicio probada y no en el riesgo excepcional. Sin embargo, consideró la parte recurrente que, en el caso de autos no se encontraba acreditada la falla del servicio en que incurrió la administración por la ausencia del material probatorio necesario que demostrar que las actuaciones de los uniformados desbordaron sus funciones legales y constitucionales. Por el contrario, el Tribunal dio por sentada la configuración de la responsabilidad al suponer indebidamente la existencia de un “homicidio” en la persona de José Lorenzo Taborda y una “falsedad” en las versiones de los militares, situaciones jurídicas que al no estar expresamente reconocidas por la jurisdicción penal, no pueden tenerse como consolidadas por la jurisdicción contenciosa en la medida en que tales declaraciones escapan a su ámbito de competencia¹³; iii) en

¹³ “[...] Así las cosas, aceptar la responsabilidad de la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército [sic] Nacional, en el presente proceso, sin tener la certeza de que los miembros de la Fuerza Pública actuaron al margen de la ley, se estaría aplicando la teoría de la imputación objetiva sin límite alguno, proscrita por la Sección Tercera del Consejo de Estado [...] Si bien es cierto el uso de armas de fuego es una actividad peligrosa, dicha utilización en sí [sic] misma considerada no puede ser causa eficiente para que se endilgue la responsabilidad de la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército [sic] Nacional por la muerte del

cuanto a los perjuicios morales solicitados por la madre del occiso, María Verónica Taborda de Taborda, estimó el apoderado de la entidad que el dolor, aflicción y congoja presuntamente padecidos por ella, quedaba desvirtuado con lo consignado en la prueba pericial consistente en la valoración psicológica del señor Taborda Taborda, en la cual se plasmó que la víctima se encontraba en situación de abandono, rechazo, inferioridad y poca autoestima, manifestando temor ante la figura materna; razón por la cual, en caso de una eventual condena, no puede condenarse a la demandada al pago máximo de indemnización por este concepto¹⁴; y, iv) teniendo en cuenta que no existe fallo penal mediante el cual se haya declarado la existencia de la comisión de un delito por parte de los militares que participaron en el operativo militar, de acreditarse su absolución, la condena impuesta en esta sentencia sería injusta y se estaría ante una incongruencia judicial.

16 Mediante auto de fecha 21 de marzo de 2013 [fl.137 cp] el *a quo* antes de admitir el recurso de apelación, convocó a las partes para la celebración de una audiencia de conciliación judicial, de conformidad con la facultad otorgada por el artículo 70 ley 1395 de 2010. Llegado el día de la diligencia, el apoderado de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional manifestó no asistirle ánimo conciliatorio [fl.154 cp], de acuerdo con la decisión adoptada por unanimidad en el Comité de Conciliación de la entidad [fls.167 a 169 cp]. En la misma audiencia, el *a quo*, concedió el recurso de apelación interpuesto [fl.154 cp].

señor JOSE LORENZO TABORDA TABORDA, es necesario, como se dijo anteriormente, que se demuestre la actuación irregular de los miembros de la Fuerza Pública, por lo que se reitera, no existe fallo penal mediante la cual se pueda establecer la comisión de un delito por parte de los militares que participaron en el operativo “MISION TÁCTICA ESCORPIÓN 1” – Orden Fragmentaria Madrigal” [fl.132 cp].

¹⁴ “[...] En el caso concreto, si bien la parte actora probó la legitimación por activa en lo referente a la señora MARIA VERÓNICA TABORDA DE TABORDA por cuanto acreditó ser la madre de JOSE LORENZO TABORDA TABORDA a través del Registro Civil de Nacimiento del mismo, también se encuentra acreditado dentro del proceso, de acuerdo a técnica consistente en la valoración psicológica practicada por la doctora Fanny Corredor al occiso, que el joven Taborda Taborda se encontraba en situación de abandono, experimentando sentimientos de rechazo presentando un complejo de inferioridad y poca autoestima, expresando sentimientos de tristeza por la pérdida de su padre y temor frente a la figura materna; concluyendo la perito que se evidencian que el joven ha sido maltratado física y psicológicamente. Al hacer una valoración de dicha prueba teniendo en cuenta las reglas de la experiencia y la sana crítica, los traumas perturbaciones emocionales y los trastornos de personalidad suelen tener origen en la infancia, de acuerdo al entorno y la forma en que fue criado dicho ser humano. Lo anterior es prueba suficiente de que el grado de afectación de la señora Taborda no fue de tal magnitud como para resultar siendo indemnizada con el máximo monto autorizado por el Consejo de Estado, toda vez que de lo anterior se desprende que para la señora MARIA VERONICA TABORDA el perjuicio no se consolidó en su máxima expresión, pues no se evidencia que haya desplegado un comportamiento cariñoso y protector propios de una madre quien atreves [sic] del amor prodigado a su hijo le proporcione herramientas para tener una personalidad más estable” [fl.133 cp].

4. Actuación en segunda instancia.

17 Recibido el expediente en esta Corporación, mediante proveído de fecha 22 de julio de 2013 se admitió el recurso de apelación [fl.172 cp]. Luego, por auto de 20 de agosto de 2013 se corrió traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentaran las alegaciones finales y rindiera el concepto de rigor [fl.174 cp].

18 El apoderado de la parte actora oportunamente presentó sus alegaciones finales reiterando lo afirmado en la demanda y en los alegatos de primera instancia [fls.175 a 185 cp], agregando que la desaparición forzada y posterior homicidio de José Lorenzo Taborda constituían delitos de lesa humanidad, tal y como lo ha expresado el precedente en casos similares. Adicionalmente, consideró que la entidad demandada no probó que el acto militar obedeció a la presencia de delincuentes dedicados al servicio del narcotráfico, razón por la cual no puede configurarse la culpa exclusiva de la víctima¹⁵.

19 Por su parte, el Ministerio Público emitió el concepto 0288/2013 [fls.188 a 200 cp], solicitando la confirmación de la sentencia apelada en consideración a lo siguiente: (1) la acción no está caducada; (2) los demandantes se encuentran legitimados en la causa; (3) el daño antijurídico está probado con el registro de defunción de la víctima; (4) de acuerdo con lo alcanzado en la investigación penal “no se probó que la víctima accionó arma de fuego en contra de los militares. Por el contrario, la evidencia muestra que la víctima era un sujeto con retardo mental que no tenía la destreza requerida para disparar armas de fuego”¹⁶; (5) no hubo un combate, ni puede llegarse a afirmar la culpa exclusiva de la

¹⁵ “[...] la Acción [sic] que nos convoca surge a [sic] consecuencia del Homicidio [sic] en que injustificadamente incurrieran los agentes del Estado para segar la vida del señor TABORDA., pero también resulta de plena certeza que la justificación del acto militar obedece a la, según los informes de inteligencia, presencia de delincuentes presuntamente al servicio del narcotráfico desde hacía varios días en ese sector. Advirtiéndose que hasta la fecha no se conoce de ninguna denuncia, queja o similar presentada por ciudadanos habitantes o trabajadores de dicha zona. En síntesis, la demandada no solo no logra encausar a la víctima dentro del esquema del combatiente sino que tampoco logró demostrar la culpa de la víctima” [fl.183 cp].

¹⁶ “[...] Acorde con lo expuesto por el médico que trató en su adolescencia a la víctima directa y al testimonio de sus familiares, por su retardo mental José Lorenzo era como un niño, que su actividad cotidiana estaba en la realización de tareas materiales simples como la recolección de café, reciclaje o el cargue y descargue de productos, que no tenía habilidad para el manejo de un arma de fuego. Ello contradice la versión de los militares según la cual la víctima portaba arma de fuego, que se dice fue encontrada, que la accionó en contra de los militares” [fl.194 cp].

víctima como eximente¹⁷; (6) el caso encuadra como ejecución extrajudicial¹⁸; (7) luego cabe imputar la responsabilidad a las entidades demandadas “en cuanto es un hecho cierto y no discutido en este proceso que la muerte del señor José Lorenzo Taborda fue ocasionada por miembros del ejército y con arma de dotación oficial” [fl.195 cp]; (8) solicita la reducción de la tasación de la indemnización por la indiferencia de los familiares para con la víctima¹⁹; y, (9) resulta pertinente la condena simbólica.

20 Las entidades demandadas en esta instancia guardaron silencio.

21 Por auto de 5 de mayo de 2014 se autorizaron las copias del concepto número 288/2013 del Ministerio Público, de la sentencia de primera instancia y del recurso de apleación, solicitado por la Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos [fls.203 y 204 cp].

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

1. La Corporación es competente para conocer del asunto²⁰, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en proceso de doble instancia²¹, y de

¹⁷ “[...] Si bien las declaraciones de los militares refieren apuntan [sic] a que se presentó un combate por la agresión de supuestos malhechores, la demandada al alegar la culpa de la víctima debía acreditar que la víctima accionó el arma de fuego que se dice le fue encontrada. No se cuenta con prueba técnica que indique que la víctima tenía en sus manos residuos de pólvora. Se dice que la operación militar se realiza con base en lo que reporta un informante, pero no se probó informe de inteligencia que de cuenta de la presencia de delincuentes, ni que señale a la víctima como miembro de grupo armado al margen de la ley. Resulta muy difícil admitir que un grupo de ilegales acuda al reclutamiento de persona con grave limitación mental y física, quien no contaba con las habilidades o destrezas para el manejo de armas de fuego, pues tenía serios problemas de motricidad” [fl.194 cp].

¹⁸ “[...] El análisis precedente indica que en el caso estamos frente a una ejecución extrajudicial, hipótesis que tiene como pilar fundamental las condiciones mentales de la víctima y la ausencia de prueba sobre el accionar del arma de fuego por José Taborda. Hay que señalar que la preclusión a favor de los militares fue revocada por la falta de pruebas que dieran certeza sobre el proceder legítimo del personal castrense” [fl.195 cp].

¹⁹ “[...] Resulta inexplicable que los familiares de la víctima se mantuvieron indiferentes frente al desaparecimiento de su hijo y hermano por un lapso de 22 meses. El desinterés e indolencia de los demandantes para indagar por su hijo y hermano desvirtúa parcialmente la cercanía y aflicción que se presume por el hecho del parentesco. En concepto del Ministerio Público la congoja y dolor moral se diluyen por la indiferencia con que procedieron frente a un integrante del núcleo familiar que se encontraba en condiciones de dependencia e inferioridad psicológica y que había desaparecido por un considerable tiempo, sin que gestionaran su búsqueda o denunciaran tal desaparición. La anterior argumentación resulta suficiente para solicitar que la tasación de la indemnización sea reducida” [fl.196 cp].

²⁰ De conformidad con el artículo 129 del C.C.A, subrogado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998.

conformidad con la prelación para fallo dispuesta por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, como quiera que se trata de un caso de grave violación de los derechos humanos²², respecto de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare el día 13 de febrero de 2013, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

2. Determinada la competencia, la Sala aborda en primer lugar el alcance que se le da al recurso de apelación presentado por las entidades demandadas con fundamento en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012 [expediente 21060].

2. Alcance del recurso de apelación.

3 Teniendo en cuenta que el recurso de apelación fue interpuesto por la parte demandada, la Subsección aplicará la decisión adoptada por la Sala Plena del Consejo de Estado²³ en

²¹ 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 23 de septiembre de 2010, y que, sumadas todas las pretensiones, ascendieron a la suma de \$1.054'740.600, correspondientes a 2048 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.

²² 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 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".

²³ Sección Tercera, sentencia 9 de febrero de 2012, expediente 21060 "(...) En este orden de ideas, para la Sala Plena de la Sección Tercera resulta claro –y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia– que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: *tantum devolutum quantum appellatum*". (...) Ahora bien, en relación con la mencionada regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez ad quem, conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren

la cual se fija el alcance de la competencia del fallador de segunda instancia, limitándola al estudio de los puntos de la sentencia que fueron atacados por el recurrente en el escrito de apelación, de acuerdo con las referencias conceptuales y argumentativas expresamente aducidas en su contra²⁴, sin perjuicio que pueda ser desfavorable al recurrente²⁵.

4 Establecido el alcance del recurso de apelación presentado por las entidades demandadas, la Sala estudia ciertos aspectos procesales que deben ser resueltos previo al análisis de fondo.

3. Aspectos procesales previos.

5 La Sala previo a abordar el estudio y análisis de fondo, se pronuncia acerca de las siguientes cuestiones procesales: (1) valor probatorio de los documentos aportados en copia simple; (2) valor probatorio de la prueba trasladada; y, (3) caducidad de la acción de reparación directa.

6 La Sala inicia con el estudio del valor probatorio de los documentos aportados en copia simple.

sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada (...)". Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2012

²⁴ En sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera de 17 de octubre de 2013, expediente: 23354 (M.P: Mauricio Fajardo Gómez) Radicación: 52001233100019967459 – 01, se estableció que con fundamento en el artículo 164 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A) el juez está en la obligación de decidir sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que se encuentre probada en el caso en concreto, y si bien, la norma establece que tal conducta se realizará sin perjuicios de la reformatio in pejus, lo cierto es que para poder desbordar dicho principio que no es absoluto, debe configurarse aquella causal en el evento en que no se cumplan con los presupuestos consagrados en el artículo 90 de la Carta Política. Así lo mencionó: *"mal puede perderse de vista que con el propósito de determinar la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la acción o de la omisión de alguna autoridad pública, se tiene que según las voces del artículo 90 constitucional, uno de los elementos que insoslayablemente debe establecerse como concurrente en cada caso concreto es el de la imputabilidad del daño a la entidad demandada –además de la antijuridicidad del mismo, claro está–, análisis de imputación que de modo invariable debe conducir al Juez de lo Contencioso Administrativo, propóngase, o no, la excepción respectiva por la parte interesada, esto es de oficio o a petición de parte, a examinar si concurre en el respectivo supuesto en estudio alguna eximente de responsabilidad, toda vez que la configuración de alguna de ellas impondría necesariamente, como resultado del correspondiente juicio de imputación, la imposibilidad de atribuir la responsabilidad de reparar el daño sufrido por la víctima, total o parcialmente, a la entidad accionada"*.

²⁵ Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2012, expediente 20104. Pon. Ruth Stella Correa. "El mismo artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, del cual dedujo la Sala la regla general que se viene señalando, establece que el superior podrá enmendar, aún de manera desfavorable para el recurrente, la providencia en la parte que no fue objeto de recurso, cuando en razón de la reforma pedida fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla".

3.1. Valor probatorio de los documentos aportados en copia simple.

7 La parte actora con la demanda aportó los siguientes documentos en copia simple: (1) oficio, de 8 de septiembre de 2008, del Personero Municipal de Cartago, Valle del Cauca [fl.30 c1]; (2) comunicado número 325-08 DRCR URMF GIFO, de 1 de septiembre de 2008, de la Odontóloga Forense de la Oficina de Identificación de Cadáveres NN's, de la Dirección Regional Oriente del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses [fl.31 c1]; y, (3) formato para personas N.N., correspondiente a José Lorenzo Taborda [fl.32 c1].

7.1 Como premisa inicial, la Sala como juez de convencionalidad y contencioso administrativo tiene en cuenta que por la naturaleza del asunto, esto es, por haber serio compromiso en la vulneración de ciertos derechos humanos y la violación del derecho internacional humanitario, su valoración de los elementos probatorios no puede agotarse sólo en la comprensión de las normas del ordenamiento jurídico interno, sino que debe propender por garantizar aquellas que convencionalmente son exigibles, especialmente las relacionadas con la plenitud del acceso a la administración de justicia y las garantías judiciales²⁶ efectivas para todos los extremos de la litis [como aplicación integrada de los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁷ y 2, 29 y 229 de la Constitución Nacional].

²⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Responsabilidad del Estado por daños antijurídicos derivados de la actividad de la administración de justicia. Análisis a la luz de los Precedentes Convencionales, Constitucionales y del Consejo de Estado*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015, próximo a publicar, pp.22 y 23. "Dichas garantías judiciales se expresan convencionalmente en (1) existencia de todos los recursos judiciales necesarios para la tutela de los derechos; (2) la posibilidad de ejercicio de tales recursos por todo individuo sin limitaciones o restricciones de orden formal; (3) de contar con diversas instancias judiciales; (4) en la vocación de investigación y de decisión de los asuntos relacionados con violaciones a los derechos humanos, con lo que se garantiza no sólo la tutela judicial efectiva, sino también la verdad, la justicia y la reparación integral; y, (5) de no expedir legislaciones que planteen como regla la obstrucción o limitación frente al juzgamiento de responsables de violaciones de los derechos humanos".

²⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Responsabilidad del Estado por daños antijurídicos derivados de la actividad de la administración de justicia. Análisis a la luz de los Precedentes Convencionales, Constitucionales y del Consejo de Estado*, ob., cit., p.21. "Se destaca, a este respecto, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la exigencia de garantías judiciales en un proceso se materializa siempre que "se observen todos los requisitos que "sirv[an] para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho", es decir, las "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial" [Opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987]. 16.1.- En su jurisprudencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde los casos Velásquez Rodríguez [sentencia de 29 de julio de 1988] y Godínez Cruz [sentencia de 20 de enero de 1989] considera que la eficacia de las garantías judiciales consagradas en el artículo 25 no se limitan a existencia de los recursos judiciales, sino que por virtud de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos estos

7.2 Ahora bien, cuando se trata de debatir la vulneración de derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, o la violación de normas del Derecho Internacional Humanitario, de cualquier otra norma convencional internacional, empleando piezas procesales documentales en copia simple su valoración no puede quedar sujeta a estrechos rigorismos procesales, de ahí que en su jurisprudencia [que se acoge como elemento de orientación para la decisión de la Sala] la Corte Interamericana de Derechos Humanos admite que lo esencial para valorar medios probatorios como los mencionados, cabe afirmar que “aquellos documentos que se encuentren completos o que, por lo menos, permitan constatar su fuente y fecha de publicación, los valorará tomando en cuenta el conjunto del acervo probatorio, los alegatos del Estado y las reglas de la sana crítica”²⁸, llegando a establecer que cuando se trata de documentos comprendidos en enlaces electrónicos el juez interamericano establece “que si una parte proporciona al menos el enlace electrónico directo del documento que cita como prueba y es posible acceder a éste, no se ve afectada la seguridad jurídica ni el equilibrio procesal, porque es inmediatamente localizable por el Tribunal y por las otras partes”²⁹.

7.3 Si bien la Sección Tercera³⁰ ha sostenido que las copias simples carecen de valor probatorio por cuanto no cumplen con las exigencias establecidas en los artículos 253 y

deben ser efectivos [Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantos, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párrafo 52. La garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”], esto es, adecuarse y dotarse de la eficacia para la finalidad de justicia material para los que fueron concebidos, de manera que pueda resolver la situación jurídica de cada persona con las plenas garantías democráticas. Lo anterior significa que en el marco de todos los procedimientos, jurisdiccionales o no, que se adelanten por las autoridades estatales es deber indiscutible la preservación de las garantías procesales, de orden material, que permitan, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, la defensa de las posiciones jurídicas particulares de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos [Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002. Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Páez vs Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997].

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Furlán y familiares vs. Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012, párrafo 65. Puede verse también: caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, párrafo 146; caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs Ecuador, párrafo 36.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Furlán y familiares vs. Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012, párrafo 66. Puede verse también: caso Escué Zapata vs. Colombia, sentencia de 4 de julio de 2007, párrafo 26; caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador, párrafo 37.

³⁰ Sección Tercera, sentencias de 4 de mayo de 2000, expediente 17566; 27 de noviembre de 2002, expediente 13541; de 31 de agosto de 2006, expediente 28448; de 21 de mayo de 2008, expediente 2675; de 13 de agosto de 2008, expediente: 35062, entre otras.

254 del Código de Procedimiento Civil³¹. No obstante, la Sala para el presente caso debe tener en cuenta la regulación vigente a tenor de lo consagrado en el Código General del Proceso [Ley 1564 de 2012] en su inciso 2º del artículo 244 según el cual los *“documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso”*; así como en el inciso 1º del artículo 246 que establece que las *“copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia”*³². Se trata de preceptos normativos cuya aplicación opera por remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [Ley 1437 de 2011], y en los que el legislador consolida como tendencia la *presunción de autenticidad* tanto de los documentos aportados en original, como en copias³³. Se trata de una tendencia que cuenta con el refuerzo dado tanto por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que admite la valoración de los documentos presentados por las partes *“que no fueron controvertidos ni objetados, ni cuya autenticidad fue puesta en duda, en la medida en que sean pertinentes y útiles para la determinación de los hechos y sus eventuales consecuencias jurídicas”*³⁴, como por la jurisprudencia constitucional en la sentencia de unificación [que representó un cambio a la línea jurisprudencia sostenida en la sentencia SU-226 de 2013] SU-774 de 2014, en la que se argumenta que en el caso de aportarse documentos públicos en copia simple [v.gr., registros civiles], el juez

³¹ Según las cuales los documentos públicos y privados aportados en fotocopia simple por personas que no los suscriben no pueden ser tenidos en cuenta, en consideración a que únicamente tienen valor probatorio aquellos aportados en original o en copia autorizada por notario, director de oficina administrativa o de policía, secretario de oficina judicial o autenticada por notario, previa comparación con el original o con la copia autenticada que se le presente.

³² Corte Constitucional, sentencia SU-774 de 2014. Según esta sentencia: “[...] En principio, se estableció la presunción de autenticidad de los documentos públicos mediante el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, la tendencia legislativa ha estado encaminada a afirmar la presunción de autenticidad tanto de los públicos como de los privados. La Ley 1395 de 2010, modificó el inciso cuarto de la citada norma procesal, señalando que se presumen auténticos los documentos privados *manuscritos, firmados o elaborados por las partes*. En idéntico sentido se pronuncia el artículo 244 del Código General del Proceso (ley 1564 de 2012)”.

³³ Corte Constitucional, sentencia SU-774 de 2014. “[...] La distinción entre el valor probatorio de los documentos originales y las copias se ha ido disolviendo en el desarrollo legislativo. El citado artículo 11 de la ley 1395 de 2010 señaló que con independencia de si el documento es allegado en original o en copia éstos se presumen auténticos, hecho que como se explicó, permite que sean valorados”.

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Argüelles y otros vs. Argentina, sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrafo 60. Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 140; caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela, sentencia de 27 de agosto de 2014, párrafo 34; caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014, párrafo 54.

contencioso administrativo “*debe decretar las pruebas de oficio con el fin de llegar a la certeza de los hechos y la búsqueda de la verdad procesal*”³⁵.

7.4 La mencionada tendencia de la “*presunción de autenticidad tanto de los documentos en original como en copia*” fijada por el legislador y apoyada por la jurisprudencia constitucional, como se señaló en el anterior apartado, encuentra total respaldo en la jurisprudencia contencioso administrativa de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera, que en la sentencia de 28 de agosto de 2013 [expediente 25022]³⁶, consolidó que

³⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-774 de 2014. “[...] Exigir esta actuación en nada afecta la autonomía judicial para la valoración probatoria toda vez que el hecho de que solicite pruebas de oficio, en particular originales de documentos públicos, no implica necesariamente que se le otorgue pleno valor probatorio a estos. Lo que se pretende es que el juez cuente con los mayores elementos posibles para que dentro de las reglas de la sana crítica valore en su conjunto la totalidad de las pruebas y pueda llegar a un fallo de fondo con la máxima sustentación jurídica y fáctica posible. Evitar el exceso de ritualismo y garantizar la efectividad del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, fueron dos objetivos reafirmados por el legislador al expedir el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El artículo 11 del CGP expresamente señaló que “al interpretar la ley procesal el juez procesal deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial (...) El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidad innecesarias”. Así mismo ambas normas señaladas al igual que los antiguos Código de Procedimiento Civil y Código de lo Contencioso Administrativo, reconocen el deber del juez de acudir a sus potestades oficiosas para verificar las alegaciones de las partes y el esclarecimiento de la verdad”.

³⁶ La cual, para estos efectos, y por la importancia las consideraciones y razonamientos efectuados en ella, se cita *in extenso*: “Como se aprecia, las disposiciones contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., resultan aplicables a los procesos de naturaleza contencioso administrativa en curso, de conformidad con la regla de integración normativa contenida en el artículo 267 del C.C.A. De otro lado, es necesario destacar la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, que cambió el inciso cuarto del artículo 252 del C.P.C., para señalar que los documentos privados elaborados o suscritos por las partes, incorporados al proceso en original o copia se presumen auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los que provienen de terceros que revisten la condición de dispositivos. No obstante, con la promulgación de la ley 1437 de 2011 –nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo– se profirió una disposición especial aplicable a los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción, precepto cuyo contenido y alcance era el siguiente: “ARTÍCULO 215. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. **Se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tendrán el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas de falsas**, para cuyo efecto se seguirá el trámite dispuesto en el Código de Procedimiento Civil. “La regla prevista en el inciso anterior no se aplicará cuando se trate de títulos ejecutivos, caso en el cual los documentos que los contengan deberán cumplir los requisitos exigidos en la ley.” De allí que la citada disposición resultaba aplicable a los procesos contencioso administrativos que estuvieran amparados por la regla de transición contenida en el artículo 308 de la misma ley 1437 de 2011. Lo relevante del artículo 215 de la ley 1437 de 2011 –C.P.A.C.A. – era que incorporaba o concentraba la regulación legal del valor probatorio de las copias en una sola disposición, que no se prestaba para interpretaciones o hermenéuticas en relación bien con la clase o naturaleza del documento –público o privado– así como tampoco con su autor, signatario o suscriptor –las partes o terceros–. En esa lógica, la normativa mencionada constituía un régimen de avanzada en el que el principio de buena fe contenido en el texto constitucional (artículo 83) y desarrollado ampliamente en el Código Civil –en sus vertientes objetiva y subjetiva– se garantizaba plenamente, toda vez que correspondía a las partes o sujetos procesales tachar de falsas las copias que, en su criterio, no correspondían con el original y, por lo tanto, dar paso al incidente de tacha de falsedad del respectivo documento. Es así como, con el artículo 215 de la ley 1437 de 2011, se permitía que las partes aportaran los documentos que tenían en su poder en copia, sin importar que los mismos fueran elaborados por aquéllas, por terceros o inclusive que provinieran de una autoridad administrativa o judicial. Era el reconocimiento pleno del principio de confianza que debe imperar en toda sociedad moderna, siempre y cuando se otorguen las herramientas para surtir de manera efectiva el derecho de contradicción. En esa línea de pensamiento, las regulaciones contenidas en las

“[...] el criterio jurisprudencial que se prohíja en esta providencia, está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas como por ejemplo el artículo 141 del C.C.A., norma reproducida en el artículo 167 de la ley 1437 de 2011 –nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–”³⁷.

leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011 eran el reflejo de una concepción del proceso más moderna, alejada de los ritualismos y formalismos que tanto daño le han hecho a la administración de justicia, puesto que atentan contra los principios de celeridad y eficacia [...] No obstante, con la expedición de la ley 1564 de 2012 –nuevo código general del proceso– corregido mediante el Decreto 1736 de 2012, se derogó expresamente el inciso primero del artículo 215 de la ley 1437 de 2011, C.P.A.C.A [...] Así las cosas, al haber derogado el Código General del Proceso C.G.P., la disposición contenida en la ley 1437 de 2011, resulta incuestionable que las normas para la valoración de las copias son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., preceptos que mantienen vigencia, ya que sólo la perderán a partir del 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el artículo 627 de la codificación general citada [...] Así las cosas, cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C.G.P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachen de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias. Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales. Ahora bien, una vez efectuado el recorrido normativo sobre la validez de las copias en el proceso, la Sala insiste en que –a la fecha– las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., con la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 –estatutaria de la administración de justicia– [...] Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas [...] En otros términos, a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.) [...] Lo anterior, no quiere significar en modo alguno, que la Sala desconozca la existencia de procesos en los cuales, para su admisión y trámite, es totalmente pertinente el original o la copia auténtica del documento respectivo público o privado. En efecto, existirán escenarios –como los procesos ejecutivos– en los cuales será indispensable que el demandante aporte el título ejecutivo con los requisitos establecidos en la ley (v.gr. el original de la factura comercial, el original o la copia auténtica del acta de liquidación bilateral, el título valor, etc.) [...]”.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-774 de 2014. “[...] La jurisprudencia debe estar a tono con los cambios normativos y decisiones legislativas que se han planteado. No resulta acorde mantener una tesis jurisprudencial en la cual se pueda interpretar una ponderación mayor hacia las formas procesales en

7.5 Luego la Sala con fundamento en una comprensión, convencional, constitucional, sistemática, garantística y contencioso administrativa, en la que se inspira la aplicación de los artículos 244 y 246 del Código General del Proceso, aplicable por expresa remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo [Decreto 01 de 1984], y como afirmación a tutela judicial efectiva consagrada en los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 29 y 229 de la Carta Política y 11 del Código General del Proceso, y en aras de garantizar la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, como premisa básica debe proceder a valorar [lo que no implica su constatación que será sometida al contraste bajo las reglas de la sana crítica con los demás medios probatorios que obran en el expediente para determinar la certeza, verosimilitud y credibilidad del contenido de cada documento] los documentos aportados en copia simple en este proceso.

7.6 Con base en los anteriores fundamentos convencionales, constitucionales y legales, la Sala tiene en cuenta como criterios para examinar el caso en concreto [que ha empleado de manera continuada la jurisprudencia de esta Sala y en correspondencia con la sentencia de unificación de la Sección Tercera] para determinar la procedencia de la valoración de los documentos aportados con la demanda en copia simple citados en el primer apartado de este título, los siguientes: (1) que las entidades demandadas en la contestación de la demanda, en sus alegaciones en primera instancia y en su apelación no se opusieron a tener como prueba los documentos aportados por la parte actora; (2) las partes de manera conjunta en ninguna de las oportunidades procesales desconocieron tales documentos, ni los tacharon de falsos, sino que conscientemente manifestaron su intención de que los mismos fuesen valorados dentro del proceso; (3) las partes no ha discutido durante el proceso la autenticidad de los estos documentos; (4) ambas partes aceptaron que los documentos fuesen apreciables y coincidieron en la valoración de los mismos en forma recíproca, no sólo al momento de su aportación, sino durante el trascurso del debate procesal, por lo tanto serán valorados por la Subsección para decidir el fondo del asunto³⁸; y, (5) los documentos fueron aportados en copia auténtica y se encuentran recaudados

relación con el valor probatorio de las pruebas documentales. Así mismo es indispensable tener en cuenta la reciente jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo en tanto es el órgano encargado de establecer las reglas jurisprudenciales que se deben seguir en dicha jurisdicción”.

³⁸ Posición reiterada en: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920.

debidamente en los procesos penal ordinario y penal militar, razón más que consolida la procedencia de su valoración dentro del presente proceso.

7.7 Luego, la Sala como juez de convencionalidad y contencioso administrativo procederá a valorar el (1) oficio, de 8 de septiembre de 2008, del Personero Municipal de Cartago, Valle del Cauca [fl.30 c1]; (2) comunicado número 325-08 DRCR URMF GIFO, de 1 de septiembre de 2008, de la Odontóloga Forense de la Oficina de Identificación de Cadáveres NN's, de la Dirección Regional Oriente del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses [fl.31 c1]; y, (3) formato para personas N.N., correspondiente a José Lorenzo Taborda [fl.32 c1], de manera conjunta, contrastada y en aplicación de las reglas de la sana crítica con los demás medios probatorios que obran en el expediente en debida forma.

8 Después de analizada la procedencia de la valoración de los documentos aportados en copia simple por la parte actora, examina los fundamentos con base en los cuales puede valorar la prueba que fue objeto de traslado.

3.2. Valor probatorio de la prueba trasladada.

9 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 por la investigación del Homicidio [sic] en persona protegida de **JOSE LORENZO TABORDA TABORDA**, de hechos del 14 de marzo de 2007 en la Vereda [sic] Brisas del Llano-Monterrey Casanare. De todas las decisiones hasta la presente fecha por parte de la Fiscalía [sic] 31 de esta Regional con el radicado No.8100 [documentos, informes, actas de inspecciones judiciales, providencias judiciales, declaraciones, dictámenes y experticios técnicos, indagatorias y fotografías], incluidas aquellas procedentes de lo instruido por el Juez Trece [13] de Instrucción Penal Militar.

10 Para determinar la procedencia de la valoración de la abundante prueba trasladada desde los procesos penal ordinario y penal militar que por los hechos ocurridos el 14 de marzo de 2007 han cursado y cursan en la actualidad, la Sala debe fijar los fundamentos para su valoración.

3.2.1. Fundamentos para la valoración de la prueba trasladada.

11 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 siguientes³⁹: (i) los normativos del artículo 185⁴⁰ 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 ella⁴¹, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción. Así como con lo consagrado por el artículo 168 del C.C.A.⁴² [vigente para la época de entrada para fallo del proceso]; (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”⁴³; (iii) la ratificación de la prueba trasladada se suple con la admisión de su valoración⁴⁴; y, (iv) la prueba traslada 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-Policía Nacional⁴⁵.

³⁹ 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.

⁴⁰ “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”.

⁴¹ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2011, expediente 19969.

⁴² 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 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.

⁴³ Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989, expediente 5573.

⁴⁴ Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004, expediente 15088.

⁴⁵ 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

11.1 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)”⁴⁶; (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”⁴⁷; (iii) puede valorarse los testimonios siempre que solicitados o allegados por una de las partes del proceso, la contraparte fundamenta su defensa en los mismos⁴⁸, 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 disciplinaria⁴⁹; 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.

11.2 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 –

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.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ 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.

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”⁵⁰.

11.3 Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia de la Sub-sección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia avanza y considera que cuando no se cumple con alguna de las anteriores reglas o criterios, se podrán valorar las declaraciones rendidas

⁵⁰ 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.

en procesos diferentes al contencioso administrativo, 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”⁵¹. Con similares argumentos la jurisprudencia de la misma Sub-sección considera que las indagatorias deben contrastadas con los demás medios probatorios “para determinar si se consolidan como necesarios los indicios que en ella se comprendan”⁵² con fundamento en los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

11.4 De otra parte, para el caso de la prueba documental, la regla general que aplica la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia 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 289⁵³ 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 mérito”⁵⁴. 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, la que pudo realizar y agotar el ejercicio de su oportunidad de contradicción de la misma⁵⁵; (ii) cuando con base en los

⁵¹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 45433.

⁵² Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 45433.

⁵³ “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”.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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.

documentos trasladados desde otro proceso la contraparte la utiliza para estructura su defensa jurídica⁵⁶; (iii) cuando los documentos se trasladan en copia simple operan las reglas examinadas para este tipo de eventos para su valoración directa o indirecta; (iv) puede valorarse la prueba documental cuando la parte contra la que se aduce se allana expresa e incondicionalmente a la misma; y, (v) puede valorarse como prueba trasladada el documento producido por una autoridad pública aportando e invocado por el extremo activo de la litis⁵⁷.

11.5 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 aducen⁵⁸, o servirán como elementos indiciarios que deben ser contrastados con otros medios probatorios dentro del proceso contencioso administrativo.

11.6 Debe tenerse en cuenta que 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 surtirse 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.

11.7 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

⁵⁶ 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.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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.

los mismos medios se pretende demostrar tanto el daño antijurídico imputado a las entidades demandadas, como la violación o vulneración de derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

3.2.2. Fundamentos para la valoración de la prueba trasladada cuando permite demostrar la vulneración de derechos humanos, la violación del derecho internacional humanitario y de otras normas convencionales.

12 Cuando se trata de eventos, casos o hechos en los que se encuentra comprometida la violación de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, por afectación de miembros de la población civil [desaparecidos, forzosamente, desplazados forzosamente, muertos, torturados, lesionados, o sometidos a tratos crueles e inhumanos] inmersa en el conflicto armado, 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 [como en el caso que se estudia de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**] o identidad social, la aplicación de las reglas normativas procesales [antes Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso] “debe hacerse conforme con los estándares convencionales de protección”⁵⁹ de los mencionados ámbitos, “debiendo garantizarse el acceso a la justicia”⁶⁰ 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 Humanos⁶¹, debiendo garantizarse el acceso a la justicia⁶² en todo su contenido como

⁵⁹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737.

⁶⁰ 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”.

⁶¹ “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

derecho humano reconocido constitucional y supraconstitucionalmente (para lo que el juez contencioso administrativo puede ejercer el debido control de convencionalidad), tal como en la sentencia del caso Manuel Cepeda contra Colombia se sostiene:

“[...] 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 simple⁶³. 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”.

12.1 Lo que implica, interpretada la Convención Americana de Derechos Humanos, en especial los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25 y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de

Humanos en su sesión 660^a., 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 Garbí 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].

⁶² ABREU BURELLI, Alirio, “La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit, p.115. 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”.

⁶³Cfr. 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.

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 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”⁶⁴.

12.2 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.

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, párrafo 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”⁶⁵.

⁶⁴ 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].

⁶⁵ ABREU BURELLI, “La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., pp. 114 y 115.

12.3 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.

3.2.3. Valoración de la prueba trasladada desde el proceso penal ordinario que se adelanta ante la Fiscalía 31 de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario Regional Villavicencio, Metada identificado bajo el radicado número 8100.

13 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 8100 como consta en el Oficio número 049/2012, de 21 de febrero de 2012, de la Secretaria Común de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario [fl.50 tomo I pruebas], con el que se anexó “copia completa y legible de las piezas procesales que integran el expediente por la investigación del Homicidio [sic] en persona protegida de **JOSE LORENZO TABORDA TABORDA**, de hechos del 14 de marzo de 2007 en la Vereda [sic] Brisas del Llano-Monterrey Casanare.

13.1 En cuanto a la prueba documental allegada al proceso, la Sala encuentra que la prueba trasladada consistente en el proceso penal ordinario 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: (1) 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”⁶⁶; y, (2) se trata de medios probatorios que puede ser conducentes, pertinentes y útiles para establecer la vulneración de derechos humanos y violaciones al derecho internacional humanitario, en las condiciones en las que acaecieron los hechos.

13.2 Ahora bien, respecto a las declaraciones, si bien fueron aportadas al proceso en copia auténtica, son varias las premisas a tener en cuenta en su valoración: (1) inicialmente, no cumple con ninguno de los presupuestos adicionales que se fijan en las reglas que legal y jurisprudencialmente se han establecido: de una parte, no se practicaron con audiencia de la parte contra la cual se aducen [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 declaraciones rendidas ante la Fiscalía competente]; [2] 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]; (3) sin perjuicio de lo anterior, y de acuerdo con la sentencia 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 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

⁶⁶ Sección Tercera, sentencia de 21 de febrero de 2002, expediente 12789; sentencia de 9 de junio de 2010, expediente 18078.

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 normativos⁶⁷.

[...]

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 Estado⁶⁸, 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

⁶⁷ 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).

⁶⁸ 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”.

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

13.3 Con base en los anteriores criterios, la Sala al no encontrar reunidos alguno de los supuestos de excepción no dará valor probatorio a medios probatorios trasladados desde el proceso penal ordinario, sin perjuicio de lo cual la Sala constata que examinados los mismos se valoraran como indicios, especialmente aquellos que establecen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que desapareció y falleció violentamente **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, ya que pueden ser útiles, pertinentes y conducentes para determinar la vulneración de derechos humanos y las violaciones al derecho internacional humanitario o a otras normas convencionales que habrá que establecer con posterioridad, y para lo que es necesario tener en cuenta como indicio lo contenido en las mencionadas declaraciones, dando prevalencia a lo sustancial por sobre el excesivo rigorismo procesal.

13.4 De otra parte, las indagatorias rendidas por los soldados profesionales José Duván Aranzales Walteros, Aldidiar Amaya Álvarez, y del Sub-Teniente Xavier Alfonso Franco Silva [y su versión libre] y trasladadas inicialmente al proceso penal ordinario y luego al presente, la Sala de Subsección no puede valorarla “en ningún caso, como prueba testimonial ni someterse a ratificación”⁶⁹, 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”⁷⁰ y bajo el apremio del juramento.

13.5 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

⁶⁹ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11898.

⁷⁰ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11898.

contrastará lo declarado en la indagatoria con los demás medios probatorios para determinar si se consolidan como necesarios los indicios que en ella se comprendan.

13.6 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 jurisprudencial⁷¹ 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 aducen⁷².

13.6.1 Para el caso en concreto obra: (1) Acta de la diligencia de inspección judicial realizada por la Fiscalía 31 Especializada adscrita la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario el 12 de octubre de 2011, dentro del radicado 8100, a la historia clínica de José Lorenzo Taborda Taborda en el consultorio CER [Centro de Especialistas de Risaralda] ubicado en la carrera 5ª No. 18-33 de Pereira, consultorio 402 [fls.116 a 118 tomo I pruebas]; (2) Acta de la diligencia de inspección judicial realizada por la Fiscalía 31 Especializada adscrita la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario el 12 de octubre de 2011, dentro del radicado 8100, a la investigación con radicado número 2000-0090 adelantada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira [fls.119 y 120 tomo I pruebas]; (3) Acta de la diligencia de inspección judicial realizada a instancias de la Fiscalía 31 Especializada adscrita la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario el 12 de octubre de 2011, dentro del radicado 8100, a las dependencias del Comando del Ejército Nacional, Dirección de Personal, Sección Jurídica [fl.168 tomo I pruebas]; (4) Acta de la diligencia de inspección judicial realizada por el CTI adscrita a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario el 21 de noviembre de 2011, dentro del radicado 8100, a las instalaciones de la Dirección de

⁷¹ 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.

⁷² 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”.

Personal del Ejército Nacional, Oficina de hojas de vida e historias laborales [fls.257 a 276 tomo II pruebas]; (5) Acta de la diligencia de inspección judicial realizada por la Fiscalía 62 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, con sede en Villavicencio, el 18 de febrero de 2010, dentro del radicado 060, a las diligencias conocidas en el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar [fls.402 y 403 tomo II pruebas]; (6) Acta de inspección a cadáver número 008, levantada por la Fiscalía Treinta y Tres [33] Local de Monterrey, Casanare [fls.404 a 406 tomo II pruebas; 662 a 664 tomo III pruebas]; (7) Acta de la diligencia de inspección judicial realizada por la Fiscalía 31 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, el 18 de noviembre de 2010, dentro del radicado 8100, a las instalaciones del Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar [fl.448 tomo II pruebas]; (8) Acta de la diligencia de inspección judicial realizada por la Fiscalía 31 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, el 11 de julio de 2011, dentro del radicado 8100, a la carpeta de muertes en combate que se encontraba en el Batallón de Infantería No.44 “Ramón Nonato Pérez”, Coordinación Jurídica del Comando ubicado en el municipio de Tauramena, Casanare [fl.524 tomo II pruebas]; (9) Acta de la diligencia de inspección judicial realizada por la Fiscalía 31 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, el 12 de julio de 2011, dentro del radicado 8100, al Comando General del Batallón de la Décimo Sexta Brigada con sede en la ciudad de Yopal, Casanare, oficina de Coordinación Jurídica [fl.535 tomo II pruebas]; y, el (10) Acta de la diligencia de inspección judicial realizada por la Fiscalía 31 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, el 27 de julio de 2011, dentro del radicado 8100, a la Sección Tercera de la Décimo Sexta Brigada del Ejército Nacional con sede en Yopal [fls.565, 581 tomo II pruebas; 607 tomo III pruebas]. En las mencionadas inspecciones judiciales la Sala puede constatar que fueron practicadas con audiencia o participación directa de miembros de las entidades demandadas ya que fue a instancias del proceso disciplinario militar, o en instalaciones del Juzgado Trece [sic] de Instrucción Penal Militar donde se surtieron, con pleno conocimiento de la parte demandada tanto al momento de su práctica, como durante todo el presente proceso, por lo que serán objeto de valoración.

13.6.2 En cuanto a los dictámenes, informes y experticios técnicos como (1) el protocolo de necropsia número 097 de la Unidad Local de Monterrey, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Casanare [fls.417 a 421 tomo II pruebas; 696 a 700 tomo III pruebas]; (2) Oficio SCAS.GOPE.APJ.C No.216754-1, del DAS Casanare [fls.734 a 736 tomo III pruebas], que contiene el experticio técnico realizado a un revólver por solicitud del Juzgado Cuarenta y Cinco [45] de Instrucción Penal Militar; y, (3) el Oficio número SIES.GCR.BF.216754-3, de 18 de diciembre de 2008, de la Sección de Balística Forense del DAS [fls.870 a 893 tomo III pruebas], con el que se rindió el informe de balística de las vainillas incriminadas en los hechos ocurridos el 14 de marzo de 2007, la Sala puede constatar que fueron practicadas con audiencia o participación directa de miembros de las entidades demandadas ya que fue a instancias del proceso penal militar adelantado por el Juzgado Cuarenta y Cinco [45] y Trece [13] de Instrucción Penal Militar, cuyas acciones, omisiones o inactividades son juzgadas en el presente proceso, lo que implica que en su práctica no sólo se surtió la contradicción en el presente proceso, sino que en su valoración hubo intervención de miembros de las entidades demandadas por lo que serán objeto de valoración.

13.7 Finalmente en cuanto a la fotografía de la persona dada de baja en la operación [fl.534 tomo II pruebas], la Sala considera: (1) para valorar su autenticidad la Sala tiene en cuenta lo previsto en los artículos 243 y 244 y 246 del Código General del Proceso [norma aplicable para la época de presentación de la demanda], a cuyo tenor se establecía que: (a) que se consideran documentos a las fotografías; y, (b) los “documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso”; (2) la presunción de autenticidad de las fotografías no ofrece el convencimiento suficiente, ni define las situaciones de tiempo, modo y lugar de lo que está representado en ellas, ya que se debe tener en cuenta que su fecha cierta, consideradas como documento privado, con relación a terceros se cuenta, conforme al artículo 253 del Código General del Proceso, “desde que haya ocurrido un hecho que le permita al juez tener certeza de su existencia [v.gr., la fecha de realización del acta de levantamiento del cadáver número 005, esto es, 28 de marzo de 2007]”; y, (3) la valoración, por lo tanto, de las fotografías se sujetará a su calidad de documentos, que en el marco del acervo

probatorio, serán apreciadas como medios auxiliares, y en virtud de la libre crítica del juez⁷³, advirtiéndose que como su fecha cierta es el 28 de marzo de 2007, y deba ser apreciado en conjunto y bajo las reglas de la sana crítica con los demás medios probatorios que obran en el expediente, para poder establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar⁷⁴.

13.8 Luego, para la Sala de Sub-sección las copias de las fotografías que fueron trasladadas desde el proceso penal ordinario cabe contrastarlas con otros medios, puesto que se produjeron dentro de la diligencia del levantamiento del cadáver de la víctima Andrés Fabián Garzón Lozano, con presencia de miembros de las fuerzas militares, como uno de los presupuestos para su valoración. Sin perjuicio de lo anterior, debe examinar y cotejarse rigurosamente estas fotografías con los demás medios probatorios que desde el proceso penal ordinario se trasladaron y se habilitaron para su valoración, y con aquellos producidos en el proceso contencioso administrativo.

14 Con fundamento en lo anterior, la Sala como juez de convencionalidad y contencioso administrativo tendrá, valorara y apreciara los medios probatorios [documentos, testimonios, indagatorias, inspecciones judiciales, experticios e informes técnicos y

⁷³ Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004, expediente 14688.

⁷⁴ En este aspecto se da continuidad a la reciente jurisprudencia de la Sub-sección C, de la Sección Tercera, según la cual En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que, se trata de documentos privados "pues la demanda es indicadora indirecta de que tienen origen en la propia parte que las allegó (art. 251 C. P. C.); de todas maneras tienen dicha calidad porque en ellos no consta el funcionario que las tomó o filmó. Para cuando se aportaron dichos elementos probatorios regía el artículo 25 del decreto ley 2.651 de 1991 según el cual "Los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, tuvieron o no como destino servir de prueba se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación ()" lo cierto es que la sola presunción de autenticidad de los mismos no define las situaciones de tiempo y modo de lo que ellas representan. Esto por cuanto la fecha cierta de un documento privado, respecto de terceros, se cuenta a partir de uno de los siguientes hechos: o por el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado, o desde el día en que ha sido inscrito en un registro público o en que conste haberse aportado al proceso, o en que haya tomado razón de él un funcionario competente en su carácter de tal, o desde que haya ocurrido otro hecho que le permita al juez adquirir certeza de su existencia (art. 280 C. P. C). Desde otro punto de vista, la doctrina se ha pronunciado sobre el valor probatorio de las fotografías como documentos representativos que son; dice que las fotografías de personas, cosas, predios, etc. sirve para probar el estado de hecho que existía al momento de haber sido tomadas, de acuerdo con la libre crítica que de ellas haga el juez y que son un valioso auxiliar de la prueba testimonial, cuando el testigo reconoce en ella o en ellas el lugar o la cosa que dice haber conocido. Por consiguiente y para el caso como la fecha cierta de las fotografías es la de presentación de la demanda, porque se aportaron con ésta, el 26 de julio de 1995, de nada sirve para la eficacia probatoria que se reputen auténticas" [Sección Tercera, expedientes 19630, 20498, 19901 y 18229]. En ese orden y comoquiera que en el caso concreto los hechos ocurrieron, según lo afirma el demandante, el 19 de febrero de 1999 y que se reputa como fecha cierta de las fotografías la de la presentación de la demanda, esto es el 7 de abril de 1999, las mismas carecen de toda eficacia probatoria". Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 1 de febrero de 2012, expediente 22464.

fotografías] trasladados desde los procesos penales ordinarios y las investigaciones disciplinarias militares y ordinarias que cursan, o cursadas, por la desaparición y el homicidio en persona protegida de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, con las limitaciones y en las condiciones señaladas.

15 Después de analizado el valor probatorio de los medios probatorios objeto de traslado al presente proceso contencioso administrativo, la Sala debe examinar si operó el fenómeno de la caducidad de la acción de reparación directa.

3.3. Determinación de la caducidad de la acción de reparación directa.

16 Si bien en la apelación las entidades demandadas no formularon como objeto el cuestionamiento de la caducidad de la acción de reparación para el presente caso, debe tenerse en cuenta que el juez administrativo con base en el fundamento normativo puede oficiosamente examinar si ha operado o no el fenómeno de caducidad de la acción de reparación directa ejercida por los demandantes.

16.1 Para su análisis debe tenerse en cuenta lo siguiente: (1) los hechos datan del 14 de marzo de 2007; (2) el deceso de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** fue conocido por su familia el 8 de septiembre de 2008 por comunicación dirigida por el Personero Municipal de Cartago, Valle del Cauca; (3) la audiencia de conciliación pre-judicial se celebró el 23 de septiembre de 2010 declarándose fallida; (4) la demanda fue presentada el 23 de septiembre de 2010; y, (5) el proceso penal ordinario radicado bajo el número 8100 ante la Fiscalía 31 de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Regional Villavicencio [Meta] que cursa por los hechos aún no ha finalizado.

16.2 De acuerdo con lo anterior, la Sala previo a examinar el caso en concreto de establecer los fundamentos para decidir confirmar la decisión del *a quo*, o revocarla.

3.3.1. El alcance y la determinación de la caducidad en el ejercicio de la acción contencioso administrativa de reparación directa⁷⁵.

⁷⁵ Argumentación tomada del auto de ponente [C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa] de 17 de septiembre de 2013, expediente 45092.

17 La caducidad de la acción contenciosa administrativa como instituto procesal obtiene soporte y fundamento en el artículo 228 de la Constitución Política. Dicho fundamento constitucional determina la aplicación de los términos procesales en el ordenamiento jurídico, buscando ante todo la protección material de los derechos y la resolución definitiva de los conflictos que surgen a diario en el complejo tejido social⁷⁶⁻⁷⁷.

17.1 Conforme a la estructuración conceptual de nuestra legislación, la figura de la caducidad de la acción es de estricto orden público y de obligatorio cumplimiento, innegociable e irrenunciable en cuanto implica el reconocimiento normativo de un lapso habilitador para el ejercicio de ciertas acciones judiciales⁷⁸. En esta perspectiva el legislador ha considerado que la no materialización del término límite establecido para la correspondiente caducidad constituye otro de los presupuestos para el debido ejercicio de las acciones contencioso administrativas que estuvieren condicionadas para estos efectos por el elemento temporal⁷⁹.

⁷⁶ Corte Constitucional, SC-165 de 1993. “Desde esta perspectiva, es claro que la justicia, entendida como la resultante de la efectiva y recta mediación y resolución con carácter definitivo de los conflictos surgidos en el transcurso del devenir social, se mide en términos del referente social y no de uno de sus miembros”.

⁷⁷ Corte Constitucional, SC-351 de 1994. “El derecho de acceso a la administración de justicia, sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia. Implícitamente supondría además la exoneración del individuo de toda ética de compromiso con la buena marcha de la justicia, y con su prestación recta y eficaz. Y, en fin (sic), el sacrificio de la colectividad, al prevalecer el interés particular sobre el general. En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual sí resultaría francamente contrario a la Carta”.

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-832 del 8 de agosto de 2001, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL: “La caducidad es una institución jurídico procesal a través del cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público, lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia”.

⁷⁹ Corte Constitucional, SC-351 de 1994. “Para nadie es desconocido que la sociedad entera tiene interés en que los procesos y controversias se cierren definitivamente, y que atendiendo ese propósito, se adoptan instituciones y mecanismos que pongan término a la posibilidad de realizar intemporal o indefinidamente actuaciones ante la administración de justicia, para que las partes actúen (sic) dentro de ciertos plazos y condiciones, desde luego, con observancia plena de las garantías constitucionales que aseguren amplias y plenas oportunidades de defensa y de contradicción del derecho en litigio”.

17.2 Desde este punto de vista, la caducidad se institucionaliza como un concepto temporal, perentorio y preclusivo de orden, estabilidad, interés general y seguridad jurídica para los asociados y la administración desde la perspectiva procesal, generando certidumbre en cuanto a los tiempos de las personas para hacer valer sus derechos ante las autoridades judiciales⁸⁰. En este sentido, las consecuencias del acaecimiento de la condición temporal que es manifiesta en toda caducidad implica la pérdida de oportunidad para reclamar por la vía judicial los derechos que se consideren vulnerados por causa de la actividad de la administración pública⁸¹.

17.3 De acuerdo con el artículo 136.8 del Código Contencioso Administrativo, cuando se ejerza la acción de reparación directa deben tenerse en cuenta los siguientes supuestos para que opere la caducidad: (1) *“al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa”*;

⁸⁰Corte Constitucional. Sentencia C-781 del 13 de octubre de 1999, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ: “De otro lado, resulta necesario dotar de firmeza a las determinaciones oficiales estableciendo un momento a partir del cual ya no es posible controvertir algunas actuaciones. De lo contrario, el sistema jurídico se vería avocado a un estado de permanente latencia en donde la incertidumbre e imprecisión que rodearían el quehacer estatal entorpecerían el desarrollo de las funciones públicas. Ha dicho la Corte: ‘La caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusas algunas para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado’. Ahora bien: los términos de caducidad no pueden interpretarse como una forma de negar el acceso a la justicia, precisamente porque la limitación de plazo para impugnar ciertos actos –y es algo en lo que se debe insistir– está sustentada en el principio de seguridad jurídica y crea una carga proporcionada en cabeza de los ciudadanos para que se interesen y participen prontamente en el control de actos que vulneran el ordenamiento jurídico. Ha añadido la Corte: ‘El derecho de acceso a la administración de justicia sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, éste pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia. Implícitamente supondría además la exoneración del individuo de toda ética de compromiso con la buena marcha de la justicia, y con su prestación recta y eficaz. Y, en fin, el sacrificio de la colectividad, al prevalecer el interés particular sobre el general. En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual sí resultaría francamente contrario a la Carta”.

⁸¹Corte Constitucional. Sentencia C-115 de 1998: “La ley establece un término para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas (art. 136 CCA), de manera que al no promoverse la acción dentro del mismo, se produce la caducidad. Ello surge a causa de la inactividad de los interesados para obtener por los medios judiciales requeridos la defensa y el reconocimiento de los daños antijurídicos imputables al Estado. Dichos plazos constituyen entonces una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado”.

(2) y, cuando la pretensión de reparación directa deriva del delito de desaparición forzada “se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición” [adicionado por el artículo 7 de la Ley 589 de 2000].

17.4 El tratamiento legislativo a la caducidad en la acción de reparación directa es claro: el legislador ha establecido una evidente e inobjetable regla general en la materia, permitiéndole a quien alegue ser víctima de daños antijurídicos imputables al Estado, hacer uso de la acción dentro de los 2 años siguientes (*Día siguiente*) de la ocurrencia del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal por obra pública o por cualquier otra causa de la propiedad ajena, o también, según el caso y las circunstancias, es procedente su invocación a partir del día siguiente a aquel en que la persona interesada tenga conocimiento del hecho, operación, omisión u ocupación, etc⁸². Así las cosas, se ha distinguido que el cómputo de dicho término principia i) al día siguiente a cuando ha sucedido la conducta generadora del daño antijurídico, o ii) a partir de cuando ésta es conocida por quien la ha padecido⁸³.

⁸² Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2000, expediente 12200: “Por regla general, la fecha para la iniciación del conteo de ese término es el del día siguiente al del acaecimiento del hecho, omisión y operación administrativa. Excepcionalmente, esta Sala en su jurisprudencia ha tenido en cuenta que el término de caducidad, por alguna de esas conductas administrativas, se cuenta a partir del conocimiento del hecho dañino y no a partir de su ocurrencia, precisamente, porque el hecho no se hizo visible. Si en este caso el hecho ocurrió el día 5 de octubre de 1988 el término venció al fenecimiento del bienio, contado a partir del día siguiente al señalado. El caso planteado no se ubica en la situación relativa a que un hecho administrativo pasado se conoce cuando el daño causado aparece (caso médico de práctica de cirugías en las cuales se le deja al paciente un instrumento el cual se descubre cuando el paciente se enferma y se reinterviene)”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 10 de noviembre de 2000, expediente 18805: “La providencia de fecha 30 de abril de 1997, exp. 11350, ciertamente alude al tema de la caducidad de la acción y refiere que no puede extremarse el rigor para verificar el término de la misma, pero debe advertirse que se trata de un caso clínico en el cual la víctima directa sufrió una lesión irreversible en el oído, la cual no le fue diagnosticada al momento de ser dado de baja sino cuando la Junta Médica Laboral rindió su concepto. Sin embargo, la Sala ha sido flexible y ha garantizado el acceso a la administración de justicia en eventos en los que no se tiene certeza sobre cuándo se inicia el cómputo del término de caducidad, para que dentro del proceso se demuestren las condiciones que permitan determinar si operó o no dicho fenómeno. En este sentido se pronunció en providencia del 7 de mayo de 1998 proferida dentro del proceso 14.297 adelantado por W. A. L. contra el Instituto de Seguro Social. En el mismo sentido se pronunció la Sala en sentencia del 7 de septiembre de 2000, exp. 13126, dentro del proceso adelantado por J. A. R. A. contra Nación-Ministerio de Obras Públicas, exp. 12090 y del 10 de abril de 1997, exp. 10954”.

⁸³ Al respecto la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado: “En el caso sub examine, al estar en presencia de las anteriores circunstancias, el término de caducidad debe ser el dispuesto en el inciso 2° del numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. Debemos precisar que dicho artículo, al ser adicionado por la Ley 589 de 2000, en el sentido de establecer en su inciso segundo una variación en relación con el momento en que se inicia el conteo del término para intentar la acción, no hizo otra cosa que permitir el acceso a la justicia para aquellas personas víctimas de este cruel delito, debido a que, como ya se mencionó, el delito de desaparición forzada continúa en el tiempo hasta tanto ocurra uno de estos eventos: que aparezca la víctima, o desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que

17.5 El primero de estos supuestos se encuentra consagrado expresamente en el artículo 136.8 inciso primero del Código Contencioso Administrativo, “*a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño*”, por lo cual se constituye en la regla general sobre la materia.

17.6 Por otra parte, el segundo evento de cómputo de la caducidad ha sido estructurado a partir de un criterio de *cognoscibilidad*, y tiene lugar cuando el hecho dañoso pudo haberse presentado en un momento determinado, pero solamente hasta una ulterior oportunidad sus repercusiones se manifestaron de manera externa y perceptible para el afectado, entonces, el término de caducidad inicia a partir de cuándo el daño se hizo cognoscible para quien lo padeció^{84 85}.

17.7 La acción de reparación directa tiene también por objeto las reparaciones derivadas de los delitos de *lesa humanidad*, sin embargo tan solo para uno de esos hechos punibles, el de *desaparición forzada*, el legislador le estableció al ejercicio de la acción reglas especiales de caducidad conforme se desprende de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 136.8 [adicionado por el artículo 7 de la Ley 589 de 2000].

17.8 En este sentido el término de caducidad tiene tres posibles eventos para su conteo: a partir del día de aparición de la víctima, lo cual se convierte en un dato histórico cierto y objetivo, del cual se puede predicar los postulados generales para la caducidad de la simple acción de reparación directa: (1) a partir de la fecha en que aparezca la víctima; (2) a partir del día de la firmeza por ejecutoria del fallo penal que declare la desaparición

dieron lugar a la desaparición. Luego entonces, el plazo de los dos (2) años se empieza a contabilizar a partir del acaecimiento de cualquiera de los sucesos ya indicados. Del estudio del material probatorio allegado al proceso, es posible establecer que el soldado Gildardo Pabón Perdomo se encuentra desaparecido desde 1998, sin que a la fecha se tenga conocimiento de su paradero, y por cuanto dicha conducta no ha cesado, no puede considerarse caducada la acción de reparación directa, toda vez que éste no ha recobrado su libertad, ni tampoco se ha proferido sentencia dentro del proceso penal que se adelanta ante la Fiscalía General de la Nación Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.” Sección Tercera, Subsección C. Auto de 21 de febrero de 2011, expediente 39360.

⁸⁴ Sección Tercera. Sentencia de 11 de mayo de 2000, expediente 12200.

⁸⁵ Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 2004, expediente 18273. “No obstante, esta Corporación ha expresado, en diferentes ocasiones, que si bien el término de caducidad empieza a correr a partir de la ocurrencia del hecho o la omisión, cuando no puede conocerse, en el mismo momento, cuáles son las consecuencias de éstos, debe tenerse en cuenta la fecha en la que se determina que el perjuicio de que se trata es irreversible y el paciente tiene conocimiento de ello. Con mayor razón, entonces, debe entenderse que el término de caducidad no puede comenzar a contarse desde una fecha anterior a aquélla en que el daño ha sido efectivamente advertido”.

forzosa, caso en el cual podría aplicarse las reglas jurisprudenciales respecto de la caducidad por daños a partir de detención arbitraria; y, por último, (3) a partir del momento de ocurrencia de los hechos, que en la práctica constituye también una fecha cierta.

17.9 Como se observa del anterior análisis, no incorporó el legislador, en estas reglas especiales, a los demás delitos calificados como de lesa humanidad, lo que daría para pensar *ab initio*, y como simple hipótesis de trabajo, que los mencionados delitos, estarían sujeto a la regla general de caducidad de los dos [2] años explicada en el párrafo anterior, salvo que el ordenamiento jurídico disponga otra cosa.

17.10 En este marco, es claro que la tutela constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva [acceso a la administración de justicia] en el que está inmersa la consideración del término de caducidad no puede dar lugar a considerar que se ampare la “inacción o negligencia del titular” de la acción⁸⁶. El ejercicio de la acción de reparación directa dentro de los términos fijados por el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, representa una manifestación clara del principio de seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general, por lo que la jurisprudencia constitucional considera que la caducidad se constituye en el, “[...] límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado”⁸⁷.

17.11 Las reglas y fundamentos anteriores deben, por garantía imperativa del artículo 93 de la Carta Política, de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos [incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 16 de

⁸⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2001. Puede verse también sentencias C-394 de 2002, C-1033 de 2006, C-410 de 2010. “La caducidad es una institución jurídico procesal a través del cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso”.

⁸⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-115 de 1998.

1972], y del principio de derecho internacional del *ius cogens*, deben armonizarse cuando se demanda la responsabilidad patrimonial del Estado por actos de lesa humanidad, ya que en estos eventos [en una perspectiva adjetiva, no individual] debe examinarse cómo en dichos eventos no puede mantenerse un excesivo rigorismo que represente el incumplimiento de principios y mandatos normativos de derecho internacional público [de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario] a los que está sujeto el Estado colombiano.

3.3.2. Delimitación de la caducidad cuando de los hechos se puede configurar un acto de lesa humanidad como supuesto fáctico para encuadrar la responsabilidad patrimonial del Estado⁸⁸.

18 Ahora bien, la Sala encuentra que conforme a los hechos expuestos tanto en la demanda y en la sentencia del *a quo*, la hipótesis de la sujeción del juzgamiento de las conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad que comprometan la responsabilidad del Estado a la regla general de caducidad de los dos (2) años establecida en el artículo 136.8 del Código Contencioso Administrativo resulta insuficiente y poco satisfactoria, sobre todo cuando se hace manifiesta la presencia de situaciones fácticas que se enmarcan en hipótesis constitutivas de delitos que comprometen intereses y valores sustancialmente diferentes a los simplemente individuales; intereses y valores vinculados materialmente a la suerte de la humanidad misma, y que por lo tanto trascienden cualquier barrera del ordenamiento jurídico interno que fundada en razones de seguridad jurídica pretenda establecer límites temporales para el juzgamiento de los mismos, sea en el ámbito de la responsabilidad penal o de cualquier otro, como el de la responsabilidad del Estado.

18.1 Se hace preciso, pues, abordar el tema a partir de una hipótesis particular que tiene por fundamento el derecho a una tutela judicial efectiva, en aplicación del artículo 229 constitucional en armonía con el ordenamiento jurídico internacional [obligaciones convencionales consagradas en los artículos 1.1, 2 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y en sus Protocolos Adicionales] y con los compromisos internacionales del Estado colombiano,

⁸⁸ Argumentación tomada del auto de ponente [C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa] de 17 de septiembre de 2013, expediente 45092.

que parten de la premisa de que las hipótesis de daño antijurídico acaecidos con ocasión de actos de lesa humanidad no tienen caducidad de ninguna clase y su tratamiento procesal no puede hacerse con sujeción a las reglas limitativas de la caducidad propias del ordenamiento jurídico interno de los países en cuanto entrañan situaciones de interés para la humanidad, en relación con los cuales los argumentos de seguridad jurídica deben ceder en aras de una adecuada ponderación a favor de esos intereses superiores que los delitos en mención involucran.

18.2 Al respecto basta recordar que el artículo 93 constitucional, incisos primero y segundo determinan de manera perentoria e imperativa que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en la Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. A lo que cabe afirmar la procedencia de la cláusula de convencionalidad en sus dos formas, material y formal.

18.3 Así mismo, con base en los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la regla de universalidad de las normas de derechos humanos y el principio del *ius cogens* del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, determinan cualquier estudio y aplicación que deba hacerse de institutos procesales como el de caducidad de la acción cuando se trata de demandar un daño antijurídico presuntamente ocasionado por un agente estatal, con su anuencia, participación u omisión, conjuntamente o no con otros sujetos o actores violentos no estatales, como pueden ser para el asunto en estudio.

18.4 La Sala entiende que cuando se está en presencia de actos de lesa humanidad [configurados como crímenes de lesa humanidad] 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 no sólo una afectación a quienes físicamente han padecido tales actos, sino también agrediendo a la conciencia de toda la humanidad.

18.5 Conforme a esta definición, dos son las características principales que se pueden destacar del acto de lesa humanidad [a partir de su configuración como delito]: su autonomía frente a otros crímenes, especialmente aquellos de guerra y su imprescriptibilidad en tanto que participa de la categoría de delito internacional.

18.6 En cuanto a lo primero, valga señalar que, como se deja claro en las definiciones estatutarias del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, de la Corte Penal Internacional, e inclusive la propia jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia –en contra de su Estatuto–, como crimen el delito de lesa humanidad no requiere, para su configuración, que se ejecute dentro de un contexto de un conflicto armado internacional o interno, basta, a diferencia del crimen de guerra, que se compruebe la configuración de una modalidad específica de ejecución cual es en el marco de una actuación masiva o sistemática⁸⁹.

18.7 En cuanto a la segunda característica, la *imprescriptibilidad*, debe señalarse que la Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968 estableció en el artículo I que “*Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido*”⁹⁰, enlistándose en el literal b) el delito de lesa humanidad, conforme a la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. Esta tesis es refrendada por amplia jurisprudencia sobre la materia, como la arriba citada, en donde se pone de presente que dada la gravedad que comporta el delito de lesa humanidad, la acción penal no prescribe⁹¹, tal como se expone con meridiana claridad en la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano vs Chile, en donde el Tribunal consideró que la regla de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, consagrada en la Convención de 1968, reviste la connotación de ser una norma de *ius cogens*, de manera que aunque el estado chileno,

⁸⁹ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. 1996. Volumen II Segunda Parte. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo periodo de sesiones, p.52.

⁹⁰ [http://www2.ohchr.org/spanish/law/crimenes_guerra.htm; consultado el 18 de marzo de 2013].

⁹¹ Ver: En el caso colombiano auto de 27 de noviembre de 2009 proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá; autos de 21 de septiembre de 2009 y 13 de mayo de 2010 proferidos por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal exp. 32033. También en el caso de Argentina el fallo de 8 de marzo de 2005 en el caso Arancibia Clavel, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la decisión de 17 de enero de 2006 proferida en el caso Kolk y Kislyiy vs Estonia; entre otros.

demandado en el caso, no había suscrito tal tratado, éste le resultaba aplicable, por ser disposición de derecho público internacional inderogable por parte de los Estados. La Corte expuso lo anterior en los siguientes términos:

“151. El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. Chile no podrá volver a aplicar el Decreto Ley No. 2.191, por todas las consideraciones dadas en la presente Sentencia, en especial las contenidas en el párrafo 145. Pero además, el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio ne bis in idem, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables.

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 humanidad⁹² 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” [subrayado fuera de texto].

18.8 En consecuencia, pese a que no se haya ratificado la Convención sobre la imprescriptibilidad de estos delitos internacionales, conforme al razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es claro que ello resulta intrascendente dado que por ser norma de *ius cogens* la misma está inmersa y presente dentro del derecho internacional público consuetudinario y es de imperiosa observancia por parte de los Estados, siendo nulo cualquier tratado internacional encaminado a desconocerla⁹³⁻⁹⁴.

⁹² Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.

⁹³ Convención de Viena. Artículo 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“ius cogens”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

⁹⁴ Puede verse en el ordenamiento jurídico colombiano: Corte Constitucional, Sentencia C-620/2011 donde se dijo: “77. O sea, que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, frente al reclamo sobre la prescripción de la acción de delitos que representan graves violaciones de derechos humanos y en su caso delitos de lesa humanidad que se investigan, ha estimado que

18.9 De otra parte, la Sala advierte que la configuración de un delito de lesa humanidad no se agota simplemente en la ocurrencia de alguna de las conductas puntualmente tipificadas como tal [v. gr. asesinato, tortura, etc.], pues se trata de delitos comunes reconocidos de antaño por las disposiciones penales en el derecho interno, sino que es exigencia *sine qua non* acreditar los elementos *contextuales* que cualifican y hacen que tal crimen derive en uno de lesa humanidad⁹⁵, a saber: que se ejecute (i) contra la población civil y (ii) en el marco de un ataque generalizado o sistemático

18.10 Fundamentado lo anterior, la Sala pasa a abordar cómo la imprescriptibilidad de los actos de lesa humanidad debe ser considerada al momento de establecer si opera o no la caducidad de la acción contenciosa administrativa de reparación directa, cuando se demanda que por acción, omisión o inactividad el Estado contribuyó a la producción de daños antijurídicos que se encuadran dentro de aquellos actos de lesa humanidad.

18.11 Sobre esto debe indicarse que el sustento normativo de la atemporalidad para juzgar conductas que se enmarquen como constitutivas de lesa humanidad no es algo que se derive de un sector propio del ordenamiento jurídico común como lo es el derecho penal, sino que, por el contrario, surge del corpus iuris de derechos humanos, de la normativa internacional en materia de derechos humanos así como de la doctrina y jurisprudencia de

la misma no es predicable porque así lo imponen tanto la atrocidad de los actos y la afectación sobre las víctimas y la humanidad misma, como los máximos niveles posibles de protección de que pueda disponer el Estado, el legislador o en su defecto el juez de la causa. Consideraciones dentro de las que se incluyen no sólo el delito de genocidio que aparece individualizado en dicho proceso, sino todos los delitos atroces y estimados como graves violaciones de derechos humanos, dentro de los que se encuentra el de desaparición forzada". Por su parte, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en auto de 13 de mayo de 2010, dentro del caso César Pérez García, radicado: 33118. Ha dicho: "En conclusión, al tratarse de uno de los Principios del Derecho Internacional y que debe ser ejecutado por todos los Estados, independientemente de su adhesión o no al Convenio referido, es inadmisibles predicar la operancia de la prescripción como mecanismo de salvamento para detener, terminar o evitar el inicio de una investigación relacionada con la comisión de crímenes graves contra los Derechos Humanos y la humanidad en sí, como es el caso del genocidio de lesa humanidad. Razón por la cual, aunque el Estado Colombiano no ratificó el Tratado mencionado, ello no es óbice para reconocer que respecto de los delitos de lesa humanidad -como el pluricitado genocidio- no opera la prescripción, esto es, deben ser investigables en cualquier tiempo".

⁹⁵ El TPIY ha sostenido al respecto: "271. La Sala de Primera Instancia reconoció correctamente que los delitos que no están relacionados con ataques generalizados o sistemáticos contra una población civil no deben ser enjuiciados como crímenes contra la humanidad. Crímenes de lesa humanidad son delitos de carácter especial a que un mayor grado de depravación moral que atribuye a un delito común. Así, para condenar a un acusado de crímenes contra la humanidad, debe probarse que los crímenes estaban relacionados con el ataque contra una población civil (que ocurre durante un conflicto armado) y que el acusado sabía que sus crímenes eran tan relacionados entre sí" [subrayado fuera de texto]. Sentencia proferida por la Sala de apelaciones del TPIY el 15 de julio de 1999, en [http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf].

los tribunales nacionales e internacionales sobre la materia, como se ha visto; de manera que el eje central del cual se deriva la imprescriptibilidad de la acción judicial en tratándose de una conducta de lesa humanidad se sustenta en la afrenta que suponen dichos actos para la sociedad civil contemporánea, razón por la cual, en virtud de un efecto de irradiación, las consecuencias de la categoría jurídica de lesa humanidad se expanden a las diversas ramas del ordenamiento jurídico en donde sea menester aplicarla, esto es, surtirá efectos en los diversos ámbitos del ordenamiento jurídico en donde surja como exigencia normativa abordar el concepto de lesa humanidad a fin de satisfacer las pretensiones de justicia conforme al ordenamiento jurídico supranacional, constitucional y legal interno; pues, guardar silencio, en virtud del argumento de la prescripción de la acción, respecto de una posible responsabilidad del Estado en esta clase de actos que suponen una violación flagrante y grave de Derechos Humanos equivaldría a desconocer la gravedad de los hechos objeto de pronunciamiento –y sus nefastas consecuencias-.

18.12 Puede sostenerse, sin duda alguna, que la ocurrencia de actos de lesa humanidad respecto de los cuales se demande la responsabilidad del Estado exige comprender, siguiendo la precedente argumentación, que el estudio de la caducidad de la acción de reparación directa no puede quedar limitada sólo al tenor literal del artículo 136.8 del Código Contencioso Administrativo [Decreto 01 de 1984], sino que es esta norma es la base para operar una debida y ponderada aplicación de tal fenómeno procesal. Se trata, pues, de la afirmación del principio de integración normativa que implica la aplicación de normas de diferentes ordenamientos como forma de colmar las lagunas, o vacíos normativos en los que nada se expresa acerca de la caducidad de la mencionada acción cuando se trata de demandar la responsabilidad del Estado por actos de lesa humanidad.

18.13 En este orden de ideas, si hoy por hoy la premisa aceptada en punto de la responsabilidad penal de individuos es la imprescriptibilidad por la ocurrencia de actos de lesa humanidad, admitiendo matizaciones de garantías liberales clásicas en esta materia, no habrían mayores complicaciones para que en sede de la jurisdicción contenciosa administrativa se predique similares consideraciones, dado que resultaría paradójico que se atribuya responsabilidad penal a un individuo que ha actuado en su condición [o prevalido de la misma] de agente del Estado y se guarde silencio respecto de la responsabilidad del Estado por las mismas circunstancias, siendo posible que ese agente

haya empleado recursos logísticos, técnicos y humanos del Estado para llevar a cabo estos crímenes o, por el contrario, teniendo el deber normativo de actuar a fin de evitar un resultado lesivo éste se abstuvo de ejecutar tal acción.

18.14 Así pues, guardando coherencia con la anterior consideración cuando se demanda la responsabilidad del Estado por daños antijurídicos derivados de actos de lesa humanidad, el principio de integración normativa debe ser aplicado sistemáticamente con el principio de derecho internacional público del *ius cogens* para concluir que en estos eventos la caducidad de la acción de reparación directa de manera única y excepcional no operaría, o se producirían efectos similares a la imprescriptibilidad que se afirma de la acción penal.

18.15 Debe sostenerse que se justifica un trato diferenciado en relación con el régimen ordinario de caducidad de las acciones contencioso administrativas⁹⁶, en razón al fundamento jurídico que sustenta la petición indemnizatoria, pues no se persigue solamente la satisfacción de un interés particular de los demandantes, sino que plantea también la protección del interés público y de los derechos de la humanidad, considerada como un todo, pues esta clase de actos de lesa humanidad repudiabiles no sólo vulneran a quien padece directamente tales actos sino que, en virtud de su perversión moral, representan una afrenta grave a toda la sociedad civil organizada al cuestionar la vigencia imperativa de los Derechos Humanos y del concepto de humanidad⁹⁷, con independencia del contexto nacional al que pertenezcan los afectados directos, disposiciones éstas que

⁹⁶ Al respecto es valioso el comentario de Schmidt-Assmann en torno a considerar la cada vez más creciente vinculación del derecho internacional dentro del derecho administrativo. “13. En el futuro también el Derecho Internacional incidirá con mayor frecuencia en la actuación administrativa. La eficacia vinculante de las normas generales del Derecho Internacional, que conforme al art 25 GG es fuente de derechos y obligaciones individuales, apenas si ha tenido relevancia práctica en muy concretos ámbitos administrativos con trascendencia internacional, pero no en las tareas cotidianas de la mayoría de los órganos administrativos [...] En esta línea, el derecho internacional convencional irá aumentando progresivamente su importancia como fuente de vinculación de la administración [...] Por lo demás, allí donde los Tratados internacionales –como, por ejemplo, CEDH- cuentan con instrumentos propios de protección, de los que puede resultar una interpretación uniforme de los tratados, las Administraciones nacionales están sin duda vinculadas a aquella jurisprudencia.”. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid, Marcial Pons, 2003, p.59.

⁹⁷ Sentencia de 29 de noviembre de 1996 TPIY caso *Fiscal vs Erdemovic*. “28. Los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, lo que debe necesariamente exigir su castigo. Pero 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.” [subrayado fuera de texto].

constituyen los cimientos estructurales de todo Estado de Derecho⁹⁸, en virtud del sustrato axiológico que le es inherente a todo ordenamiento jurídico contemporáneo

18.16 En otros términos, la filosofía en que se inspira la caducidad de las acciones contencioso administrativas diseñada por el Código, es de una clara esencia individualista, esto quiere decir que el soporte para imponer esta sanción es limitar el acceso a la administración de justicia al obrar negligencia o incuria de la parte afectada o interesada en demandar la protección de sus derechos subjetivos, es decir, se sustenta la caducidad en el ejercicio de acciones en las que se controvierten y pretenden proteger intereses particulares.

18.17 Por el contrario, no es de recibo este criterio tratándose de asuntos en los que la acción persigue la satisfacción de intereses públicos intersubjetivamente relevantes para la humanidad, considerada como un todo, siendo sustraída de esta sanción perentoria por el transcurso del tiempo, pues, en estos eventos, el ejercicio de una acción dentro de un término específico debe ceder frente a principios o valores superiores esenciales para la humanidad, al decir de Radbruch: *“la seguridad jurídica no es el valor único ni decisivo, que el derecho ha de realizar. Junto a la seguridad encontramos otros dos valores: conveniencia (Zweckmässigkeit) y justicia”*⁹⁹.

⁹⁸ Al respecto Pérez Luño afirma: “c) El estado social de derecho implica también la superación del carácter negativo de los derechos fundamentales que dejan, de este modo, de ser considerados como una autolimitación del poder soberano del Estado para devenir (en) límites que el principio democrático de la soberanía popular impone a los órganos que de ella dependen. Por tanto, el papel de los derechos fundamentales deja de ser meros límites del a actuación estatal para transformarse en instrumentos jurídicos de control de su actividad positiva, que debe estar orientada a posibilitar la participación de los individuos y los grupos en el ejercicio del poder. Lo que trae como consecuencia la necesidad de incluir en el sistema de los derechos fundamentales no sólo las libertades clásicas, sino también a los derechos económicos, sociales y culturales como categorías accionables y no como meros postulados programáticos.”. PEREZ LUÑO, Antonio. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Tecnos, Madrid. Cuarta edición, 1991. p. 227-228.

Robert Alexy anota: *“La autonomía es el uso de la libertad. Que los derechos fundamentales aseguren tanto la autonomía privada como la pública tiene un significado básico para la teoría del Estado democrático constitucional. Esto se realiza mediante una amplia gama de derechos que abarca desde la libertad de opinión pasando por la libertad de reunión y la libertad de prensa, hasta el derecho a elecciones generales, libres, iguales y secretas. De este modo se constituye una relación necesaria entre los derechos fundamentales y la democracia”* [subrayado fuera de texto]. ALEXY, Robert. “La institucionalización del a razón”, ob., cit., pp.239-240.

⁹⁹ RADBRUCH, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Abeledo-Perrot, 1962, p.36. Sobre la tesis de Radbruch Alexy sostiene lo siguiente: *“Si los mejores argumentos a favor de una prioridad estricta de la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social sobre la corrección material se pronunciasen, la famosa frase de Kelsen “[d]e ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho”*³⁰ *sería correcta desde cualquier punto de vista. Con posterioridad a 1945 Radbruch adujo contra esto que el conflicto entre la justicia, esto es, la corrección material, y la seguridad jurídica podría resolverse en principio a favor de la seguridad jurídica; esto, sin embargo, no resultaba válido sin restricción. La*

18.18 Es en este último esquema conceptual en donde se inscribe el supuesto de la acción que persigue la indemnización de perjuicios derivados de la comisión de crímenes de lesa humanidad dado el ámbito de afectación que con estas conductas se causa, que trascienden a los expectativas, principios, valores y derechos particulares, pues conforme a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso *Almonacid Arellano vs Chile*, es claro que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad “*cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido*”, adoptada en el marco de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, es una norma de *jus cogens* tal como se expuso más arriba.

18.19 Estas consideraciones sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, se corresponde plenamente con los principios y valores constitucionales establecidos por el constituyente en 1991, tanto en el preámbulo en donde se expresa como fines “*asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz*”, norma con eficacia jurídica¹⁰⁰, así como en el artículo 2° superior que establece que:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten y la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

prioridad de lo legal y lo eficaz sobre lo correcto llegaba a un límite cuando la contradicción entre una ley positiva con la justicia alcanzaba una “medida insostenible. Esto puede reducirse a la breve fórmula: La extrema injusticia no es Derecho³².

Lo específico de esta fórmula es que no exige un total ajustamiento del Derecho y la moral. Admite el Derecho legal y eficaz incluso cuando es injusto. Simplemente se incorpora a través de ella un límite máximo en el Derecho.”. ALEXY, Robert. “La institucionalización de la razón” En: *Revista Persona y Derecho*. Universidad de Navarra. No. 43. 2000, pp.217-249 (especialmente págs. 235-236), en <http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/14155>].

¹⁰⁰ Sobre el valor normativo del preámbulo la jurisprudencia constitucional ha sostenido: “*Considera la Corte que la preceptiva constitucional ha sido enderezada por el propio Constituyente a la realización de unos fines, al logro de unos cometidos superiores ambicionados por la sociedad, que cabalmente son los que plasma el Preámbulo y que justifican la creación y vigencia de las instituciones. Quitar eficacia jurídica al Preámbulo, llamado a guiar e iluminar el entendimiento de los mandatos constitucionales para que coincida con la teleología que les da sentido y coherencia, equivale a convertir esos valores en letra muerta, en vano propósito del Constituyente, toda vez que al desaparecer los cimientos del orden constitucional se hace estéril la decisión política soberana a cuyo amparo se ha establecido la Constitución. Juzga la Corte Constitucional que el Preámbulo goza de **poder vinculante** en cuanto sustento del orden que la Carta instaure y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios*”. Corte Constitucional, Sentencia C-479 de 1992.

18.20 De estas disposiciones se derivan mandatos normativos dirigidos al Estado para que materialice los principios y valores constitucionales que, en últimas, justifican la existencia del Estado colombiano, de donde se resalta la prosecución de la justicia y la efectividad de los principios y derechos; así, se observa que la regla de la imprescriptibilidad se aviene con esta normativa constitucional y, más aun, la misma es necesaria para entender que en casos donde han ocurrido actos constitutivos de lesa humanidad se está cristalizando la teleología constitucional, pues la impunidad de hechos de tal envergadura constituyen una negación del Estado Social de Derecho; aunque se advierte que la obligación del Estado de juzgar tales conductas no surge por la pertenencia a un determinado sistema político local o regional sino invocando la universalidad de la protección de los Derechos Humanos, es decir, actuando como garante principal del respeto y realización efectiva de los derechos de la humanidad dentro de su respectiva circunscripción territorial¹⁰¹.

18.21 En este orden de ideas, apelando al carácter de norma de *jus cogens* de la imprescriptibilidad de la acción judicial cuando se investiguen actos de lesa humanidad, sin que sea posible oponer norma jurídica convencional de derecho internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario o interno que la contraríe, la Sala admite, entonces, que en los eventos en que se pretenda atribuir como un daño antijurídico indemnizable un hecho que se enmarca un supuesto de hecho configurativo de un acto de lesa humanidad, previa satisfacción de los requisitos para su configuración, no opera el término de caducidad de la acción de reparación directa, pues, se itera, existe una norma superior e inderogable reconocida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y refrendada en el contexto regional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que dispone expresamente que el paso del tiempo no genera consecuencia negativa alguna para acudir a la jurisdicción a solicitar la reparación integral de los daños generados por tales actos inhumanos.

¹⁰¹ Como lo anota Yasemin Soysal. “En el periodo de posguerra el Estado-nación, como estructura de organización formal, se desvincula cada vez más del locus de legitimidad, el cual se ha trasladado al nivel global trascendiendo las identidades y las estructuras territorializadas. En este nuevo orden de la soberanía, el sistema principal asume la labor de definir las reglas y los principios, otorgando a los Estados-nación la responsabilidad de garantizar su respeto y aplicación (Meyer, 1980, 1994). Los Estados-nación siguen siendo los principales agentes de las funciones públicas, aunque la naturaleza y los parámetros de estas funciones son determinadas cada vez más en el nivel global.”. SOYSAL, Yasemin. Hacia un modelo de pertenencia posnacional, en *Ciudadanía Sin Nación*. (Yasemin Soysal, Rainer Bauböck y Linda Bosniak) Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar. Bogotá, 2010, pp.138-139.

18.22 La Sala llega a esta conclusión, además, invocando el control de convencionalidad obligatorio¹⁰², el cual se entiende como el juicio de revisión de la adecuación del ordenamiento interno a la luz de los postulados convencionales, a cargo de los jueces ordinarios, a fin de velar por la regularidad y armonía de las normas del derecho interno frente a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos al momento de su aplicación, acatando la interpretación que de las primeras ha efectuado la Corte Interamericana; no es más que un instrumento para garantizar la efectividad de las disposiciones convencionales en el marco de las decisiones judiciales ordinarias¹⁰³. Esto lleva a que adicional a las normas internas que rigen el trámite de los procedimientos contenciosos administrativos, la Sala de Sección precisa que al momento de su interpretación y aplicación el funcionario judicial no sólo debe remitirse a ellas sino que en su razonamiento debe acudir a las normas constitucionales y de orden supraconstitucional, donde se enfatiza en la Convención Americana de Derechos

¹⁰² Fundamentado en los artículos 8.1 *"1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."* y 25 *"1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."* de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁰³ Esta doctrina surgió en los casos *Almonacid Arellano vs Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, en donde se dijo: "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 mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. 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." y *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú* de 24 de noviembre de 2006, apuntándose en esta decisión lo siguiente: "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones".

Humanos y la doctrina desarrollada a partir de ella por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

18.23 Lo anterior en razón a que ya es un lugar común sostener que el Juez Administrativo no es un mero ejecutor formal de las normas legales sino que en razón 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.

19 Con base en los anteriores fundamentos la Sala procede a examinar el caso en concreto.

3.3.3. Determinación de la caducidad en el caso en concreto.

20 La Sala después de analizar la demanda, la contestación de la demanda, y todo el abundante acervo probatorio considera que no operó el fenómeno de caducidad en el presente caso por las siguientes razones: (1) se encuentra demostrado que el hecho de la muerte de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** ocurrió el 14 de marzo de 2007 en el municipio de Monterrey, Casanare; (2) dicho hecho como tal no fue posible conocer a los demandantes, hasta el 8 de septiembre de 2008 cuando fueron contactados por el Personero Municipal de Cartago, Valle del Cauca; (3) que si bien la conciliación se celebró el 23 de septiembre de 2010 declarándose fallida, presentándose la demanda ese mismo día, no puede comprenderse que opera el cómputo de los términos de caducidad como lo consagra el artículo 136.8 del Código Contencioso Administrativo, ya que la muerte de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** debe estudiarse como un acto de lesa humanidad ya que hace parte de una acción sistemática que ciertos agentes del Estado en los últimos años vienen practicando contra miembros de la población civil, que para el caso en concreto se materializó en la muerte violenta de dicha persona; (4) de ahí, pues, que existe y está en curso ante la Fiscalía 31 de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Regional Villavicencio [Meta] el proceso penal identificado con el número de radicado 8100, de cuyas pruebas se desprende una serie de

factores para llegar a su calificación como acto de lesa humanidad, especialmente por la planificación previa que de las conductas como las que se juzga ha venido operando en los últimos años en las fuerzas militares del Estado colombiano; por lo tanto, (5) la Sala concluye que en el presente caso si bien se presentó la demanda el 23 de septiembre de 2010, cuando debió haberse hecho dentro del término que quedó suspendido a la presentación de la solicitud de conciliación pre-judicial, la interpretación convencional, constitucional y ponderada exige comprender que al tratarse de un acto que puede configurarse como de lesa humanidad el fenómeno de caducidad no ha operado.

21 Luego de abordar las cuestiones procesales, y siendo una de ellas, la prueba trasladada uno de los objetos de la apelación de las entidades demandadas que se entiende resuelto, la Sala delimita el análisis de la impugnación presentada por las partes.

4. Análisis de la impugnación.

22 El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por la parte demandada en su escrito de apelación oportunamente presentados [siguiendo la sentencia de Sala Plena de Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, expediente 21060]. Específicamente, se analizará por la Sala el juicio de imputación, en sus ámbitos fáctico y jurídico, y la liquidación de los perjuicios morales, precisándose su estudio de la siguiente manera: (1) la conducta de los miembros de las fuerzas militares constituyó una legítima defensa; (2) el título de imputación en este tipo de casos es la falla en el servicio y no el riesgo excepcional; (3) al no haber decisión en la jurisdicción penal acerca de la comisión de un delito por los miembros de las fuerzas militares que participaron en los hechos, no puede el juez administrativo pronunciarse respecto al acaecimiento del homicidio, o de las falsedades invocadas; y, (4) los perjuicios morales a favor de María Verónica Taborda de Taborda no debe liquidarse al máximo, o considerar desvirtuada con base en la prueba pericial consistente en la valoración psicológica realizada a la víctima, en la que se encontró que estaba en situación de abandono, rechazo, inferioridad y poca autoestima, manifestando temor ante la figura materna.

5. Los medios probatorios aportados y practicados convencional, constitucional y legalmente durante el proceso.

23 Al proceso fueron allegados y se practicaron a petición de los partes, cumpliendo las exigencias convencionales, constitucionales y legales, los siguientes medios probatorios, sobre los que procede a hacer el análisis de fondo.

5.1. Pruebas aportadas con la demanda.

1. Copia auténtica del registro civil de nacimiento, con serial indicativo número 5490251, de José Lorenzo Taborda Taborda [fls.21 c1; 461 tomo II pruebas; 921 tomo IV pruebas].
2. Copia auténtica del registro civil de nacimiento, con serial indicativo número 730513, de Cruz Helena Taborda Taborda [fl.22 c1].
3. Copia auténtica del registro civil de nacimiento, con serial indicativo número 6673615, de Luz Dilia Taborda Taborda [fl.23 c1].
4. Copia auténtica del registro civil de nacimiento, con serial indicativo número 740808, de Jairo de Jesús Taborda Taborda [fl.24 c1].
5. Copia auténtica del registro civil de nacimiento, con serial indicativo número 10332928, de Verónica Taborda Taborda [fl.25 c1].
6. Copia simple del oficio, de 8 de septiembre de 2008, del Personero Municipal de Cartago, Valle del Cauca [fl.30 c1].
7. Copia simple del comunicado número 325-08 DRCR URMF GIFO, de 1 de septiembre de 2008, de la Odontóloga Forense de la Oficina de Identificación de Cadáveres NN's, de la Dirección Regional Oriente del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses [fl.31 c1].
8. Copia simple del formato para personas N.N., correspondiente a José Lorenzo Taborda [fl.32 c1].

5.2. Pruebas recaudadas durante la etapa probatoria.

9. Oficio número DNF-17959, de 16 de agosto de 2011, de la Profesional Universitaria III del Grupo de Derechos Humanos de la Dirección Nacional de Fiscalías [fl.10 tomo I pruebas].

10. Oficio número 320, de 23 de agosto de 2011, del Registrador Municipal del Estado Civil de Monterrey, Casanare [fl.11 tomo I pruebas].
- 10.1. Registro civil de defunción de José Lorenzo Taborda Taborda, con indicativo serial número 05868740 [fls.12 tomo I pruebas; 683 tomo III pruebas; 908 tomo IV pruebas].
11. Oficio número 10345/MD-DIV8-BR16-CJM-38.10, de 8 de septiembre de 2011, del Comandante de la Décimo Sexta Brigada del Ejército Nacional [fl.14 tomo I pruebas].
12. Oficio número 1099/MDN-JPM-J13-IPM, de 31 de agosto de 2011, del Juez 13 de Instrucción Penal Militar [fl.15 tomo I pruebas].
13. Oficio número DDDDHH 4982, de 26 de septiembre de 2011, de la Procuraduría General de la Nación [fl.17 tomo I pruebas].
14. Oficio número 1779, de 18 de octubre de 2009, de Juzgado Tercero Administrativo de Pereira, Risaralda, con el que se envió el expediente con radicado número 2011-00461-00 [fl.18 tomo I pruebas].
15. Testimonio rendido por Carlos Alfonso Téllez Cabal [fls.46 a 49 tomo I pruebas].
16. Oficio número 049/2012, de 21 de febrero de 2012, de la Secretaria Común de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario [fl.50 tomo I pruebas].
- 16.1. Informe militar [fls.53 a 155 tomo I pruebas].
- 16.2. Acta de la diligencia de inspección judicial realizada por la Fiscalía 31 Especializada adscrita la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario el 12 de octubre de 2011, dentro del radicado 8100, a la historia clínica de José Lorenzo Taborda Taborda en el consultorio CER [Centro de Especialistas de Risaralda] ubicado en la carrera 5ª No. 18-33 de Pereira, consultorio 402 [fls.116 a 118 tomo I pruebas].
- 16.3. Acta de la diligencia de inspección judicial realizada por la Fiscalía 31 Especializada adscrita la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario el 12 de octubre de 2011, dentro del radicado 8100, a la investigación con radicado número 2000-0090 adelantada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira [fls.119 y 120 tomo I pruebas].
- 16.3.1. Auto número 1277, de 17 de septiembre de 1997, del Juzgado Segundo de Menores de Pereira [fls.132 a 135, 233 a 237 tomo I pruebas].

16.3.2. Registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 5490251, de José Lorenzo Taborda Taborda [fls.137 y 238 tomo I pruebas].

16.3.3. Resolución de 27 de marzo de 1998, de la Fiscalía Diez Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Pereira [fls.140 a 146 tomo I pruebas].

16.3.4. Resolución de 10 de marzo de 2000, de la Fiscalía Diez Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Pereira, por la que se calificó el mérito del sumario seguido contra José Lorenzo Taborda Taborda [fls.147 a 150 tomo I pruebas].

16.3.5. Acta de la diligencia de audiencia pública celebrada ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito [fls.153 a 156 tomo I pruebas].

16.3.6 Sentencia de 13 de octubre de 2000 proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito [fls.157 a 162, 242 a 246 tomo I pruebas].

16.4. Acta de la diligencia de inspección judicial realizada a instancias de la Fiscalía 31 Especializada adscrita la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario el 12 de octubre de 2011, dentro del radicado 8100, a las dependencias del Comando del Ejército Nacional, Dirección de Personal, Sección Jurídica [fl.168 tomo I pruebas].

16.4.1. Hoja de vida del Mayor Erwin Eduardo Duarte Rojas [fls.164 a 176 tomo I pruebas].

16.4.2. Hoja de vida del Teniente Xavier Alfonso Franco Silva [fls.177 a 181 tomo I pruebas].

16.5. Acta de la diligencia de inspección judicial realizada por la Fiscalía 31 Especializada adscrita la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario el 13 de octubre de 2011, dentro del radicado 8100, a la Institución Prestadora de Servicios de Salud IPS Cartago [fls.182 y 183 tomo I pruebas].

16.6. Declaración rendida por Gilberto Antonio Trujillo Ramírez [fls.185 y 186 tomo I pruebas].

16.7. Declaración rendida por Lucelly Silva Gaviria [fls.187 y 188 tomo I pruebas].

16.8. Declaración rendida por Beatriz Eugenia Cortés Duque [fls.189 a 191 tomo I pruebas].

16.9. Declaración rendida por Mery Toro Vera [fls.192 y 193 tomo I pruebas].

16.10. Declaración rendida por José Alexander Martínez Valencia [fls.194 y 195 tomo I pruebas].

- 16.11. Declaración rendida por Yilman Jairo Saavedra Cano [fls.196 y 197 tomo I pruebas].
- 16.12. Declaración rendida por Blanca Libia Marmolejo Buitrago [fls.198 y 199 tomo I pruebas].
- 16.13. Declaración rendida por Rubiela Ballejo de Gutiérrez [fls.200 y 201 tomo I pruebas].
- 16.14. Declaración rendida por Luis Felipe Figueroa Taborda [fls.202 a 204 tomo I pruebas].
- 16.15 Historia clínica número 15566575 correspondiente a José Lorenzo Taborda Taborda en el que se consignó el retardo mental con movimiento coreoatetosicos y epilepsias desde el 2005 [fls.211 y 212 tomo I pruebas; 463 a 467 tomo II pruebas; 923 y 924 tomo IV pruebas].
- 16.16. Declaración rendida por María Beronica Taborda Taborda [fl.228 ambas caras tomo I pruebas].
- 16.17. Acta de la diligencia de inspección judicial realizada por el CTI adscrita a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario el 21 de noviembre de 2011, dentro del radicado 8100, a las instalaciones de la Dirección de Personal del Ejército Nacional, Oficina de hojas de vida e historias laborales [fls.257 a 276 tomo II pruebas].
- 16.18. Oficio, del 19 de agosto de 2010, de la Oficina Jurídica del Hospital Departamental de Cartago con la que se remitió la historia clínica número 287420, correspondiente a José Lorenzo Taborda Taborda, al Juzgado 13 de Instrucción penal Militar [fls.362 a 367 tomo II pruebas].
- 16.19. Providencia de 17 de febrero de 2011, proferida por el Juzgado Décimo de Instancia de Brigada [fls.378 a 383 tomo II pruebas].
- 16.20. Acta de la diligencia de inspección judicial realizada por la Fiscalía 62 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, con sede en Villavicencio, el 18 de febrero de 2010, dentro del radicado 060, a las diligencias conocidas en el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar [fls.402 y 403 tomo II pruebas].
- 16.21. Acta de inspección a cadáver número 008, levantada por la Fiscalía Treinta y Tres [33] Local de Monterrey, Casanare [fls.404 a 406 tomo II pruebas; 662 a 664 tomo III pruebas].

- 16.22. Declaración rendida por el soldado profesional Aldidiar Amaya Álvarez [fls.407 y 408 tomo II pruebas; 685 y 686 tomo III pruebas].
- 16.23. Declaración rendida por el CT. Erwin Eduardo Duarte Rojas [fls.409 a 411 tomo II pruebas; 687 a 689 tomo III pruebas].
- 16.24. Declaración rendida por el soldado profesional José Duvan Aranzalez Walteros [fls.412 y 413 tomo II pruebas; 690 y 691 tomo III pruebas].
- 16.25. Declaración rendida por el ST. Xavier Alfonso Franco Silva [fls.414 a 416 tomo II pruebas; 692 a 694 tomo III pruebas].
- 16.26. Protocolo de necropsia número 097 de la Unidad Local de Monterrey, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Casanare [fls.417 a 421 tomo II pruebas; 696 a 700 tomo III pruebas].
- 16.27. Indagatoria rendida por el soldado profesional José Duván Aranzaes Walteros [fls.422 a 425 tomo II pruebas; 723 a 726 tomo III pruebas]
- 16.28. Indagatoria rendida por el soldado profesional Aldidiar Amaya Álvarez [fls.426 a 429 tomo II pruebas; 727 a 730 tomo III pruebas].
- 16.29. Acta número 00287, de 14 de marzo de 2007, del Batallón de Infantería No.44 “CR. Ramón Nonato Pérez” [fl.430 tomo II pruebas].
- 16.30. Indagatoria rendida por el ST. Xavier Alfonso Franco Silva [fls.431 a 435 tomo II pruebas; 762 a 766 tomo III pruebas].
- 16.31. Providencia de 9 de octubre de 2009, del Fiscal Sexto ante Tribunal Superior Militar [fls.436 a 441 tomo II pruebas].
- 16.32 Resolución número 000253, de 22 de septiembre de 2010, del Jefe de la Unidad Nacional de Fiscalías de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario [fls.444 y 445 tomo II pruebas].
- 16.33. Acta de la diligencia de inspección judicial realizada por la Fiscalía 31 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, el 18 de noviembre de 2010, dentro del radicado 8100, a las instalaciones del Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar [fl.448 tomo II pruebas].
- 16.34. Demanda de parte civil presentada en nombre de los familiares de José Lorenzo Taborda Taborda por un abogado del Comité de Solidaridad con los Presos Políticos [fls.452 a 459 tomo II pruebas; 912 a 918 tomo IV pruebas].
- 16.35. Declaración rendida por Augusto Hernando Galindo Gómez [fls.476 y 477 tomo II pruebas].

- 16.36. Declaración rendida por Manuel de Jesús Mercado Ramos [fls.478 y 479 tomo II pruebas].
- 16.37. Declaración rendida por Franklin Fabián Mójica Parra [fls.480 a 481 tomo II pruebas].
- 16.38. Declaración rendida por José Miguel Rodríguez [fls.483 a 486 tomo II pruebas].
- 16.39. Declaración rendida por Hemel Alonso Carrascal Guerrero [fls.487 y 488 tomo II pruebas].
- 16.40. Declaración rendida por Héctor Augusto Montoya Montoya [fls.489 a 491 tomo II pruebas].
- 16.41. Declaración rendida por Deiner Antonio Ovejero de Dios [fls.492 y 493 tomo II pruebas].
- 16.42. Declaración rendida por William Calderón Martínez [fls.495 y 496 tomo II pruebas].
- 16.43. Declaración rendida por Cruz Helena Taborda Taborda ante la Fiscalía 31 Especializada [fls.501 a 505 tomo II pruebas].
- 16.44. Declaración rendida por Jairo de Jesús Taborda Taborda ante la Fiscalía 31 Especializada [fls.506 a 511 tomo II pruebas].
- 16.45. Queja presentada por Jairo de Jesús Taborda Taborda ante el Jefe de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Comando del Ejército Nacional [fls.512 a 514 tomo II pruebas].
- 16.46. Acta de la diligencia de ampliación y ratificación del informe presentado por Jairo de Jesús Taborda Taborda [fl.523 tomo II pruebas].
- 16.47. Acta de la diligencia de inspección judicial realizada por la Fiscalía 31 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, el 11 de julio de 2011, dentro del radicado 8100, a la carpeta de muertes en combate que se encontraba en el Batallón de Infantería No.44 “Ramón Nonato Pérez”, Coordinación Jurídica del Comando ubicado en el municipio de Tauramena, Casanare [fl.524 tomo II pruebas].
- 16.47.1. Lección aprendida completa No. 017, de 14 de marzo de 2007, suscrita por el Comandante del BIRNO No.44 [fls.525 a 527 tomo II pruebas].
- 16.47.2. Informe de patrullaje del Comandante de la Patrulla CT. Erwin Eduardo Duarte Rojas, de 14 de marzo de 2007 [fls.529 a 531 tomo II pruebas; 743 a 746 tomo III pruebas].

16.47.3. Comunicación manuscrita del Comandante de la Compañía E. Eduardo Duarte Rojas [fl.532 tomo II pruebas].

16.47.4 Radiograma operacional [fl.533 tomo II pruebas].

16.47.5 Fotografía de la persona dada de baja en la operación [fl.534 tomo II pruebas].

16.48. Acta de la diligencia de inspección judicial realizada por la Fiscalía 31 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, el 12 de julio de 2011, dentro del radicado 8100, al Comando General del Batallón de la Décimo Sexta Brigada con sede en la ciudad de Yopal, Casanare, oficina de Coordinación Jurídica [fl.535 tomo II pruebas].

16.48.1. Oficio número 0615/DIV4-BR16-BIRNO 44-S3-OP-373, que contiene la orden fragmentaria número 032, de 13 de marzo de 2007 [fls.536 a 538 tomo II pruebas; 741 y 742 tomo III pruebas].

16.48.2. Anotaciones al libro COT [fls 539 a 554 tomo II pruebas].

16.48.3. Informe de situación de tropas [INSITOP].

16.48.4. Declaración rendida por el Mayor Erwin Eduardo Duarte Rojas [fls.555 a 557 tomo II pruebas].

Versión libre y espontánea rendida por el Teniente Xavier Alfonso Franco Silva [fls.558 a 561 tomo II pruebas].

16.49. Acta de la diligencia de inspección judicial realizada por la Fiscalía 31 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, el 12 de julio de 2011, dentro del radicado 8100, a la carpeta de muertes en combate del Batallón de Infantería No. 44 “Ramón Nonato Pérez” ubicado en Tauramena, Casanare [fl.564 tomo II pruebas].

16.50. Acta de la diligencia de inspección judicial realizada por la Fiscalía 31 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, el 27 de julio de 2011, dentro del radicado 8100, a la Sección Tercera de la Décimo Sexta Brigada del Ejército Nacional con sede en Yopal [fls.565, 581 tomo II pruebas; 607 tomo III pruebas].

16.50.1. Oficio número 0682/DIV4-BR16-BIRNO 44 –S3-OP-375, de 1 de marzo de 2007, del Comandante del Batallón de Infantería No.44 “CO. Ramón Nonato Pérez” [fls.566 y 567 tomo II pruebas]

16.50.2. Lección aprendida número 15, de 6 de marzo de 2007 [fls.568 y 569 tomo II pruebas].

- 16.50.3. Informe de patrullaje de 6 de marzo de 2007 [fls.571 y 572 tomo II pruebas].
- 16.50.4. Acta de inspección judicial a cadáver N°004-F16, de 7 de marzo de 2007, del Funcionario Investigador SIJIN DECAS [fl.573 tomo II pruebas].
- 16.50.5. Orden de operaciones “BATALLA IV”, de 1 de enero de 2007, de la Décimo Sexta Brigada del Ejército Nacional [fls.608 a 616 tomo III pruebas].
- 16.50.6. Anexo de inteligencia a la orden de operaciones “BATALLA IV” [fls.617 a 644 tomo III pruebas].
- 16.51. Acta de la diligencia de inspección judicial realizada por la Fiscalía 31 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, el 27 de julio de 2011, dentro del radicado 8100, al Batallón de Infantería No. 44 “Ramón Nonato Pérez” ubicado en Tauramena, Casanare [fls.582 tomo II pruebas; 645 tomo III pruebas].
- 16.52. Declaración rendida por Verónica Taborda Taborda [fls.584 a 588 tomo II pruebas].
- 16.53. Declaración rendida por María Beronica Taborda de Taborda [fls.590 a 594 tomo II pruebas].
- 16.54. Declaración rendida por Luz Dilia Taborda Taborda [fls.595 a 598 tomo II pruebas].
- 16.55. Oficio número 044/GRUVI-SIJIN DECAS, de 14 de marzo de 2007, del Funcionario de la Policía Judicial investigador SIJIN DECAS [fl.670 tomo III pruebas].
- 16.56. Constancia del Fiscal Treinta y Tres [33] Local de Monterrey, de 14 de marzo de 2007, [fl.671 tomo III pruebas].
- 16.57. Certificado de defunción correspondiente a NN fallecido el 14 de marzo de 2007 en la vereda Brisas del Llano [fls.701 a 705 tomo III pruebas].
- 16.58. Registro civil de defunción de NN fallecido el 14 de marzo de 2007 a las 4:50 am [fls.707 y 754 tomo III pruebas].
- 16.59. Documento de inteligencia del Comandante de la Décima Sexta Brigada [fl.722 tomo III pruebas].
- 16.60. Oficio SCAS.GOPE.APJ.C No.216754-1, del DAS Casanare [fls.734 a 736 tomo III pruebas].
- 16.61. Providencia de 27 de noviembre de 2007 del Juez Trece [13] de Instrucción Penal Militar de Tauramena, Casanare [fls.768 a 780 tomo III pruebas].

16.62. Providencia de 25 de febrero de 2008 del Fiscal Veinte [20] Penal Militar ante el Juzgado Décimo [10] de Brigadas de la Décimo Sexta Brigada de Yopal, Casanare [fls.805 a 819 tomo III pruebas].

16.63. Concepto de la Procuraduría 22 Judicial Penal II dentro del grado jurisdiccional de consulta de la providencia de 25 de febrero de 2008, en el que solicitó confirmar la misma¹⁰⁴ [fls.829 a 831 tomo III pruebas].

16.64. Oficio número SIES.GCR.BF.216754-3, de 18 de diciembre de 2008, de la Sección de Balística Forense del DAS [fls.870 a 893 tomo III pruebas].

16.65. Oficio SCAS-GOPE-GIDE 1999703-1, de 15 de marzo de 2010, del responsable del Área de Identificación del DAS, según el cual, sin comprobación dactiloscópica, José Lorenzo Taborda Taborda identificado con la cédula de ciudadanía número 14.566.575 no registraba antecedentes judiciales [fl.904 tomo IV pruebas].

24 Los anteriores medios probatorios serán valorados por la Sala para resolver los problemas jurídicos que se pueden plantear con base en el objeto de la impugnación presentada por la parte demandada, radicada en el juicio de imputación, y en la liquidación y reconocimiento de los perjuicios inmateriales [morales y a bienes constitucionales].

6. Problemas jurídicos.

25 Se pueden plantear tres problemas jurídicos: (1) ¿cabe imputar fáctica y jurídicamente la responsabilidad a las entidades demandadas por el daño antijurídico padecido por **JOSÉ LOREZNO TABORDA TABORDA**, como consecuencia de su desaparición y muerte violenta en los hechos ocurridos el 14 de marzo de 2007 en la vereda Brisas del llano, del municipio de Monterrey, Casanare?; (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

¹⁰⁴ “[...] los militares ejecutaron una acción tendiente a salvaguardar sus vidas y a su vez la seguridad de la población civil, por cuanto se sabía que los delincuentes al servicio del narcotráfico se encontraban realizando diferentes acciones que atentaban contra la comunidad aunando a lo anterior el hecho de que dicha organización al notar la presencia de los militares abrieron fuego en contra de estos, por cuanto al ver el peligro inminente del que estaban siendo víctimas [sic], procedieron a reaccionar generándose un cruce de disparos, instante en el cual dieron de baja a quien esta probado en el plenario era miembro de las bandas dedicadas al narcotráfico” [fls.830 y 831 tomo III pruebas].

lucro cesante]; o, (3) ¿sólo cabe confirmar los perjuicios inmateriales que en la modalidad de perjuicios morales fueron reconocidos y liquidados en primera instancia, o cabe incrementarlos?

26 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.

7. Control oficioso de convencionalidad¹⁰⁵.

27 El control de convencionalidad¹⁰⁶ 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.”¹⁰⁷

27.1 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,”¹⁰⁸ lo cierto es que desde antes del 2002,¹⁰⁹ e incluso en la jurisprudencia de los años noventa de

¹⁰⁵ Puede verse: Sección Tercera, Sala de Sub-sección C en la sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 35413.

¹⁰⁶ 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 (Autores). Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, 1 ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Págs. 175-181

¹⁰⁷ “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”. 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].

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

¹⁰⁹ “[...] 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].

la Corte Interamericana de Derechos, ya se vislumbraban ciertos elementos de este control de convencionalidad.

27.2 Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado,¹¹⁰ aunque en su formulación inicial se señalaba que eran los jueces los llamados a ejercerlo.

27.3 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 misma¹¹¹ y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.”¹¹²

27.4 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 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 humanitario.¹¹³

¹¹⁰ 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”.

¹¹¹ “[...] 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].

¹¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

¹¹³ “[...] 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”. 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].

27.5 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”¹¹⁴.

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

27.7 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 internacionales,¹¹⁵ sino también en la pretensión de justicia que intrínsecamente encierran

¹¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. 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”. 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].

¹¹⁵ 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.”

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 Convención.

27.8 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 disposiciones.

27.9 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”¹¹⁶

27.10 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 convencionalidad, 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

¹¹⁶ 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.

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.

27.11 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 colombiano.

27.12 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 a la protección judicial, entre otros asuntos¹¹⁹.

28 Así mismo, cabe examinar que por las circunstancias en que ocurrió la desaparición y muerte violenta de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** el 14 de marzo de 2007 en la vereda Brisas del Llano del municipio de Monterrey, Casanare, 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, violación del derecho internacional humanitario, y configuración como acto de lesa humanidad.

¹¹⁹ 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 1° 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 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.

8. 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 humanidad¹²⁰.

29 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, 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 14 de marzo de 2007 en los que murió violentamente **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** en el municipio de Monterrey [Casanare], 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.

29.1 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 individual y se ve revestida de una relevancia jurídica colectiva que involucra a la humanidad en su conjunto¹²¹.

29.2 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,

¹²⁰ Puede verse: Sección Tercera, Sala de Sub-sección C en la sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 35413.

¹²¹ Sección Tercera, Sub-sección C. Auto de 17 de septiembre de 2013, expediente 45092.

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.

29.3 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.

29.4 Por consiguiente, mal haría la Sala en guardar silencio respecto de unos hechos constitutivos de la desaparición y muerte violenta de una persona de la población civil, como **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, 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 sustancial y la búsqueda de la verdad, en tanto manifestaciones de la justicia material¹²² conforme a las normas convencionales¹²³ y constitucionales.

29.5 El juez administrativo, en estos casos, debe apoyarse tanto en los mandatos normativos convencionales contenidos en la Convención Americana de Derechos

¹²² Corte Constitucional sentencia SU-768/2014. 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.”.

¹²³ “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.” Sección Tercera, Subsección C. auto de 17 de septiembre de 2013, expediente 45092.

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 impunidad¹²⁴⁻¹²⁵ en un caso constitutivo de lesa humanidad; de modo que está habilitado para pronunciarse sobre la configuración de la 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.

30 Con base en los anteriores fundamentos es necesario establecer bajo un estudio de contexto que la desaparición y muerte violenta de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** ocurrida el 14 de marzo de 2007 en el municipio de Monterrey [Casanare] 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.

¹²⁴ 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.". Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2005/102/Add.1 8 de febrero de 2005.

¹²⁵ La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha comprendido un concepto amplio de impunidad, entendiéndolo 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" (Resaltado propio). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) c. Guatemala, sentencia de 8 de marzo de 1998. 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.

9. El concepto de lesa humanidad para el caso.

31 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”¹²⁶; siendo parte integrante de las normas de jus cogens de derecho internacional¹²⁷, razón por la cual su reconocimiento, tipificación y aplicación no puede ser contrariado por norma de derecho internacional público o interno¹²⁸.

31.1 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 sistemático¹²⁹.

31.2 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

¹²⁶ Sección Tercera, Sub-sección C, Auto de 17 de septiembre de 2013, exp. 45092.

¹²⁷ Tal como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente, en el caso *Almonacid Arellano c. Chile*, fallo 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 humanidad¹²⁷ 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”. (Subrayado fuera de texto).

¹²⁸ “[...] el jus 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 jus cogens tiene incidencia directa en los propios fundamentos de un Derecho Internacional universal, y es un pilar básico del nuevo jus Gentium”. 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>]

¹²⁹ Cfr. Auto de 17 de septiembre de 2013, exp. 45092.

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.

31.3 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*"¹³⁰.

31.4 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 ejecutadas¹³¹, de manera que, siguiendo a la Comisión de Derecho 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.*"¹³².

¹³⁰ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Sentencia de 7 de mayo de 1997. Caso Fiscal vs. Dusko Tadic. 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].

¹³¹ 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 dirigidas contra una población civil" población ", y, o bien una constatación de ser generalizado, que se refiere a el número de víctimas, o 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.". 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].

¹³² 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."

31.5 Para determinar que se trata de un acto de lesa humanidad la Sala ha debido analizar bajo un criterios contextuales¹³³ los hechos del presente caso¹³⁴ y los de las otras tres decisiones judiciales que se producen en esta misma fecha, 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) 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, otros personas que llegaron a las ciudades y que tenían un oficio, en determinados casos

¹³³ 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.upeace.org/OKN/collection/cortepenal/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”.

¹³⁴ 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.

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.

31.6 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 14 de marzo de 2007 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 del Casanare, municipio de Monterrey; (2) comprende un ataque sistemático ya que se trata de una práctica que las unidades militares como el Pelotón “Guerrero” del Batallón de Infantería No. 44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” de Tauramena, Casanare 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 14 de marzo de 2007 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 y violaciones 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.

31.7 En suma, la Sala encuentra que los hechos sucedidos el 14 de marzo de 2007 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 “Guerrero” del Batallón de Infantería No.44 “Coronel Ramón Nonato Pérez”, de la Décima Sexta Brigada del Ejército Nacional, y cuyo resultado era la muerte en presunto combate de personas jóvenes 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.

31.8 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*”¹³⁵.

32 Con base en los anteriores argumentos, la Sala parte de la premisa que los hechos del 14 de marzo de 2007 en el municipio de Monterrey, Departamento del Casanare, en los

¹³⁵ Tribunal Penal Internacional Para la Antigua Yugoslavia. TPIY. Sentencia de 29 de noviembre de 1996, caso Fiscal vs Erdemovic.

que murió violentamente **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** 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.

33 Si bien en la apelación de la parte demandada no se cuestiona 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.

10. Presupuestos del daño antijurídico.

10.1. La noción de daño en su sentido general.

34 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 directo, 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» [...]”¹³⁶.

35 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 eventual¹³⁷. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que

¹³⁶ 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.

¹³⁷ CHAPUS. “Responsabilité Publique et responsabilité privée”., ob., cit., p.507.

para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto¹³⁸⁻¹³⁹, esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio:

“[...] 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 ocurrencia¹⁴⁰”.

36 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 indemnización¹⁴¹. De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el 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 actual¹⁴².

10.2. La noción de daño antijurídico.

37 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.

37.1 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

¹³⁸ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

¹³⁹ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente 4333.

¹⁴⁰ 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.

¹⁴¹ CHAPUS. “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”.

¹⁴² HENAO, Juan Carlos, El Daño- Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.131

irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo.

37.2 El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual¹⁴³ 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”¹⁴⁴; 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 cosa”¹⁴⁵; 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”¹⁴⁶, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos¹⁴⁷; y, iii) porque no

¹⁴³ 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”.

¹⁴⁴ 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.

¹⁴⁵ 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.

¹⁴⁶ 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”.

¹⁴⁷ 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”.

encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general¹⁴⁸, o de la cooperación social¹⁴⁹.

37.3 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”¹⁵⁰. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, 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”¹⁵¹.

¹⁴⁸ 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.

¹⁴⁹ 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”.

¹⁵⁰ 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 posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)”.

¹⁵¹ 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*

37.4 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”¹⁵².

37.5 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 padece¹⁵³.

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”.

¹⁵² 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.

¹⁵³ 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 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 pudiese 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

37.6 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”¹⁵⁴. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹⁵⁵, anormal¹⁵⁶ y que se trate de una situación jurídicamente protegida¹⁵⁷.

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

38 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 humanitario¹⁵⁸, convencionalmente y constitucionalmente [por

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. Excluirlo 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”.

¹⁵⁴ 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”.

¹⁵⁵ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

¹⁵⁶ Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166. “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”.

¹⁵⁷ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

¹⁵⁸ 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 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

virtud de 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.

39 La muerte de personas 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

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” 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].

personal, familiar, social y económica¹⁵⁹; (3) se hace extinguir, abruptamente, cualquier capacidad laboral, productiva o 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 colectiva¹⁶⁰, 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.

40 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 atentar contra la vida de quien en el marco del conflicto está confrontación, bien sea porque no se respete cometiendo un homicidio, o sometiendo a la persona a su eliminación en su valor como ser humano.

¹⁵⁹ 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]. 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, case Dudgeon vs. United Kingdom, sentencia de 22 de octubre de 1981, asunto 7525/76; case X and Y vs. Netherlands, sentencia de 26 de marzo de 1985, asunto 8978/80; case Niemietz vs. Germany, sentencia de 16 de diciembre de 1992, asunto 13710/88; case Peck vs. United Kingdom, sentencia de 28 de abril de 2003, asunto 44647/98; case Pretty vs United Kingdom, sentencia de 29 de julio de 2002, asunto 2346/02.

¹⁶⁰ 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.

41 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.

10.4. El daño antijurídico en el caso concreto.

42 De acuerdo con la demanda el daño antijurídico se hizo consistir en la desaparición y muerte violenta del joven ciudadano **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, en hechos ocurridos el 14 de marzo de 2007 en el municipio de Monterrey, Casanare. Este ámbito material del daño mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente se encuentra demostrado, ya que se cuenta con (1) el Oficio número 320, de 23 de agosto de 2011, del Registrador Municipal del Estado Civil de Monterrey, Casanare [fl.11 tomo I pruebas], con el que se remitió “copia original de Defunción [sic] Serial N° 05868740 perteneciente a TABORDA TABORDA JOSE LORENZO” [fl.11 tomo I pruebas]; (2) con el anterior se allégo el registro civil de defunción de José Lorenzo Taborda Taborda, con indicativo serial número 05868740 [fls.12 tomo I pruebas; 683 tomo III pruebas; 908 tomo IV pruebas], según el cual su muerte ocurrió el Monterrey, Casanare, el 14 de marzo de 2007 a las 4:50 am [fl.12 tomo I pruebas]; y, (3) el Protocolo de necropsia número 097 de la Unidad Local de Monterrey, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Casanare [fls.417 a 421 tomo II pruebas; 696 a 700 tomo III pruebas]¹⁶¹.

42.1 La muerte violenta del joven ciudadano **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** en los hechos ocurridos el 14 de marzo de 2007 en desarrollo de una operación y acción militar de miembros del Ejército Nacional del Batallón de Infantería No.44 “Coronel Ramón Nonato Pérez”, representó en la esfera de la víctima, de sus

¹⁶¹ Del que se tiene en cuenta: “[...] **CONCLUSION:** Luego de realizar el procedimiento de necropsia a cadáver de hombre adulto joven NN. Se [sic] logra concluir que al parecer en presunto enfrentamiento armado con integrantes del EJERCOL en el sitio ya antes descrito, fallece de manera violenta, homicidio a causa de Shock [sic] neurogenico [sic] e Hipovolemico [sic], secundario a trauma raquimedular a nivel dorsal y estallido de Bazo [sic] y riñón izquierdo por producidas con proyectil de arma de fuego. En la cual no se encuentra resto de proyectil [...] **EXAMEN EXTERNO: Descripción del cadáver:** [...] con signos de heridas por proyectil de arma de fuego, con el [sic] prendas de vestir tales como camisa manga corta beige de rallas sin marca ni talla lavada en sangre, pantalón a media pierna, de jean azul unlimited talla 32, botas remangadas, medias de color negra una mas [sic] oscura rotas sin marca ni talla, calzado en mal estado negro marca maxtor y talla 39, correa tipo reata verde sin marca ni talla” [fls.417 y 418 tomo II pruebas].

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.

42.2 Ahora bien, la Sala estudiada la prueba concluye que no se concretó la desaparición forzada de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, ya que de haberse demostrado este hecho habría lugar a consideración de la vulneración de diversos derechos humanos en su cabeza, dada la pluriofensividad de aquella acción. Sin embargo, se tiene en cuenta que sus familiares pese a que no se contactaban con la víctima, su paradero sólo vino a constatarse con la comunicación de 8 de septiembre de 2008 del Personero Municipal de Cartago, Valle del Cauca quien les informó que **JOSÉ LORENZO** aparecía reportado como muerto en combate con el Ejército Nacional, Batallón de Infantería No. 44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” de Tauramena, Casanare en hechos ocurridos el 14 de marzo de 2007, y que había sido inhumado en el cementerio del municipio de Monterrey, Casanare.

42.3 Finalmente, como parte de las manifestaciones del daño antijurídico ocasionado a **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** se encuentra la limitación absoluta de su derecho de defensa, debido proceso y de acceso a la justicia, ya que al haber sido sometido a una desaparición forzada y muerte violenta se desprende claramente cómo tales derechos resultaron vulnerados y socavados gravemente, por lo que al momento de determinar la procedencia de la imputación y de la reparación deberá tenerse en cuenta todas manifestaciones del daño antijurídico ocasionado a la víctima en el presente caso, las que no son excluyentes y deben ser examinadas integralmente para corresponderse con los estándares convencionales y constitucionales de protección de los derechos, bienes e intereses jurídicos que la Sala como juez de convencionalidad debe defender.

42.4 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.

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

11. La imputación de la responsabilidad.

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

45 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”¹⁶².

45.1 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”¹⁶³. Por el contrario, cuando se llega al modelo del Estado Social de Derecho, la premisa nos lleva a la construcción de los clásicos alemanes

¹⁶² 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.

¹⁶³ 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”.

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.

45.2 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 objetiva¹⁶⁴.

45.3 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 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 94 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 humanos¹⁶⁵ y del

¹⁶⁴ 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.

¹⁶⁵ 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”. 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. La Corte

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”.

45.4 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”¹⁶⁶, que tanto se promueve en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos¹⁶⁷. Cabe, por lo tanto, examinar cada uno de los elementos con base en los

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 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 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”. 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. 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”. 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.

¹⁶⁶ 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”. Corte Constitucional, sentencia T-191 de 2009. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencias C-177 de 2001; C-148 de 2005; C-376 de 2010.

¹⁶⁷ 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”.

cuales se construye el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, fundado en el artículo 90 de la Carta Política: el daño antijurídico, y la imputación¹⁶⁸.

45.5 Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”¹⁶⁹ de la responsabilidad del Estado¹⁷⁰ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados¹⁷¹ y de su patrimonio¹⁷², sin distinguir su condición, situación e interés¹⁷³. 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”¹⁷⁴. Como bien se sostiene en la doctrina, la “responsabilidad de la Administración, en

¹⁶⁸ Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

¹⁶⁹ 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”.

¹⁷⁰ 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 culpable 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”. 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”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

¹⁷¹ 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”.

¹⁷² 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”.

¹⁷³ 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.

¹⁷⁴ 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.

cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad¹⁷⁵; 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 público¹⁷⁶.

45.6 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”¹⁷⁷. 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.

45.7 Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado¹⁷⁸ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública¹⁷⁹ tanto por la acción, como por la omisión de un deber

¹⁷⁵ 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”.

¹⁷⁶ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

¹⁷⁷ 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 francais”, 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.

¹⁷⁸ 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.

¹⁷⁹ 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

normativo¹⁸⁰, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012¹⁸¹ y de 23 de agosto de 2012¹⁸².

45.8 En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica¹⁸³, 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 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 Estado¹⁸⁴ según la cláusula social así lo exigen”¹⁸⁵.

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.

¹⁸⁰ 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”.

¹⁸¹ Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515.

¹⁸² Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

¹⁸³ SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927. “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”.

¹⁸⁴ 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

45.9 Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad¹⁸⁶, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica¹⁸⁷. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”¹⁸⁸.

45.10 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”¹⁸⁹. Siendo esto así, la imputación 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

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].

¹⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

¹⁸⁶ 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*”.

¹⁸⁷ 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*”.

¹⁸⁸ 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://criminet.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”.

¹⁸⁹ 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 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”.

averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”¹⁹⁰.

45.11 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”¹⁹¹. 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 causalidad¹⁹², donde será determinante la magnitud del riesgo¹⁹³ y su carácter permisible o no¹⁹⁴. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿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

¹⁹⁰ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

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

¹⁹² 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].

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*, 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”.

¹⁹⁴ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994. 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”. Sección Tercera, sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente 14170.

[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”¹⁹⁵.

45.12 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 proporcionalidad¹⁹⁶ 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 ponderación¹⁹⁷ 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”¹⁹⁸.

¹⁹⁵ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

¹⁹⁶ 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 ser 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”.

¹⁹⁷ 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”.

¹⁹⁸ 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.

45.13 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 protección¹⁹⁹ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible²⁰⁰. 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”²⁰¹.

¹⁹⁹ 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”.

²⁰⁰ Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

²⁰¹ 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 inferencia). 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

45.14 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 si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante”²⁰².

45.15 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 universal²⁰³, 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

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 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”.

²⁰² Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

²⁰³ 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”.

riesgos especiales”²⁰⁴, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho²⁰⁵.

45.16 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 Estado²⁰⁶, 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 normativos²⁰⁷, 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.

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

²⁰⁵ 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”.

²⁰⁶ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

²⁰⁷ 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 condijo per quam de la administración”. 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”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.311.

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*”²⁰⁸.

45.17 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 preventivo²⁰⁹ que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

46 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

²⁰⁸ 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*”.

²⁰⁹ 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”. 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». 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.

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.

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

47 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 determinante²¹⁰. También se indica que corresponde a la entidad demandada probar los elementos constitutivos de este eximente de responsabilidad.

48 Del análisis conjunto, contrastado y crítico de la prueba obrante en el presente proceso se encuentra que el joven **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** desde su infancia padecía de una discapacidad físico – mental relacionada en su testimonio por el médico Carlos Alfonso Téllez Cabal en el testimonio que rindió ante esta jurisdicción en los siguientes términos:

²¹⁰ 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 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”.

“[...] El miércoles 12 de octubre recibí una llamada a mi celular de unas personas que se identificaron como de la Fiscalía de por allá de los Llanos, no sé exactamente, que estaban en mi consultorio y que necesitaban hacer una diligencia de inspección judicial a la historia clínica de un paciente que yo atendí y un interrogatorio a mí al respecto de dicho paciente. Ellos me esperaron y yo los pude atender al medio día [sic] en mi consultorio. Llevaban una copia de una historia clínica donde consta que yo atendí al paciente JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA en 1999. Ellos querían saber si recordaba al paciente, lo cual no lo recuerdo. Me mostraron una foto del paciente ya adulto. Yo vi al paciente cuando tenía 11 años, me pidieron si notaba algo en su cara, lo único que noté fue una implantación baja de las orejas. Me preguntaron si de acuerdo a mi historia clínica esa persona era capaz de tener las habilidades para manejar armas de fuego o pertenecer a algún grupo armado llámese guerrilla, paramilitar, delincuencia común, organizada, a la policía o a las fuerzas militares. A lo cual respondí que no, porque consta en mi historia clínica el paciente era una persona con retardo mental con movimientos coreoatetósicos que significa como caminando de bobo y de retardo mental profundo. Adicionalmente el paciente se le diagnosticó epilepsia que son convulsiones o ataques debido a una alteración eléctrica del cerebro confirmada mediante electroencefalograma cuyo resultado fue confirmatorio anormal con actividad paroxística y se inició medicamento anticonvulsionante Carbamazepina, que las siglas son CBZ. Las convulsiones son susceptibles de control con dicho medicamento, pero su estado de retardo mental no es susceptible de mejoría ya que se trata de una condición físicomental [sic] de la persona y no hay método terapéutico para revertir un retardo en el desarrollo mental. También me preguntaron si al examinar los restos óseos de este paciente era posible concluir por medicina forense si se trataba de un paciente con discapacidad mental, retardo mental profundo. A lo cual respondí que no era posible porque dicho diagnóstico se hace basado en la evidencia clínica y paraclínica [...] PREGUNTADO: ¿Por cuenta de quien [sic] le prestó usted asistencia médica a LORENZO TABORDA TABORDA? CONTESTÓ: No recuerdo. Desde 1997 que [sic] llegué a esta ciudad como especialista estoy vinculado a la Sociedad Neuroquirúrgica de Risaralda, antes llamada Neurológica de Risaralda y a través de esta sociedad he venido prestando servicios a todas las entidades de salud de la ciudad, al Hospital San Jorge, al Seguro Social, a la Clínica Risaralda, a la Clínica Comfamiliar, a la Clínica Los Rosales, a Saludcoop [...] PREGUNTADO: ¿Qué pruebas clínicas y paraclínicas le practicó usted a LORENZO TABORDA TABORDA para determinar su capacidad mental? CONTESTÓ: Según la historia me basé en la evaluación clínica y el examen físico [...] PREGUNTADO: ¿De acuerdo al cuadro descrito por usted que presentaba el señor LORENZO TABORDA considera usted que él debía concertar planes que implicaran proyectar más de una actividad? CONTESTÓ: Cuando lo vi era un niño de 11 años y con un retardo mental profundo. No era capaz de lo que me pregunta. PREGUNTADO: ¿Es posible que la condición descrita por usted como movimientos coreoatetósicos y que padecía LORENZO TABORDA desaparecieran? CONTESTÓ: No es posible ya que es condición y característica asociada a discapacidad mental y física permanente. PREGUNTADO: ¿Considera usted que un paciente con el cuadro de retardo mental mencionado podría expresar su voluntad con conciencia del alcance de las consecuencias? CONTESTÓ: Es un paciente de 11 años con retardo mental profundo. La respuesta es NO, no podría expresar su voluntad con conciencia de las consecuencias. PREGUNTADO: ¿El cuadro de movimientos coreoatetósicos genera un trastorno del habla?

CONTESTÓ: Sí lo puede generar y también de la coordinación motora, es decir, para deambular, correr, saltar, esta estático, etc” [fls.46 a 48 tomo I pruebas, subrayado fuera de texto].

48.1 Lo anterior lo corroboró el mismo médico Téllez Cabal en la declaración que rindió durante la diligencia de inspección judicial realizada por la Fiscalía 31 Especializada adscrita la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario el 12 de octubre de 2011, dentro del radicado 8100, a la historia clínica de José Lorenzo Taborda Taborda en el consultorio CER [Centro de Especialistas de Risaralda] ubicado en la carrera 5ª No. 18-33 de Pereira, consultorio 402 [fls.116 a 118 tomo I pruebas], en los siguientes términos:

“[...] una vez en el sitio fuimos atendidos por el Doctor CARLOS ALFONSO TELLEZ CABAL Médico Especialista en NEUROLOGÍA y NEUROSIRUGÍA [sic], quien una vez enterada [sic] del motivo de nuestra presencia. Procedió [sic] informar que desde el año de 1.997, tiene un archivo en la memoria del computador, relacionado con un programa de historia clínicas y procede a adelantar la búsqueda de la historia clínica de OSE [sic] LORENZO TABRDA [sic] TABORDA [...] Señala que hace dos años tuvo que cambiar de computador [...] A continuación se procede a escuchar en diligencia de Declaración [sic] al Doctor CARLOS ALFONSO TELLEZ CABAL [...] PREGUNTADO. Teniendo en cuenta que de acuerdo a la historia clínica, usted atendió en consulta al señor JOSE LORENZO TABORDA TABORDA. Sírvase informarle a esta Fiscalía cómo era el estado mental y madurez psicológica de este paciente. CONTESTO. Apoyado en mi historia clínica consta que tenía un retardo mental con movimientos anormales y coreoatetosis [...] (caminando y gesticulaciones de bobo) y epilepsia confirmada mediante electroencefalograma reportado anormal con actividad paroxística (eso quiere decir corto de circuito eléctrico en el cerebro), para lo cual requirió tratamiento con anticonvulsivante, carbamazepina, con buena evolución en cuanto a las convulsiones es decir en cuanto a la epilepsia, es un individuo con una discapacidad mental permanente que requiere de un adulto responsable como tutor o guía [...] PREGUNTADO. Sírvase decir de acuerdo a su concepto como profesional, si el señor JOSE LORENZO TABORDA TABORDA, se encontraba en capacidad para el manejo de armas de fuego. Lo anterior atendiendo a que este fue su paciente. CONTESTO. Consta en la historia que es un paciente de once años con discapacidad mental, que en mi concepto no sería capaz de adquirir la capacidad y destreza para manipular armas de fuego [...] considero que dado [sic] discapacidad mental no podría adquirir las capacidades para formar parte de estos grupos mencionados. Como tampoco para sostener combates. Esto teniendo en cuenta que no se mucho sobre combates, ni desempeño de policías y no se que tenga que hacer un guerrillero. Miembro de grupos armados al margen de la ley, pero por lógica no. PREGUNTADO. A continuación se le pone de presente una fotografía de JOSE LORENZO TABORDA TABORDA, allegada por sus familiares, para que la observe y se sirva emitir un concepto si al observar la misma en sus rasgos físicos y morfológicos, se observan características anormales. CONTESTO. Observo una implantación baja de las orejas, es uno de los rasgos observados en personas con retardo mental” [fls.116 a 118 tomo I pruebas, subrayado fuera de texto].

48.2 Dicha discapacidad mental que padecía **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** se constata con lo establecido en el Auto número 1277, de 17 de septiembre de 1997, del Juzgado Segundo de Menores de Pereira [fls.132 a 135, 233 a 237 tomo I pruebas], por medio del cual resolvió la situación jurídica provisional del joven José Lorenzo Taborda Taborda a quien se reprochaba “una actividad lesiva a la Salubridad Pública”, del que se tiene en cuenta:

“[...] El implicado no sabe leer, escasamente intenta firmar, es labriego en fincas, y no precisa el lugar de residencia. Estatura 1.53 metros, contextura delgada, rostro de forma triangular, pelo negro rizado, frente amplia, nariz chata, iris negros, presenta ausencia de múltiples piezas dentarias en la parte superior e inferior delantera (exodoncia).

[...]

Una valoración integral de todas las vicisitudes que soporta la existencia actual de Lorenzo pone a este funcionario en alerta, porque este joven desde los pocos años de edad tuvo inconvenientes en la relación materno filial, incluso con desafueros graves cuando abandonaba su seno familiar para ir en búsqueda de circunstancias o problemáticas que desmejorarían su porvenir.

Por esa desobediencia resultó ligado con los estupefacientes, incluso atentando contra el propio patrimonio de su familia, jamás mostró propósito de educarse, porque no tuvo interés en asistir a un plantel educativo, no ha hallado una estabilidad laboral y al parecer tiene dificultades de control mental, aspectos que indudablemente permiten diagnosticar un joven en situación irregular y de peligro, sin que ninguno de los parientes cercanos o lejanos haya dado muestras de querer prestarle la ayuda específica que reclama a gritos.

[...]

Será entonces objeto de una medida provisional LORENZO, considerando este Despacho Judicial la más adecuada, benéfica y dable para las circunstancias propias del comprometido, la ubicación institucional en un régimen SEMICERRADO, esperando que la terapia sicopedagógica dada en el centro de reeducación sea el medio propicio para superar el sinnúmero de dificultades y conflictos que lo aquejan” [fls.133 a 135, 233 a 236 tomo I pruebas, subrayado fuera de texto].

48.3 Se consolida la situación mental, la discapacidad y las limitaciones que padecía **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** para la época de los hechos con el Acta de la diligencia de audiencia pública celebrada ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito [fls.153 a 156 tomo I pruebas], de la que se tiene en cuenta:

“[...] se considera que se encuentra plenamente establecido el hecho al portar marihuana en cantidad superior a la permitida legalmente, no ocurre lo mismo respecto a la responsabilidad del imputado por cuanto de la misma diligencia de indagatoria se percibe lo incoherente y los trastornos de personalidad graves, tal como quedó consignado en valoración psicológica que se hiciera la mismo, lo que deja en

duda su capacidad real para comprender la ilicitud de su comportamiento” [fl.155 tomo I pruebas, subrayado fuera de texto]

48.4 Así como con la Sentencia de 13 de octubre de 2000 proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito [fls.157 a 162, 242 a 246 tomo I pruebas], por medio de la que se absolvió a José Lorenzo Taborda Taborda “de todos los cargos que como incurso en una infracción a la Ley 30 de 1986”, de la que se tiene en cuenta:

“[...] En efecto, desde los estadios primigenios de la pesquisa, el joven TABORDA TABORDA, hizo gala de una extraña personalidad, rayana con la anormalidad, ofreciendo a simple vista a quienes con él tuvieran contacto una pobre perspectiva de sí mismo y de la comprensión de su entorno, situaciones que confirmara una evaluación psicológica en la que se recomienda la valoración por parte de médico siquiátra.

Converge en idéntico sentido lo expuesto por su progenitora quien inclusive lo rotula de <<locato>>.

Esta descripción sitúa al operador jurídico ante la imposibilidad de estructurar en esta etapa procesal, un juicio de culpabilidad pues se carece de la certeza referente a si TABORDA TABORDA [sic] actuó o no con dolo, única forma de responsabilidad que admite esta infracción, dada su incapacidad de comprensión o de autodeterminación, las que se visualizan en el decurso investigativo” [fls.158 a 161 tomo I pruebas].

48.5 De igual manera la discapacidad mental cabe encontrarla establecida en la Historia clínica número 15566575 correspondiente a **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** en la que se consignó el retardo mental con movimiento coreoatetósicos y epilepsias desde el 2005 [fls.211 y 212 tomo I pruebas; 463 a 467 tomo II pruebas; 923 y 924 tomo IV pruebas].

48.6 A lo que cabe agregar para consolidar la situación de discapacidad mental y de limitaciones que presentaba para la comprensión y despliegue de acciones del joven **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, lo declarado por Gilberto Antonio Trujillo Ramírez²¹¹, por Lucelly Silva Gaviria²¹², por Beatriz Eugenia Cortés Duque²¹³, por José

²¹¹ “[...] que no le vi conductas reprochables, el no era normal tenía como retardo, el [sic] hablaba, pero en la forma de actuar no era normal, yo lo vi con una caja de embolar y cuando no estaba en eso yo lo veía en parte de arriba en la avenida principal o al circunvalar que es la salida a Pereira, lo veía cargando maletas, a veces arribaba a mi tienda a comprar salchichón [...] él era como atulampado, más bien falto de espíritu [sic], él no entendía con facilidad todas las cosas” [fls.185 y 186 tomo I pruebas].

²¹² “[...] Lo conocí desde que él estaba pequeño, porque éramos vecinos [...] Era bien, con las personas no se metía, era como alocato [sic], a veces pasaba corriendo, pero no era grosero [...] él era como corrido, no tenía sus cinco cabales, decía una cosa y luego decía otra, no coordinaba, se le trababa como la boca para decir las palabras, era como asogao [sic] como corrido, como cuando uno no se siente bien, era como desesperado, movía la cabeza y los hombros como raro” [fls.187 y 188 tomo I pruebas].

²¹³ “[...] Yo a LORENZO, lo conocí hace como veinte años [...] Para mí LORENZO era un niño, porque se portaba como un niño, él era especial, cuando se enfermaba, se quedaba en la cama, porque le daban unos ataques, y quedaba como si estuviera estático y era difícil controlarle, los movimiento [sic] del

Alexander Martínez Valencia²¹⁴, por Yilman Jairo Saavedra Cano²¹⁵, por Blanca Libia Marmolejo Buitrago²¹⁶, por Luis Felipe Figueroa Taborda²¹⁷, por Cruz Helena Taborda Taborda²¹⁸, por Verónica Taborda Taborda²¹⁹, por María Beronica Taborda de Taborda²²⁰, y por Luz Dilia Taborda Taborda²²¹.

48.7 Todos los anteriores medios probatorios permiten a la Sala concluir que no podía contarse con ningún tipo de contribución determinante y excluyente de la víctima **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** en la producción del daño antijurídico ocurrido el

cuerpo, porque según lo que dijeron los médicos él tenía una enfermedad que lo imposibilitaba" [fls.189 a 191 tomo I pruebas].

²¹⁴ "[...]Lo conocí de toda la vida, desde que él nació, porque somos vecinos [...] Era un muchacho que tenía un buen comportamiento, él me saludaba, pero decir que era loco no, pero era como retardado, pero lo conocía a uno, tenía su faceta todavía como de niño, era como un niño de seis años, cuando menos se daba uno cuenta lo veía con su cajita de embolar, salía con la caja, trabajaba en eso" [fls.194 y 195 tomo I pruebas].

²¹⁵ "[...] Es decir era grande pero, pero [sic] parecía niño, porque era como retardado, a veces no hablaba bien las palabras, a veces le daban ataques y temblaba y se caía. Se sentaba y todo el día mantenía como temblando" [fls.196 y 197 tomo I pruebas].

²¹⁶ "[...] Él era como un niño, pero era muy colaborador, cuando le pegaban, se dejaba, no se defendía, cuando le pegaban ponía quejas. No hablaba normal a veces no le entendía lo que hablaba. Era como retardado, le faltaba un tornillo, erra un muchacho bebé. No era grosero, uno le mandaba a hacer mandados pero todo era escrito porque no se le entendía, hacía los mandados pero tocaba escribirle" [fls.198 y 199 tomo I pruebas].

²¹⁷ "[...] Pues para mí tenía una conducta excelente, era un tipo amable y decente, pero que a la vez, era mescla [sic] como entre loco y tonto, su comportamiento no era agresivo, antes por el contrario muchas personas lo molestaban, lo agredían, y continuamente se burlaban de él, siempre en el tiempo que los distinguí [...] Hablaba incoherente mente [sic] [...]" [fls.202 a 204 tomo I pruebas].

²¹⁸ "[...] Él estuvo en tratamiento, mi mamá lo llevó a varias partes a tratamiento, cuando se estaba con ella porque él se iba para cualquier parte él se iba pero aparecía [sic], el cargaba una tarjeta de apuntes, cargaba los teléfonos y llamaba y decía yo estoy en tal lado" [fls.501 a 505 tomo II pruebas].

²¹⁹ "[...] el [sic] no hablaba claro, él todo lo hablaba como con pausa, hablaba como un niño, porque él era prácticamente un niño, porque con los veintisiete años que tenía, no hablaba bien, no tenía novia, era como un niño, actuaba como un niño, no se defendía solo, nos tocaba salir a defenderlo [...] mi mamá lo metió a la escuela y no pudo con el estudio, porque entendía los horarios y si le daba ganas de ir al baño, y no lo dejaban ir entonces el [sic] se orinaba donde estaba, si se le compraba algo nuevo como zapatos, o ropa, él se dejaba robar, él no era de problemas, si se le daba ropa nueva [sic] lo mismo, el no captaba todo, cuando se iban a trabajar con él, él [sic] no trabajaba bien, lo que hacía era trabajar un rato y luego se acostaba a dormir y no trabajaba, porque el no entendía de responsabilidad, no se le daba nada" [fls.584 a 588 tomo II pruebas].

²²⁰ "[...] era como retardo mental, porque lo pusimos a estudiar y los profesores discriminaban. Porque el [sic] no actuaba bien, el [sic] en la casa desde pequeño, no era normal, porque imagínese que yo castigaba a los otros y me decía por qué no lo castigaba a él. Él no hablaba normal [...] si iba a salir había que anotarle en un papel, dirección, nombres, apellidos, número de teléfono, y él cuando estaba perdido o quería llamar le pedía el favor a otra persona para que llamara, porque él sólo no podía, no entendía bien. Cuando se iba para la calle, él se iba así detrás de otra persona, entonces yo iba y lo buscaba o mandaba a los hermanos para que lo buscara y lo traía de regreso a la casa" [fls.590 a 594 tomo II pruebas].

²²¹ "[...] El [sic] tenía un retraso mental, él no era normal, el [sic] no miraba su apariencia personal, él se vestía como fuera, le daba lo mismo colocarse ropa que le quedara buena, o grande, o pequeña, como la tuviera él se la trataba de acomodar. Por ejemplo cuando los pantalones le quedaban grandes el [sic] se los amarraba con una cabulla [sic]" [fls. 595 a 598 tomo II pruebas].

14 de marzo de 2007, e incluso indiciariamente se tiene que se encontraba en estado de indefensión.

48.8 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.

48.9 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.

48.10 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 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 incursos 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”²²².

²²² 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.

48.11 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.

48.12 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 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.

48.13 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.

49 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.

11.3. 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.

50 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 un delito, secuestro extorsivo, que estaba siendo cometido por personas que hacían parte de un grupo armado ilegal, bien sea como 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 joven ciudadano fallecido **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** en los hechos acaecidos el 14 de marzo de 2007 en la vereda Brisas del Llano del municipio de Monterrey, Casanare, como miembro de la población civil²²³.

51 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

²²³ 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)”.

legislativas y de cualquier tipo puedan ser necesarias para la efectividad de los derechos y libertades.

51.1 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”²²⁴.

51.2 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 Americana de Derechos Humanos -artículos 1 [obligación de respetar los derechos²²⁵], 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

²²⁴ 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”.

²²⁵ “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”. Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273.

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.

51.3 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”²²⁶.

52 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 respecto de los miembros de la población civil se concreta en varias dimensiones: (1) 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 (2) 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

²²⁶ 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”.

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.

52.1 En esa condición de la víctima **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** como miembro de la población civil y sujeto de especial protección por su discapacidad mental, 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”.

52.2 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.

(…)” [subrayado fuera de texto].

52.3 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).

53 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.

54 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

humanos²²⁷], constitucionales, y legales, que pueden ser constitutivos de una falla en el servicio.

55 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”.

11.4. 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.

57 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, Constitución, la ley y los principios democráticos²²⁸. 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

²²⁷ 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”.

²²⁸ “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”. 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.

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.

58 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 extrajudiciales²²⁹ 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].

58.1 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

²²⁹ 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”.

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.

58.2 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”.

58.3 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 Humanos²³⁰, 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

²³⁰ 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].

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].

58.4 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 la resolución 1993/71 de la Comisión de Derechos Humanos”²³¹, 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 antsubversión del Gobierno se cometieron muchas violaciones del derecho a la vida. Se

²³¹ 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].

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”.

58.5 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 2004²³² 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.

58.6 Se trae el Informe elaborado en el año 2010 por el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas²³³, 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 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*

²³² 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 de conformidad 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>; consultado 10 de agosto de 2015].

²³³ 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>; consultado 10 de agosto de 2015].

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”.

58.7 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 2012²³⁴, 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

²³⁴ 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]

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 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].

58.8 Se examina el Reporte intermedio de la situación de Colombia que en 2012 presentó el Fiscal de la Corte Penal Internacional²³⁵, 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*

²³⁵ Puede consultarse en: [<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP2012035032COLResumenEjecutivodelReporteIntermed.PDF>]; consultado 10 de agosto de 2015]

como bajas en combate, indican que los asesinatos de ‘falsos positivos’ equivalen a un ataque sistemático y a gran escala contra la población civil”.

58.9 El Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas para las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, publicado el 6 de agosto de 2014²³⁶, se advirtió la tendencia a la reanudación de las ejecuciones como práctica desde el 2012 [párrafos 93 a 98].

58.10 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 2014²³⁷, 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*”.

59 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.

²³⁶ 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].

²³⁷ Puede consultarse en: [<http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf>; consultado 10 de agosto de 2015].

59.1 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”.

59.2 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 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.

59.3 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”.

59.4 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”.

59.5 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”.

59.6 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”.

59.7 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.

59.8 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.

59.9 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.

60 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.

61 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.

62 De los instrumentos internacionales producidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de los Informes de la Alta Comisiona 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.

11.5. La imputación en el caso en concreto.

63 De acuerdo con el acervo probatorio allegado se encuentra acreditado que **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, para el 14 de marzo de 2007, fecha en la que fue ultimado violenta y cruelmente, tenía veintisiete [27] y nueve [9] meses de edad aproximadamente, residía en la ciudad de Villavicencio con su hermano Jairo de Jesús Taborda Taborda, era una persona con una discapacidad mental diagnosticada que representaba limitaciones para el habla, la comprensión y el desarrollo de tareas, que se encontraba en situación de calle dedicándose a actividades tan dispares como lavar carros, embolar zapatos, ayudar con las maletas en la terminal de transporte, entre otras.

64 En el presente caso la Sala encuentra que el encuadramiento de la responsabilidad [siguiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera 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 de los daños antijurídicos que se han hecho consistir en la muerte violenta del joven **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, y de los derechos propios y de sus familiares.

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

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

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

66.1 Los hechos ocurrieron el 14 de marzo de 2007 a las 4:50 a.m., en la vereda Brisas del Llano a un [1] kilómetro de la vía que conduce de Monterrey a Yopal. Las condiciones específicas se consignan en el Acta de inspección a cadáver número 008, levantada por la Fiscalía Treinta y Tres [33] Local de Monterrey, Casanare [fls.404 a 406 tomo II pruebas; 662 a 664 tomo III pruebas], de la que se tiene en cuenta:

“[...] LUGAR Y FECHA DE LOS HECHOS: vereda Brisas del Llano a un kilometro [sic] que de la vía conduce de Monterrey a Yopalsobre [sic] el carreteable de ingreso a la Vereda [sic] a la parte izquierda a una d [sic] distancia de 6 metros de un caño.

HORA DE LA MUERTE: 4:50 A.M. hoy, 14 de marzo de 2.007.

POSIBLE MANERA DE LA MUERTE: VIOLENTA.

ORIENTANCIÓN DEL CADÁVER: Cabeza al Norte pies al Sur, se encuentra con brazos extendidos en posición de cruz

POSICIÓN DEL CADÁVER: Natural (x) [...]

RELATO DEL HECHO: Manifiesta el Capitan [sic] DUARTE ROJAS ERWIN EDUARDO, COMANDANTE COMPAÑÍA cobra, que en el desarrollo de la operación ESCORPION 1, orden fragmentaria madrigal, en donde existía la información sobre la presencia de bandas emergentes al servicio del narcotráfico sobre el sector Vereda [sic] Brisas del Llano de Monterrey, se montaron puestosde [sic] control y sobre el puesto de control aparecieron unos individuos los cuales elST. [sic] FRANCO in formó [sic] que eran tropas del ejercito [sic] Nacional, los individuos respondiern [sic] con fuego, luego se respondió a la agresión dando como resultado la baja del presunto bandido al servicio del narcotráfico.

DESCRIPCIÓN DE PRENDAS DE VESTIR: Camisa de abotonarcolor [sic] beige claro a rayas con bolsillo parte izquierda, presentando rompimiento en la parte abjo

del bolsillo con mancha de sangre, presenta tres rompimientos de forma circular a una distancia [sic] entre si [sic] de un cm, en la parte baja de la axila, presenta yin [sic] azul descolorido, con un cinturón color verde chapa metálica [sic] estilo riata, tenis color negro, medias color [sic] negro, sin interiores.

OBJETOS ENCONTRADOS EN LA ESCENA DEL CRIMEN: A una distancia de 40 cms de lamano [sic] derecha se halla un arma de fuego al parecer Revolver [sic] calibre 38, Smit [sic] con cachas en madera, a una distancia aproximadamente un metro [sic] se halla una vainilla marca [sic] cavin 7.65, a una distancia de esta otra de la misma marca y calibre, a una distancia de 3 mts una vainilla AP32AUTO, a una distancia de 10 mts otra vainilla marca LOT-IMO3 9mm, otra vainilla a 3mts de la anterior [sic] marca cavin 02, a un metro de esta aparece una vainilla al parecer para fusil marca [sic] TZZ97, a tres mts de esta otra.

OBJETOS ENCONTRADOS AL CADÁVER:

En la pretina del pantalón lado derecho se halló [sic] un estuche para arma de fuego color negro en material nailon.

DESCRIPCIÓN DE HERIDAS:

En la región hipocondriaca parte derecha presenta una herida [sic] de forma rectangular de aproximadamente 4cms x 2 cms en forma abierta, en la misma región parte izquierda presenta [sic] herida de forma lineal [sic] de aproximadamente 4 cms de longitud por 1 de ancho, en la región [sic] hipocondriaca parte (derecha) izquierda un orificio de forma [sic] circular de aproximadamente un [sic] cms de diámetro [sic] al parecer de entrada, en la región luxaarcilar [sic] derecha presenta un orificio de forma circular de aproximadamente un cms de diámetro al parecer de salida, en la región infraescapular izquierda presenta herida [sic] de forma irregular [sic] de aproximadamente cinco cms de espesor de bordes irregulares, en la región anterior de la rodilla [sic] izquierda presenta una herida de forma circular de un cm de diámetro de bordes regulares al parecer de entrada.

RASGOS MORFOLÓGICOS:

Se trata de una persona de sexo masculino, cabello corto color negro, frente amplia, indicios de calvicie [sic], cejas arqueadas semipobladas, nariz mediana recta, base de la cara [sic], orejas medianas lóbulo adherido, boca mediana, labios delgados, forma de la cara [sic] ovalada y [sic] tez trigüeña [sic], estatura aproximada 1.60, ojos iris [sic] color café, contextura delgada
[...]

DESCRIPCIÓN DEL ARMA DE FUEGO ENCONTRADA EN LA ESCENA:

Se trata de un revolver [sic] calibre 38 corto, marca Smit [sic] wesson, sin número externo, número [sic] interno 98181, con seis (06) se corrige con cinco (05) vainillas percutidas, con marca en la culata [sic] indumil 38 especial revolver [sic] niquelado por cachas en madera, color café” [fls.404 a 406 tomo II pruebas].

66.2 De las declaraciones rendidas por los miembros de la unidad militar [soldados profesionales Aldidiar Amaya Álvarez - fls.407 y 408 tomo II pruebas; 685 y 686 tomo III pruebas-; CT. Erwin Eduardo Duarte Rojas - fls.409 a 411 tomo II pruebas; 687 a 689 tomo III pruebas-; soldado profesional José Duvan Aranzalez Walteros - fls.412 y 413 tomo II pruebas; 690 y 691 tomo III pruebas-; Teniente Xavier Alfonso Franco Silva -414 a 416 tomo II pruebas; 692 a 694 tomo III pruebas-] que participaron en los hechos en la

madrugada del 14 de marzo de 2007 en la vereda Brisas del Llano del municipio de Monterrey, Casanare, la Sala tiene en cuenta como elementos para determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar: (1) la unidad militar recibió información de inteligencia humana y de la red de cooperantes según para algunos por la vereda Brisas del Llano había un grupo armado insurgente haciendo presencia; para otros había un grupo entre tres y cuatro personas que delinquían y extorsionaban, pertenecientes a bandas emergentes al servicio del narcotráfico; en tanto que para el Teniente Xavier Alfonso Franco Silva se trataba de “un grupo de bandidos que se dedicaban a realizar extorsiones, robo de ganado, y que se la pasaban aterrorizando a la población civil, ellos se dedicaban a sacar caletas de los grupos desmovilizados sobre el sector de la vereda Brisas del Llano en el municipio de Monterrey”; (2) la unidad militar hizo un movimiento motorizado de la base de Monterrey, Casanare, hacia la mencionada vereda, en la que instalaron puestos de control, encontrándose en dicha actividad el Teniente Xavier Franco Silva observó la presencia de individuos [el Ct. Duarte Rojas y afirmó que los hombres bajo su mando afirmaron la presencia entre tres a cuatro personas, lo que corroboró el soldado profesional José Duvan Aranzalez Walteros; en tanto que el Teniente Franco Silva afirmó que eran tres personas], momento en el cual se hizo la proclama y recibiendo respuesta con fuego nutrido del enemigo al que reaccionaron los miembros del Ejército Nacional, dejando muerto en el combate un bandido; (3) estaban ejecutando la orden de operaciones “ESCORPION 1” y la orden fragmentaria “MADRIGAL”, cuya misión era capturar a los sujetos sobre los que se tenía información o repeler el ataque; (4) el CT Erwin Eduardo Duarte Rojas [quien estaba al mando del pelotón “Cobra” en el día de los hechos] identificó al bandido dado de baja como miembro perteneciente a bandas emergentes al servicio del narcotráfico; (5) los soldados profesionales, el CT. Duarte Rojas portaban como arma de dotación oficial fusiles calibre 5.56, que fue disparado de la siguiente manera: (5.1) el soldado profesional Aldidiar Amaya Álvarez disparó en cinco [5] oportunidades aproximadamente; (5.2) el CT. Duarte Rojas portaba su fusil de dotación pero no lo accionó; (5.3) el soldado profesional José Duván Aranzalez Walteros disparó más o menos en tres [3] ocasiones; y, (5.4) el Teniente Xavier Alfonso Franco Silva disparó en una [1] o dos [2] ocasiones; (6) según el CT. Duarte Rojas en la zona de los hechos “se hicieron registros del área donde fueron los hechos, no fueron registradas viviendas, no se retuvo a ningún particular y si fue decomisado un revolver [sic] calibre 38 corto marca Smith & Wesson el cual se encontró al muerto y se puso a disposición de

la Fiscalía”; (7) para el CT. Duarte Rojas el terreno era semiquebrado y con visibilidad media, en tanto que para el Teniente Franco Silva el “terreno era al lado de una trocha y alrededor habían cercas y mata de monte medio abundante, y la visibilidad era escasa estaba casi oscuro”; (8) según el Teniente Franco Silva no hubo una orden para disparar, sin que “se reaccionó a la agresión de los sujetos”; (9) ninguno de los miembros de la unidad militar resultó lesionado o muerto; (10) en una declaración posterior el Mayor Duarte Rojas manifestó que ordenó “asegurar el perímetro, acordonar el lugar de los hechos y esperar a la autoridad competente para que ellos adelantaran las diligencias judiciales respectivas [...] en cuanto a recepción de órdenes, éstas consistieron en asegurar el área, acordonar el sector y esperar al CTI para entregar de acuerdo a la norma en el lugar de los hechos”.

66.3 Ahora bien, de acuerdo con el protocolo de necropsia número 097 de la Unidad Local de Monterrey, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Casanare [fls.417 a 421 tomo II pruebas; 696 a 700 tomo III pruebas], se concluyó: (1) que hubo un presunto enfrentamiento armado con integrantes del Ejército nacional, falleciendo una persona identificada como N.N., por heridas producidas con arma de fuego, pese a no encontrarse resto de proyectil; (2) vestía de civil y con botas remangadas.

66.4 Ahora bien, conforme con el Acta número 00287, de 14 de marzo de 2007, del Batallón de Infantería No.44 “CR. Ramón Nonato Pérez” [fl.430 tomo II pruebas], según el cual en esa fecha en desarrollo de la operación “ESCORPION 1”, orden fragmentaria “MADRIGAL” realizada en la vereda Brisas del Llano del municipio de Monterrey, Casanare, el ST. Xavier Franco Silva utilizó 4 cartuchos de calibre 5.56, el soldado profesional Aldidier Amaya Álvarez 9 cartuchos de calibre 5.56 y el soldado profesional José Aranzaes Gualteros 10 cartuchos de calibre 5.56 [fl.430 tomo II pruebas]. Luego, en total fueron utilizados veintitrés [23] disparos de las armas de dotación oficial el día de los hechos.

66.5 En la diligencia de inspección judicial realizada por la Fiscalía 31 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, el 11 de julio de 2011, dentro del radicado 8100, a la carpeta de muertes en combate que se

encontraba en el Batallón de Infantería No.44 “Ramón Nonato Pérez”, Coordinación Jurídica del Comando ubicado en el municipio de Tauramena, Casanare [fl.524 tomo II pruebas], se recaudó la Lección aprendida completa No. 017, de 14 de marzo de 2007, suscrita por el Comandante del BIRNO No.44 [fls.525 a 527 tomo II pruebas], de la que se tiene en cuenta:

“[...] I. IDENTIFICACIÓN DE LA OPERACIÓN

Según inteligencia Humana [sic], la sección segunda recibió [sic] por parte de un colaborador de la red de informantes del batallón [sic], de presencia de Delincuentes [sic] en el sector de la vereda Brisas del llano [sic] del municipio de Monterrey.

El día 14 de Marzo [sic] se adelantó la Misión Táctica “MADRIGAL” con el personal del Pelotón [sic] COBRA 2 sobre el área general vereda Brisas del llano [sic] municipio de Monterrey Casanare, de acuerdo a lo afirmado por pobladores del sector, un delincuente venía haciendo presencia sobre el sector, realizando acciones de extorsión, Boleteo [sic], amenazando e intimidando a la población campesina.

El día 14 de Marzo [sic] a las 05:10 horas el pelotón Cobra 2, quien realizaba patrullajes ofensivos de registro y control de área en la vereda Brisas del llano [sic], se había obtenido información por parte de personal afecto a la tropa sobre la presencia de bandidos en el sector, para lo cual se procede a iniciar operaciones ofensivas, tendientes a localizar el grupo.

II. ANTECEDENTES

Durante el presente año se vienen recibiendo informaciones, en diferentes sectores del municipio de Monterrey, por parte de la red de cooperantes, se venían recopilando datos de inteligencia, técnica y humana, donde personas manifestaban presencia de personal armado al margen de la ley, exigiendo la colaboración con aportes de dinero, ganado, y en otros casos, extorsiones, cobros de vacunas al personal de hacendados y ganaderos, (Bandas Delincuenciales al servicio del Narcotráfico (BDSN), Aproximadamente [sic] 8 días la unidad tenía [sic] conocimiento sobre las actividades ilícitas desarrolladas por estos delincuentes, situación que fue la clave para conocer de la presencia exacta del enemigo, de que armamento portaban, rutinas, debilidades, vulnerabilidad, sitios mas [sic] frecuentados y forma de realizar sus ilícitos.

[...]

III. HECHOS DE GUERRA (RESUMEN DE LOS HECHOS)

Se tenía [sic] conocimiento de presencia enemiga sobre el sector, de acuerdo algunas actividades extorsivas que venían efectuando con habitantes del sector, y que con el aporte de inteligencia técnica y humana de la red de cooperantes se logró [sic] la ubicación de los delincuentes.

Una vez concluido el análisis, se inicia el planeamiento, posteriormente se conduce la maniobra, se consolida el objetivo, dando como resultado la muerte en combate de 01 terrorista NN. Sexo Masculino [sic] el cual portaba 01 revolver [sic], el cual por informes de la población campesina del sector pertenecían a las BDSN.

IV. LECCIONES APRENDIDAS.

A. Aspectos por resaltar.

- El conocimiento de terreno, la disciplina por parte de la unidad fue fundamental para el desarrollo de la misión, permitiendo maniobrar y realizar la misión sin ningún inconveniente.

- La información oportuna de los pobladores fue de gran importancia para la consolidación del objetivo.
- No se presentó [sic] ni bajas, heridos, pérdida, daño material en las propias tropas.

B. Principios de la guerra aplicados.

La movilidad de las tropas fue un factor decisivo [sic] en la obtención del éxito, Unidad [sic] de mando, en razón que los delincuentes no tenían conocimiento del movimiento de tropas por el sector.

[...]

D. Principios de la guerra omitidos.

No se presentaron aspectos relevantes de resaltar, en razón que se dio con la baja de un integrante de las bandas delincuenciales al servicio del narcotráfico.

V. CONCEPTOS DOCTRINARIOS.

- Ante cualquier aspecto diferente antes que todo, todo [sic] el personal antes de iniciar cualquier misión táctica cada integrante de la patrulla de conocer plenamente el enemigo que va a combatir y la misión clara que se realizara.
- Antes del inicio de cada misión Táctica [sic] cada integrante del pelotón o patrulla debe tener en cuenta algunos aspectos esenciales para lograr efectividad la misión que les ha sido asignada:
 - **Inteligencia, Planeamiento, Conducción y acción en el objetivo.**
 - Capacidades, debilidades y modos operando del enemigo.
 - Ambientación del terreno
 - Material y abastecimientos a emplear durante la misión
 - Distancia y tiempo estimado al objetivo
 - Verificar el armamento, comunicaciones, intendencia, el personal
 - Posibles rutas de escape
 - Acciones en el objetivo
 - Población afecta y desafecta
 - Numero [sic] de enemigo
 - Disciplina total durante antes [sic], durante y después del cumplimiento de la misión.
 - **Acción contundente y decidida, empleo del máximo poder de combate durante la acción en el objetivo.**

VI. ENSEÑANZAS PARA LA REGLAMENTACIÓN Y DOCTRINA.

- La disciplina táctica ha sido factor de resaltar por todos los integrantes de la patrulla en razón, gran numero [sic] de resultados tácticos positivos presentados por la Unidad [sic] por mas [sic] de un año consecutivo, lográndose mantener el espíritu de combate, la dinámica en las operaciones, el control de las vías en al [sic] jurisdicción, presencia en casi la totalidad de la jurisdicción asignada” [fls.525 a 528 tomo II pruebas].

66.6 A su vez, conforme con el Informe de patrullaje del Comandante de la Patrulla CT. Erwin Eduardo Duarte Rojas, de 14 de marzo de 2007 [fls.529 a 531 tomo II pruebas; 743 a 746 tomo III pruebas], del pelotón COBRA 2 en cumplimiento de la orden fragmentaria número 0028 “MARISCAL”, y adscrito al Batallón de Infantería No.44 “Ramón Nonato Pérez” se tiene en cuenta:

“[...]

2. MISION REESTRUCTURADA DE LA UNIDAD

El Batallón de Infantería no 44 “Co. Ramón Nonato Pérez” a partir del 1403:00 horas Marzo [sic] 2007 con personal de la compañía C2 pelotón (02-02-20) efectúa patrullajes ofensivos sobre el sector de la Vereda [sic] Brisas del Llano municipio de Monterrey, (Cas) en busca de información y provocación del enemigo, en caso de entrar en contacto armado hacer uso legítimo de las armas.

3. ULTIMAS ACTIVIDADES DEL ENEMIGO (Quien, Que, Cuando, Donde, Como, Porque, Para que [sic])

Bandas al Servicio del Narcotráfico [sic] hacen presencia en las diferentes veredas de los municipios de Monterrey, Tauramena y Villanueva extorsionando los finqueros con el fin de lucrarse económicamente para sostener este nuevo grupo que se esta armando, de la misma forma intimidando a la población civil y creando zozobra sobre la misma.

4. DESARROLLO DE LA OPERACIÓN

Por informaciones obtenidas por la red de informantes, se obtiene inteligencia, ubicando un grupo de bandidos que se dedican a realizar abigeato, extorsiones, atemorizando a la población civil y tratando de ubicar caletas de los grupos desmovilizados, amenazando los campesinos sobre el sector de la vereda Brisas del Llano jurisdicción del municipio de Monterrey iniciando de esta manera con la misión táctica Escorpión 1 Orden [sic] fragmentaria Madrigal contra las Bandas [sic] emergentes al servicio del Narcotráfico [sic], participando el pelotón Cobra 2 al mando del Capitán Duarte Rojas Edwin Eduardo, el cual tenía la misión de capturar o en caso de resistencia armada de dar de baja a cualquier grupo al margen de la ley, respetando el Derecho Internacional Humanitario. Se realiza movimiento táctico motorizado desde la base Militar [sic] del municipio de Monterrey (Cas). A [sic] la vereda Brisas del Llano del mismo municipio aproximadamente a las 02:30 horas. De forma inmediata se procede a ubicar varios puntos de control sobre el área general de la vereda en mención, el primer puesto de control al mando del Señor [sic] St. Franco Silva Xavier observo [sic] la presencia de 3 sujetos aproximadamente en coordenadas 04 50 14 – 72 52 33, se lanzo [sic] proclama identificándonos como Ejercito [sic] Nacional, cuando lo estaba haciendo nos responde con fuego nutrido y de esta forma reaccionamos a dicha agresión, quedando un terrorista muerto en combate en el intercambio de disparos.

5. ASPECTOS POSITIVOS

La disciplina que mantiene el personal tanto en el desplazamiento como al momento de entrar en contacto armado, manteniendo de esta forma la unidad de mando.

6. ASPECTOS POR [sic] CORREGIR

Omitido

7. MODIFICACIONES A LA CARTA

Ninguna.

[...]

9. CONCLUSIONES

El desarrollo de la misión táctica arroja como resultado la muerte en combate de un terrorista perteneciente a las Bandas Emergentes al Servicio [sic] del Narcotráfico [sic]” [fls.529 a 531 tomo II pruebas].

66.7 De igual manera, del Oficio número 0615/DIV4-BR16-BIRNO 44-S3-OP-373, que contiene la orden fragmentaria número 032, de 13 de marzo de 2007 [fls.536 a 538 tomo II pruebas; 741 y 742 tomo III pruebas], de la que se tiene en cuenta:

“[...] 12. El buen trato a la población civil y el respeto por el bien ajeno debe [sic] ser una constante en el personal del Batallón de Infantería No. 44 esta es la premisa a seguir para garantizar la confianza y el respeto por la [sic] Fuerzas Militares quienes han sido instituidas para la salvaguarda de los Derechos de la Población Civil en todo sentido [...] 14. Es preferible que se vuele un bandido y no que muera un inocente 15. Se debe mantener la debida importancia, protección y respeto por los DH, el DDIH, los convenios y Tratados Internacionales que establecen los limites [sic] con los que debe actuar la Fuerza publica [sic], así como también los limites [sic] y las herramientas para defenderlos, evitando así la extralimitación y el exceso de aplicación en el uso del poder. 16. Si produce capturas o bajas se debe [sic] informar inmediatamente al oficial S-3, Comando del batallón, quien bajo los marcos y parámetros legales coordinara [sic] el procedimiento a seguir, esto con el objeto de que no se cometan irregularidades en el desarrollo de las diferentes operaciones emitidas [...] 20. Ningún soldado esta autorizado para disparar en área rural y/o urbana a convicción, solo se ara [sic] a orden expresa del comandante de patrulla o cuando por situaciones especiales sea atacado con armas de fuego enemigas [...] 23. Toda misión táctica debe regirse dentro del marco legal y los lineamientos del Comando del Ejercito [sic] eficacia con transparencia” [fls.536 a 538 tomo II pruebas, subrayado fuera de texto].

66.8 En tanto que de las declaraciones de Cruz Helena Taborda Taborda fls.501 a 505 tomo II pruebas], Jairo de Jesús Taborda Taborda [fls.506 a 511 tomo II pruebas], Verónica Taborda Taborda [fls.584 a 588 tomo II pruebas], María Verónica Taborda de Taborda [fls.590 a 594 tomo II pruebas] y Luz Dilia Taborda de Taborda [fls.595 a 598 tomo II pruebas], se tiene en cuenta: (1) la mamá de la víctima **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** le dio a conocer a su hermanas Cruz Helena y Verónica Taborda Taborda y a sus hermano Jairo de Jesús Taborda Taborda que le había llegado un comunicado informándole que debía presentarse para hacer el reconocimiento del cadáver de la víctima; (2) Cruz Helena acudió en Bogotá a Medicina Legal donde le confirmaron que el cuerpo de la víctima se encontraba en Monterrey, Casanare; (3) Cruz Helena y la madre de Taborda Taborda viajaron a Monterrey, dirigiéndose a la Fiscalía en donde les mostraron un CD y fotos donde pudieron verlo muerto; (4) tanto Cruz Helena, como la madre de la víctima enfrentaron dificultades para poder determinar donde había sido inhumado ya que fue registrado como N.N., por lo que tuvieron que acudir al cementerio del municipio de Monterrey donde ante el desespero encontraron una tumba con la fecha

exacta en la que murió **JOSÉ LORENZO**, la que creyeron era la de u familiar; (5) les informaron a Cruz Helena y su madre que **JOSÉ LORENZO** fue muerto porque era narcotraficante; (6) en el video que les mostraron a Cruz Helena y a su madre la víctima aparecía con botas de caucho negras las que le quedaban grandes; (7) según Cruz Helena y María Verónica Taborda de Taborda la víctima para la época de los hechos residía con el hermano de ellos Jairo de Jesús Taborda en Villavicencio de donde desapareció, lo que este mismo corroboró en su declaración; (8) el hermano de la víctima Jairo de Jesús realizó diferentes gestiones ante la Fiscalía, ante la Procuraduría y el Comando del Ejército Nacional [donde presentó queja ante el Jefe de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Comando del Ejército Nacional [fls.512 a 514 tomo II pruebas], para que se investigara “las circunstancias en que perdió la vida de mi hermano **JOSE LORENZO TABORDA TABORDA**, en hechos ocurridos el 14 de marzo de 2007, en la Vereda [sic] Brisas del Llano, Municipio [sic] de Monterrey – Casanare, como consecuencia de una operación militar”²³⁸]. para determinar las circunstancias en las que ocurrieron los hechos; y, (9) todos coinciden en que **JOSÉ LORENZO** siempre portaba un papel con sus datos personales, los nombres de sus padres y un teléfono de contacto, tenía una discapacidad mental, le tenía miedo a las personas y a las armas.

66.9 Obra también el Oficio número 044/GRUVI-SIJIN DECAS, de 14 de marzo de 2007, del Funcionario de la Policía Judicial investigador SIJIN DECAS [fl.670 tomo III pruebas], con el que se remitió a la Fiscalía Treinta y Tres [33] Local “las evidencias halladas en el lugar de los hechos, las cuales fueron debidamente embaladas, rotuladas con su respectivo formato de cadena de custodia, dichas evidencias se relaciona así:

²³⁸ En la misma señaló: “[...] hace aproximadamente nueve meses recibimos una comunicación del señor Personero Municipal de Cartago – Valle, en la que se comunicaba a mis padres que en hechos ocurridos el 14 de marzo de 2007, en el municipio de Monterrey Casanare falleció mi hermano JOSE LORENZO y que su cuerpo se encontraba inhumado en el cementerio de ese municipio sin reclamar. Ante tal noticia, mi señora madre MARIA BERÓNICA TABORDA y mi hermana CRUZ ELENA TABORDA, se desplazaron hacia [sic] Monterrey – Casanare para averiguar sobre el cadáver y allá verificaron que efectivamente el cuerpo se encontraba allí. Posteriormente se fueron a Yopal donde la Forense [sic] para que les expidiera los papeles necesarios para poder reclamar el cuerpo de mi hermano. Dentro de los papeles que le dieron a mi mamá se refiere que mi hermano fue muerto por el Ejército en un combate y que su muerte se calificó por presuntos nexos con el narcotráfico. Por esta razón nos encontramos confundidos y queremos que se investigue las circunstancias y las personas que intervinieron en la muerte de mi hermano, por cuanto mi hermano no podía tener nexos con el narcotráfico u otras personas, porque él retrasado [sic] mental, máxime cuando mi hermano se encontraba con migo [sic] en Villavicencio que es la ciudad donde yo vivo y de un momento a otro se desapareció, es decir como una semana antes se me había desaparecido” [fl.512 tomo II pruebas].

❖ **Evidencia No.02:** revolver [sic], calibre 38 corto, marca SMITH WESSON, color niquelado, cachas en madera color café, numero [sic] interno 98181, sin número externo.

❖ Bolsa plástica transparente con las siguientes evidencias:

- **Evidencia 03:** Vainilla percutida, color amarilla marca CAVIM 7.65
- **Evidencia 04:** Vainilla percutida, color amarilla marca CAVIM 7.65
- **Evidencia 05:** Vainilla percutida, color amarilla marca AP 32 AUTO 7.65
- **Evidencia 06:** Vainilla percutida, color amarilla marca LOT IM 03, 9mm.
- **Evidencia 07:** Vainilla percutida, color amarilla marca CAVIM 02
- **Evidencia 08:** Vainilla percutida, color amarilla marca TZZ 97
- **Evidencia 09:** Vainilla percutida, color amarilla marca TZZ 97
- **Evidencia 10:** Vainilla percutida, color amarilla marca LO 1 IM 03 9mm
- **Evidencia 11:** Vainilla percutida, color amarilla marca TZZ 97
- **Evidencia 12:** Vainilla percutida, color amarilla marca TZZ 97

❖ **Evidencia No. 13:** Chapuza en lona, color negro, marca JACARDU, Bogota, 38 corto.

❖ 05 cartuchos, calibre 38, marca indumil, hallados tambor de revolver [sic]” [fl.670 tomo III pruebas].

66.10 Como presuntamente se encontró al lado del cadáver de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** un arma de fuego, según la constancia del Fiscal Treinta y Tres [33] Local de Monterrey, de 14 de marzo de 2007, [fl.671 tomo III pruebas], según la cual se solicitó al DAS “la practica [sic] de la prueba de absorción atómica al cadáver N.N habiéndose llevado a cabo Diligencia [sic] de Inspección a cadáver No. 008, el día de hoy, manifestando que en este momento ese Departamento no tiene Kit para la toma de esa prueba y además que la prueba ya había sido contaminada por llevar mas [sic] de diez horas expuesta sin haber sido protegida” [fl.671 tomo III pruebas]. Así mismo se cuenta con el Oficio SCAS.GOPE.APJ.C No.216754-1, del DAS Casanare [fls.734 a 736 tomo III pruebas], que contiene el experticio técnico realizado a un revólver por solicitud del Juzgado Cuarenta y Cinco [45] de Instrucción Penal Militar, en los términos siguientes:

“[...] ELEMENTOS RECIBIDOS

(1) Un revolver [sic] marca Smith &Wesson, calibre 38 Special, sin numero [sic] de identificación, con numero [sic] Interno [sic] **98181**

(5) Cinco vainillas percutidas calibre .38 Special.

[...]

CARACTERISTICAS GENERALES DE LOS ELEMENTOS

ARMA (1)

CLASE : Revólver

MARCA : Smith & Wesson

CALIBRE : .38 Special

MODELO : 60

FABRICACION : Original USA. Springfield estado de Massachussets

No. IDENTIFICACION	: No presenta
No. INTERNO	: 98181.- Impreso en la grúa sostén del tambor
FUNCIONAMIENTO	: Mecánico de repetición, en buen estado, comprobado mediante disparos de prueba en acción simple y acción doble
CAPACIDAD DE CARGA	: Mediante tambor giratorio con capacidad para alojar cinco (5) cartuchos del mencionado calibre
LONGITUD CAÑON	: Cañón de cinco (5) estrías con rotación sentido derecho, y una longitud de cinco (5) centímetros
ACABADO	: En acero inoxidable, en regular estado de conservación, cachas de madera color natural, grafiladas con monograma de Smith & Wesson en regular estado de conservación
GRABADOS	: Los de la casa de fabricación.
OBSERVACIONES	: Se observo [sic] el interior del tubo cañón del arma, se extrajeron partículas halladas, luego de analizadas físicamente se comprobó que se trata de residuos de disparo, esto nos permite determinar que dicha arma fue disparada, sin ser posible establecer el tiempo exacto por no existir en la actualidad método técnico científico que nos permita confirmarlo. El revolver [sic] motivo de experticio no presenta aditamentos o modificaciones que lo haga mas [sic] letal balísticamente. Para comprobar el estado de funcionamiento y recoger muestras patrón para estudio y cotejo con (5) vainillas incriminadas, encontradas dentro del tambor del revolver [sic], misma forma (10) diez vainillas diferentes calibres y nacionalidades, encontradas al lado del Occiso [sic] con su respectivo registro de cadena de custodia y ser enviadas al laboratorio de Balística Forense del DAS en Bogota [sic], para ser ingresadas en el sistema IBIS en busca de correlación en otros casos, se utilizaron cuatro cartuchos del mismo calibre del arma, cuyo resultado se hará llegar una vez se obtenga respuesta” [fls.734 y 735 tomo III pruebas].

66.11 Debe tenerse en cuenta, así mismo, la respuesta al oficio No. 836 suscrita por el Subcomandante de la Estación de Policía de Monterrey William Arturo Troncoso Palacio el día 26 de julio de 2010, en la cual se le comunica al Juzgado 13 de Instrucción Penal Militar:

“[...] De manera atenta y respetuosa me permito dar respuesta a ese despacho del oficio del asunto en el cual requiere se comuniquen sobre que (sic) informaciones de inteligencia se manejaba en esa entidad sobre la presencia de grupos al margen de la ley o de delincuencia común en el sector de la vereda Brisas del Llano, entre el 01 y el 14 de marzo de 2007.

En virtud a lo anterior (sic), de acuerdo al archivo existente verificado por el personal de la Unidad de Investigación Criminal SIJIN, para las fechas indicadas no se tiene conocimiento de presencia de grupos al margen de la ley en esa localidad. (...)” [fl.346 tomo II pruebas]

66.12 Ahora bien, según las anotaciones manuscritas en el libro COT de reportes de novedad correspondientes a los días 14 y 15 de marzo de 2007, sin indicación del lugar, en las cuales no se observa información sobre enfrentamiento militar alguno con grupos al margen de la ley [fls.539 a 540 tomo II pruebas].

66.13 Según los cuadros de esquemas de maniobra No. 00875 de 12 y 14 de marzo de 2007, 0876 de 13 de marzo de 2007 en el cual figura el pelotón “Cobra 2” al mando del “CT. Duarte” con dos oficiales, 3 suboficiales y 26 soldados profesionales al mando [fls.541, 543 y 545 tomo II pruebas].

66.14 De igual manera, obra el cuadro de misiones tácticas de fecha 14 de marzo de 2007 BATINF No. 44 “CO. RAMÓN NONATO PÉREZ” [fl.546 tomo II pruebas] donde se expuso lo siguiente:

OPERACIÓN	UT	MISIÓN TÁCTICA	INICIO	TÉRMINO	UNIDAD	ENEMIGO	ÁREA	OBJETIVO
BATALLÓN	BIRNO44	ESCORPION	01-ene-07		ATILA 3 GERRERO 1	NBDSEN	S/LARGA, /V NUEVA/ MONT ERREY, TAUR AMEN IA, PORV ENIR	OPERACIONES OFENSIVAS - REGISTRO CONTRO L MILITAR ÁREA CONTRA NUEVAS BANDAS EMERGE NTES AL SERVICIO DEL NARCOTRÁFICO DIRIGID

								AS POR EL SUJETO NN ALIAS EL BOYACO
--	--	--	--	--	--	--	--	--

67 Valoradas conjunta, contrastada, ponderada y críticamente las pruebas anteriores que permiten establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar quedando demostrado: (1) los hechos ocurrieron el 14 de marzo de 2007 a las 4:50 a.m. aproximadamente; (2) en la vereda Brisas del Llano del municipio de Monterrey, Casanare; (3) en los mismos falleció **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** recibiendo seis [6] disparos en la región hipocondríaca derecha e izquierda; (4) su muerte violenta se produjo como consecuencia de los disparos realizados por el pelotón “Cobra” del Batallón de Infantería No. 44 “Coronel Ramón Nonato Pérez”, quienes portaban fusiles de calibre 5.56 y dispararon en trece [13] ocasiones; (5) si bien existía una orden de operaciones, “ESCORPIÓN I” y la orden fragmentaria “MADRIGAL”, existen profundas contradicciones en cuanto a su conocimiento y finalidad; (6) los miembros del pelotón que participaron en los hechos y rindieron declaraciones e indagatorias incumplieron con lo ordenado por la orden de operaciones que contenía la misión táctica número 033 “MISIL” al conocer tantos detalles de la misma; (7) 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, y de la encontrada en la mano derecha **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, ya que las vainillas encontradas y analizadas técnicamente proceden de multiplicidad de armas, cuando la unidad militar tenía un solo tipo de arma de dotación y aquel presuntamente sólo tenía un revólver; (8) al fallecido **TABORDA TABORDA** le fue incautado un revólver 38 corto Smith & Wesson, cuyo tambor permitía alojar cinco proyectiles y según el estudio técnico todos fueron percutidos pero sin haberse registrado los mismos ni en el acta de inspección del cadáver, ni en la necropsia; (9) el supuesto combate o enfrentamiento tuvo una corta duración; (10) no hay explicación razonable para haber sido utilizados trece [13] 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 un revólver; (11) sin que, además, se haya producido lesión alguna en los miembros de la unidad militar como está corroborado; (12) 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; (13) las prendas de vestir con las que fue encontrado no coinciden con las que usualmente tenía según sus familiares y conocidos, como sorprendió que portara unas botas tan grandes con las que fue visto en video; (14) en todo caso la víctima vestía de civil al momento de su fallecimiento como ha quedado corroborado; (15) ni la orden de operaciones “ESCORPIÓN I”, ni la orden fragmentaria “MADRIGAL”, ni en las demás pruebas que obran en este proceso revelan de manera directa o indirecta que **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** 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; y, (16) desde el 14 de marzo de 2007 y hasta el 8 de septiembre de 2008 los familiares de **JOSÉ LORENZO** no pudieron conocer de su paradero.

68 Después de analizar la Sala las circunstancias de tiempo, modo y lugar, pasa a estudiar las investigaciones adelantadas por la muerte violenta de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**.

11.5.2. Las investigaciones adelantadas por la muerte violenta de JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA.

70 La Sala tiene en cuenta que de acuerdo con el Oficio número DNF-17959, de 16 de agosto de 2011, de la Profesional Universitaria III del Grupo de Derechos Humanos de la Dirección Nacional de Fiscalías [fl.10 tomo I pruebas], se consultó como víctima y/ denunciante, y se halló dentro del Radicado [sic] SPOA 110016000099201000006 en la Fiscalía 31 Especializada de Apoyo Villavicencio Unidad Nacional de Derechos Humanos, Estado [sic] actual Activo [sic] en indagación”.

71 De igual manera, según el Oficio número 1099/MDN-JPM-J13-IPM, de 31 de agosto de 2011, del Juez 13 de Instrucción Penal Militar [fl.15 tomo I pruebas], se informó que “la investigación penal, se radico [sic] en este Juzgado bajo el Sumario [sic] No. 060, pero fue remitido por competencia a la Fiscalía 31 Especializada de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la ciudad de Villavicencio (Meta), mediante oficio No. 267 de fecha 08 de febrero de 2011” [fl.15 tomo I pruebas].

71.1 Dicha remisión tiene como sustento el Oficio suscrito por el Fiscal 62 UNDH y DIH de Villavicencio (E) dirigido el 19 de febrero de 2010 al Jefe de la Unidad Nacional de DH y DIH en el que indicó lo siguiente [fls.393 y 394 tomo II pruebas]:

“(...) este delegado adelantó labores de verificación con respecto a los hechos en los cuales encontrara la muerte de JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA, ocurridos el 14 de Marzo de 2007 en la vereda Brisas del Llano, jurisdicción del Municipio de Monterey Casanare, quien fuera reportado por miembros de batallón de infantería No. 44 RAMÓN NONATO PÉREZ, como persona sin identificar dada de baja en combate.

En consecuencia, me permito emitir concepto sobre la viabilidad o no, para que esta Unidad asuma el conocimiento de tales diligencias:

(...) a criterio de este delegado el caso verificado deber ser asumido por la Justicia ordinaria, y en especial por la Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH.

En efecto, la actuación que cursa ante el Juzgado Trece de Instrucción Penal Militar se encuentra en estado sumarial, habiendo sido vinculados tres de los militares, que, en principio, no estarían directamente involucrados en el hecho del homicidio. No obstante, las manifestaciones esbozadas por aquellos en sus injuriadas no aguantan el menor análisis desde la sana crítica, en tanto incurrir en serias y graves contradicciones, que no permiten tener esas manifestaciones por ciertas, entre otras cosas porque tampoco encuentran respaldo en otros medios de convicción.

En completa armonía con las consideraciones hechas por el Tribunal Militar a la hora de decretar la nulidad de la actuación a partir del cierre de investigación, llama inmensamente la atención que la investigación se hubiere cerrado sin el más mínimo quehacer investigado tendiente a conformar o desvirtuar la tesis de los militares, careciendo la actuación aún a la fecha de un serio impulso procesal en búsqueda de la verdad y la justicia.

De otro lado, adjunto a la petición que origina la presente verificación se anexa copia simple de la historia clínica de la víctima, de la cual se desprende una muy alta probabilidad de que el señor JOSÉ LORENZO TABORDA no tuviere ni la capacidad mental ni física de trasladarse desde Villavicencio hasta en donde ocurren los hechos por sí solo, tampoco de pertenecer a grupo armado ilegal, y menos aun de desarrollar un ataque contra la tropa en los términos que narran los encartados, pues el diagnóstico desde el año 1999 es que se trata de persona con retardo mental con movimientos careoatetosicos, éstos últimos que, consultando el Internet, corresponderían a movimientos lentos e involuntarios de sus extremidades.

Son estos aspectos los que conllevan al suscrito a estimar que el caso debe ser de conocimiento de la justicia ordinaria, y más concretamente de la UNDH y DIH, en tanto se evidencian elementos propios del fenómeno que desafortunadamente se viene dando en el país, ya conocidos por todos como ejecución extrajudicial o arbitraria, en tanto que, de un lado, no existe un argumento coherente y creíble por parte de los presuntos sujetos activos de la conducta en torno al hecho en que se produjo aquel homicidio, y del otro, las condiciones particulares de la víctima no permiten dar crédito a la tesis exculpativa de los militares implicados, con lo cual surgen serias dudas acerca de la legitimidad de su actuación de cara a los postulados constitucionales y legales encomendados a los miembros del Ejército Nacional (...).”

71.2 Remitidas las actuaciones realizadas por la justicia penal militar a la justicia ordinaria, consta según el oficio número 049/2012, de 21 de febrero de 2012, de la Secretaria Común de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario [fl.50 tomo I pruebas], que existe una investigación por el homicidio en persona protegida de **JOSE LORENZO TABORDA TABORDA**, en hechos ocurridos el 14 de marzo de 2007 en la vereda Brisas del Llano, del municipio de Monterrey, Casanare, ante la Fiscalía 31 Regional Villavicencio, Meta, y con el radicado No.8100.

71.3 Mediante la Resolución número 000253, de 22 de septiembre de 2010, del Jefe de la Unidad Nacional de Fiscalías de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario [fls.444 y 445 tomo II pruebas], se asignó al Fiscal Treinta y Uno [31] Especializado asumir el conocimiento de la investigación por el homicidio de José Lorenzo Taborda Taborda, teniendo en cuenta que por Resolución 0-2091 de 8 de septiembre de 2010 el Fiscal General de la Nación asignó “a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario” dicha investigación [fls446 y 447 tomo II pruebas].

71.4 En el marco de dicho proceso penal ordinario se presentó demanda de parte civil presentada en nombre de los familiares de José Lorenzo Taborda Taborda por un abogado del Comité de Solidaridad con los Presos Políticos [fls.452 a 459 tomo II pruebas; 912 a 918 tomo IV pruebas].

72 Así como con el Oficio número 10345/MD-DIV8-BR16-CJM-38.10, de 8 de septiembre de 2011, del Comandante de la Décimo Sexta Brigada del Ejército Nacional [fl.14 tomo I pruebas], se informó “que en este Comando se adelanta investigación disciplinaria relacionada con los hechos ocurridos el día 14 de marzo de 2007 en los que resultare muerte [sic] el señor JOSE LORENZO TABORDA” [fl.14 tomo I pruebas].

73 Se encuentra demostrada, también, la investigación penal seguida contra los uniformados, Aldidiar Amaya Álvarez, José Duván Aranzalez Walteros y Xavier Alfonso Franco Silva, en el Juzgado 45 de Instrucción Penal Militar por el presunto delito de

homicidio de que fuera víctima José Lorenzo Taborda Taborda, dentro del sumario No. 363²³⁹ [fls.660 y ss. Tomo III pruebas].

73.1 Durante el curso del proceso penal militar se profirió la providencia de 9 de octubre de 2009, del Fiscal Sexto ante Tribunal Superior Militar [fls.436 a 441 tomo II pruebas], mediante el cual se resolvió “**DECRETAR** la nulidad parcial de lo actuado en el proceso que se adelanta por el delito de HOMICIDIO al Subteniente ALFONSO XAVIER FRENCO [sic] SILVA, y los Soldados Profesionales [sic] JOSE DUVAN ARANZALES WALTEROS y ALDIDIAR AMAYA, a partir inclusive del auto de cierre de investigación, con el propósito que en fase instructiva se desarrollen los derroteros esbozados” [fls.441 tomo II pruebas; 837 tomo III pruebas].

73.2 Así como se encuentra la providencia de 17 de febrero de 2011, proferida por el Juzgado Décimo de Instancia de Brigada [fls.378 a 383 tomo II pruebas], con el que se remitieron por competencia a la Fiscalía 31 Especializada de la Unidad de Derechos Humanos y de derecho Internacional Humanitario, las actuaciones adelantadas por los hechos ocurridos el 14 de marzo de 2007 en la vereda Brisas del Llano, jurisdicción de Monterrey, Casanare, y según la cual:

“[...] En el presente caso, al analizar las probanzas, el suscrito Juez encuentra que si bien el escaso material probatorio recaudado por el Juez Instructor, como lo son los testimonios y las injuradas de los militares procesados permiten inferir que la actuación de los mismos se ajustó al ordenamiento jurídico y que actuaron en legítima defensa de sus vidas ante una agresión injusta en [sic] inminente, que además actuaron en cumplimiento de una orden legítima como lo es la Orden Fragmentaria No. 0032 MADRIGAL [...] también es cierto, que esas pocas probanzas hasta ahora recaudadas y allegadas al plenario [...] del paginario suscrito por el Señor [sic] JAIRO DE JESUS TABORDA TABORDA, hermano del Occiso [sic] quien dice que su hermano se le desapareció en Villavicencio, el Informe Técnico del Instituto Nacional de Medicina Legal de Yopal – Casanare con el que se logra establecer la plena Identidad [sic] del Occiso [sic] como JOSE LORENZO TABORDA TABORDA [...], los Antecedentes Judiciales [sic] del Occiso [sic] [...], la Historia Clínica del Occiso [sic] JOSE LORENZO TABORDA TABORDA donde se establece que presentaba “**Retardo Mental con movimientos característicos actividad anormal con epilepsias**” [...], el Oficio No. 1262 suscrito por el Comandante de la Estación de Policía del Municipio de Monterrey-Casanare donde manifiesta que revisado el archivo existente para la fecha del 1 a 14 de Marzo [sic] de 2.007 en el sector de la Vereda Brisas del Llano no se tiene conocimiento de la

²³⁹ Este proceso fue remitido al Juzgado trece de Instrucción Penal Militar por competencia, el 16 de agosto de 2007, procedente del Juzgado 45 de Instrucción Penal Militar [fl.759 tomo III pruebas].

presencia de grupos al margen de la ley en esa localidad [...], esas probanzas permiten inferir que la conducta de los militares aquí sindicados y procesados pudo haberse apartado de la legalidad, que pudieron haberse aprovechado de su investidura para causar la muerte al señor JOSE LORENZO TABORDA TABORDA, es decir, que estas probanzas ofrecen al suscrito Juez serias dudas sobre la existencia de la relación causal entre el delito y el servicio [...] En el presente caso no hay prueba que demuestre con certeza que las actuaciones de los militares guarden relación con el servicio, las probanzas relacionadas anteriormente crean serias dudas sobre si los militares se aprovecharon de su investidura y condición, para causar la muerte a JOSE LORENZO TABORDA TABORDA, lo cual rompería la relación causal con el servicio, de tal manera que en las presente diligencias hay serias dudas sobre la existencia de los elementos estructurales del Fuero Militar y por consiguiente hay serias dudas acerca de que la conducta de los militares aquí procesados guarde relación con el servicio” “[fls.380 y 381 tomo II pruebas, subrayado fuera de texto].

73.3 En su momento, dentro del mismo proceso penal militar, se profirió la providencia de 27 de noviembre de 2007 del Juez Trece [13] de Instrucción Penal Militar de Tauramena, Casanare [fls.768 a 780 tomo III pruebas], con la que se resolvió “**ABSTENERSE DE IMPONER** Medida [sic] de Aseguramiento [sic] alguna en contra del Señor [sic] Subteniente **FRANCO SILVA XAVIER ALFONSO** de los Soldados Profesionales **AMAYA ALVAREZ ALADIDIAR y ARANZALES WALTEROS JOSÉ DUVAN** de condiciones civiles y militares conocidas dentro del proceso por el delito de HOMICIDIO en la persona de un NN sexo masculino”²⁴⁰ [fl.779 tomo III pruebas].

²⁴⁰ Se adoptó esta decisión con base en los siguientes argumentos: “[...] entrando a analizar el material probatorio recaudado a la luz de la sana crítica tenemos que dentro del marco de una orden de operaciones la Patrulla Militar se desplaza a confrontar unos informes de inteligencia en el sector de la vereda BRISAS DEL LLANO del Municipio [sic] de Monterrey (Casanare), ya que por informes de inteligencia se tenía que un grupo de sujetos perteneciente a las bandas delincuenciales al servicio del narcotráfico venía en esa vereda robando, extorsionando y aterrorizando a la población civil, es así que la iniciarse la misión táctica de desplazamiento y al distribuirse la patrulla militar en puestos de control, siendo el número uno donde se encontraba ubicado el Señor [sic] Subteniente **FRANCO SILVA** y los Soldados Profesionales **ARANZALES WALTEROS y AMAYA ALVAREZ**, pues son los primeros que tiene [sic] que repeler el ataque cuando son divisados por estos militares quienes a las voces de alto son atacados por estos sujetos. De otra parte de las diligencias de declaración como de las diligencias de indagatoria, encontramos que no faltan a la verdad, siendo coincidentes en la manera como sucedieron los hechos, que repelieron el fuego enemigo presentándose un verdadero combate de encuentro. Que se encontraban dentro del marco de la misión constitucional encomendada, con un objetivo militar el que por naturaleza [...] es decir estos subversivos eran combatientes quienes atacaron con armas al personal militar que se encontraba en el puesto número uno de control en el sector BRISAS DEL LLANO en jurisdicción de Monterrey (Casanare), tomando parte de una manera directa y actual en el conflicto armado y como producto de esta agresión es que fallece en el combate el NN de sexo masculino [...] en el caso presente tanto **FRANCO SILVA**, como **AMAYA ALVAREZ y, ARANZALES WALTEROS** actuaron en cumplimiento de un deber jurídico como causa de exclusión de responsabilidad [...] Es de anotar que de las sumarias se desprende que del estudio de la prueba documental, testimonial y pericial, indiciaria y médico legal, no se puede deducir, ni se cuenta con pruebas o con elementos dotados de convicción que nos pueda desvirtuar el dicho de estos militares, que actuaron repeliendo el ataque, además que no fue posible individualizar al responsable directo, pues tanto el Oficial como los Soldados

73.4 Como se cuenta, también, con la providencia de 25 de febrero de 2008 del Fiscal Veinte [20] Penal Militar ante el Juzgado Décimo [10] de Brigadas de la Décimo Sexta Brigada de Yopal, Casanare [fls.805 a 819 tomo III pruebas], mediante la que se resolvió “**DECRETAR LA CESACIÓN DE TODO PROCEDIMIENTO** a favor de los Señores [sic] ST. FRANCO SILVA XAVIER ALFONSO [...] SLP. ARANZALES WALTEROS JOSÉ DUVAN [...] SLP. AMAYA ALVAREZ ALDIDIAR”²⁴¹ [fl.819 tomo III pruebas]. Con relación a dicha decisión obra el concepto de la Procuraduría 22

Profesionales respondieron al unísono al ataque armado del que fueron objeto; [sic] Tenemos igualmente que el sujeto muerto en el combate no presentaba signos de tortura, amarramiento, sus heridas no presentaban anillos de contusión, tatuaje ni ahumamiento. Por lo tanto la muerte del NN de sexo masculino, fue producto de enfrentamiento armado cuando un personal de la COMPAÑÍA COBRA en cumplimiento de una Orden de Operaciones repele el ataque de los subversivos, apareciendo plenamente demostrado dentro del plenario las causales de justificación tales como en [sic] estricto cumplimiento de un deber y en legítima defensa, en razón a que no se aflora exceso de legítima defensa en el comportamiento de los sindicatos, sino por el contrario está clara la actividad de los militares los que estaban autorizados para hacer uso de las armas de dotación, quedando amparado su comportamiento dentro de estas causales ya enunciadas, pues la hacer uso de sus armas no hicieron otra cosa que defender sus vidas, lo que creaba un peligro actual e inminente” [fls.774 a 778 tomo III pruebas].

²⁴¹ A esta decisión se llegó con base en los siguientes argumentos: “[...] Es de precisar que el occiso y según la generalidad de declaraciones se encontró con la tropa y los envistió a disparos, a lo cual la única reacción que tuvieron los mismos fue disparar sus armas; lógicamente el único fin de estos bandidos, era el tratar de huir de las tropas, lo cual este no lo logro [sic] hacer pero su compañero si [sic] [...] es evidente que el sujeto abatido por las tropas del Batallón de Infantería N° 44, portaba para el día de los hechos un Revolver [sic] Marca [sic] Smith & Wesson, Cal 38 Special, numero Interno [sic] 98181, arma a la cual se le practico [sic] diligencia de Inspección Judicial por parte de un Técnico Criminalístico del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S [...] Con lo que podemos observar que el arma que le fue encontrada al occiso, y con la cual según lo narran los miembros de la patrulla que vivieron esos momentos angustiantes, este le disparo [sic] o acciono [sic] hacia ellos de forma directa y consiente, al haberse percatado de su presencia, siendo este tipo de arma un elemento adecuado y bastante lesivo, como para llegar efectivamente a causar o acabar contundentemente con cualquier ser humano hacia el cual se utilizaba, en el caso en comento los integrantes de la tropa del Batallón de Infantería N° 44 BIRNO. Es así como claramente podemos ir evidenciando que el sujeto NN sexo masculino, no era cualquier poblador indefenso de la zona, contra el cual la tropa injustamente acciono [sic] sus armas, sino que por el contrario era integrante de grupos al margen de la ley, mas [sic] exactamente de las Bandas Criminales al Servicio [sic] del Narcotráfico [sic], y este Sujeto [sic], fue quien acciono [sic] su arma en conjunto o asocio con los sujetos que lo acompañaban para el día de marras, en contra del personal que integraba la patrulla para el día de los hechos, siendo esto corroborado con la totalidad del material probatorio recaudado [...] dentro del caso en mención los ST. FRANCO SILVA XAVIER ALFONSO , SLP. ARANZALES WALTEROS JOSÉ DUVAN y SLP. AMAYA ALVAREZ ALDIDIAR, no vulneraron injustamente el bien jurídico que protegió el legislador en el acápite contemplativo del HOMICIDIO, si no que por el contrario y como lo mencionamos anteriormente ellos estaban cobijados bajo unas fuertes causales de justificación y avalados con encomiendas constitucionales dadas a los miembros de la fuerza publica [sic] que no son posibles cumplirlas, si no es con el desarrollo de un enfrentamiento armado entre integrantes de grupos al margen de la ley (Bandas Delincuenciales al Servicio de Narcotráfico) y los miembros de la fuerza publica [sic] y que conllevo [sic] al lamentable deceso de un ser humano integrante de este grupo insurgente, pero siendo este individuo el único causante de su fatídico y aterrador final por haber actuado de forma contraria a la ley y quien habría podido evitar este fatídico final, si hubiera decidido tal vez entregarse a las tropas en lugar de disparar para tratar de huir” [fls.813 a 818 tomo III pruebas, subrayado fuera de texto].

Judicial Penal II dentro del grado jurisdiccional de consulta de la providencia de 25 de febrero de 2008, en el que solicitó confirmar la misma²⁴² [fls.829 a 831 tomo III pruebas].

74 A su vez, con el Oficio número DDDDDH 4982, de 26 de septiembre de 2011, de la Procuraduría General de la Nación [fl.17 tomo I pruebas], se informó que “consultados los sistemas de información **SIM, GEDIS Y SIAF** de la entidad no se encontró que por la muerte del señor **JOSE LORENZO TABORDA TABORDA** cursara investigación Disciplinaria [sic] por parte de esta Delegada” [fl.17 tomo I pruebas].

75 Con base en el análisis conjunto, contrastado, ponderado y crítico de los anteriores medios probatorios la Sala concluye: (1) que una vez ocurridos los hechos el 14 de marzo de 2007 la justicia penal militar por medio de los Juzgados Cuarenta y Cinco [45] y Trece [13] de Instrucción Penal Militar adelantaron las investigaciones en contra de los miembros de la unidad militar que participó en los mismos; (2) se abrió una investigación disciplinaria militar adelantada por el Comando de la Décimo Sexta Brigada del Ejército Nacional; (3) producto del estudio realizado por el Fiscal 62 de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario el 8 de febrero de 2011 el Juez Trece [13] de Instrucción Penal Militar remitió las actuaciones y diligencias practicadas en el proceso por el homicidio de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** a la Fiscalía 31 Especializada de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la ciudad de Villavicencio (Meta); (4) en los dos casos se tiene como resultado que ninguno de los miembros de la unidad militar fue juzgado íntegramente, ni se determinó si hubo o no responsabilidad, o si procedía condena o no penal, o sanción disciplinaria; y, (5) el proceso bajo el radicado 8100 ante la Fiscalía 31 de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Regional Villavicencio [Meta] está en curso desconociéndose si ya se ha radicado escrito de acusación, si se ha celebrado audiencia para la misma y si ha sido condenado alguno de los miembros de la unidad militar que participaron en los hechos el 14 de marzo de 2007.

²⁴² “[...] los militares ejecutaron una acción tendiente a salvaguardar sus vidas y a su vez la seguridad de la población civil, por cuanto se sabía que los delincuentes al servicio del narcotráfico se encontraban realizando diferentes acciones que atentaban contra la comunidad aunando a lo anterior el hecho de que dicha organización al notar la presencia de los militares abrieron fuego en contra de estos, por cuanto al ver el peligro inminente del que estaban siendo víctimas [sic], procedieron a reaccionar generándose un cruce de disparos, instante en el cual dieron de baja a quien esta probado en el plenario era miembro de las bandas dedicadas al narcotráfico” [fls.830 y 831 tomo III pruebas].

76 Dilucidado lo anterior, la Sala examina la determinación de la identidad de la víctima **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**.

11.5.3. Determinación de la identidad de JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA.

77 A instancias del proceso penal militar se recaudó tanto el Acta de inspección de cadáver, como el certificado de defunción correspondiente a NN fallecido el 14 de marzo de 2007 en la vereda Brisas del Llano [fls.701 a 705 tomo III pruebas]; y el registro civil de defunción de NN fallecido el 14 de marzo de 2007 a las 4:50 am [fls.707 y 754 tomo III pruebas]. Así como se cuenta con la copia simple del comunicado número 325-08 DRCR URMF GIFO, de 1 de septiembre de 2008, de la Odontóloga Forense de la Oficina de Identificación de Cadáveres NN's, de la Dirección Regional Oriente del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses [fl.31 c1], con la que se solicitó a la Alcaldía de Cartago, Valle del Cauca, “ubicar familiares del señor JOSE LORENZO TABORDA TABORDA CC 14.566.575 de Cartago/Valle, quien nació el 19 de Junio [sic] en san [sic] Juan del Palmar/Choco [sic], con dirección en la tarjeta decadactilar Cr 2T 1E – 99 La Platanera, hijo de LUIS OCTAVIO y MARIA VERONICA, sin más información. Lo anterior se requiere para comunicar a los familiares que el señor JOSE LORENZO TABORDA TABORDA falleció en hechos ocurridos el 14 de Marzo [sic] del 2007 en el municipio de Monterrey/Casanare a la fecha se encuentra inhumado en el cementerio de Monterrey/ Casanare sin Reclamar [sic]” [fl.31 c1].

78 No obstante, en el marco del proceso penal ordinario se recaudó el Oficio número 320, de 23 de agosto de 2011, del Registrador Municipal del Estado Civil de Monterrey, Casanare [fl.11 tomo I pruebas], con el que se remitió “copia original de Defunción [sic] Serial N° 05868740 perteneciente a TABORDA TABORDA JOSE LORENZO” [fl.11 tomo I pruebas], y el registro civil de defunción de José Lorenzo Taborda Taborda, con indicativo serial número 05868740 [fls.12 tomo I pruebas; 683 tomo III pruebas; 908 tomo IV pruebas], según el cual su muerte ocurrió el Monterrey, Casanare, el 14 de marzo de 2007 a las 4:50 am [fl.12 tomo I pruebas].

79 Establecido que la víctima fue declarada e inhumada como N.N. en la fecha de los hechos, esto es, 14 de marzo de 2007, debe examinarse si presentaba antecedentes policiales, judiciales o disciplinarios.

11.5.4. Determinación de los antecedentes policiales, judiciales o disciplinarios del joven JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA.

80 De acuerdo con el Oficio número DNF-17959, de 16 de agosto de 2011, de la Profesional Universitaria III del Grupo de Derechos Humanos de la Dirección Nacional de Fiscalías [fl.10 tomo I pruebas], se informó “que consultados los sistemas de información SIJUF y SPOA de la Fiscalía General de la Nación, por el nombre JOSE LORENZO TABORDA TABORDA, como indiciado o sindicado, no se halló registro alguno”.

81 Pese a lo anterior, obran los siguientes medios probatorios que revelan que la víctima estuvo encausado o procesado por “una actividad lesiva a la Salubridad Pública”: (1) Auto número 1277, de 17 de septiembre de 1997, del Juzgado Segundo de Menores de Pereira [fls.132 a 135, 233 a 237 tomo I pruebas], por medio del cual resolvió la situación jurídica provisional del joven José Lorenzo Taborda Taborda a quien se reprochaba “una actividad lesiva a la Salubridad Pública”²⁴³; (2) Resolución de 27 de marzo de 1998, de la Fiscalía Diez Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Pereira [fls.140 a 146 tomo I pruebas], por medio del cual resolvió la situación jurídica de José Lorenzo Taborda Taborda a quien se reprochaba la violación de la Ley 30 de 1986, por la que se le impuso

²⁴³ Del que se tiene en cuenta: “[...] El implicado no sabe leer, escasamente intenta firmar, es labriego en fincas, y no precisa el lugar de residencia. Estatura 1.53 metros, contextura delgada, rostro de forma triangular, pelo negro rizado, frente amplia, nariz chata, iris negros, presenta ausencia de múltiples piezas dentarias en la parte superior e inferior delantera (exodoncia) [...] Una valoración integral de todas las vicisitudes que soporta la existencia actual de Lorenzo pone a este funcionario en alerta, porque este joven desde los pocos años de edad tuvo inconvenientes en la relación materno filial, incluso con desafueros graves cuando abandonaba su seno familiar para ir en búsqueda de circunstancias o problemáticas que desmejorarían su porvenir. Por esa desobediencia resultó ligado con los estupefacientes, incluso atentando contra el propio patrimonio de su familia, jamás mostró propósito de educarse, porque no tuvo interés en asistir a un plantel educativo, no ha hallado una estabilidad laboral y al parecer tiene dificultades de control mental, aspectos que indudablemente permiten diagnosticar un joven en situación irregular y de peligro, sin que ninguno de los parientes cercanos o lejanos haya dado muestras de querer prestarle la ayuda específica que reclama a gritos [...] Será entonces objeto de una medida provisional LORENZO, considerando este Despacho Judicial la más adecuada, benéfica y dable para las circunstancias propias del comprometido, la ubicación institucional en un régimen SEMICERRADO, esperando que la terapia sicopedagógica dada en el centro de reeducación sea el medio propicio para superar el sinnúmero de dificultades y conflictos que lo aquejan” [fls.133 a 135, 233 a 236 tomo I pruebas, subrayado fuera de texto].

la “medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, con derecho al beneficio de la libertad provisional” [fl.145 tomo I pruebas]; (3) Resolución de 10 de marzo de 2000, de la Fiscalía Diez Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Pereira, por la que se calificó el mérito del sumario seguido contra José Lorenzo Taborda Taborda [fls.147 a 150 tomo I pruebas], profiriendo resolución de acusación en su contra; (4) Acta de la diligencia de audiencia pública celebrada ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito [fls.153 a 156 tomo I pruebas]²⁴⁴; y (5) sentencia de 13 de octubre de 2000 proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito [fls.157 a 162, 242 a 246 tomo I pruebas], por medio de la que se absolvió a José Lorenzo Taborda Taborda “de todos los cargos que como incurso en una infracción a la Ley 30 de 1986”²⁴⁵.

82 Adicionalmente, obra el Oficio SCAS-GOPE-GIDE 1999703-1, de 15 de marzo de 2010, del responsable del Área de Identificación del DAS, según el cual, sin comprobación dactiloscópica, José Lorenzo Taborda Taborda identificado con la cédula de ciudadanía número 14.566.575 no registraba antecedentes judiciales [fl.904 tomo IV pruebas].

83 Con base en el análisis de los medios probatorios anteriores la Sala concluye que **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** no tenía antecedentes policiales, judiciales o disciplinarios por delitos relacionados con los hechos ocurridos el 14 de marzo de 2007, 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.

²⁴⁴ De la que se tiene en cuenta: “[...] se considera que se encuentra plenamente establecido el hecho al portar marihuana en cantidad superior a la permitida legalmente, no ocurre lo mismo respecto a la responsabilidad del imputado por cuanto de la misma diligencia de indagatoria se percibe lo incoherente y los trastornos de personalidad graves, tal como quedó consignado en valoración psicológica que se hiciera la mismo, lo que deja en duda su capacidad real para comprender la ilicitud de su comportamiento” [fl.155 tomo I pruebas, subrayado fuera de texto].

²⁴⁵ De la que se tiene en cuenta: “[...] En efecto, desde los estadios primigenios de la pesquisa, el joven TABORDA TABORDA, hizo gala de una extraña personalidad, rayana con la anormalidad, ofreciendo a simple vista a quienes con él tuvieron contacto una pobre perspectiva de sí mismo y de la comprensión de su entorno, situaciones que confirmara una evaluación psicológica en la que se recomienda la valoración por parte de médico siquiatra. Converge en idéntico sentido lo expuesto por su progenitora quien inclusive lo rotula de <<locato>>. Esta descripción sitúa al operador jurídico ante la imposibilidad de estructurar en esta etapa procesal, un juicio de culpabilidad pues se carece de la certeza referente a si TABORDA TABORDA [sic] actuó o no con dolo, única forma de responsabilidad que admite esta infracción, dada su incapacidad de comprensión o de autodeterminación, las que se visualizan en el decurso investigativo” [fls.158 a 161 tomo I pruebas].

85 Ahora bien, la valoración probatoria realizada por la Sala debe permitirle adecuar la responsabilidad del Estado por la muerte violenta de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** en el marco de “falsas acciones para el cumplimiento de los mandatos constitucionales” por miembros del Ejército Nacional, pertenecientes al Batallón de Infantería No.44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” para la época de los hechos.

11.5.5. Encuadramiento de la responsabilidad de las entidades demandadas por la muerte violenta de JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA, con ocasión de las “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales” realizadas por miembros del Ejército Nacional el 14 de marzo de 2007.

86 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 del Batallón de Infantería No.44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” de Tauramena, Casanare.

87 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*”.

88 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*”.

89 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”.

90 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.

91 No obstante, cuando hechos como los ocurridos el 14 de marzo de 2007 en la vereda Brisas del Llano del municipio de Monterrey, Casanare, 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.

92 La Sala de manera singular para este caso considera que debe tenerse en cuenta que al haber quedado demostrado que la víctima **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** para el 14 de marzo de 2007 era una persona discapacitada mental, que tenía serias y graves limitaciones sensoriales, motrices y comunicacionales, el Estado se obligada reforzadamente a la protección de sus derechos y libertades por ser sujeto de especial protección. Para esto debe tenerse en cuenta los siguientes mandatos positivos en cabeza del Estado para la protección de personas como **JOSÉ LORENZO**: (1) convencionalmente la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas”, de 2008 [firmada por Colombia el 30 de marzo de 2007 consagra (1.1) como principios sustanciales en el artículo 3 “a) *El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) la igualdad de oportunidades*”; (1.2) como obligación general en cabeza del Estado se encuentra, según el artículo 4.1, que se compromete “a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad”, en especial la consagrada en el literal d: “Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que [sic] las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella”; (1.3) ahora bien, conforme con lo consagrado en el artículo 5.1 los Estados “reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a la igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna”; (1.4) a lo que cabe agregar el mandato del artículo 5.2 según el cual los Estados “prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo”; (1.5) resaltando la reafirmación en el artículo 10 del “derecho inherente a la vida de todos los seres humanos”, razón suficiente para que todo Estado adopte “las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”; (1.6) así mismo se consagra como mandato convencional en cabeza del estado la adopción “**en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho**

internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales”; (1.7) a lo que cabe agregar el mandato del artículo 14.2 según el cual todo Estado debe asegurar “*que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principio de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables*”²⁴⁶; (1.8) así como el derivado del artículo 15.1 según el cual ninguna “*persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*”; y, (1.9) finalmente debe tenerse en cuenta el mandato del artículo 17 según el cual toda “*persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con los demás*”. (2) En la perspectiva constitucional es el artículo 13 de la Carta Política y los derechos fundamentales reconocidos a todas las personas los que imponen los mandatos constitucionales de protección hacia aquellos que presente cualquier tipo de discapacidad por todas las instituciones públicas y agentes estatales²⁴⁷.

93 De acuerdo con la jurisprudencia constitucional las “*personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales han estado históricamente sometidas a prácticas discriminatorias y de exclusión social. La discriminación ha tendido a jerarquizar a las personas con discapacidad como inferiores a un ‘ideal’ de condición humana, lógica que se articula de manera perversa a través del rechazo, la indiferencia, y, en general, de tratos desfavorables en todos los aspectos de la vida colectiva. De allí, que el entorno ha terminado por aislar a las personas con discapacidad, impidiéndoles no sólo el goce y ejercicio pleno de todos sus derechos y libertades fundamentales, sino la posibilidad de demostrar y potenciar sus talentos y capacidades. Por eso, no sorprende que se afirme de manera reiterada que las personas con discapacidad son las más excluidas dentro de las*

²⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Furlan y familiares vs. Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012.

²⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-824 de 2011; sentencia C-066 de 2013.

excluidas y que a pesar de su heterogeneidad es, en últimas, la experiencia de la discriminación, el elemento común entre ellas”²⁴⁸.

94 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 **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** 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. Pero además, debe tenerse en cuenta que los hechos en los que falleció **JOSÉ LORENZO** están influidos por una suerte de discriminación fundada en su DISCAPACIDAD MENTAL, por la que seguramente padecía debilidades como sujeto de especial protección por la marginación a la que se encontraba sometido, tal y como lo revela el dictamen pericial rendido por la psicóloga Fanny E. Camero del Centro de Reeducción de Menores “CREEME” de Pereira, en virtud del cual efectuó valoración psicológica a la víctima [fl.180 tomo I pruebas].

95 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 y atroz de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** ocurrida el 14 de marzo de 2007 en la vereda Brisas del Llano, del municipio de Monterrey, Casanare: (1) se produjo en el marco de una orden de operaciones “ESCORPIÓN I” y de la orden fragmentaria “MADRIGAL” del Comando del Batallón de Infantería No. 44 “Coronel Ramón Nonato Pérez de Tauramena, Casanare; (2) las declaraciones del Coronel Duarte Rojas, del Teniente Franco Silva y de los soldados profesionales del pelotón “Cobra” del mencionado Batallón no permiten establecer con un mínimo de certeza que hubo un combate por las siguientes razones: (2.1) la posición en la que se encontraba la unidad

²⁴⁸ Corte Constitucional, auto de 006, de 26 de enero de 2009.

militar respecto de la víctima no era propicia para un enfrentamiento; (2.2) ninguno de los militares de la unidad pudo ver a los miembros del presunto grupo armado o de bandas criminales; (2.3) el arma encontrada a **JOSÉ LORENZO** era un revólver, en tanto que los militares todos iban provistos de fusiles calibre 5.56 como armas de dotación oficial; (2.4) los miembros de la unidad militar emplearon más de trece [13] cartuchos del calibre de sus armas de dotación oficial, en tanto que cerca al cuerpo de **JOSÉ LORENZO** no fue encontrada una vainilla del revólver que presuntamente le fue encontrado en su mano derecha; y, (2.5) 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 14 de marzo de 2007; (3) es imperativo en este caso la condición social de la víctima, ya que **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** era una persona joven marginada, con DISCAPACIDAD MENTAL que limitaba su comprensión, su comunicación y el despliegue de acciones, lo que lo convertía en una persona a la que le era inherente un estado de indefensión que resultó agravado por ATROZ Y CRIMINAL acción de los miembros de la unidad militar, que multiplicaron su vulnerabilidad al haberlo ultimado en circunstancias absolutamente ajenas ya no sólo a sus habilidades y capacidades sensoriales, motrices y comunicacionales, sino al haberlo presentado como un presunto “bandido”, narcotraficante o miembro de un grupo armado insurgente; (4) el comandante del pelotón “Cobra” reportó los hechos el 14 de marzo de 2007 al Comando del Batallón de Infantería No. 44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” de Tauramena, Casanare, afirmando que había tenido un contacto, combate o enfrentamiento armado en la zona de la vereda Brisas del Llano, del municipio de Monterrey, Casanare, 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; (5) la víctima **JOSÉ LORENZO** apareció con un arma, un revólver 38 corto Smith & Wesson, 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; (6) según sus familiares después de haberlo visto en el video en 2008 les quedó la duda de su vestimenta, en especial de las botas de caucho que portaba, y que además que nunca estuvo armado en su vida, lo que no se corresponde con lo encontrado en el acta de levantamiento de cadáver de 14 de marzo de 2007, teniendo verosimilitud lo declarado ya que en las declaraciones de los miembros de la unidad militar no es claro cómo vestía la

víctima, pero si era seguro que se encontraba de civil; (7) 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”; (8) la escena de los hechos y el levantamiento estuvo sin control desde las 5:00 a.m., hasta las 7:00 a.m. del 14 de marzo de 2007, 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 seis [6] 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; (9) al cuerpo de **JOSÉ LORENZO** no le fue encontrada identificación alguna, ni sus objetos personales; (10) los familiares de **JOSÉ LORENZO**, especialmente su madre **MARÍA VICTORIA TABORDA DE TABORDA** y su hermana Cruz Helena Taborda Taborda desde el 8 de septiembre de 2008 cuando fueron avisadas de su muerte han tenido dificultades para acceder al cuerpo de su hijo y hermano, trascurriendo cerca de ocho [8] años a la fecha de esta sentencia sin que hayan podido acceder materialmente al cuerpo de **JOSÉ LORENZO**; (11) el cuerpo de la víctima fue inhumado como N.N. [así aparece reflejado en el registro civil pertinentemente aportado]; (12) revisadas las hojas de vida institucional de los miembros de la unidad militar “Guerrero Tres” del Batallón de Infantería No. 44 “Coronel Ramón Antonio Nonato Pérez” de Tauramena, Casanare, se encontró que algunos de los que participaron en los hechos fueron promovidos, otros recibieron con posterioridad reconocimientos profesionales pese a lo ocurrido el 14 de marzo de 2007²⁴⁹; (13) la justicia penal militar por intermedio del Juez Cuarenta y Cinco [45] de Instrucción Penal Militar y del Juez Trece [13] de Instrucción Penal Militar avocó conocimiento de los

²⁴⁹ Copia auténtica de inspección judicial practicada por el investigador de campo y dirigido al Fiscal 31 UNDH Y DIH de fecha 25 de noviembre de 2011 en el que indicó que se allegó copia de las hojas de vida del oficial mayor Duarte Rojas Erwin Eduardo y el Suboficial Franco Silva Xavier Alfonso. En ellas se pudo observar que respecto del señor Duarte Rojas, el día 16 de marzo de 2007 se registró felicitación por el desempeño del cargo, en atención a los hechos ocurridos el 13 de marzo de 2007 en el desarrollo de la operación Escorpión, orden fragmentaria Madrigal en el municipio de Monterrey donde fue abatido un terrorista perteneciente a las BACRIM [fls.305 a 318 tomo II pruebas]. En dicho registro la persona abatida posteriormente se identificó como José Lorenzo Taborda Taborda. Por su parte, respecto del señor Suboficial Franco Silva se pudo constatar que para el 16 de marzo de 2007 hubo felicitación por su desempeño, en el desarrollo de la operación Escorpión, orden fragmentaria Madrigal en el municipio de Monterrey donde fue abatido un terrorista perteneciente a las bandas emergentes de servicios del narcotráfico [fls.321 a 324 tomo II pruebas].

hechos, así como se inició la investigación disciplinaria por parte del Comando del Batallón de Infantería No. 44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” de Tauramena, Casanare; y (14) 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.

96 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 **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** 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 la muerte violenta de **JOSÉ LORENZO**.

97 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 **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, 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 practicado sobre él su desaparición y muerte de carácter ilegal.

98 Así mismo, se concretó la falla en el servicio porque los miembros del Ejército Nacional que desarrollaron el operativo militar²⁵⁰ sobre **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** 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

²⁵⁰ “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”. CASSESE, Antonio, Los derechos humanos en el mundo contemporáneo, ob., cit., p.150.

convencional constitucional y democrático, poniendo en cuestión toda la legitimidad democrática de la que están investidas las fuerzas militares en nuestro país.

99 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 las 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, la 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.

100 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 seria 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. 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 desaparición forzada y 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 “Cobra” del Batallón de Infantería No.44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” de Tauramena, Casanare.

101 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”*²⁵¹.

102 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

²⁵¹ “[...] 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 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”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Mapiripán, párr 110, Caso de los 19 comerciantes párr 141.

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”²⁵². 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.

103 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.

104 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

²⁵² MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “La responsabilidad del Estado por el hecho de terceros”, trabajo de investigación suministrado por el autor.

conducta”²⁵³, que en términos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se entiende como el estándar de diligencia exigible al Estado²⁵⁴.

105 Todo lo anterior lleva a concluir a la Sala bajo el principio de proporcionalidad, (1) que si la actividad u operación militar desplegada por los miembros del Batallón de Infantería No.44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” 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 **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**; (2) 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 Brisas del Llano, del municipio de Monterrey, Casanare, 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 **TABORDA TABORDA** 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, 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

²⁵³ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “La responsabilidad del Estado por el hecho de terceros”, trabajo de investigación suministrado por el autor.

²⁵⁴ 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). 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”. Resolución CIDH 8 julio 2009. Medidas provisionales respecto de Guatemala, Caso Masacre Plan de Sánchez.

el balance entre los ámbitos de prerrogativas y reduciendo toda esperanza de efectividad de los mismos por **TABORDA TABORDA**, singularmente cuando se trata de una persona cuyos derechos son objeto de protección reforzada por la discapacidad que quedó acreditada, lo que implicaba que la restricción que se operara debía considerar que se hiciera garantizando al máximo sus libertades.

105.1 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 desaparición y muerte violenta de la que fue objeto **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** 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.

105.2 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 **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**. 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.

106 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 humanos²⁵⁵ [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 civil²⁵⁶ se encuentra en la Carta Política en los artículos 1, 2, 93 y 94, 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 humanitario²⁵⁷.

107 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

²⁵⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁵⁶ “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”. 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*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp.42 y 43.

²⁵⁷ “(...) 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”. 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.

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”²⁵⁸.

108 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 asimétricas²⁵⁹ 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 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 estatales²⁶⁰. 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.

109 Adicionalmente, la Sala como juez de convencionalidad y contencioso administrativo y para la tutela de los derechos humanos y el respeto del derecho internacional

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

²⁵⁹ “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”. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, INAP, Madrid, 2003, pp.21 y 22.

²⁶⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

humanitario, ordenara que el Estado examine si hechos como los ocurridos el 28 de marzo de 2007 hacen 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 reparación²⁶¹.

110 Con base en los anteriores argumentos, razonamientos y justificaciones la Sala de Sub-sección 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 “Cobra” del Batallón de Infantería No. 44 de Tauramena, Casanare, que produjo la desaparición y muerte violenta de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, el 14 de marzo de 2007 en la vereda Brisas del Llano, del municipio de Monterrey, Casanare, en los términos de la presente providencia.

111 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.

12. Reconocimiento y liquidación de los perjuicios.

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

²⁶¹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

112 En la demanda se solicitó el reconocimiento de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de perjuicios morales, a favor de Cruz Helena, Jairo de Jesús, Luz Dilia y Verónica Taborda Taborda y de María Verónica Taborda de Taborda la suma equivalente a cien [100] salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos.

113 En la sentencia de 13 de febrero de 2013, el Tribunal Administrativo de Casanare reconoció y liquidó los perjuicios morales a favor de las siguientes personas: (1) María Victoria Taborda de Taborda [madre] la suma equivalente a cien [100] salarios mínimos legales mensuales vigentes; (2) Cruz Helena Taborda Taborda la suma equivalente a cincuenta [50] salarios mínimos legales mensuales vigentes; (3) Jairo de Jesús Taborda Taborda la suma equivalente a cincuenta [50] salarios mínimos legales mensuales vigentes; (4) Luz Dilia Taborda Taborda la suma equivalente a cincuenta [50] salarios mínimos legales mensuales vigentes; y, (5) Verónica Taborda Taborda la suma equivalente a cincuenta [50] salarios mínimos legales mensuales vigentes.

114 En la apelación la parte demandada manifestó que la indemnización por perjuicios morales a favor de María Verónica Taborda de Taborda quedó desvirtuada o debe ser reducida con base en la valoración psicológica a la que fue sometida la víctima, según la cual se encontraba en situación de abandono, rechazo, inferioridad y poca autoestima, manifestando temor ante la figura materna.

115 De acuerdo con dictamen pericial rendido por la psicóloga Fanny E. Camero del Centro de Reeducción de Menores “CREEME” de Pereira, en virtud del cual efectuó valoración psicológica al paciente que se dice llamar Antonio Figueroa Taborda [como parece se identificaba JOSE LORENZO TABORDA TABORDA para la época del mismo] [fl.180 tomo I pruebas] en el que conceptuó:

“(...) Durante la entrevista el joven manifiesta un estado de depresión y angustia. Se expresa manejando un lenguaje prolijo y tono de protesta. Se aprecia coordinación escasa y en algunas casos incoherencias. Juicio deficiente. Bajo nivel de comprensión verbal. Falta de discernimiento y poca aceptación de su situación actual. No comprende las consecuencias de sus acciones.

El joven no acepta su problema de adicción a psicoactivos y lo niega. Yo creo que es adicto en un nivel alto, probablemente consumidor de bazuco y otras tóxicas (sic).

Emocionalmente se le aprecia seriamente perturbado, refiere que ha tenido ideas de suicidio, pérdida de la motivación y de la esperanza, sentimientos de tristeza por la pérdida del padre. Se encuentra en una situación de abandono, experimentando

sentimientos de hostilidad hacia sí mismo y hacia su medio ambiente, resentimiento, rechazo.

Maneja complejo de inferioridad, poca autoestima y un nivel alto de ansiedad.

Expresa temor frente a la figura materna; al parecer el joven ha sido maltratado física y psicológicamente. Refiere que hace dos años estuvo en Florencia Caquetá y que no tenía consumo de marihuana.

CONCEPTO DEL CASO:

Presenta trastornos de personalidad graves; considero que requiere valoración psiquiátrica, aunque el cuadro clínico corresponde a una (ilegible) abusadora de sustancias psicoactivas. (...)”.

116 Contrastado dicho dictamen con las declaraciones rendidas por Gilberto Antonio Trujillo Ramírez, Lucelly Silva Gaviria, Beatriz Eugenia Cortés Duque, José Alexander Martínez Valencia, Yilman Jairo Saavedra Cano, Blanca Libia Marmolejo Buitrago, Rubiella Vallejo de Gutiérrez y Luis Felipe Figueroa, se encuentra que la víctima **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** era una persona que si bien tenía relaciones con su madre y con sus hermanos, por su discapacidad mental y por sus adicciones no permanecía en su casa, deambulaba por las calles, por diferentes zonas, hasta que se trasladó a vivir con su hermano Jairo de Jesús en Villavicencio, Meta. Pero no existe prueba alguna que su madre no le haya dado acogida, afecto y transmitido sus sentimientos, lo que queda corroborado con las acciones que se revelan en los demás medios probatorios que indican que desde el 8 de septiembre de 2008 cuando su madre María Verónica conoció de la muerte de **JOSÉ LORENZO** buscó la forma de saber qué había ocurrido y en dónde se encontraba su cadáver, llegando incluso con su hija y hermana Cruz Helena hasta el mismo cementerio del municipio de Monterrey, Casanare para identificar su tumba. Adicionalmente, el principio de humanidad que impera en la valoración ponderada de la Sala indica, valoradas las anteriores pruebas, que el dolor de madre independientemente de la cercanía material con sus hijos es incuantificable, es imborrable y produce una huella indeleble, máxime si María Verónica tuvo que afrontar su discapacidad desde niño y con sus limitados medios económicos procuró que estudiara y que realizara alguna actividad, sin haberlo logrado, seguramente por una carencia de asistencia por parte de las instituciones públicas competentes, pero sin que ello sea objeto de juzgamiento. Con base en los anteriores argumentos la Sala considera que no hay lugar a desvirtuar o reducir la indemnización que por perjuicios morales fue reconocida y liquidada a la madre de la víctima María Verónica Taborda de Taborda. Sin perjuicio de lo anterior, y sin afectar el objeto de la apelación, conocida la vulneración de los derechos

humanos de una persona de especial protección como lo era **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, la Sala examina si procede incrementar las indemnizaciones concedidas a los demandantes.

117 Ahora bien, la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012²⁶² 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”.

117.1 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 familia²⁶³ como

²⁶² Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

²⁶³ “Las reglas de la experiencia, y la práctica científica²⁶³ 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 1992²⁶³ 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 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

espacio básico de toda sociedad²⁶⁴ [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 “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”. (Subrayas fuera de texto). “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.”. Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008, expediente 18586.

²⁶⁴ “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 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

que será importante para 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

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 asistirla. 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”. Corte Constitucional, C-821 de 9 de agosto de 2005.

disgregada, o de una familia fruto de diferentes relaciones de los padres –hermanastros, hermanos de crianza, por ejemplo-?], y de reconocer su existencia bien sea como un derecho prestacional o fundamental²⁶⁵.

117.2 La sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012²⁶⁶, 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].

117.3 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

²⁶⁵ “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”. Corte Constitucional, sentencia T-572 de 26 de agosto de 2009.

²⁶⁶ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso”.

117.4 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 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”.

118 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:

118.1 Con relación al parentesco de los familiares de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** se cuenta con los siguientes elementos probatorios: (1) copia auténtica del registro civil de nacimiento, con serial indicativo número 5490251, de José Lorenzo Taborda Taborda [fls.21 c1; 461 tomo II pruebas; 921 tomo IV pruebas], según el cual nació el 19 de junio de 1979 en San José del Palmar, Chocó, hijo de María Verónica Taborda Montaña y de Luis Octavio Taborda [fl.21 c1]; (2) copia auténtica del registro civil de nacimiento, con serial indicativo número 730513, de Cruz Helena Taborda Taborda [fl.22 c1], según el cual nació el 15 de mayo de 1973 en Cartago, Valle del Cauca, hija de María Verónica Taborda Montaña y Luis Octavio Taborda [fl.22 c1]; (3) copia auténtica del registro civil de nacimiento, con serial indicativo número 6673615, de Luz Dilia Taborda Taborda [fl.23 c1], según el cual nació el 17 de abril de 1982 en Cartago, Valle del Cauca, hija de María Verónica Taborda Montaña y Luis Octavio Taborda [fl.23 c1]; (4) copia auténtica del registro civil de nacimiento, con serial indicativo número 740808, de Jairo de Jesús Taborda Taborda [fl.24 c1], según el cual

nació el 8 de agosto de 1974 en Cartago, Valle del Cauca, hijo de María Verónica Taborda Montaña y Luis Octavio Taborda [fl.24 c1]; (5) copia auténtica del registro civil de nacimiento, con serial indicativo número 10332928, de Verónica Taborda Taborda [fl.25 c1], según el cual nació el 29 de julio de 1986 en Cartago, Valle del Cauca, hija de María Verónica Taborda Montaña y Luis Octavio Taborda [fl.25 c1].

118.2 Examinados los anteriores medios probatorios se tiene acreditado el parentesco con la víctima **JOSE LORENZO TABORDA TABORDA** de la siguiente forma: (1) María Verónica Taborda de Taborda como madre; (2) Cruz Helena Taborda Taborda como hermana; (3) Jairo de Jesús Taborda Taborda como hermano; (4) Luz Dilia Taborda Taborda como hermana; y, (5) Verónica Taborda Taborda como hermana.

118.3 La Sala teniendo en cuenta las sentencias de unificación de 28 de agosto de 2014, especialmente la identificada con el número de expediente 32988, tiene en cuenta que la madre está en el primer nivel y los hermanos en el segundo nivel siendo aplicables como exigencia la simple prueba del estado civil.

119 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 smlmv).

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”.

119.1 Como en los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007 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”.

119.2 De las pruebas recaudadas, valoradas y contrastadas se encuentra probado el parentesco esto es la relación afectiva y la intensidad de la afectación padecida tanto por María Verónica Taborda de Taborda, Cruz Helena Taborda Taborda, Jairo de Jesús Taborda Taborda, Luz Dilia Taborda Taborda y Verónica Taborda Taborda por la muerte violenta de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, lo que permitirá liquidar los perjuicios a favor de la primera en el porcentaje equivalente al 100%; en tanto que a favor de los demás en el porcentaje equivalente al 50%. Como de las “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de mandatos constitucionales”, y en las especiales circunstancias en que ocurrió la desaparición y muerte violenta de la víctima, cuyo cadáver aún no ha sido encontrado, la Sala considera procedente incrementar en el doble del porcentaje señalado, en atención a las graves, serias y sustanciales violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario que se concretaron en cabeza

de JOSÉ LORENZO y de sus familiares, sin perjuicio de haber sido apelada solamente por la parte demandada, ya que en estos eventos opera la primacía de lo sustancial o material, que se relaciona con la eficacia del derecho a la reparación integral, que exige la garantía mínima de indemnidad en la esfera de los perjuicios morales por razón de los derechos convencionales y constitucionales vulnerados a un sujeto de especial protección como la víctima²⁶⁷, quien está reconocido como discapacitado mental, y lo que se traduce en la esfera de sus familiares la forma atroz, violenta y de total desprecio por la dignidad humana de estos y de la víctima.

119.2.1 Lo anterior encuadra en el segundo supuesto de la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, expediente 21060²⁶⁸ [así como por lo sostenido por la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia de 9 de febrero de 2012, expediente 20104, según la cual el “mismo artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, del cual dedujo la Sala la regla general que se viene señalando, establece que el superior podrá enmendar, aún de manera desfavorable para el recurrente, la providencia en la parte que no fue objeto de recurso, cuando en razón de la reforma pedida fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla”], según el cual cuando se trata de cumplir los compromisos derivados de tratados

²⁶⁷ La Sub-sección B de la Sección Tercera en la sentencia 30 de abril de 2014. “De acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, existen casos en los que el juez puede ordenar medidas que atiendan a la reparación integral del daño, aunque ello conlleve restricciones a los mencionados principios procesales. Esto ocurre cuando se juzga la responsabilidad del Estado por graves violaciones de los derechos humanos pues, en estos eventos, la obligación de reparar integralmente el daño surge, principalmente, de distintos tratados y convenios de derechos humanos ratificados por Colombia que prevalecen en el orden interno, pero también de otros instrumentos de derecho internacional que, aunque no tienen carácter estrictamente vinculante –razón por la cual se los denomina “derecho blando” o “soft law”–, gozan de cierta relevancia jurídica y práctica en el ámbito internacional y nacional en tanto exhiben “una clara e inequívoca vocación axiológica o normativa general” y sirven como “criterios auxiliares de interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos”. Así las cosas, se ha considerado que es posible establecer restricciones a los principios de congruencia, jurisdicción rogada y no reformatio in pejus con el fin, bien sea de dar cumplimiento a los mandatos contenidos en normas internacionales de derechos humanos con prevalencia en el orden interno, o de proteger otros derechos, valores y principios constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia”.

²⁶⁸ Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2012, expediente 21060. “Ahora bien, en relación con la mencionada regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez ad quem, conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada”. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2012, expediente 20104. Pon. Ruth Stella Correa.

internacionales de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario no procede la restricción derivada de la no reformatio in pejus.

119.2.2 Aplicado lo anterior al caso en concreto la Sala concluye que en su apelación la parte demandada discutió tanto lo relativo al juicio de imputación, como a la liquidación de los perjuicios morales, los cuales se observa debe ser enmendados e incrementados en esta instancia corrigiendo la decisión del a quo que no tuvo en cuenta los mandatos de los artículos 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos de reparación integral a las víctimas de las violaciones constatadas como en el presente caso, así como de los artículos 2 de la Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que exigen que esta Sala como juez de convencionalidad y contencioso administrativo aplique ponderadamente la liquidación que de los perjuicios morales proceda por la muerte violenta de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, cuyo fallecimiento por sus especiales condiciones como persona con discapacidad agudizan e incrementan todos los elementos objetivos del sufrimiento, congoja, desasosiego y tristeza, y su reflejo en sus familiares, tal como ha quedado acreditado de la contrastación de la prueba testimonial y la documental allegada al proceso²⁶⁹. Luego, siguiendo las exigencias previstas en la unificación jurisprudencial se liquida así:

119.3 Con base en los anteriores argumentos, la Sala reconoce y liquida los perjuicios morales con ocasión de la desaparición y muerte violenta de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** 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 colombiana legal
María Verónica Taborda de Taborda [madre]	100 % Incremento <u>100</u>	200	\$128.870.000.oo
Cruz Helena Taborda Taborda [hermana]	50% Incremento 50	100	\$64.435.000.oo

²⁶⁹ Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 13 de junio de 2013, expediente 25180.

Jairo de Jesús Taborda Taborda [hermano]	50% Incremento 50	100	\$64.435.000.oo
Luz Dilia Taborda Taborda [hermana]	50% Incremento 50	100	\$64.435.000.oo
Verónica Taborda Taborda [hermana]	50% Incremento 50	100	\$64.435.000.oo

120 Luego, con base en la anterior liquidación se modificará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare el 13 de febrero de 2013.

121 Como en la apelación de la demandada no hubo pronunciamiento acerca de las demás pretensiones indemnizatorias, la Sala siguiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, expediente 21060, no puede hacer ninguno.

122 No obstante, por la envergadura de las vulneraciones a los derechos humanos de la víctima **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** como sujeto de especial protección convencional y constitucional, la Sala procede a examinar su posición como víctima en el sistema jurídico colombiano y en el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, para luego estudiar el alcance de las medidas de reparación no pecuniarias ordenadas por el a quo.

12.2. La posición de la víctima en el conflicto armado.

123 La Sala de Subsección resalta la posición de las víctimas en el moderno derecho de daños y hace sustancial su identificación, valoración y reconocimiento, más cuando se trata de personas que se han visto afectadas por el conflicto armado con las acciones, omisiones o inactividades estatales, o con las acciones de grupos armados insurgentes, o cualquier otro actor del mismo.

123.1 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, por el sentido de la justicia que las sociedades democráticas modernas exigen desde y hacia el individuo²⁷⁰.

123.2 Pero el concepto de víctima en el marco de los conflictos armados o guerras no es reciente, su construcción se puede establecer en el primer tratado relacionado con “*la protección de las víctimas militares de la guerra*”, que se elaboró y firmó en Ginebra en 1864. Dicha definición inicial fue ampliada en la Haya en 1899, extendiéndose la protección como víctima a los miembros de las fuerzas armadas en el mar, los enfermos y las náufragos. Ya en 1929, el derecho de Ginebra hizo incorporar como víctimas a los prisioneros de guerra, que luego se consolidará con los Convenios de Ginebra de 1949. Sin duda, se trata de la configuración de todo un ámbito de protección jurídica para las víctimas de las guerras, sin distinción de su envergadura, y que se proyecta en la actualidad como una sistemática normativa que extiende su influencia no sólo en los ordenamientos internos, sino en el modelo de reconocimiento democrático del papel de ciudadanos que como los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad militar y policial de los Estados nunca han renunciado a sus derechos y libertades, por lo que también son objeto de protección como víctimas de las agresiones, ofensas o violaciones de las que sean objeto en desarrollo de un conflicto armado, para nuestro caso interno.

123.3 A la anterior configuración se debe agregar la delimitación de los titulares de los derechos en el derecho internacional de los derechos humanos, donde lejos de ser afirmada una tesis reduccionista, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, se promueve que todo ser humano es titular de derechos, como sujeto e individuo reconocido democráticamente con una posición en la sociedad y el Estado.

123.4 De acuerdo con estos elementos, la Sala comprende como víctima a todo sujeto,

²⁷⁰ RAWLS, John, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, 2ª ed, 1ª reimp, Madrid, Tecnos, 2002, p.121. “[...] La capacidad para un sentido de la justicia es, pues, necesaria y suficiente para que el deber de justicia se deba a una persona, esto es, para que una persona sea considerada como ocupando una posición inicial de igual libertad. Esto significa que la conducta de uno en relación con ella tiene que estar regulada por los principios de la justicia, o expresado de forma más general, por los principios que personas racionales y autointeresadas podrían reconocer unas ante otras en una tal situación”.

individuo o persona que sufre un menoscabo, violación o vulneración en el goce o disfrute de los derechos humanos consagrados en las normas convencionales y constitucionales, o que se afecta en sus garantías del derecho internacional humanitario²⁷¹. No se trata de una definición cerrada, sino que es progresiva, evolutiva y que debe armonizarse en atención al desdoblamiento de los derechos y garantías. Y guarda relación con la postura fijada por la jurisprudencia constitucional en la sentencia C-781 de 2012, que procura precisar el concepto desde el contexto del conflicto armado, considerando que se “*se trata de víctimas del conflicto armado cuando los hechos acaecidos guardan una relación de conexidad suficiente con este. Desde esa perspectiva ha reconocido como hechos acaecidos en el marco del conflicto armado (i) los desplazamientos intraurbanos, (ii) el confinamiento de la población; (iii) la violencia sexual contra las mujeres; (iv) la violencia generalizada; (v) las amenazas provenientes de actores armados desmovilizados; (vi) las acciones legítimas del Estado; (vi) las actuaciones atípicas del Estado; (viii) los hechos atribuibles a bandas criminales; (ix) los hechos atribuibles a grupos armados no identificados, y (x) por grupos de seguridad privados, entre otros ejemplos. Si bien algunos de estos hechos también pueden ocurrir sin relación alguna con el conflicto armado, para determinar quiénes son víctimas por hechos ocurridos en el contexto del conflicto armado interno, la jurisprudencia ha señalado que es necesario examinar en cada caso concreto si existe una relación cercana y suficiente con el conflicto armado interno*”²⁷².

123.5 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 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 94 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

²⁷¹ SALVIOLI, Fabián Omar, “Derecho, acceso, y rol de las víctimas, en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos”, en VVAA, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1997, pp.293 a 342. “[...] En el Derecho Internacional Contemporáneo, puede definirse, en principio, como víctima de una violación a los derechos humanos, a aquella que ha sufrido un menoscabo en el goce o disfrute de alguno de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, debido a una acción u omisión imputable al Estado”.

²⁷² Corte Constitucional, sentencia C-781 de 10 de octubre de 2012.

sustentar el juicio de responsabilidad en los instrumentos jurídicos internacionales [Tratados, Convenios, Acuerdos, etc.] de protección de los derechos humanos²⁷³ 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”.

123.6 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”²⁷⁴, que

²⁷³ 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”. 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. 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 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 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”. 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. 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”. 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.

²⁷⁴ 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

tanto se promueve en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos²⁷⁵. 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 imputación²⁷⁶.

123.7 La reparación como elemento de la estructuración de la responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado se reconoce bien como derecho, bien como principio, o como simple interés jurídico. En el marco del Estado Social de Derecho, debe comprenderse que la reparación es un derecho que tiene en su contenido no sólo el resarcimiento económico, sino que debe procurar dejar indemne a la víctima, especialmente cuando se trata del restablecimiento de la afectación de los derechos o bienes jurídicos afectados con ocasión del daño antijurídico y su materialización en perjuicios. Dicha tendencia indica, sin lugar a dudas, que no puede reducirse su contenido a un valor económico, sino que cabe expresarlo en todas aquellas medidas u obligaciones de hacer que permitan restablecer, o, con otras palabras, dotar de las mínimas condiciones para un ejercicio pleno y eficaz de los derechos, como puede ser a la vida, a la integridad persona, a la propiedad, al honor, a la honra.

123.8 Se trata de la afirmación de una dimensión de la reparación fundada en el principio “pro homine”, donde la víctima no puede ser simplemente compensada económicamente, sino que tiene que tratarse de recomponer, o crear las condiciones mínimas para un ejercicio eficaz de los derechos que por conexidad, o de manera directa, resultan vulnerados, ya que una simple cuantificación económica puede desvirtuar la naturaleza misma de la reparación y de su integralidad.

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”. Corte Constitucional, sentencia T-191 de 2009. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencias C-177 de 2001; C-148 de 2005; C-376 de 2010.

²⁷⁵ Principio que “impone que siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos”. 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.

²⁷⁶ Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

124 Determinada la posición de la víctima y reivindicando que **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** no sólo era un miembro de una familia, sino un ciudadano que debía tener garantizados todos sus derechos y libertades, sin discriminación alguna y bajo presupuestos de estricto respeto a su dignidad humana, y de manera reforzada al ser un sujeto de especial protección convencional y constitucional por su discapacidad mental que lo marginaba, y o terminó de excluir de cara a la sociedad con el señalamiento por parte de los miembros del Ejército Nacional como “bandido”, “insurgente” o “narcotraficante”, por lo que ante la gravedad cabe estudiar a la Sala la procedencia del reconocimiento de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de afectación relevante a bienes o derecho convencional o constitucionalmente amparados.

12.3. Reconocimiento de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

125 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’”.

126 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].

127 Para el proceso se encuentra demostrado que el daño antijurídico no sólo se concretó en los perjuicios morales reclamados por los familiares del joven **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, sino también en la producción de perjuicios concretados en la vulneración de la dignidad humana, al haber sido asesinado de manera violenta, con absoluto desprecio por la humanidad, en total condición de indefensión y despojado de todo valor como ser humano. Así mismo, se concretó la vulneración del libre desarrollo de la personalidad, ya que tratándose de un joven de veintitrés años y trece días, quedó establecido que la posibilidad de elección y definición de su vida y de la calidad de la misma quedó cercenada de manera permanente y arbitraria. De igual forma, se vulneró el derecho a la familia, ya que fueron extraídos violentamente de sus núcleos con su muerte, como se les violó la oportunidad de constituir una propia. Y, finalmente, se vulneró el derecho al trabajo, ya que seguía siendo persona laboral, económica y productivamente activa, sin que esto lo hayan podido concretar con su muerte prematura. Así mismo, al haberse vulnerado la cláusula convencional y constitucional de no discriminación por razón de la discapacidad mental de **JOSÉ LORENZO** se afectó también una dimensión sustancial de sus derechos y garantías, al haber por su señalamiento como miembro de un grupo armado insurgente sometido a una revictimización y a una mayor marginación como persona en la sociedad.

128 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 **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, 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.

129 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, consecuencialmente, 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.

130 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”²⁷⁷.

131 Para el caso concreto, se demuestra la vulneración, en cabeza de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, de la dignidad humana, del derecho a la igualdad material y a la no discriminación pese a su discapacidad, del libre desarrollo de la personalidad, del derecho a la familia y del derecho al trabajo, de la no discriminación [igualdad material],

132 Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera, y en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo, la Sala encuentra que procede ordenar y exhortar a las entidades demandadas al cumplimiento de “medidas de reparación no pecuniarias”, con el

²⁷⁷ 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

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:

(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) La realización, en cabeza del señor Ministro de la Defensa y el señor Comandante de las Fuerzas Militares, y del Comandante del Batallón de Infantería No.44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” de Tauramena, Casanare, de un acto público de reconocimiento de responsabilidad, petición de disculpas y reconocimiento a la memoria de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, por los hechos acaecidos el 14 de marzo de 2007 en la vereda Brisas del Llano del municipio de Monterrey-Casanare, en donde exalte su dignidad humana como miembro de la sociedad, a realizarse en dicha localidad con la presencia de toda la comunidad y de los miembros de las instituciones condenadas, debiéndose dar difusión por un medio masivo de comunicación nacional de dicho acto público.

(4) 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 de Infantería No. 44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” de Tauramena, Casanare. Se obliga a estudiar esta sentencia en todos los cursos de formación y ascenso del Ejército Nacional.

(5) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 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 14 de marzo de 2007 en la vereda Brisas del Llano, del municipio de Monterrey, Casanare, 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 **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, 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 14 de marzo de 2007.

(6) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 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 14 de marzo de 2007 en la vereda Brisas del Llano, del municipio de Monterrey, Casanare, 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.

(7) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Justicia Penal Militar, para que reabra la investigación penal militar, en el estado en que se llegó hasta el año 2011, que fue objeto de remisión a la jurisdicción ordinaria, con el objeto de establecer si hay lugar a declarar la responsabilidad de los miembros del Ejército Nacional, por los hechos ocurridos el 14 de marzo de 2007, sin perjuicio que la justicia penal militar haya dado traslado de las diligencias a la justicia ordinaria en su momento.

(8) Los familiares de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** 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.

(9) 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.

(10) 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.

(11) 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.

133 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.

13. Costas.

134 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. CONFIRMAR la sentencia de 13 de febrero de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare en los siguientes numerales y con base en la parte motiva de la presente providencia:

PRIMERO: **DECLARAR** no probada la culpa exclusiva de la víctima propuesta por la entidad accionada como eximente de responsabilidad.

SEGUNDO: **DECLARAR** administrativamente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, por la muerte violenta de José Lorenzo Taborda Taborda ocurrida el 14 de marzo de 2007 en Monterrey-Casanare, por lo señalado en la parte motiva.

SEPTIMO: **ORDENAR** remitir copia auténtica del presente fallo con constancia de notificación y ejecutoria a la Nación-Ministerio de Defensa, al Comando General del Ejército Nacional, al Comandante de la Octava División del Ejército Nacional y a la Procuraduría Delegada ante este Tribunal, acorde con las previsiones del artículo 173 del C.C.A., modificado por el artículo 62 de la Ley 1395 de 2010 [...]”.

SEGUNDO. MODIFICAR la sentencia de 13 de febrero de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, en cuanto a los perjuicios inmateriales, en la modalida 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
María Verónica Taborda de Taborda [madre]	100 % Incremento 10	200	\$128.870.000.oo
Cruz Helena Taborda Taborda [hermana]	50% Incremento 50	100	\$64.435.000.oo
Jairo de Jesús Taborda Taborda [hermano]	50% Incremento 50	100	\$64.435.000.oo
Luz Dilia Taborda Taborda [hermana]	50% Incremento 50	100	\$64.435.000.oo
Verónica Taborda Taborda [hermana]	50% Incremento 50	100	\$64.435.000.oo

TERCERO. MODIFICAR la sentencia de 13 de febrero de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, en cuanto en cuanto a los perjuicios inmateriales, en la modalidad afectación relevante a bienes y derechos convencional y constitucionalmente amparados, con base en la parte motiva de esta providencia, la que quedará de la siguiente manera:

(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) La realización, en cabeza del señor Ministro de la Defensa y el señor Comandante de las Fuerzas Militares, y del Comandante del Batallón de Infantería No.44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” de Tauramena, Casanare, de un acto público de reconocimiento de responsabilidad, petición de disculpas y reconocimiento a la memoria de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, por los hechos acaecidos el 14 de marzo de 2007 en la vereda Brisas del Llano del municipio de Monterrey-Casanare, en donde exalte su dignidad humana como miembro de la sociedad, a realizarse en dicha localidad con la presencia de toda la comunidad y de los miembros de las instituciones condenadas, debiéndose dar difusión por un medio masivo de comunicación nacional de dicho acto público.

(4) 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 de Infantería No. 44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” de Tauramena, Casanare. Se obliga a estudiar esta sentencia en todos los cursos de formación y ascenso del Ejército Nacional.

(5) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 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 14 de marzo de 2007 en la vereda Brisas del Llano, del municipio de Monterrey, Casanare, 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 **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA**, 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 14 de marzo de 2007. (6) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 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 14 de marzo de 2007 en la vereda Brisas del Llano, del municipio de Monterrey, Casanare, 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.

(7) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Justicia Penal Militar, para que reabra la investigación penal militar, en el estado en que se llegó hasta el año 2011, que fue objeto de remisión a la jurisdicción ordinaria, con el objeto de establecer si hay lugar a declarar la responsabilidad de los miembros del Ejército Nacional, por los hechos ocurridos el 14 de marzo de 2007, sin perjuicio que la justicia penal militar haya dado traslado de las diligencias a la justicia ordinaria en su momento.

(8) Los familiares de **JOSÉ LORENZO TABORDA TABORDA** 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.

(9) 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.

(10) 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.

(11) 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.

CUARTO. 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.

QUINTO. ABSTENERSE de condenar en costas a la demandada.

SEXTO. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** inmediatamente el expediente al Tribunal de origen”

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Presidente

Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Magistrado