

742



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TRECE ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA

Tunja, 22 de mayo de 2015.

EXPEDIENTE:	15001-33-33-013-2013-00095-00.
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA.
DEMANDANTE:	JUAN HERNANDEZ MORATO Y OTROS.
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL.
TEMA:	SOLICITUD DE DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL ESTADO.

Procede el Despacho a dictar Sentencia de Primera Instancia dentro del asunto de la referencia, toda vez que no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

I. LA DEMANDA.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS:

Estuvo encaminada a obtener la declaración de la Nación Colombiana – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, como responsable administrativamente de todos los daños y perjuicios tanto materiales y / o patrimoniales, como extra – patrimoniales, ocasionados a los demandantes, como consecuencia de los hechos ocurridos a partir del 4 de julio del año 2008, en los que JORGE ENRIQUE HERNÁNDEZ es desaparecido y luego ejecutado en zona rural del Municipio de Chinavita (Boyacá) a manos de militares adscritos al Batallón de Infantería No 1 Simón Bolívar, quienes actuaron amparados en la misión táctica 2 Justicia 4 Orden de Operaciones “MEGALITICO”.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitan que la demandada sea condenada a pagar a cada uno de los demandantes, los siguientes conceptos:

a) DAÑO MORAL O SUBJETIVO:

A GLORIA AMANDA CASTRO, JUAN ANTONIO HERNÁNDEZ MORATO, MERCEDES SUSANA CUBILLOS quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hijo **DAMIAN ALFREDO HERNÁNDEZ; a JUAN CARLOS HERNANDEZ CASTRO, LINA PAOLA HERNÁNDEZ CASTRO**, los dos últimos en su condición de hermanos de la víctima, y a **BELKY MARY PULIDO HERNÁNDEZ**, prima hermana de la víctima, **el equivalente a CIEN (100) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, PARA CADA UNO.**

TOTAL PERJUICIOS MORALES PARA CADA DEMANDANTE: \$ 58.950.000, para un total de **\$ 412.650.000,** para **TODOS** los demandantes.

b) POR OTROS DAÑOS O PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES:

Para **GLORIA A. CASTRO DE HERNANDEZ; JUAN A. HERNANDEZ M, MERCEDES SUSANA CUBILLOS, DAMIAN ALFREDO HERNANDEZ CASTRO, JUAN C. HERNANDEZ CASTRO, LINA PAOLA HERNANDEZ CASTRO y BELKY MARY PULIDO HERNANDEZ** la suma de \$ **58.950.000** PARA CADA UNO, para un total de \$ **412.650.000**.

c) **OTROS DAÑOS SUBJETIVOS:**

- *DAÑO DE VIDA EN RELACIÓN:*

Para **GLORIA A. CASTRO DE HERNANDEZ; JUAN A. HERNANDEZ M, MERCEDES SUSANA CUBILLOS, DAMIAN ALFREDO HERNANDEZ CASTRO, JUAN C. HERNANDEZ CASTRO, LINA PAOLA HERNANDEZ CASTRO y BELKY MARY PULIDO HERNANDEZ** la suma de **400 salarios mínimos legales mensuales vigentes, PARA CADA UNO DE ELLOS**, esto es la suma de **235.800.000**, por demandante, para un total de \$ **1.650.600.000**.

d) **DAÑO MATERIAL**

- *Lucro Cesante:*

Para la esposa e hijo sobrevivientes, esto es para **MERCEDES SUSANA CUBILLOS y DAMIAN ALFREDO HERNÁNDEZ**, la suma de \$ **75.690.615**, PARA CADA UNO, para un total de \$ **151.381.230**.

- *Daño Emergente:*

Por concepto de gastos funerarios, diligencias judiciales, honorarios de abogados, abandono de viviendas, cosechas, desplazamiento forzado, viajes, tratamientos médicos, quirúrgicos, psicológicos, etc. (folios 176 a 187).

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS:

Como hechos que sirvieron de sustento a las anteriores pretensiones narran los siguientes:

Se consigna en la demanda que **JORGE ENRIQUE HERNÁNDEZ CASTRO** era hijo de la señora **GLORIA AMANDA CASTRO DE HERNÁNDEZ** y **JUAN ANTONIO HERNANDEZ MORATO**, con quienes convivía en su residencia ubicada en el Municipio de Simijaca – Boyacá; que **JORGE ENRIQUE** contrajo matrimonio con la señora **SUSANA CUBILLOS**, con quien concibió un hijo de nombre **DAMIAN ALFREDO HERNANDEZ CUBILLOS**.

Narran los demandantes que aunque el occiso enfrentó problemas de drogadicción, al punto de haber sido objeto de diferentes tratamientos de rehabilitación, tal circunstancia no lo inhabilitó para trabajar honestamente al servicio de diferentes entidades del orden privado, manifiestan sus familiares que aunque no era una persona agresiva, esa dependencia le provocó problemas de tipo legal, al extremo de ser privado de la libertad durante 3 años en las instalaciones del CPC la Modelo Bogotá; adicionan que no se le conocen antecedentes penales que lo relacionen directa o indirectamente con alguna organización armada al margen de la ley.

Dice la parte actora que en marzo del año 2008 el señor JORGE ENRIQUE HERNANDEZ (Q.E.P.D), recae en el consumo de fármacos; que tras reclamar un dinero adeudado producto de la liquidación laboral, le indica a sus familiares que viajará a Tunja a buscar a su amiga EILEN YESEIDA CORTES de quien se sabe estudiaba psicología en la UPTC, sin embargo según lo adujo EILEN YESEIDA no alcanzó a verse con él.

Agregan que, el 8 de abril de 2008 JORGE ENRIQUE HERNANDEZ contacta telefónicamente a su amiga EILEN YESEIDA CORTES para contarle que está en Tunja en la “hoya” cerca del terminal. Indican que posteriormente, esto es, el 4 de julio del mismo año, nuevamente la llama para comentarle que “unos tipos están reclutando personas ofreciéndoles dinero en efectivo para que hagan un trabajo... le indica que al parecer son paramilitares, según su versión fue una llamada de unos dos minutos. Aducen los libelistas que ese mismo día, horas más tarde, la vuelve a llamar, esta vez para contarle que están en un pueblo que se llama Genesano, “y que los tipos le pagaron hotel, comida en un restaurante, útiles de aseo, le ofrecieron \$700 mil, también cuenta que le dieron una moto y que él está con otro chico y que era para que se desplazaran por la zona motorizados...” aducen que ese fue el último contacto, todo ello a pesar de los ruegos de su amiga para que no se fuera con esas personas.

Señala la parte actora que existen indicios según los cuales JORGE ENRIQUE, recae en el consumo descontrolado de sustancias psicoactivas, a tal grado que se convierte en habitante de la calle, concretamente de la zona del terminal de transportes intermunicipales de la ciudad de Tunja, razón por la cual no se generaron en el seno familiar graves angustias, luego de conocer sobre los contactos telefónicos sostenidos entre EILEN con la víctima, por lo que erróneamente quedan convencidos que después regresará.

Sostienen que fue precisamente la amiga de la víctima, es decir la señora EILEN YESEIDA CORTES, quien luego de ocho meses sin noticia alguna, interpone la denuncia por desaparición ante el INMLYCF, pero sus acciones no quedaron allí, pues en varias ocasiones fue a averiguar en la referida “hoya” con la intención de indagar el paradero de JORGE ENRIQUE; y fue justamente en esa labor que logró hacer contacto con un señor al que le apodaban “el Niche”, quien le dice que, en efecto conoció a JORGE, y que además él mismo le advirtió que no se fuera con esa gente, y que él no quiso ir.

Refieren que se sabe que JORGE ENRIQUE fue ultimado con arma de fuego de uso oficial; dos de las cuatro heridas que le causan la muerte fueron realizadas a corta distancia, lo que en términos forenses significa que la boca del cañón se encontraba a menos de 1.50 metros de distancia con relación a la víctima, razón por la que concluyen que es evidente que se presentó una EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL.

Señalan que como versión oficial, mediante noticia publicada, entre otros medios por la página web <http://www.emisoraejercito.mil.co>, divulgada el 7 de julio de 2008, se supo lo siguiente: “...*En otra operación militar simultánea adelantada en el Municipio de Chinavita, Boyacá, un sujeto que pertenecía a una banda criminal al servicio del narcotráfico, murió, mientras se desencadenaba un cruce de disparos contra tropas del Batatallón Infantería 1 General Simón Bolívar*” ...*En el sitio se decomisó un arma de fuego, munición de guerra, proveedores, un equipo de comunicaciones, material de intendencia, y propaganda alusiva a grupos armados al margen de la ley.*”.

Indican los accionantes que debido a las vicisitudes por la interpretación del régimen procesal penal, que aplican varios despachos de la Fiscalía, no conocen la información detallada sobre el informe del resultado operacional, así como tampoco los responsables del operativo en cuestión.

Por último, refieren que solo hasta el 29 de mayo de 2011, los familiares de la víctima se enteran de su muerte; que en diligencia de exhumación adelantada en el Cementerio Municipal de Garagoa el viernes 1º de julio de 2011, logran confirmar su lamentable deceso. Cuentan que actualmente cursa investigación penal sobre los hechos materia de la Litis, que conoce la Fiscalía 51 de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH de Bogotá (Folios 133 a 135).

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Los actores invocan como fundamentos de derecho los siguientes:

- a) De carácter nacional: Constitución Política: artículos 1, 2, 4, 5, 6, 11, 12, 13, 21, 22, 28, 29, 38, 39, 42, 44, 45, 55, 90, 93, 94, 217 y demás normas concordantes de la Constitución de 1991 y la ley procesal civil - administrativa.
- b) De carácter internacional: i) Declaración Universal de los Derechos Humanos: artículos 3, 5, 8, 9, 12, 16 y 25. ii) Carta internacional sobre Derechos Humanos: Artículos 5, 9 y 11. iii) Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos: artículos 3, 6, 7 y 9, iv) Convención Americana Sobre Derechos Humanos: artículos 4, 7, 8, 20, 24 y 25, v) Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 sobre Derecho Internacional Humanitario, y vi) Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección.

Aduce la parte actora que en el caso bajo análisis se reúnen los presupuestos de responsabilidad del Estado, a saber:

- i) Hecho: Es un hecho cierto que la desaparición forzada y posterior ejecución extrajudicial de JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO, fue el producto de la acción de los miembros del Ejército Nacional, incumpliendo de esta manera los deberes que la Constitución y la Ley les imponen de salvaguardar la vida, honra y bienes de los habitantes del territorio nacional.
- ii) Daño: Con la desaparición forzada, muerte injusta y prematura de JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO – daño antijurídico-, se han causado a los demandantes incalculables perjuicios morales, materiales, extrapatrimoniales y de vida en relación, originados con la ejecución extrajudicial de que fuera víctima hijo, hermano y padre.
Con la desaparición y posterior ejecución extrajudicial de JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO se ha causado un daño irreparable a sus padres y familiares.
- iii) Relación de causalidad entre el hecho y el daño: Las pruebas testimoniales, documentales y otras vertidas en el proceso penal, son contundentes en demostrar que los miembros del Ejército Nacional desaparecieron y ejecutaron extrajudicialmente y en total estado de indefensión a JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO.

Por los hechos objeto de la presente acción el Estado Colombiano violo los deberes previstos por el ordenamiento jurídico, en especial, los artículos 1, 2, 5, 11, 12, 44, 45 y 46 de la Constitución Política. Esta conducta no se encuentra desvinculada del servicio, y en consecuencia corresponde al Estado responder por los perjuicios causados a los demandantes.

El nexo causal en este caso se presenta de manera clara, pues en ausencia del accionar del Ejército en contra de la víctima directa, no se habrían provocado los graves perjuicios que se originaron para los demandantes. La desaparición forzada mediante engaños, y su posterior ejecución extrajudicial perpetrada por el Ejército en la humanidad de JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO fueron la causa de los perjuicios alegados.

II. TRAMITE DE LA INSTANCIA.

La demanda fue presentada el 25 de julio de 2013 (folio 63); luego de ser inadmitida mediante auto de fecha 31 de julio de 2013 (fol. 128), se admitió a través de providencia del 4 de septiembre del mismo año (folio 210); la cual fue notificada en debida forma a la parte demandante el 05 de septiembre de 2013 (folio 212), y a la parte demandada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio público el 07 de noviembre de 2013 (folios 217 a 220), el termino común de 25 días de que trata el artículo 199 del CPACA modificado por el artículo 612 del C.G.P, corrió desde el 14 de noviembre hasta el 19 de diciembre de 2013 (folio 222) y el traslado de la demanda (artículo 172 ley 1437) inicio el 13 de enero de 2014 y finalizo el 21 de febrero de 2014 (folio 223), términos estos que fueron hechos saber a las partes, mediante publicación en la página web de la rama judicial. Mediante auto de 12 de marzo de 2014 se señaló fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial (folio 266), la cual, luego de ser aplazada (folio 288) tuvo lugar el día 4 de abril de 2014 (acta y CD vistos a folios 290 a 293); la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 de la misma codificación se celebró el día 14 de mayo de 2014 (folios 567 a 572) y, su reanudación se realizo el día 3 de junio de 2014 (Folio 594) y el 24 de marzo de 2015 (Folio 686), así como el termino para alegar de conclusión corrió desde el día 25 de marzo de 2015 y el día 14 de abril de 2015.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y MEDIOS EXCEPTIVOS

La apoderada de la entidad demandada comienza por referirse a las pretensiones del libelo introductorio, indicando que se opone a todas y cada una de ellas, por considerar que carecen de fundamento probatorio, puesto que, no se demuestra la existencia de un hecho dañoso imputable a un ente público, un hecho sufrido por el actor, pero sobre todo una relación entre el hecho y el daño, presupuestos que configuren responsabilidad del ente demandado, ya que si bien es cierto las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, ello no significa que resulte una responsabilidad en forma automática cada vez que una persona se vea afectada con el actuar de la administración, como pretenden los actores en este proceso.

Aduce que del material probatorio allegado con la demanda no es posible endilgar responsabilidad alguna a la Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, si se tiene en cuenta que el mismo no lleva a determinar que el señor HERNANDEZ CASTRO haya sido privado de su libertad por miembros del Ejército Nacional ni que, posteriormente le hayan causado muerte extrajudicial; así mismo expone que no existe indicio alguno en contra de la accionada que corrobore los hechos narrados en la

demanda, pues por el contrario se manifiesta en la misma que el antes referido fue contactado por grupos al margen de la ley.

Agrega que el Ejército Nacional no desconoce el combate registrado en el Municipio de Chinavita (Boyacá), el día 4 de julio de 2008, donde se dio de baja a un NN, de sexo masculino, a quien se le incauto material perteneciente a grupos al margen de la ley (FARC), enfrentamiento que obedeció a las labores de inteligencia, planeación y conducción que posteriormente desencadenaron operaciones de neutralización a organizaciones narcoterroristas pertenecientes a las ONT, FARC, ELN, delincuencia común, milicias y Bacrim, cuyo objeto consistía en el debilitamiento de su componente logístico, áreas, bases, actividades de secuestro, y extorsión, tal y como se puede observar en el informe rendido por parte del oficial S-2 del Batallón de Infantería No 1 "Simón Bolívar".

Adicionalmente refiere que en el hipotético caso en que se acceda a las pretensiones de la demanda, solicita que se tenga en cuenta que el daño moral según lo ha señalado el Consejo de Estado se presume, pero que el mismo debe determinarse dependiendo del grado de afectación de los demandantes, y en el caso bajo estudio según lo estipulado en la demanda se colige que el daño moral sufrido por el núcleo familiar de la víctima no se puede calificar en alto grado, dado que se denota un total desprendimiento afectivo de la familia con el occiso, cuando se manifiesta que el señor JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO (Q.E.P.D) era una persona dependiente de sustancias alucinógenas, lo cual en ocasiones lo llevo a convertirse en habitante de la calle, sin que por parte de su núcleo familiar se encuentre demostrado el interés, sufrimiento, preocupación, y apoyo necesario para buscar su rehabilitación, superación a las adicciones y por lo tanto se evidencia de esta manera una carencia de interés en su bienestar y vida en condiciones dignas.

En cuanto a la indemnización por daño a la vida de relación considera que es improcedente, toda vez que no se encuentra demostrado que los parientes del occiso hayan alterado las condiciones normales de vida, pues como ya se anotó y como bien lo manifiesta la parte actora, el occiso había recaído en el consumo de sustancias alucinógenas, lo cual lo alejo de su núcleo familiar, hasta convertirse en un habitante de la calle, circunstancia esta que no afectaba en mayor grado a la familia, hasta el punto que el señor JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO (Q.E.P.D), permaneció desaparecido por más de dos años, sin que su familia demostrara interés alguno de hallarlo y brindarle seguridad, bienestar y apoyo como se presume de un núcleo familiar.

Respecto de los daños materiales en primer término aduce que no hay lugar al reconocimiento del daño emergente, toda vez que no se aporta con el escrito de demanda prueba de los gastos irrogados o asumidos por los demandantes, con ocasión del deceso del señor HERNANDEZ CASTRO, y tampoco hay lugar a reconocer lucro cesante, pues no se encuentra acreditado que el occiso fuera una persona económica y laboralmente activa, y aún en el evento en que percibiera remuneración no se demostró que la misma fuera utilizada para el sustento de su familia.

Como excepciones propuso las que denomino: (FOLIOS 230 a 231):

- a) Culpa exclusiva de la víctima: Porque el señor JORGE ENRIQUE HERNANDEZ (q.e.p.d), según labores de inteligencia e informe de operaciones del Ejército Nacional Batallón de Infantería No 1 "SIMON BOLIVAR", pertenecía a grupos ilegales, fue dado de baja como resultado del enfrentamiento

entre el Ejército y bandas delincuenciales que operaban en Jurisdicción del Municipio de Chinavita – Boyacá, por lo que fue la víctima quien con su actuar ilegal, al pertenecer a dichos grupos, ocasiono su muerte, en circunstancias en que el demandado cumplía con su deber legal y constitucional de salvaguardar la vida, honra y bienes de la comunidad en general. Como apoyo a sus argumentos cita jurisprudencia del Consejo de Estado.

- b) Falta de Prueba idónea para probar los perjuicios reclamados: Es obligación de la parte demandante, demostrar la supuesta falla administrativa por parte de la entidad demandada, los presuntos daños ocasionados y la cuantía de los mismos, de manera que no deje duda acerca de los hechos objeto de la presente demanda; así mismo resulta necesario que se demuestre si efectivamente JORGE ENRIQUE HERNANDEZ, fue retenido en contra de su voluntad, y posteriormente ejecutado extrajudicialmente, lo cual conllevaría a demostrar con total certeza una responsabilidad por parte de la administración, así como la condición laboral y económica que permitiera el apoyo económico a su familia, lo cual no se observa en el caso bajo estudio.
- c) No existencia de la falla en el servicio: Por cuanto no se ha demostrado que el daño ocasionado, sea producto del actuar irregular del demandado, sino que, por el contrario, obedeció a una culpa exclusiva de la víctima.

En oportunidad la parte actora recorrió el traslado de las excepciones en los siguientes términos:

En primer lugar señaló que, las excepciones propuestas deben ser resueltas en la sentencia; así mismo se pronunció sobre cada medio exceptivo de la siguiente manera:

- a) Sobre la culpa exclusiva de la víctima: Dice que la demandada sustenta su postura con fundamento exclusivo en un “informe de inteligencia”, en el que supuestamente se involucra a la víctima señor JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO, como integrante de “grupos ilegales”. Aduce que así planteada la presunta responsabilidad de la víctima, como gestora de su propio fin, debe tenerse en cuenta que ningún informe de inteligencia, provenga de cualquier autoridad, puede ser considerado prueba de responsabilidad alguna, pues tal documento, bajo el supuesto que existiera, solo ha de servir como elemento orientador para perfeccionar una investigación. Como apoyo a sus argumentos trae a colación la sentencia T – 212 de 2006, proferida por la Corte Constitucional.
- b) Sobre la Falta de prueba idónea para reclamar los perjuicios causados: Sostiene que, la accionada aduce que es deber de la parte actora demostrar la falla del servicio por cuenta de la administración, así como los daños ocasionados y la cuantía de los mismos.

Refiere que en efecto para demostrar dichos aspectos en el texto de la demanda en el acápite pertinente, se requiere del operador judicial la práctica de diferentes medios de prueba que han de conducir sin duda alguna a la certeza en cuanto a la responsabilidad objetiva del Estado. Concluye afirmando que los requerimientos probatorios incoados oportunamente por la parte actora, justamente han de demostrar, lo que la demandada presurosamente alega como inexistente, en esta primera etapa del curso litigioso.

- c) Sobre la No existencia de la falla en el servicio: refiere que consecuencia lógica de la interpretación probatoria, coherente con los principios del sentido común, la sana lógica y desde luego la conducencia, idoneidad y pertinencia de las diferentes evidencias y/o pruebas arrimadas válidamente al proceso, se logrará demostrará el actuar ilegal e inconstitucional de los servidores públicos que amparados en su particular autoridad, y el uso de las armas, engañan y luego asesinan a un incauto e indefenso ciudadano, quien confiaba plenamente en ellos. (folios 262 a 264).

IV. ALEGATOS DE LAS PARTES Y TRASLADO AL MINISTERIO PÚBLICO

PARTE ACTORA. Presentó oportunamente sus respectivos alegatos de conclusión, en escrito que obra a folios 695 a 719. Así las cosas, solicita se acceda a las pretensiones de la demanda, en las declaraciones y reconocimientos que allí reitera. Alude a los hechos y omisiones como considera acaecieron, así como al material probatorio vertido en el plenario y considera que se hacen presentes los elementos de la responsabilidad que advierte son el hecho, el daño y la relación de causalidad entre éstos.

Concluye manifestando que, los Miembros del Ejército, desconociendo las obligaciones emanadas de la Ley y la Constitución, desaparecieron y ejecutaron extrajudicialmente al señor HERNANDEZ CASTRO; igualmente, dice desconocieron el principio de distinción entre población civil y combatiente. Conforme a ello menciona que, los perjuicios no se habrían presentado si el Ejército hubiese respetado los derechos humanos de la víctima y su familia y si hubiese cumplido con su deber de salvaguarda.

PARTE DEMANDADA. Se pronunció en el término concedido para el efecto tal como se advierte a folios 730 a 740. Considera que no es procedente se declare la responsabilidad a la demandada, por cuanto es del sentir que no se aprecia que se haya presentado falla en el servicio por acción o por omisión a cargo de la Entidad; dice que las pruebas allegadas no permiten inferir con certeza una posible responsabilidad de la Entidad; no se puede determinar la privación de la libertad por miembros de la demandada y que posteriormente le hayan causado la muerte; está corroborado que, el fallecido fue contactado por grupos al margen de la ley; los testimonios rendidos antes no hacen parte de una prueba trasladada y no se solicitó por las Partes ni por el Despacho traerlas al proceso.

Cita Sentencia del Consejo de Estado del 16 de febrero de 2001, relacionada con el hecho que la prueba sumaria no constituye prueba indirecta ni se transforma en prueba indiciaria, así como la forma de valoración probatoria del indicio. Para el caso, concluye diciendo que los testimonios rendidos en un proceso diferente, no se deben tener en cuenta para edificar el Fallo, toda vez que hay que tener en cuenta los demás medios probatorios recaudados dentro del proceso y se debe ratificar los mismos.

Aunado a lo dicho, se pronuncia respecto a la forma de tasar los perjuicios, en caso que prosperen las pretensiones de la demanda.

MINISTERIO PÚBLICO. Rindió concepto según se aprecia a folios 723 a 729. Solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que de las pruebas obrantes en el plenario concluye que, la Fuerza Pública actuó en ejercicio Constitucional y Legal y no hay prueba indiciaria que desvirtúe las circunstancias modales del deceso. Así

mismo luego de analizar los elementos de la responsabilidad (Hecho, daño y nexos causal), manifiesta que tiene vocación de prosperidad, la excepción de culpa exclusiva de la víctima.

De otra parte solicita se decreten pruebas de oficio, con el objeto de allegar los resultados de la prueba de absorción atómica, los resultados de dactiloscopia de los elementos encontrados en poder de la víctima, toda vez que considera que ello es lo que permite establecer la condición de parte combatiente o persona civil, determinando la condición de persona protegida por el DIH y con ello garantizando un verdadero acceso a la administración de Justicia.

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. HECHOS PROBADOS.

De las pruebas obrantes en el plenario es posible concluir por el Despacho lo siguiente:

1. Está probado que el señor JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO falleció el 4 de julio de 2008 en el Municipio de Chinavita (Boyacá) (FOLIO 75).
2. Se probó que GLORIA AMANDA CASTRO y JUAN ANTONIO HERNÁNDEZ MORATO, eran los padres del señor JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO (q.e.p.d) (Folio 74).
3. Se demostró que la señora MERCEDES SUSANA CUBILLOS, contrajo matrimonio con el señor JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO (q.e.p.d) (folio 79), y que procrearon un hijo a quien llamaron DAMIAN ALFREDO HERNANDEZ CUBILLOS (Folio 78).
4. Se acreditó que JUAN CARLOS y LINA PAOLA HERNANDEZ CASTRO, eran hermanos del señor JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO (q.e.p.d) (folios 76 y 77).
5. Se demostró que BELKY MARY PULIDO HERNANDEZ, era prima hermana del señor JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO (q.e.p.d) (Folios 82 a 84).

2. PROBLEMAS JURÍDICOS.

¿La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, es administrativa y patrimonialmente responsable de los perjuicios sufridos por los demandantes, con ocasión de la muerte de JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO, ocurrida en desarrollo de una operación militar el día 4 de julio de 2008 en el Municipio de CHINAVITA?

¿En el caso de marras existe imputación fáctica y jurídica, que conlleve a determinar como responsable de los hechos ocurridos a la demandada, o se presenta una causa extraña que haga inviable la misma?

¿La muerte del señor JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO puede ser calificada como producto de daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Carta Política?

3. POSTURA DEL DEMANDANTE Y DEL DEMANDADO.

PARTE ACTORA. Manifiesta que, JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO fue objeto de desaparición forzada y posterior ejecución extrajudicial por integrantes del

Batallón de Infantería No 1, General Simón Bolívar, el día 4 de julio de 2008; inhumado como NN y, reconocido por sus familiares el día 30 de junio de 2011. Afirma igualmente que, no se conocían respecto del señor HERNANDEZ CASTRO, antecedentes penales que lo relacionaran con ninguna organización armada al margen de la Ley, sino que fue desaparecido y ejecutado en estado de indefensión, para luego ser presentado como baja en combate, lo que constituye violación de derechos humanos. En consecuencia considera que, se encuentran observados los elementos de la responsabilidad del Estado como son una actuación administrativa irregular, un daño o perjuicio y, un nexo de causalidad.

PARTE DEMANDADA. Considera que las pretensiones no tienen vocación de prosperidad; dice que no se encuentran reunidos los elementos de la responsabilidad del Estado, no siendo el daño imputable a la demandada ni antijurídico, además de no existir medios de convicción que lo establezcan. Afirma igualmente que, se presentan los medios exceptivos de culpa exclusiva de la víctima, falta de prueba idónea para probar los perjuicios reclamados y, no existencia de la falla del servicio.

4. PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

4.1. ASPECTOS PRELIMINARES.

Tal como ha sido manifestado por la Doctrina, La Responsabilidad Administrativa – para que se configure - requiere la existencia de un daño o perjuicio, la actuación de la administración y un Nexo causal entre el daño y la actuación administrativa.

Igualmente, la actuación de la administración constituye uno de los elementos necesarios para atribuirle responsabilidad, es decir, para imputarle el daño según el nexo causal existente entre tal actuación y el daño.

Lo anterior se extracta del contenido del inciso 1º del artículo 90 de la Carta Política de 1991, conforme al cual: *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

De acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, para que exista responsabilidad del Estado, se requiere de la concurrencia de dos elementos a saber: El daño antijurídico y la imputabilidad del daño a un órgano del Estado.

La actuación administrativa puede ser calificada de acuerdo con diversos regímenes según el fundamento y los presupuestos sobre los cuales se estructure la responsabilidad. Por una parte, está el régimen de responsabilidad por culpa o falla del servicio, o de responsabilidad subjetiva, llamado también de responsabilidad por mal funcionamiento. Este régimen se complementa con el de los sistemas objetivos de responsabilidad sin culpa o por actuaciones lícitas de la administración.

En éste punto ha mencionado la Doctrina² que, se debe tener presente que el artículo 90 de la Constitución, ha permitido correctamente afirmar tanto al Consejo de Estado como a la Corte Constitucional, que el Estado en el cumplimiento de sus funciones puede ocasionar daños, tanto en los casos de funcionamiento anormal como en los de

¹ RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, Grupo Editorial Ibáñez, Primera Edición.

² HUGO ANDRES ARENAS MENDOZA, El Régimen de Responsabilidad Subjetiva, Primera Edición, Página 243, Editorial Legis.

funcionamiento normal y de esta forma, el daño antijurídico puede presentarse tanto en regímenes de responsabilidad sin culpa, como en aquellos basados en la culpa.

En lo que respecta al concepto de daño antijurídico, Javier Tamayo Jaramillo³, advierte que, éste es aquel que el Estado, en el ejercicio de su soberanía y de sus funciones, no tiene derecho a causar. O lo que es lo mismo: cuando el Estado causa un daño que no tenía derecho a causar, es responsable.

Aunado a lo anterior, sabido es que de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión normativa de los artículos 211 y 306 del CPACA, de una parte, la decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente alegadas al proceso e igualmente, las partes deben probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Ahora bien, para efecto de establecer la deficiente actuación de la administración se reitera, el principio procesal según el cual quien alega una pretensión debe probarla, (actori incumbit probatio), el cual tiene también plena vigencia en el contencioso de responsabilidad.

La carga probatoria corresponde normalmente al demandante que es quien debe demostrar la ocurrencia de los hechos en virtud de los cuales fundamenta sus pretensiones indemnizatorias. A la administración, que es el demandado habitual en los procesos contencioso administrativos de reparación, corresponde desvirtuar los hechos alegados demostrando eventualmente las causales eximentes de la pretendida responsabilidad.

Visto así lo anterior, es decir la necesidad de establecer los elementos de la Responsabilidad reprochada a la administración, y la obligatoriedad de arrimar al acervo probatorio las pruebas necesarias para establecerla, procede el Despacho al estudio del presente; advirtiéndose que como en el sub judice se imputan acciones y omisiones irregulares de la demandada, el título de imputación aplicable corresponde al de la Falla del Servicio o de responsabilidad anónima y subjetiva de la administración y no simplemente objetiva (Daño especial y Riesgo excepcional), toda vez que en ésta última solamente se requiere probar el daño y su imputabilidad al Estado.

El Consejo de Estado⁴, ha reflexionado que en casos en que se esté ante el cumplimiento de funciones y, exista una actuación irregular del agente estatal por mal funcionamiento, el título de imputación ha de ser el de la Falla del Servicio. Allí dijo:

... se encontraba en cumplimiento de su deber, es decir que el daño se produjo como consecuencia de una actuación irregular del agente estatal en ejercicio pleno de sus funciones; en tales condiciones, se puede afirmar que se presentó una falla del servicio, por cuanto el mismo funcionó mal y no como debía ser, y este defecto de funcionamiento fue el que produjo el daño antijurídico.

En igual forma, el Consejo de Estado en Sentencia de fecha 20 de junio de 2013⁵, concluyó igualmente que, en casos de vulneración de derechos humanos y actuaciones militares irregulares, debe estudiarse el asunto bajo el título subjetivo de imputación al que se ha hecho alusión y que aquí se acoge:

³ La Responsabilidad del Estado, Páginas 32 – 33.

⁴ Sentencia del 19 de agosto de 2004, Radicación No 05001-23-31-000-1992-1484-01(15791)DM.

⁵ Radicación No 54001-23-31-000-1996-09250-01(23603).

La Sala de Sub-sección advierte que para casos como el presente donde cabe valorar la ocurrencia de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario por afectación de miembros de la población civil (detenidos ilegalmente, torturados y muerto) inmersa en el conflicto armado, del cual se desprende los hechos ocurridos los días 2 y 5 de noviembre de 1993, no puede seguir aplicándose lo establecido en el Código de Procedimiento Civil ajeno al respeto de la protección de los derechos humanos, dado que se estaría vulnerando la Convención Americana de Derechos Humanos, debiendo garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido como derecho humano reconocido constitucional y supraconstitucionalmente (para lo que el juez contencioso administrativo puede ejercer el debido control de convencionalidad), (...) La Sala de Sub - sección examinando, con el mayor rigor posible, el acervo probatorio y valorando ponderadamente (las pruebas directas y los indicios corroborados) los fundamentos jurídicos encuentra que todo indica necesaria, convergente y con certeza que se configuró la falla en el servicio por la realización de un procedimiento u operativo militar anormal, irregular, desproporcionado y arbitrario, que contradice las obligaciones positivas de protección de los derechos humanos fundamentales de TODO ciudadano, en especial por desatender grave y ostensiblemente los mandatos constitucionales consagrados en los artículos 2, 12, 28, 29, 217 y 229 de la Carta Política, las Convenciones de las Naciones Unidas e Interamericana contra la Tortura y tratos o penas crueles o degradantes y los artículos 1, 4.1, 4.2, 5.1, 5.2, 7.5 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los reglamentos de la entidad militar, en los que se debe cumplir: (...), todo lo cual se desatendió gravemente por los miembros del Grupo CAES del Grupo Mecanizado número 5 "Maza" en el operativo realizado el 2 de noviembre de 1993, y que tuvo como consecuencia las afectaciones padecidas por Ramón Alirio Pérez Vargas y el desencadenamiento de la muerte brutal y atroz , por incineración, de Gerardo Liévano García. (...) El grave y ostensible incumplimiento de las obligaciones positivas se opone a la garantía de protección, especialmente por parte del Ejército Nacional, al haberse practicado sobre ellos una detención ilegal ya que si los mencionados señores se encontraban en la comisión de un ilícito era su deber convencional, constitucional y legal ponerlos a disposición de la autoridad judicial competente (...). En segundo lugar, se concretó la falla en el servicio porque los miembros del Ejército que desarrollaron el operativo militar practicaron actos de tortura sobre Ramón Alirio y Gerardo Liévano, sin haber atendido a sus obligaciones, y sin haber sido sancionados por la justicia penal militar por sus actos, lo que implica un escaso compromiso de la institución por depurar y examinar periódicamente, como lo dicen las normas de derecho internacional de los derechos humanos, el adiestramiento encaminado a suprimir, evitar y sancionar todo acto de tortura, cruel o inhumano. (...) Para el caso en concreto, tal como se determinó en la decisión penal de primera y segunda instancia, y en la investigación disciplinaria cursada, el procedimiento militar desplegado por varios miembros del Ejército Nacional (los hoy llamados en garantía) representó 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 participaban en la comisión de un ilícito penal (el secuestro extorsivo de Daniel Arismendi).

4.2. EL DAÑO.

Se hace necesario por el Despacho inicialmente el estudio del elemento daño.

Se ha entendido jurisprudencialmente como:

... el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación (Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, M.P: Alier E. Hernández Enríquez).

En igual forma en Sentencia de fecha 3 de mayo de 2007 manifestó la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶:

Son supuestos de la responsabilidad del Estado el daño que consiste en la lesión o menoscabo del derecho o situación de la cual es titular un sujeto de derecho y la imputación jurídica del mismo, que consiste en la atribución jurídica del daño, que se funda en la prueba del vínculo existente entre el daño antijurídico y la acción u omisión del ente demandado.

En el caso de marras considera el Despacho se encuentra establecida la ocurrencia de un daño a los demandantes, el cual se contrae a la muerte del señor JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO, el día 4 de julio de 2008 (Folio 75), en operativo del Ejército Nacional (Folio 106). El Derecho a la vida es un derecho subjetivo amparado por el Ordenamiento Jurídico Colombiano y postulado básico fundamental del cual emergen y se hacen posibles los demás derechos del Ser Humano; en éste sentido el artículo 11 de la Carta Política dispone que, el derecho a la vida es inviolable.

4.3. LA FALLA DEL SERVICIO.

Como quiera que en el caso de marras, el fundamento del deber reparatorio de la demanda se contrae a la Falla del Servicio, es del caso que el Despacho proceda a su análisis, para efecto de establecer si el mismo elemento estructurante se verifica.

Lo anterior, toda vez que la parte actora funda su pretensión en que la demandada omitió dar cumplimiento a sus funciones Constitucionales y Legales, así como aquellas propias del Bloque de Constitucionalidad (Artículo 93 de la C.P.) y con su actuar irregular e inobservancia de los contenidos obligacionales del Ejército Nacional, - tanto en la conducción al lugar de los hechos, como en el transcurso de operativo militar -, se causó la muerte del señor JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO, en el Municipio de Chinavita, Vereda Fusa, el día 4 de julio de 2008.

Es de anotar que el Consejo de Estado⁷ ha manifestado respecto a la tradicional falla del servicio⁸, que la responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: El daño antijurídico sufrido por el interesado, el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, una relación de causalidad entre

⁶ 05001-23-26-000-1994-00422-01(19420)

⁷ Sentencia del 24 de febrero de 2005, Radicación No 85001-23-31-000-1993-00074-01(14170)

este último y el primero, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

En igual sentido en Sentencia de fecha 11 de noviembre de 2009, Radicación No 17927, siendo Magistrado Ponente el Dr. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ afirmó el Consejo de Estado, que la Falla del servicio constituye un juicio de reproche por vulneración de los contenidos obligacionales y que, principalmente a la Entidad le corresponde demostrar o bien una causa extraña o principalmente el actamiento de sus deberes. Allí mencionó:

"En términos generales, la falla del servicio probada surge a partir de la comprobación de que el daño se ha producido como consecuencia de una violación —conducta activa u omisiva— del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual resulta de la labor de diagnóstico que adelanta el juez en relación con las falencias en las cuales incurrió la administración y se constituye en un juicio de reproche. Por su parte, en ese campo la entidad pública demandada podrá exonerarse de una declaratoria de responsabilidad si prueba que su actuación no constituyó una vulneración a ese contenido obligacional que le era exigible, es decir que acató los deberes a los cuales se encontraba obligada o si demuestra que el nexo causal era apenas aparente, mediante la acreditación de una causa extraña: fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o hecho también exclusivo y determinante de un tercero (4). Con esta óptica, entra la Sala a determinar si en el caso que aquí se decide se configura, o no, la responsabilidad de la administración".

En lo que respecta a los contenidos obligacionales de la Fuerza Pública, es de advertir que el artículo 2º de la Carta Política dispone como regla general que, las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, el artículo 12 ejusdem proscribire la desaparición forzada, e igualmente las torturas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; en tanto que, los artículos 217 y 222 ibídem prevén que, las Fuerzas militares tienen como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, debiendo ser formados sus integrantes en la democracia y los derechos humanos.

En éste punto es de traer a colación lo mencionado por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en proveído de fecha 23 de septiembre de 2009⁹, cuando advirtió que las armas de fuego de la Fuerza Pública, solo pueden ser utilizadas en forma excepcional y cumpliendo todos los protocolos dispuestos, en orden a salvaguardar los derechos de los Ciudadanos. Allí dijo:

Los elementos probatorios recaudados permiten concluir que la Administración incurrió en una falla en la prestación del servicio, habida consideración que los miembros del Ejército Nacional ... no hicieron uso legítimo de las armas, su comportamiento desconoció abiertamente las obligaciones constitucionales y legales, como quiera que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, sólo por esa vía se garantizan la efectividad de los

⁹ Radicación No 05001-23-26-000-1992-00923-01(17403).

principios y derechos consagrados en la Constitución. Resulta evidente que en este caso la entidad demandada asumió y desplegó un comportamiento que sobrepasó el normal cumplimiento de sus deberes, pues sólo en casos extremos y por excepción la Fuerza Pública está autorizada para hacer uso de las armas de dotación, y si lo hacen, han de tomar todas la precauciones que sean necesarias para proteger la vida y la integridad de los ciudadanos.

Igualmente valga mencionar que el Consejo de Estado¹⁰, también ha mencionado que el Estado Colombiano, debe ser garante de los instrumentos internacionales, en los cuales se dispone la protección de derechos inherentes al ser humano, cuando señaló:

Cabe poner de presente también, que las antedichas conductas son vulnerantes de derechos fundamentales de los cuales es titular el lesionado, tales como el derecho fundamental a la integridad personal -art. 12 C. P.- y el derecho fundamental a la salud en conexión con el derecho fundamental a la vida -art. 11 Ibidem, que en sí mismo, estuvo en grave peligro de conculcación. Cabe resaltar además que éstos derechos no solo se reconocen como inviolables en el ordenamiento jurídico interno, sino también en instrumentos de derecho internacional sobre derechos humanos que, al ser ratificados por el Congreso colombiano, de conformidad con el artículo 93 C.P., prevalecen en el orden interno y hacen parte del bloque de constitucionalidad. Por lo tanto, si son quebrantados por el Estado a través de sus diferentes órganos, por acción o por omisión, constituyen per se un incumplimiento a las obligaciones que el Estado colombiano se comprometió a cumplir frente a la comunidad internacional. Tal es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual Colombia es Estado Parte desde el 31 de julio de 1973 y que consagra la obligación de los estados miembros de respetar el derecho a la vida -art. 4 C.A.D.H.-, el derecho a la integridad personal -art. 5 Ibidem- y, el derecho a la salud previsto en el Protocolo Adicional a la Convención A.D.H. en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmada en San Salvador el 17 de noviembre de 1988 -art. 10-.

Ahora bien, en punto a los denominados Falsos Positivos o ejecuciones extrajudiciales, el Consejo de Estado¹¹ ha estudiado dicho tópico, en el siguiente sentido:

En estas condiciones, puede concluirse que los hechos de este caso coinciden con el fenómeno de los llamados "falsos positivos", los cuales consisten en homicidios perpetrados por las fuerzas de seguridad del Estado contra civiles indefensos que luego son presentados ante las autoridades y ante los medios de comunicación como guerrilleros o delincuentes muertos en combate para obtener privilegios económicos o institucionales. Este fenómeno ha sido caracterizado por el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, legales o arbitrarias en los siguientes términos:

El fenómeno de los llamados "falsos positivos" —ejecuciones ilegales de civiles manipuladas por las fuerzas de seguridad para que parezcan bajas legítimas de guerrilleros o delincuentes ocurridas en combate— es bien conocido por los colombianos¹². Si bien hay ejemplos de esos casos que se remontan a la década de 1980, las pruebas documentales indican que

¹⁰ Sección Tercera, Sentencia del 8 de marzo de 2007, Radicación No 17001-23-31-000-1993-05009-01(15739).

¹¹ Sección Tercera, Sentencia del 29 de marzo de 2012, Radicación No 20001-23-31-000-1999-00655-01(21380).

¹² [8] Los miembros de las fuerzas armadas a menudo se refieren a los falsos positivos como "legalizaciones", es decir, homicidios que se han hecho aparecer como si fueran bajas en combate.

comenzaron a ocurrir con una frecuencia alarmante en toda Colombia a partir de 2004.

La dinámica fáctica de estos casos está bien documentada, por lo que sólo será necesario aquí delinear las pautas generales comunes a todos los departamentos del país. En algunos casos, un "reclutador" pagado (un civil, un miembro desmovilizado de un grupo armado o un ex militar) atrae a las víctimas civiles a un lugar apartado engañándolas con un señuelo, por lo general la promesa de un trabajo. Una vez allí, las víctimas son asesinadas por miembros de las fuerzas militares, a menudo pocos días u horas después de haber sido vistos por los familiares por última vez. En otros casos, las fuerzas de seguridad sacan a las víctimas de sus hogares o las recogen en el curso de una patrulla o de un control de carretera. Las víctimas también pueden ser escogidas por "informantes", que las señalan como guerrilleros o delincuentes a los militares, a menudo a cambio de una recompensa monetaria. Una vez que estas víctimas son asesinadas, las fuerzas militares organizan un montaje de la escena, con distintos grados de habilidad, para que parezca un homicidio legítimo ocurrido en combate. El montaje puede entrañar, entre otras cosas, poner armas en manos de las víctimas; disparar armas de las manos de las víctimas; cambiar su ropa por indumentaria de combate u otras prendas asociadas con los guerrilleros; o calzarlas con botas de combate. Las víctimas son presentadas por los militares y anunciadas a la prensa como guerrilleros o delincuentes abatidos en combate. A menudo se entierra a las víctimas sin haberlas identificado (bajo nombre desconocido), y en algunos casos en fosas comunes. Entre tanto, los familiares de las víctimas buscan con desesperación a sus seres queridos, a veces durante muchos meses. Cuando los miembros de la familia descubren lo sucedido y toman medidas para tratar de que se haga justicia, por ejemplo denunciando el caso a las autoridades o señalándolo a la prensa, suelen ser objeto de intimidaciones y amenazas y algunos de ellos han sido asesinados¹³.

Para efecto de la valoración probatoria, también ha señalado el Consejo de Estado que es procedente acudir a indicios¹⁴. Conforme a ello, ha referido el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

19. La ausencia de resultados en materia penal no es, sin embargo, un obstáculo para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por la muerte de Juan Carlos Misat Camargo, pues los distintos elementos de prueba aportados al proceso ofrecen indicios claros de que su muerte no se produjo en combate con miembros de la fuerza pública sino que se trató de una ejecución extrajudicial.

20. Sobre la validez, pertinencia y conducencia que tiene la prueba indiciaria para examinar la responsabilidad del Estado en casos en los que faltan pruebas directas de los hechos que sirven de fundamento a la demanda, ya se ha pronunciado la Sala en repetidas oportunidades¹⁵:

¹³ Informe de la misión a Colombia presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas por el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston. Marzo 31 de 2010, párr. 10 y 11.

¹⁴ Sección Tercera, Sentencia del 29 de marzo de 2012, Radicación No 20001-23-31-000-1999-00655-01(21380).

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2011, exp. 20.145, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. En similar sentido, véase la sentencia de 8 de febrero de 2012, exp. 21.521, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

En casos como el presente, en los que varias personas mueren como consecuencia de múltiples impactos por arma de fuego, en hechos en los que en principio no resulta posible identificar a los autores materiales del delito, la prueba indiciaria resulta idónea y única para determinar la responsabilidad, pues aquélla compagina elementos debidamente comprobados para arribar con ellos a la certeza de otros, para efecto de endilgar responsabilidad a los inculpados.

(...).

Se trata de un medio de prueba permitido que demanda la demostración del hecho indicador, para así tener como probado el inferido¹⁶. En este escenario, la existencia de una serie de hechos acreditados por cualquiera de los medios probatorios previstos por la ley, estrechamente vinculados con el ilícito, conducen necesariamente a la imputación de la responsabilidad¹⁷. Los indicios se constituyen en la prueba indirecta por excelencia, pues a partir de un hecho conocido y en virtud de una operación apoyada en las reglas de la lógica y en las máximas de la experiencia, se establece la existencia de un hecho desconocido.

El juez dispone muy a menudo de conocimientos generales vinculados con el hecho a probar y útiles, de alguna manera, a los defectos de su determinación; es más, sin estos conocimientos la valoración de la prueba sería normalmente imposible. Se trata de las nociones derivadas de la experiencia común que encuentran su formulación sintética en las denominadas máximas de la experiencia y que desarrollan un papel relevante en la valoración de las pruebas¹⁸.

Como quiera por tanto que la prueba indiciaria cobra mayor entidad en casos como el que ocupa la atención del Despacho, es de anotar que la Doctrina¹⁹ ha estudiado el tema de la siguiente forma:

Así ha dicho que, Indicium es una derivación de indicare que significa indicar, hacer conocer algo, mostrar, hacer saber. Con un criterio dinámico, observa que indicio proviene de indicere, resultante de la contracción de "inde-dicere", que denotaría el hecho pero iluminado por el argumento probatorio que de él obtiene el intérprete. Cuando a una persona le decimos: está probado que en esta pared se encuentra la huella de x, inmediatamente el intérprete (que se supone tiene experiencia) afirma que la persona (x) tocó la pared. También se le denomina prueba circunstancial, derivada de circum y stare, de estar alrededor y ello supone que ópticamente no es la cosa misma, pero sí está relacionada con proximidad a ella.

El indicio es un hecho del cual se infiere otro desconocido. Deber quedar suficientemente claro que el indicio es, por así decirlo, un hecho especialmente cualificado porque tiene la propiedad de salirse de sí mismo y mostrar otro. "Ordo unius

¹⁶ [17] "En la prueba por indicios necesariamente intervienen tres elementos: un hecho, el que indica; otro hecho, el indicado y una relación de causalidad, concomitancia o conexión entre aquél y éste. El indicio parte de un hecho conocido, establecido en el proceso por cualquier medio de prueba distinto del mismo indicio, esto es, que todos los medios de prueba permiten el hecho indicador. El hecho indicado debe ser el resultado lógico crítico de la inferencia entre el primero y el segundo hecho, de donde la integración de los tres elementos anotados, permiten la existencia del indicio" (Cabrera Acosta, Benigno Humberto, Teoría General del Proceso y de la Prueba, Quinta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, págs. 458 y ss).

¹⁷ [18] Al respecto se puede consultar la sentencia de 11 de febrero de 2009, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, exp. 16337.

¹⁸ [19] TARUFFO, Michele, "La Prueba de los Hechos", Ed. Trotta, Madrid, pág. 219.

¹⁹ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Décima Tercera Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. Año 2002. Página 557.

ad aliud". Un orden de una cosa hacia otra. Ese mutuo ser uno hacia el otro de los hechos ha de ser de naturaleza real, objetiva.

Dice la Doctrina además que, se ha hecho necesario, incluir en la definición de indicio, las reglas de la experiencia (e indicarlas como elementos del indicio) con fines fundamentalmente garantizadores. Pero en realidad son instrumentos que se utilizan para valorar absolutamente todos los medios probatorios.

Dice PARRA QUIJANO además que, los indicios son una prueba crítica, lógica, indirecta. Dice que siguiendo a Carnelutti se puede decir que cuando se habla de prueba directa, el hecho lo presencia el juez; en la prueba histórica como, por ejemplo, en el testimonio o en el documento, se le representa al juez el hecho a probar; en la prueba de indicios ni el juez observa el hecho ni éste está representado, lo que tiene es un hecho que le sirve para indicarle otro. Las actas de levantamiento de los cadáveres no representan la velocidad. El juez no inspecciona, no observa directamente la velocidad, pero el estado de los cadáveres (como si fuera el dedo índice) indica el exceso de velocidad.

Respecto a la clasificación de los Indicios menciona que, los Indicios se han clasificado en Necesarios y contingentes. Los necesarios aluden a aquel hecho que de manera infalible e inequívoca demuestra la existencia del hecho investigado. El indicio preciso es lo que la doctrina denomina indicio necesario. El Indicio contingente es aquel hecho que demostrado, puede tener varias causas. Se suele clasificar en: Graves, Leves y Levísimos.

En cuanto a la valoración de la prueba Indiciaria, se ha observado también por la Doctrina que, se debe pensar que se trata de reconstruir un hecho. Observa que estamos en un presente, tratamos de 'lograr' el pasado con unos hechos (de circum stare: que están alrededor) que no son ópticamente los buscados. Pero estos, con el empleo de la racionalidad y las reglas de la experiencia, nos indican el buscado (el hecho buscado no está representado ni observado por el juez; lo que tenemos es un hecho que lo señala. Es decir, el que nos interesa no está en el expediente, lo que hay es otro hecho que lo indica, lo señala).

Dice igualmente que, salvo que se trate del indicio necesario, la prueba indiciaría, como sucede con los síntomas (recuérdese el ejemplo del sarampión), tiene fuerza en su conjunto (porque hay pluralidad, como es apenas obvio), pero previo un inventario de los indicios singularizados.

Es necesario, entonces, recordar los textos legales. Ellos son:

El art. 287 del C. de P.P. regla: "Apreciación de los indicios. El funcionario apreciará los indicios en conjunto teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con los demás medios de prueba que obren en la actuación procesal".

El artículo 242 del CGP, antes 250 del C. de P.C. prevé que el juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.

Ahora bien, es de cuestionarse ¿Cómo se hace esa apreciación?:

En éste aspecto se ha dicho que, de los demás medios probatorios deben surgir los hechos indicadores, o los hechos base (por ello decía el art. 286: "Prueba del hecho

indicador. El hecho indicador debe estar probado"). Por su parte, el artículo 240 del CGP dispone que, para que un hecho pueda considerarse como indicio deberá estar debidamente probado en el proceso.

Se debe mirar por el funcionario qué medio probatorio acredita el hecho del cual parte, para evitar suponerlo o, por el contrario, pretermirlo, o desfigurarlo. Identificado y probado el hecho, se procede por el funcionario a individualizarlo y estructurarlo individualmente. Aquí el funcionario debe contemplar todas las posibilidades lógicas.

La Corte ha dicho: La valoración integral del indicio exige al juez la contemplación de todas las hipótesis confirmantes e invalidantes de la deducción, porque sólo cuando la balanza se inclina seriamente hacia las primeras y descarta las segundas, puede afirmarse la gravedad de una prueba que por naturaleza es contingente. Rechazar la otra posibilidad lógica que puede ofrecer un hecho indicador, sin cerciorarse de que ella en realidad haya sido objeto de examen y desestimada expresa o tácitamente por el juez, sólo porque éste ya tiene sus propias conclusiones sin atención a un juicio lógico integral, sería alentar un exceso de omnipotencia contrario al razonable acto de soberanía judicial en la evaluación de la prueba, que consiste precisamente en el ejercicio de una discrecionalidad reglada en la valoración probatoria.

Concluye la Doctrina en cita mencionando que, estructurado e individualizado cada indicio, debe proceder el Funcionario a ordenarlos, para estudiarlos en conjunto.

5. EL CASO DE MARRAS.

Inicialmente el Despacho advierte la solicitud presentada por la Señora Representante del Ministerio Público, en el escrito de alegatos de conclusión (Folio 729), de decretar pruebas de oficio, con el objeto de allegar los resultados de la prueba de absorción atómica y resultados de dactiloscopia de los elementos encontrados en poder de la Víctima.

En éste escenario es de observar que, las pruebas decretadas se dispusieron en la oportunidad correspondiente a solicitud de parte (Folio 290) y, con fundamento en ello se ofició y allegaron al plenario; de ahí que no existen elementos de juicio de los cuales determinar que las mismas hayan sido allegadas en forma incompleta.

Punto importante y que es tener en cuenta es que, el Despacho dispuso la práctica de audiencia de pruebas el día 14 de mayo de 2014 (Folio 567), suspendida para que la Procuraduría General de la Nación delegada para los derechos humanos diera respuesta a la solicitud de información relevante para el proceso; audiencia que se llevó a cabo el día 3 de junio de 2014 (Folio 594), donde nuevamente se dispuso requerir a la entidad oficiada y, mismo procedimiento se dispuso por auto del 8 de agosto de 2014 (Folio 642). Los documentos solicitados a la Procuraduría General de la Nación se incorporaron al plenario el día 24 de marzo de 2015 (Folio 686).

Conforme a lo anterior, no es procedente la petición del Ministerio Público, por cuanto se encuentran allegados los documentos que dan cuenta de las diligencias efectuadas ante la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y el mismo trámite interno disciplinario surtido por la demandada; razón por la cual la petición que se requiera a la autoridad competente, no es concreta o que refiera a la omisión de las Entidades ante quien se libró la respectiva comunicación, en remitir la totalidad de los documentos pertinentes.

Así las cosas, la facultad de práctica de pruebas en la etapa procesal anterior al momento de dictar Sentencia, es para establecer puntos *oscuros o difusos de la contienda* (Artículo 213 del CPACA), más no para disponer el decreto de pruebas en forma ordinaria, teniéndose en cuenta el principio procesal de preclusión o eventualidad, que da cuenta que surtida una etapa procesal, no es posible volver nuevamente a ella salvo por causas legales, como acontece en el caso de las nulidades procesales (Artículo 208 del CPACA); máxime cuando al momento de la incorporación de los elementos de juicio allegados al plenario, ninguna de las Partes ni el Ministerio Público efectuaron reparo alguno y, dieron por establecido que las pruebas decretadas ya se encontraban allegadas a la actuación en su totalidad (Folio 687).

Dispuesto lo anterior, se procede al estudio del caso sometido a consideración de ésta Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

A. La demanda.

Encuentra el Despacho que, con fecha 23 de julio de 2013 (Folios 63 y 126) fue presentada demanda de reparación directa en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, por GLORIA AMANDA CASTRO, JUAN ANTONIO HERNANDEZ MORATO, MERCEDES SUSANA CUBILLOS, DAMIAN ALFREDO HERNANDEZ CUBILLOS, JUAN CARLOS HERNANDEZ CASTRO, LINA PAOLA HERNANDEZ CASTRO y BELKY MARY PULIDO HERNANDEZ.

Lo anterior, a efecto que, se declare que la demandada NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, es responsable administrativamente de todos los daños y perjuicios tanto materiales y/o patrimoniales, como extrapatrimoniales, ocasionados como consecuencia de los hechos ocurridos a partir del 4 de julio de 2008, en los que JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO, es presuntamente desaparecido y luego ejecutado en zona rural del Municipio de Chinavita – Boyacá, a manos de militares adscritos al Batallón de Infantería No 1 “Simón Bolívar”, quienes actuaran amparados en la misión táctica 2, Justicia 4, Orden de operaciones “Megalítico”. (Folio 176).

Se sigue de lo anterior que, la demanda presentada observó el presupuesto de la demanda en forma, razón por la cual se dispuso su admisión, mediante proveído del 4 de septiembre de 2014. En igual forma, cumple los derroteros que al respecto ha reglado el Legislador en el artículo 140 del CPACA, en concordancia con el artículo 90 de la Carta Política, para dirigir la pretensión incoada.

B. La posición de las partes.

La parte actora manifiesta que, JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO fue objeto de desaparición forzada y posterior ejecución extrajudicial por integrantes del Batallón de Infantería No 1, General Simón Bolívar, el día 4 de julio de 2008; inhumado como NN y, reconocido por sus familiares el día 30 de junio de 2011. Afirma igualmente que, no se conocían respecto del señor HERNANDEZ CASTRO, antecedentes penales que lo relacionaran con ninguna organización armada al margen de la Ley, sino que fue desaparecido y ejecutado en estado de indefensión, para luego ser presentado como baja en combate, lo que constituye violación de derechos humanos. En consecuencia considera que, se encuentran observados los elementos de la responsabilidad del Estado como son una actuación administrativa irregular, un daño o perjuicio y, un nexo de causalidad.

En el caso de la demandada, considera que las pretensiones no tienen vocación de prosperidad; dice que no se encuentran reunidos los elementos de la responsabilidad del Estado, no siendo el daño imputable a la demandada ni antijurídico, además de no existir medios de convicción que lo establezcan. Dice igualmente que, se presentan los medios exceptivos de culpa exclusiva de la víctima, falta de prueba idónea para probar los perjuicios reclamados y, no existencia de la falla del servicio.

Conforme a lo advertido, la parte demandante dirige pretensión de condena en contra de la demandada, en tanto que ésta, considera que se hacen patentes medios exceptivos que enervan la pretensión. Así las cosas, se encuentra trabada la relación jurídico procesal, conforme a la fijación del litigio acotada por ésta Instancia en Audiencia de fecha 4 de abril de 2014 (Folio 290), y en la cual se determinaron como problemas jurídicos:

¿La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, es Administrativa y Patrimonialmente responsable de los perjuicios sufridos por los demandantes, con ocasión de la muerte de JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO, ocurrida en desarrollo de operación militar el día 4 de julio de 2008 en el Municipio de CHINAVITA?

¿En el caso de marras existe imputación fáctica y jurídica, que conlleve a determinar como responsable de los hechos ocurridos a la demandada, o se presenta una causa extraña que haga inviable la misma?

¿La muerte del señor JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO puede ser calificada como producto de daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Carta Política?

C. La posibilidad jurídica de valoración de las pruebas practicadas en otros procesos.

Es de mencionar que, conforme es dispuesto en el artículo 211 del CPACA., en los procesos que se adelanten ante ésta jurisdicción, en lo no expresamente regulado, se aplican en materia probatoria las normas del C.P.C., hoy vigente C.G.P. En dicho sentido, es procedente la aplicación del artículo 174 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), en lo que respecta a la prueba trasladada. Ello, por cuanto al plenario se aportaron las actuaciones surtidas en la Fiscalía General de la Nación (Folios 334 a 565) y la Procuraduría General de la Nación (Anexos 1 y 2); documentos éstos últimos que además contienen la actuación disciplinaria surtida en el Ejército Nacional.

Teniendo en cuenta lo dicho, se encuentra que el artículo 174 del C.G.P. dispone:

Las pruebas trasladadas 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 misma regla se aplicará a las pruebas extraprocesales.

La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderá al juez ante quien se aduzcan.

En el caso de marras, demandan GLORIA AMANDA CASTRO, JUAN ANTONIO HERNÁNDEZ MORATO, MERCEDES SUSANA CUBILLOS, DAMIAN ALFREDO HERNANDEZ CUBILLOS, JUAN CARLOS HERNANDEZ CASTRO, LINA

PAOLA HERNANDEZ CASTRO y BELKY MARY PULIDO HERNANDEZ a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.

Conforme a lo anterior, la norma procesal al disponer que, *siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella*; se concluye que las pruebas que se surtieron ante el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, con ocasión de actuación disciplinaria en contra de quienes estuvieron presentes en el operativo militar en que resultó muerto el señor JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO, que obran en el anexo 2, remitido por la Procuraduría General de la Nación, pueden ser valoradas por ésta Instancia.

Valga mencionar que como se advierte, estas pruebas no solo fueron producidas por la demandada, allegadas a instancia de la parte demandante (Folios 192 y 291) e incorporadas en audiencia de pruebas (Folios 567 y 686), sino que contienen varias piezas procesales que también figuran en la actuación de la Fiscalía General de la Nación (Folio 334 y S.S.) y en la Procuraduría General de la Nación (Anexo 1) que también se aportan.

Aunado a lo dicho, se encuentra que las pruebas producidas en ésta Instancia, habrán de valorarse de consuno con las pruebas trasladadas que se refieren, en la forma dispuesta en el artículo 176 del C.G.P. y conforme al cual:

Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

Igualmente es procedente valorar los medios de convicción allegados por la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación, toda vez que respecto a éstos la parte demandada no hizo pronunciamiento o tacha alguna, que no sea lo dicho en los alegatos de conclusión (Folio 730).

En éste punto ha manifestado el Consejo de Estado²⁰:

7. El artículo 185 del C. de P.C., aplicable al procedimiento contencioso administrativo en virtud de lo dispuesto en el artículo 267 del C.C.A., establece que 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 hubieran practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella". No obstante, de acuerdo con jurisprudencia reiterada de esta Corporación, las pruebas recaudadas en un proceso distinto pueden ser valoradas dentro del proceso contencioso administrativo –aunque no hayan sido practicadas a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, ni hayan sido objeto de ratificación– si las dos partes solicitan su traslado, pues se ha entendido que es contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, pero que en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión²¹.

²⁰ Sección Tercera, Sentencia del 29 de marzo de 2012, Radicación No 20001-23-31-000-1999-00655-01(21380).

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 21 de febrero de 2002, exp. 12.789, C.P. Alir Eduardo Hernández; 25 de enero de 2001, exp. 12.831, C.P. Ricardo Hoyos Duque; 3 de mayo de 2007, exp. 25.020, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; 18 de octubre de 2007, exp. 15.528, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.

8. En el caso objeto de examen, la parte actora solicitó expresamente el traslado de las pruebas practicadas dentro de los siguientes procesos penales: (i) n.º 1919 seguido por el Juzgado 15 de Instrucción Penal Militar contra los integrantes de la compañía "C" orgánica del batallón de contraguerrilla n.º 40 "Héroes del Santuario" por los delitos de secuestro y homicidio y; (ii) n.º 357, adelantado por la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación por los mismos delitos²².

9. Estas pruebas serán valoradas debido a que la Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional aceptó que las mismas hicieran parte del acervo probatorio al indicar que "la parte demandante pidió todas las pruebas pertinentes y la parte demandada las coadyuva (...)". Adicional a ello, se entiende que las pruebas recaudadas por el Juzgado 15 de Instrucción Penal Militar se han surtido con audiencia de la entidad demandada debido a que ella misma intervino en su práctica, de manera que en ningún caso podrá alegar su desconocimiento²³.

10. No obstante, se aclara que las indagatorias que obran dentro de los respectivos procesos penales no pueden valorarse dentro del trámite contencioso administrativo como prueba testimonial ni someterse a ratificación. En efecto, si bien se trata de declaraciones rendidas por terceros, no cumplen con los requisitos del testimonio pues no se rinden bajo juramento, tal como lo prescribe el artículo el artículo 227 del C.P.C.

11. La Sala tampoco dará valor probatorio a las declaraciones rendidas por los señores José Isabel Misat Ochoa y Demetria Isabel Sánchez Ochoa ante el Juzgado 15 de Instrucción Penal Militar y la Fiscalía General de la Nación, debido a que los declarantes hacen parte del grupo demandante y, por tal razón, es evidente que tienen un interés directo en los resultados de este proceso²⁴.

12. Finalmente, en relación con originales de los recortes de prensa aportados al proceso por la parte actora, se tendrán como prueba de los términos en que fue publicada en los periódicos El Pílon y El Heraldo la noticia sobre la muerte de dos presuntos guerrilleros durante un enfrentamiento armado con tropas del Ejército Nacional. Se reitera así lo dicho por esta Corporación en anteriores oportunidades, en el sentido de que las noticias difundidas en medios escritos, verbales o televisivos no

²² Las copias del proceso penal n.º 357 fueron aportadas por la Fiscalía 23 de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación mediante oficio n.º 343 de 4 de octubre de 2011 (f. 311, c. 4), en cumplimiento del auto de 7 de abril del mismo año proferido por la Sección Tercera –Subsección B– del Consejo de Estado (f. 308, c. 4). De estos documentos se ordenó correr traslado a la parte demandada por el término de 5 días mediante auto del 25 de enero de 2012 (f. 313, c. 4), el cual, según constancia secretarial, se surtió entre el 8 al 14 de febrero de 2012 (f. 314, c. 4).

²³ En la medida en que la Justicia Penal Militar hace parte de la estructura del Ministerio de Defensa Nacional, debe entenderse que la parte demandada no puede alegar el desconocimiento ni la imposibilidad de controvertir las declaraciones rendidas ante el Juzgado 15 de Instrucción Penal Militar en tanto fue la misma entidad –Nación, Ministerio de Defensa Nacional– la que intervino en la práctica y valoración de dichas pruebas. Sobre la posibilidad de valorar las pruebas trasladadas de los procesos penales o disciplinarios en los que la Nación, entendida como persona jurídica, participa en su práctica y valoración, puede consultarse la sentencia del 9 de febrero de 2011, exp. 16.934, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

²⁴ Sobre la imposibilidad de valorar los testimonios de parte, se ha pronunciado la Sala en las sentencias de 28 de abril de 2010, exp. 19474, C.P. Enrique Gil Botero, y 11 de noviembre de 2009, exp. 18.163, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.

*dan fe de la ocurrencia de los hechos que allí se reseñan sino, simplemente, de la existencia de la información*²⁵.

D. La identificación de JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO y, la identificación de los demandantes y el parentesco.

JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO, identificado con la C.C. No 79.846.908 (Folios 85, 113 a 123), nació el día 2 de noviembre de 1974, en Bogotá D.E., siendo sus Padres, GLORIA AMANDA CASTRO y JUAN ANTONIO HERNANDEZ MORATO (Folio 74). Se dispuso además su defunción, el día 4 de julio de 2008, conforme a inscripción de fecha 1 de julio de 2011 (Folio 75) y 23 de julio de 2008 (Folio 78, anexo 2) y, entrega del Fallecido a sus familiares el día 30 de junio de 2011 (Folio 80). Es de mencionar que a folio 364 del expediente, se da cuenta que con fecha 14 de junio de 2011, fue identificado a través de cotejo de huellas, por parte del laboratorio de lofoscopia forense, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

En cuanto a sus relaciones de parentesco, LINA PAOLA HERNANDEZ CASTRO se encuentra determinado era su hermana (Folio 76), así como JUAN CARLOS HERNANDEZ CASTRO (Folio 77), su hermano.

DAMIAN ALFREDO HERNANDEZ CUBILLOS (Folio 78), era su hijo, en tanto que MERCEDES SUSANA CUBILLOS (Folio 79) era su esposa y BELKY MARI PULIDO HERNANDEZ su prima (Folios 70, 82 a 84).

De acuerdo a lo referido, se observan medios de convicción en cuanto a la preexistencia del Señor HERNANDEZ CASTRO, fecha y lugar de nacimiento, la fecha de su fallecimiento, entrega a los familiares y defunción. Igualmente, es de advertir la relación de parentesco de los demandantes con el Fallecido, de donde se infiere la existencia del daño respecto del cual se persigue su indemnización, toda vez que el derecho a la vida, así como la integridad de las personas, son bienes protegidos por el ordenamiento jurídico.

Se legitima en éste orden para ésta instancia además, la causa por activa, toda vez que impetraron demanda los Padres, Hermanos, Hijo, Conyuge y prima del señor HERNANDEZ CASTRO, conforme a documentos públicos allegados al plenario.

E. Las circunstancias de la desaparición de JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO y el conocimiento de lo sucedido por sus familiares.

Narra la parte actora en la demanda (Folio 133) que, el Fallecido respecto de quien se solicita indemnización en el presente medio de control, tras reclamar un dinero adeudado producto de una liquidación laboral, indicó a sus familiares que viajaría a Tunja a buscar a una amiga de nombre EILEN YESEIDA CORTES, quien estudiaba en la UPTC; que ella no alcanzó a verse con él; que se contactaron telefónicamente el 8 de abril de 2008; que le dijo que estaba en la “hoya” cerca al terminal; que el 4 de julio del mismo año, nuevamente la llama para contarle que unas personas estaban reclutando personas ofreciéndoles dinero en efectivo para que hicieran un trabajo; que al parecer eran paramilitares; que el mismo día, horas más tarde la volvió a llamar para contarle que estaba en Jenesano y que le habían pagado hotel, comida en un restaurante, útiles de

²⁵ Al respecto, véanse, entre otras, las siguientes sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado: 10 de junio de 2009, exp. 18.108, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, 9 de junio de 2010, exp. 19.283, C.P. Enrique Gil Botero, 11 de agosto de 2011, exp. 20.325, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

aseo y le ofrecieron setecientos mil pesos, además de una moto; que estaba con otra persona y, que fue el último contacto.

En lo que respecta al conocimiento de los familiares de lo sucedido, en la demanda se menciona que, HERNANDEZ CASTRO, había recaído en el consumo descontrolado de sustancias psicoactivas; que se convirtió en habitante de calle; que por ello no se generó en el seno familiar graves angustias y que, por los contactos telefónicos sostenidos con la persona de nombre EILEN quedaron convencidos que después regresaría. Asimismo se alude a que la señora CORTES, luego de 8 meses y sin noticia, interpuso la denuncia por desaparición; que fue a la “hoya” a indagar y que una persona a quien apodaban “El Niche”, le dijo que conoció a HERNANDEZ CASTRO y le dijo que no se fuera con la mencionada gente y que él no había querido ir.

A folio 85, encuentra ésta Instancia el Radicado No 2009D017236, en la cual se da cuenta que se informó a Organismos del Estado la desaparición de HERNANDEZ CASTRO; en igual forma, a folio 80, obra Acta de entrega a familiares del Fallecido, efectuada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de fecha 30 de junio de 2011, a la cual comparecieron los Padres y hoy demandantes JUAN ANTONIO HERNANDEZ MORATO y GLORIA AMANDA CASTRO DE HERNANDEZ.

Cuestionada la señora EILEN YESEIDA CORTES NIÑO, identificada con la C.C. No 23.691.493, expedida en Villa de Leyva, en diligencia de testimonio realizada en éste Despacho el día 14 de mayo de 2014 (Folio 567), afirmó en éste aspecto que, en días anteriores al 4 de julio de 2008 siempre se comunicaba con JORGE; que se reportaba que estaba en Tunja en el sector del terminal; que le dijo que le habían hecho una propuesta de trabajo; que le habían dado un dinero y útiles de aseo y estaba viendo si tomaba el trabajo o no; que el día 4 la llamó para decirle que estaba en el Municipio de Jenesano y fue la última vez que hablaron; que lo conoció en Villa de Leyva; que consumía sustancias psicoactivas constantemente; que trabajaba en Villa de Leyva en un Taller y viajaba a Tunja a consumir drogas, así como que tuvieron una relación sentimental desde el año 2006. Lo califica como una persona de buenas maneras y colaborador.

Conforme a lo visto en el plenario, colige el Despacho que a partir del día 4 de julio de 2008, los familiares y la señora CORTES NIÑO, no tuvieron conocimiento del señor HERNANDEZ CASTRO, situación que se presentó hasta el día 30 de junio de 2011, cuando se dispuso la entrega de sus restos mortales. Igualmente, se observa que se efectuaron diligencias ante Organismos del Estado, con el objeto de lograr su paradero.

Del Testimonio de la señora EILEN YESEIDA, se logra determinar que se contactó con ella, para informarle que tenía una propuesta de trabajo de unas personas que no se identifican y que el último sitio de ubicación fue el Municipio de Jenesano. En el mismo sentido, si bien en la demanda se menciona a una persona a quien apodaban “El Niche”, que había dicho al Fallecido que no se fuera con quienes le proponían el trabajo, en el testimonio no se formula aseveración al respecto.

Así las cosas, se concluye la desaparición del señor HERNANDEZ CASTRO desde el día 4 de julio de 2008; no obstante lo anterior para ésta Instancia no está determinado las personas que lo contactaron, que fuesen Miembros del Estado y que por tanto fueron quienes lo hayan sometido a desaparición forzada como se informe en la demanda. Además no obran elementos de convicción que den cuenta que quienes le propusieron la

labor, hayan sido quienes finalmente lo llevaron al lugar donde perdió la vida, con unos móviles que tampoco se encuentran determinados.

Se alude además a una persona a quien apodaban “El Niche”, no obstante lo anterior, no obran elementos de juicio que corroboren su aserto, ni sus condiciones civiles y personales y, si bien en el testimonio menciona a una persona llamada LUIS, no obra su declaración, ni que supiera de las condiciones en que desapareció o, con que personas se haya ido.

Las anteriores razones, llevan al Despacho a no dar por establecidas las imputaciones formuladas en contra de la demandada, en lo que respecta a los hechos que llevaron a la desaparición del señor HERNANDEZ CASTRO, se reitera así que obran elementos de los cuales determinar que, sus familiares y conocidos no supieron de su paradero desde el día 4 de julio del año 2008, pero no se logra determinar que la conducta haya obedecido a Agentes del Estado, toda vez que ni en el testimonio de EILEN YESEIDA, como tampoco en gracia de discusión en el de quien se apodaba “El Niche”, no se alude a ningún Agente del Estado.

Así las cosas, en éste punto – en lo que respecta a su desaparición - no se hacen presentes elementos de juicio de los cuales concluir la imputabilidad, de acción u omisión de las autoridades públicas (Artículo 90 de la Carta Política).

F. La fecha y hora del operativo militar.

A folio 2 Anexo 2, se menciona que los hechos en que resultó muerto el señor HERNANDEZ CASTRO, ocurrieron el día 4 de julio de 2008, a las 19:20 horas, en la vereda Fusa del Municipio de Chinavita, lugar que se corrobora a folio 3, no obstante que la fecha allí refiere el día “0419:20-JUL-08”.

De otra parte el CTI de la Fiscalía General de la Nación, señala a folio 10, como “Actuación del primer respondiente –FPJ-4-“, según formato diligenciado el día 5 de julio de 2008 a las 2:10 horas, que la hora probable de los hechos fue las 19:20, lo que se reitera con el relato de JOBANY HERNANDO RICO NEUSA.

G. El lugar y topografía del operativo militar.

Asimismo a folio 14 Anexo 2, en lo que respecta al lugar de los hechos se menciona que, se trata de un lugar despoblado abundante vegetación, con maleza espesa, sobre un camino de herradura de difícil acceso, piso mojado con barro, a 20 metros de una quebrada, lugar en pendiente negativa, al cual se llega del Municipio de Chinavita vereda Fusa que conduce al Municipio de Ramiriqui a 5 kilómetros del Municipio de Chinavita.

A folio 15 Anexo 2, se menciona en el Acta de Inspección de Lugares del CTI de la Fiscalía General de la Nación, que en el momento de la diligencia estaba lloviendo y piso mojado y mucho barro.

Aunado a lo anterior, se encuentra a folio 159 anexo, diligencia de inspección judicial al lugar de los hechos, efectuada por el Juzgado 41 de Instrucción Penal Militar, con fecha 21 de noviembre de 2008, que da cuenta de la toma de fotografías, barrido técnico de evidencias, toma de datos topográficos, medidas y demás datos que pudieran servir al esclarecimiento de los hechos. Se menciona que, en el transcurso del trabajo y siguiendo la dirección que señalan los uniformados, se halla vainillas en diferentes lugares y, en el

lugar donde se halló el cuerpo del Occiso, se halla una vainilla, la cual es recolectada al igual que las anteriores para posterior estudio.

H. La motivación del operativo militar.

A folio 258 se observa por el Despacho, la declaración rendida por el Capitan GALINDO ROA RAFAEL ORLANDO, que da cuenta de la motivación del operativo militar, donde menciona que para el día 3 de julio de 2008, se venía delinquiendo en Tibaná, Jenesano y Ramiriquí, interrogando por los propietarios del comercio y enviarles panfletos extorsivos a nombre de las FARC – ONT, según la información suministrada por la fuente dice se pudo establecer que estos sujetos hacían parte de la banda de delincuencia común que tienen asentamiento en Chinavita y Garagóa, que en esa misma fecha se conoció la presencia de alias Chespirito y Alias Chompiras en el sector de la Florida, vía Montejo – La Carbonera del Municipio de Chinavita, los cuales adelantaban averiguaciones con fines delictivos a fin de seleccionar comerciantes y ganaderos para ser asesinados posteriormente.

Dice igualmente que, esa información se analizó, se procesó, se graficó en el PICC, se presentó al mayor BELLO, S3 de la Unidad, sugiriendo el despliegue de una misión táctica específicamente sobre las Veredas Fusa, Loma Alta, La Paloma del Municipio de Chinavita, sectores donde se había visto por última vez al enemigo y a partir de ello se planeó la misión táctica Justicia 4, con los resultados que ya se conocen. Así mismo menciona que, por las informaciones suministradas por la víctima de extorsión, el señor JAVIER ANTONIO TORRES DAZA, se presume que el occiso pudiera corresponder a alias Chespirito, pero esta situación hasta la fecha no había sido confirmada ni desvirtuada y, que hasta dicha fecha de los integrantes de la banda, del único que se tenía noticia era de alias Angelo, a quien se veía frecuentemente en un bar de Garagoa.

A folios 268 y 269, obran documentos de fecha 11 de junio de 2008, con alusión a las FARC-EP y dirigidos a EDUARDO PAEZ Y STELLA y LUIS ALBERTO VALERO PATIÑO, donde menciona el cobro de impuesto para la paz a personas con patrimonio mayor a 50 millones. Se suscribe por quien dice llamarse comandante Gener Garcia Molina, alias John 40.

I. El desarrollo del operativo militar, los intervinientes y sus versiones.

Al momento de la entrevista ante el CTI de la Fiscalía (Folio 10 Anexo), el día 5 de julio de 2008, el Suboficial del Ejército JOBANY HERNANDO RICO NEUSA, manifestó que:

“En desarrollo de registro y control militar de área en la vereda Fusa del Municipio de Chinavita; cuando nos dirigíamos de la vereda Fusa a la vereda Qunichez; durante el desplazamiento el puntero de nombre Cubides, me hizo alto que adelante escucho voces, procedí desplegar el personal esto ocurre a las 19:20; inmediatamente observé como unos bultos no se determinar el número creo eran cuatro o cinco; en ese momento quise decir la proclama pero no alcance cuando fuimos atacados con disparos en el mismo instante reaccionamos y se presenta un intercambio disparos en el transcurso de éstos hechos; ellos huyen por el camino disparándonos perdiéndolos de vista y dejándonos de escuchar por lo que inmediatamente reuní al personal e iniciamos la persecución, bajamos por el mismo camino encontrando más adelante a una distancia aproximada de cinco metros dos caminos y unos van por la izquierda y otros a la derecha, luego nos volvimos a encontrar esto durante 15 minutos, llegamos a una quebrada y nos regresamos por el mismo camino vamos con linternas y encontramos al

subir a una persona quien nos disparó y reaccionamos neutralizándolo; el equipo de combate estaba conformado por las personas que a continuación: Dragoneante Cubides Cruz Carlos, Dragoneante Calderon Mora Floriberto, Dragoneante Vaca Suarez Juan, Dragoneante Cruz Soler Aveyaneda, Dragoneante González Días Miguel Antonio, quienes se pueden ubicar por intermedio de la oficina de personal del Batallón Bolívar”.

Por su parte, a folio 2 Anexo se encuentra informe rendido por el CT GALINDO ROA RAFAEL ORLANDO, con fecha 4 de julio de 2008, ante el Comandante del Batallón Bolívar en el que anota:

Contada (Sic) atención me permito relacionar a mi coronel los hechos sucedidos el día 4 de julio de 2008 a las 19:20 horas en la vereda fusa del municipio de chinavita Boyacá.

En desarrollo de la misión táctica de neutralización “Justicia 4”, adelantado por Anzoátegui 2 organizada a 1-1-20, en la vereda fusa del municipio de chinavita Boyacá coordenadas 05°12'32'' – 73°22'01.

En intercambio de disparos y en uso de la legítima defensa se neutralizó un individuo con una pistola calibre 9mm marca GLOCK y 01 cartucho en la recámara, 01 proveedor con 02 cartuchos, 01 radio de comunicación 2 metros marca YAESU 01 nota con logotipo de las FARC, 01 bolso de color oscuro y útiles de aseo personal.

El movimiento al objetivo se inició a las 17:20 en vehículos, con un equipo de combate al mando del señor CP. Rico Neusa Jobany Hernando, los restantes 15 hombres al mando mío se constituían como unidad de apoyo en caso que se requiriera; aproximadamente a las 19:35 el CP. Rico me informó que se había producido un intercambio de disparos y que tenía un sujeto neutralizado, posteriormente le día la orden al CP. Rico que asegurara el sector y no fueran alterar la escena moviendo o tocando los elementos encontrados.

En el anterior sentido, el Despacho encuentra en el cuaderno anexo No 2, a folios 24 y 239 el Testimonio del SLP CUBIDES CRUZ CARLOS JULIO, folios 27, 125 y 235 del SLP NOVOA SUAREZ JUAN DE JESUS, folios 29 y 322 del CP RICO NEUSA JOBANY HERNANDO, folio 33 CT GALINDO ROA RAFAEL ORLANDO, folios 35 y 233 SLP CRUZ SOLER AVEYANET; folios 37 y 231 SLP GONZALEZ DIAZ MIGUEL ANTONIO, folios 57 y 237 SLP CALDERON MORA FLORIBERTO. Asimismo se observa la correspondiente anotación del operativo, con las incidencias del mismo según se advierte a folio 55. Verificadas las mismas se encuentra que son coincidentes con lo dicho por quienes comandaron la operación.

A folio 83 anexo, se encuentra informe de Policía Judicial de fecha 5 de julio de 2008 donde se menciona que, se logra establecer que el occiso por las evidencias encontradas en el lugar de los hechos se puede presumir que pertenecía a un grupo al margen de la ley y por lo tanto al percatarse de la presencia en el sector de personal militar abrió fuego contra los mismos y quien después de ellos emprender persecución de algunas personas al no dar con su ubicación se regresaron hacia el punto inicial se encontraba escondido acechándoles armado, quien disparó contra ellos al sentirse rodeado, volvió a dispararles y como respuesta, el equipo de combate lo neutralizó.

J. El resultado del operativo militar.

A folio 154 anexo 2, se menciona que durante la denominada operación justicia No 4, donde resultó muerto JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO, fueron utilizadas

por el Ejército Nacional 24 municiones, calibre 5.56 MM Yugoslava (Folio 155 Anexo) y que, como resultado se neutralizó a quien disparó en contra de la tropa, habiéndose decomisado una pistola, un radio de comunicaciones, un bolso, elementos de aseo personal y documentos alusivos a las FARC – EP (Folios 2 y 15).

K. La situación en la cual se encontró el cadáver y los elementos allí ubicados.

A folio 15 anexo 2, se alude por el CTI de la Fiscalía General de la Nación que, se halló un cadáver de sexo masculino vestido con botas pantaneras el cual se enumera como evidencia No 1, cerca a su mano derecha se encontró un arma de fuego (Pistola) marca GLOCK, serie CH116119 AUSTRIA 9X19 color negro con un proveedor con dos cartuchos y un cartucho en la recámara se fija como evidencia No 2, al lado del cuerpo se halló morral color negro en lona multipropósitos y en cuyo interior se encontró un radio (m) de comunicaciones marca Yaesu serie 20790071 color negro, batería, antena y clip, una hoja con el logotipo de FARC – EP de junio 11 de 2008 dirigida al señor FREDY POLO PEREZ V – Agro apolo – Población: Tibaná (Boyacá) firmada por el comandante Gener Garcia Molina (Alias) John 40 y debajo de éste nombre una nota que dice “nota espere comunicación o enlace con el comandante Gonzalo Mantilla (Jefe Finanzas), un botón metálico con una leyenda “Palacio de Cristal” con un escudo con la leyenda Salitre Mágico y una fotografía del Parque, una llave metálica No 16 marca made in Colombia.

Así mismo que, se hizo barrido al lugar de los hechos y no se encontró vainillas debido al estado del terreno y clima; no obstante lo anterior, a folio 276 anexo 2, si se da cuenta que en dicha fecha en el sitio de los hechos se encontraron diferentes vainillas y, lugar en que se encontró el Occiso se encontró una vainilla.

L. Los disparos recibidos y la causa de la muerte.

A folio 97 del documento anexo y concordante con el acta de inspección, se concluye por Médica de Servicio Social Obligatorio que, la causa de la muerte fue por heridas múltiples por proyectil de arma de fuego de carga única (Craneo, torax, abdomen y miembro inferior izquierdo), siendo probable causa de la muerte homicido.

En cuanto al estudio de balística, a folio 168 frente anexo 2 y con relación al pantalón se menciona orificio en la parte anterior, tercio superior, lado izquierdo, sobre el borde de la pretina y a 5.5 cm de la costura final de la cremallera. Se concluye disparo a corta distancia y se correlaciona con el orificio presente en el cinturón.

A folio 168 vuelto anexo 2 y con relación a la parte anterior, tercio superior, lado derecho, a 19 cm costura del hombro y a 12 cm de la costura de la manga (sisa) derecha, se concluye disparo a larga distancia.

A folio 169 anexo 2, y con relación a la hebilla y cinturón se menciona que el disparo se efectuó a corta distancia.

A folio 169 vuelto y en lo que respecta a la parte anterior, tercio medio, lado izquierdo, a 32 cm de la pretina y 3 cm del borde la costura lateral, se concluye distancia de disparo a larga distancia.

En conclusión del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (Folio 170) se observa:

En el buso, los disparos se efectuaron a larga distancia, es decir, mayor a un metro con cincuenta centímetros (150 cm) aproximadamente entre la boca de fuego del arma y la víctima.

En el pantalón, los disparos se efectuaron a corta distancia, es decir, en un rango inferior a un metro con cincuenta centímetros (150 cm), aproximadamente, para el orificio No 2 (pretina) y a larga distancia, es decir mayor a un metro con cincuenta centímetros (150 cm), aproximadamente, entre la boca de fuego del arma y la víctima.

En el cinturón los orificios de entrada (Hebilla y Cinturón), se correlacionan con el orificio de entrada presente en la pretina del pantalón y la distancia de disparo se efectuó a corta distancia, en un rango inferior a un metro con cincuenta centímetros (150 cm), aproximadamente entre la boca de fuego del arma y la víctima.

M. La presunta vinculación de JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO, con grupos al margen de la Ley.

Es de anotar que a folio 15 Anexo 2, se menciona que a HERNANDEZ CASTRO le fue encontrado por el CTI de la Fiscalía General de la Nación, en un morral color negro una hoja con el logotipo de FARC – EP de junio 11 de 2008 dirigida al señor FREDY POLO PEREZ, firmada por alias John 40 y que tenía una nota de espere comunicación o enlace con el comandante Gonzalo Mantilla (Jefe de finanzas); no obstante lo anterior, a folio 305 Anexo 2, al ser cuestionado el señor FREDY POLO PEREZ VALERO, en diligencia de testimonio de fecha 17 de abril de 2009, sobre si reconocía o había visto en alguna parte al occiso puesto de presente en una fotografía, dijo que no.

De otra parte, a folio 145 el señor JAVIER ANTONIO TORRES DAZA manifiesta que, tenía un DATSUK y se lo robaron; que colocó la queja en el comando de la policía y que como al mes y medio de que perdió el carro lo llamaron y le pidieron diez millones de pesos y les dijo que no constaba el carro, que llegaron a un acuerdo por cinco millones de pesos; que solicitó un crédito al Banco agrario para pagar la extorsión y se llegó el tiempo de 15 días para ir a la vereda Fusa del Municipio de Chinavita; que fue con un amigo y cuando vieron, le dijeron que fuera solo; que lo llamó quien llamaban Chespirito; que siguió subiendo hacia la vereda antes de llegar a la Y; que una persona alta bajó de la moto y la moto se quedó y le taparon los ojos y caminaron como quince minutos o veinte y le pidieron plata y que él la dejó escondida en la moto, así como que en dicha ocasión fue agredido.

Igualmente, al ser cuestionado de si conocía a la persona muerta, manifestó que si, porque cuando a él lo subieron estaban seis sujetos, la mayoría de camisa negra y uno con arma larga; que había una planada y una casa cerca a cien metros, que le pidieron la plata y no la entregó porque no vio el carro y el de la foto dio la orden de que lo mataran y empezó a rogarle que no; que estaba sentado en el piso y con dos tipos a lado y armados y Chespirito diagonal a él y con un arma en las piernas y tenía un tatuaje y el pelo crespo y el hablado como rolo y un jean remendado y tenía unas zapatillas, entre 28 a 35 años; que lo identifica es por la cara, que era el que daba las ordenes en el grupo; que cuando fue tenía un gorro de lana y atrás se encrespaba el pelo negro; que no tenía radio, armas si tenía, que era una pistola que tenía cache negra.

N. Las condiciones personales de JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO, conforme a amigos, conocidos y familiares.

Observa ésta Instancia a folio 87, copia de escrito de fecha 18 de agosto de 2011, en el que se menciona que quienes lo suscriben, dan cuenta que JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO, vivió en el Municipio de Simijaca, desde 1994 hasta 2008, que desempeñó diversas actividades laborales y sociales y, que se le conoció como una persona de buena conducta, esposo, padre, hijo y hermano, así como que no tuvieron conocimiento de antecedentes disciplinarios.

En igual sentido, a folio 113 el Comandante de la Estación de Policía de Simijaca, menciona que el señor HERNANDEZ CASTRO, no registraba antecedentes contravencionales en los libros de anotaciones de la Estación de Policía y, el Personero Municipal de Simijaca, menciona que no registra antecedentes disciplinarios, quejas por mal comportamiento social, siendo persona comprometida con sus responsabilidades laborales y que, se trataba de una persona que podía convivir organizadamente en la comunidad.

A folio 116 se encuentran escrito de quien dice haber sido Alcalde de Simijaca y menciona que tuvo trato cercano y laboró con JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO, durante su administración 2004 a 2007 y, a folio 117, quien también dice haber sido Alcalde de Simijaca en el periodo 2001 – 2003, lo califica como una persona de buenas costumbres morales y éticas, responsable, honesto y educado que, trabajó en ornamentación en obras que realizó el Municipio.

A folio 118, se menciona por quien suscribe el escrito que, HERNANDEZ CASTRO laboró bajo su supervisión durante un periodo de dos años y medio, como ayudante de obras civiles y se desempeñó en forma satisfactoria, para él y para la Alcaldía de Simijaca, que tenía disponibilidad para trabajar en equipo y don de gentes; en tanto que a folio 119 se alude a que, participó en curso del SENA para capacitación en redes de sistemas de televisión por cable en el año 2007, sin haberse vinculado con Cablecentro.

A folio 120 se certifica que HERNANDEZ CASTRO, estuvo vinculado como cotizante a la E.P.S. FAMISANAR LTDA., desde el 5 de abril de 2008, hasta el 31 de julio de 2008, y que su retiro se dispuso por mora mayor a tres meses; igualmente a folio 121 obra certificación de SALUDCOOP E.P.S., como cotizante desde el 1 de enero de 2007 hasta el 2 de febrero de 2007, además que se menciona como aportante a Productos Lácteos Colfrance CPS y, a folio 122, se certifica por el Coordinador del Régimen Subsidiado en Salud del Municipio de Simijaca que, el referido Ciudadano, se encontraba inscrito en la base de datos del SISBEN del Municipio, a partir del año 1996 hasta el 14 de julio de 2011, en que se suscribe la certificación y, como población especial desde el año 2006 hasta la misma fecha.

De otra parte, a folio 373 en entrevista ante la Fiscalía, el señor LUIS EDUARDO SOLER ROJAS, manifiesta que, conoció a JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO, en el puesto de casa amarilla de ferrocarriles para los años 2005 y 2006, que lo detectó en sus horarios laborales conociendo que era un tipo de bien, que no lo dejó que se reuniera con los consumidores de pega de vicio, que trató de aconsejarlo que se rehabilitara, que se metiera a la Sociedad, que no se hiciera menos, así mismo que, trató que no se metiera con la mala gente para después llevarlo al centro de rehabilitación integral de Boyacá; que lo llevaron con la novia que se llama YECEIDA CORTES y que no recuerda la fecha pero le dieron la opción de rehabilitación; que estuvo aproximadamente dos o tres meses; que le permitía hacerse el aseo personal en su lugar de trabajo; que no consideró que fuera de la calle, toda vez que no dormía en cartones; que él buscaba ayuda en un hotel donde hacía mandados o en un montallantas cerca al terminal de transporte. Afirma además que, después que salió del centro de

rehabilitación, supo que se había ido para donde la Familia y allá trabajó en una Finca; que después de eso, como al año y medio, lo volvió a ver en Tunja manifestándole que iba para Bogotá, que llegó bien presentado y después perdió todo contacto con el porque no lo volvió a ver.

A folio 370 en entrevista ante la Fiscalía, el señor JUAN ANTONIO HERNANDEZ MORATO, padre de JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO dice que, para la fecha del 4 de julio de 2008, su hijo se encontraba como habitante de la calle ya que desde que éste tenía 17 años cayó en los problemas de drogadicción, que de ahí en adelante se fue de la casa; que para la fecha de los hechos él se encontraba en Tunja, que sabía que se encontraba allí ya que tenían familia en el Municipio de Villa de Leyva y ellos frecuentemente se encontraban en el terminal de Tunja con él, que hablaban y le daban de comer; que él se volvió adicto a los estupefacientes, que él era una persona de bien y que prestó servicio militar en el Batallón Silva Plazas de Duitama para el año 1994 y duró prestándolo 24 meses.

A folio 493 en entrevista ante la Fiscalía, el día 26 de octubre de 2011, el señor JORGE ENRIQUE HERRERA RUBIANO, manifiesta que, conoció a JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO desde hacía doce años, que vivía en una vereda vía Simijaca – Chiquinquirá, cuando tenía un hospedaje llamado los Juanchos, que después trabajaron juntos en Simijaca en instalaciones de gas domiciliario instalando redes, que luego le salió trabajo en Guachetá y lo llevó para que trabajara en minería y que trabajó con él unos dos o tres meses, que no era ni tan bueno ni tan malo en el trabajo, que era callado y no tenía problemas, que los únicos días que no trabajaba eran los sábados en la tarde y los domingos, que trabajaron hacía aproximadamente tres años, dice que él se había retirado porque le dijo que le había salido otro trabajo, que no lo vio tomar y de pronto fumar; dice que era una persona de buen genio, de ambiente, recochero, de pocos problemas, tranquilo y muy compañerista y, que del único problema que le comentó fue con su novia o mujer.

A folio 567, se da cuenta que éste Despacho, el día 14 de mayo de 2014, en audiencia de pruebas, practicó los testimonios de las siguientes personas: EILEN YESEIDA CORTES NIÑO, LUIS ARMANDO SUAREZ RODRIGUEZ, JOSE EUTIMIO SOLANO BUITRAGO, GERMAN LEONIDAS RODRIGUEZ ALBORNOZ y LUZ DARY CASTAÑEDA HERNANDEZ.

Cuestionada la señora EILEN YESEIDA CORTES NIÑO, afirmó en éste aspecto que, en días anteriores al 4 de julio de 2008 siempre se comunicaba con JORGE; que se reportaba que estaba en Tunja en el sector del terminal; que le dijo que le habían hecho una propuesta de trabajo; que le habían dado un dinero y útiles de aseo y estaba viendo si tomaba el trabajo o no; que el día 4 la llamó para decirle que estaba en el Municipio de Jenesano y fue la última vez que hablaron; que lo conoció en Villa de Leyva; que consumía sustancias psicoactivas constantemente; que trabajaba en Villa de Leyva en un Taller y viajaba a Tunja a consumir drogas, así como que tuvieron una relación sentimental desde el año 2006. Lo califica como una persona de buenas maneras y colaborador.

LUIS ARMANDO SUAREZ RODRIGUEZ manifiesta que, era el padrino de matrimonio de JORGE ENRIQUE y compadre de JUAN y GLORIA los padres; que el conocimiento del fallecimiento lo tiene por lo que le comentó la familia; en cuanto a sus condiciones sociales y familiares dice que conoce a los padres; que JORGE ENRIQUE era trabajador que se caso el 9 de abril de 2000, que es una familia honesta y conocida, que vivía con los padres y que del matrimonio nació un hijo; que JORGE ENRIQUE le

dio en alguna ocasión trabajo como contratista, que el fue alcalde de Simijaca; que cree le dio trabajo en el 2006, que lo recomendaba para trabajar con los contratistas; que se desempeñaba como ayudante de construcción; que no recuerda con los contratistas que lo recomendó; que no sabia de enfermedades; que escucho que consumía estupefacientes, que le dio consejos; que lo vio lucido cuando hablo con el; que no sabe de tratamientos de sus familiares; que el se ausentaba de su hogar no de manera frecuente, por 15 días un mes, aunque refiere no vivía con ellos; que no sabe que hacia en el año 2008; que no sabe si estuvo recluido en la Carcel La Modelo; que tenía buena relación con sus padres y sus hermanos y que por ello vivían en la misma casa; que no recuerda quien era BELKY MARY PULIDO; que el último contacto con el fallecido lo tuvo en el 2006, que se saludaban por la relación de padrino – ahijado; que el testigo era retirado como suboficial del Ejército; que el desconoce si el fallecido disparó algún arma; lo describe como moreno, cespso, de 1:75 de estatura, alegre.

JOSE EUTIMIO SOLANO BUITRAGO dijo que, era muy amigo de ellos por vivir en el pueblo; que de los hechos no le consta nada; en cuanto a las relaciones sociales y familiares del señor HERNANDEZ CASTRO dice lo conoció hace más de 20 años, que fue el padrino de confirmación; dice que en Simijaca era bella persona, que el manejaba una colectiva, que trabajó de ayudante de construcción; que no portaba ninguna arma; que no tenía conflictos con la comunidad, que trabajaba para su esposa y su hijo; que la muerte los afectó mucho a la familia; que el lo vio manejando una colectiva que era de una empresa de Simijaca pero que no sabe por cuanto tiempo; que el no tenía problemas de salud; que el se ausentaba por largos periodos de su casa; que no sabia si tenía problemas de drogadicción; que el convivía en Simijaca con los padres, esposa e hijo; que BELKY MARI es una prima y que no convivían; que el fallecido se llevaba muy bien con los Padres; que los familiares preguntaron mucho en Simijaca sobre que habría pasado con el, que no recuerda cuando se inició la búsqueda; que en Simijaca tenía varios trabajos como ayudante de construcción; en cuanto a la descripción del fallecido dice que era moreno, muy risueño.

GERMAN LEONIDAS RODRIGUEZ ALBORNOZ mencionó que, su relación es de amistad con los demandantes; no sabía del tema que sabe por la familia que falleció en el año 2008; que no sabe mucho del tema; en cuanto a sus condiciones sociales dice que el vivía con la familia que trabajaba con ellos en los negocios de la familia; que trabajó con contratistas en el municipio y en mano de obra no calificada; que era una persona de mediana estatura, moreno, flaco, de buenos modales y muy gentil en lo que lo trató; que trabajó HERNANDEZ CASTRO entre el 2000 y el año 2005; casado con SUSANA CAMACHO; que no sabe de actividades ilícitas ni que portara armas; que no sabe si consumía sustancias sicoactivas; que su relación con esposa e hijo era estable; que el vivía con la familia en Simijaca; que la familia puso la denuncia en el 2008 de la desaparición; que el trabajaba en varios sitios y que cuando se acababa un contrato de obra buscaba en otros Municipios.

LUZ DARY CASTAÑEDA HERNANDEZ refiere que, no tiene relación con las partes; que respecto de los hechos conocio a JORGE desde hacia muchos años porque reside en Simijaca; que su familia ha sido muy conocida en el Municipio; que llegaron aproximadamente hacia 20 años; que la familia tenía un establecimiento de comercio en las afueras que luego tenían un restaurante donde toda la familia intervenía; que JORGE cuando lo conocio era joven, muy activo en el Municipio; que eran unos jóvenes de ciudad que llegaron al Municipio; que ellos cambiaron de negocio; que la familia era normal y cada uno con sus funciones que era una familia era unida; que se va de Simijaca y cuando regresan llega con su esposa y un Bebé; que la esposa trabajaba en un bar; que tenían un perro y siempre lo veía con el hijo y el perro en el parque; que era

una persona normal, que trabajaba con el Municipio o en una obra como contratista; que el trabajó en las calles en una obra; que la familia tuvo una relación especial con él, que en el restaurante era la persona que más le colaboraba, que se notaba la afinidad con la Mamá, que ellas se preocupaba por JORGE ENRIQUE; que para la familia los afectó mucho; que los padres han estado enfermos luego de los hechos; que la testigo es abogada y trabajó en el Juzgado promiscuo de Simijaca, que fue personera del año 2013 del Municipio; que no sabe de actividades ilícitas del fallecido; que JORGE por su carisma fue allegado a la gente a pesar de que se murmuraba que consumía drogas; que no sabe por cuanto estuvo en La Modelo y que cree que estuvo por porte de sustancia; que la relación que conoció fue con SUSANA; que sus rumores de consumo no afectó la parte social en el Municipio; que la Mamá lloraba porque el hijo se ausentaba; que la última vez que lo vio no recuerda la fecha, pero que la cercanía fue en el año 2003 o 2004.

Ñ. Las decisiones de otros Despachos en torno al asunto.

Es de mencionar que, mediante proveído de fecha 18 de septiembre de 2009, el Comandante del Batallón de Infantería No 1 “General Simón Bolívar”, dispuso archivar la investigación disciplinaria; con fundamento que, no se determinó fundamento jurídico – probatorio para formular cargos respecto de ningún suboficial ni soldado profesional del Ejército Nacional, que intervinieron en los hechos en los que resultó muerto el señor HERNANDEZ CASTRO (Folio 344, Anexo 2), en la vereda Fusa, del Municipio de Chinavita, el día 4 de julio de 2008, en desarrollo de la misión táctica Justicia 4; que valga anotar para la fecha de la decisión se alude, no había sido identificado.

Con fecha 28 de julio de 2011, el Procurador General de la Nación, dispuso no revocar el auto de archivo del 18 de septiembre de 2009, proferido por el Comando del Batallón “Simón Bolívar (Folio 135, Anexo 1). De igual forma, mediante proveído del 25 de abril de 2014 (Folio 157, Anexo 1), determinó, estarse a lo resuelto en decisión del 28 de marzo de 2011.

En lo que respecta a la actuación de la Fiscalía General de la Nación, no se tiene noticia por el Despacho, que haya sido resuelto de fondo el asunto (Folio 334).

6. LA DETERMINACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO Y EL NEXO DE CAUSALIDAD.

Para efecto de resolver el presente, procede ésta Instancia a valorar las pruebas obrantes en el plenario, conforme a la sana crítica y a la persuasión racional y, en especial los hechos establecidos, los cuales son indicadores de la existencia o inexistencia del título de imputación alegado por la parte actora. Ello, toda vez que como ha sido advertido, el Consejo de Estado ha concluido la relevancia que en casos como el sub judice, posee la prueba indiciaria, en cuanto a que de un hecho indicador probado, se llegue al convencimiento de un hecho desconocido a través de una inferencia lógica.

Así las cosas, ésta Instancia habrá de concluir la existencia de Falla del Servicio de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, en atención a que de los medios de convicción allegados al plenario y referidos se extracta que:

- 1) No se documenta que JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO, perteneciera a grupos armados al margen de la Ley, ni común como tampoco organizada.

En éste punto es de advertir que como se encuentra a folio 87, se aprecia que dicha persona vivió en el Municipio de Simijaca desde el año 1994, desempeñando varias actividades laborales y sociales; tampoco se determina registrara antecedentes contravencionales en los libros de anotaciones de la Policía como tampoco antecedentes ante la Personería Municipal de otra índole (Folio 113); incluso quien fue Alcalde de Simijaca, lo califica como una persona de buenas costumbres morales y éticas, que trabajó en ornamentación, lo que se corrobora a folio 118, de quien dice laboró con éste en obras civiles; el vínculo laboral además se prueba para el Despacho con lo advertido a folio 120 donde se menciona que estuvo afiliado en salud como cotizante y a folio 493 que da cuenta de otras actividades laborales, así como se determina residencia en el Municipio según la vinculación con el SISBEN.

Este aspecto de la residencia en Simijaca, relaciones familiares y que laboraba, también lo encuentra ésta Instancia del Testimonio de LUIS ARMANDO SUAREZ RODRIGUEZ, GERMAN LEONIDAS ROPDRIGUEZ y LUZ DARY CASTAÑEDA HERNANDEZ, los cuales fueron reseñados anteriormente.

Así las cosas, no se advierte que exista prueba que relacione a HERNANDEZ CASTRO, por amigos, conocidos y autoridades locales, con grupos ilegales o al margen de la Ley, para la época en que residió en el Municipio de Simijaca. Si bien lo anterior, lo cierto es que se alude en las pruebas obrantes en el plenario su condición social y de drogadicción desde temprana edad y de la cual igualmente era objeto mientras residió en los Municipios de Tunja y Villa de Leyva, según pasa a reseñarse.

- 2) Tenía una condición social que indica era ajeno a grupos alzados en armas, toda vez que no solamente era drogadicto desde los 17 años de edad, sino que también era habitante de calle para la época de los hechos.

Es de mencionar en éste aspecto que, el Padre de HERNANDEZ CASTRO a folio 370, en entrevista con la Fiscalía dijo que, para la fecha del 4 de julio de 2008, cuando falleció, se encontraba como habitante de calle toda vez que desde que tenía 17 años estaba en problemas de drogadicción y que de ahí en adelante se había ido de la casa y que para la fecha de los hechos se encontraba en Tunja. Lo anterior se corrobora igualmente con lo dicho por EILEN YESEIDA CORTES quien alude que éste consumía constantemente sustancias psicoactivas y, de LUIS EDUARDO SOLER ROJAS, cuando dice que durante los años 2005 y 2006 lo conoció y que incluso estuvo en labores de rehabilitación.

Conforme a ello, ésta Instancia concluye que HERNANDEZ CASTRO para la época de los hechos, era habitante de calle, que estuvo cerca al terminal de Tunja y que desde temprana edad consumía drogas, así como que pese a intentos de rehabilitación no se logró el objetivo en cuanto a que saliera de dicho estado.

Por lo anterior se colige que, lejos de pertenecer a grupos ilegales durante su permanencia en Tunja y Villa de Leyva, dicha persona se encontraba sumido en la drogadicción y habitaba en las calles de Tunja. Igualmente de la testimonial de SOLER ROJAS, se advierte que realizaba oficios varios cerca al terminal de Tunja y que en ocasiones le permitía asearse en el lugar donde el Deponente laboraba.

Conforme a ello, no se logra determinar igualmente su pertenencia a grupos ilegales en los días previos a su fallecimiento, sino que lo que se encuentra es que por su condición, fue contactado por personas que le ofrecieron trabajo y lo llevaron al

sector en donde luego se presentó el operativo militar. Si bien lo anterior, tal como ha sido dicho anteriormente, no es posible determinar que hayan sido Agentes del Estado quienes lo condujeron al sitio en que posteriormente fue muerto y, en razón a ello no se concluye lo referido por la parte demandante en cuanto a la desaparición por organismos del Estado.

- 3) En el operativo en el cual resultó muerto, se encontró un arma cerca de su mano derecha, cuando se advierte en el plenario era zurdo.

En éste punto y que es de gran relevancia para ésta Instancia, se advierte que EILEN YESEIDA CORTES NIÑO menciona que a HERNANDEZ CASTRO le decían el zurdito, además a folio 85 en la información biográfica como desaparecido se menciona como lateralidad el ser zurdo. Verificado el plenario a folio 15, anexo 2, se alude que el arma de fuego fue encontrada cerca de su mano derecha. Éste aspecto conlleva a ésta Instancia así a inferir que el arma de fuego encontrada no fue accionada por HERNANDEZ CASTRO, toda vez que es regla de la experiencia el que una persona habría de utilizar un arma peligrosa o en contra de otra persona, con la mano que le es más fácil manipularla para efecto de tener certeza en su accionar.

Éste aspecto así no lleva a inferir que, la persona fallecida y respecto de la cual se solicita indemnización, haya accionado el arma de fuego; aspecto que tampoco fue probado por la demandada, toda vez que si bien se menciona en las diligencias adelantadas se dispuso la toma de la prueba de aspersión atómica, no se allegó a la investigación los resultados de la misma.

Así es de anotar en éste tópico que, si la demandada pretendía probar la culpa exclusiva de la víctima como medio exceptivo, ha debido allegar los elementos de juicio que dieran cuenta que HERNANDEZ CASTRO accionó el arma encontrada junto a la mano derecha cuando era zurdo; sumado al hecho que quienes adelantaron el operativo militar, estaban en una situación más favorable para probar que el Fallecido efectivamente los atacó y como consecuencia fue repelido el ataque, toda vez que la fuerza por la fuerza, de tiempo atrás se ha dicho, es lícito repeler²⁶.

- 4) Los disparos recibidos fueron a corta y a larga distancia, lo cual no es indicador de la existencia de un combate con el Ejército Nacional.

A folio 97 del documento anexo, se menciona que la causa de la muerte de HERNANDEZ CASTRO fue por heridas múltiples de proyectil de arma de fuego. Asimismo se menciona a folio 170 recibió los disparos a corta y larga distancia, es decir con una media de 150 cm, para determinar cuándo es a larga distancia y a corta distancia. Se menciona que a corta distancia recibió disparo en la pretina del pantalón, hebilla y cinturón y en lo que respecta al hombro y manga derecha se concluye la existencia de disparo a larga distancia.

Lo anterior infiere el Despacho, no lleva a concluir la existencia de combate con el Ejército, debido a la heterogeneidad de los disparos, si se tiene en cuenta el que haya recibido éstos a una distancia inferior a 150 cm, el hecho de la topografía del terreno en pendiente y las manifestaciones de quienes estuvieron presentes en el operativo del Ejército en cuanto a que al regreso del primer ataque fue cuando quien fue dado de baja les disparó.

²⁶ vim vi repellere licet (Digesto de Justiniano).

- 5) La persona a la que se refiere en el documento encontrado al momento de los hechos, alusivo a las FARC, manifestó no haberlo visto con anterioridad, ni que éste fuera alias Chesperito.

En éste punto el Despacho encuentra que el señor FREDY POLO PEREZ, en diligencia de testimonio vista a folio 15 anexo 2, mencionada en documento encontrado a HERNANDEZ CASTRO, al ser cuestionado si reconocía o había visto al occiso dijo que no, que en ninguna parte. Lo anterior corrobora igualmente la inexistencia de prueba que lleve a inferir el vínculo del Fallecido con grupos al margen de la Ley.

- 6) En la prueba testimonial de la otra persona que lo identifica como quien era el que lo había amenazado de muerte y extorsionado, no se corrobora su afirmación de la existencia de éstos hechos, como tampoco se propugnó por determinar si se encontraba equivocado, al efectuarse el reconocimiento solamente contra su fotografía en la que aparece muerto.

En el caso de JAVIER ANTONIO TORRES DAZA, a folio 145 dice que la persona que se señala en la fotografía lo extorsionaba, aspecto que deja serias dudas a ésta Instancia, toda vez que si bien así lo manifiesta, no existe prueba alguna que lo relacione con éste en ninguna circunstancia, como si es el caso del señor POLO PEREZ en la forma reseñada. Aunado a ello, no se propugnó por determinar la certeza de su dicho, por cuanto al momento del reconocimiento se confrontó con la fotografía del Occiso y, en éste punto era pertinente el que se hubiesen presentado fotografías de personas con similares rasgos²⁷ para haber establecido con certeza que se trataba de HERNANDEZ CASTRO y no de otra persona.

- 7) No está documentado que HERNANDEZ CASTRO hubiese disparado el arma encontrada junto a él, ni que hubiese manipulado los elementos encontrados.

En éste punto y como fue advertido en forma precedente, no se aprecian medios de convicción directos de los cuales concluir que HERNANDEZ CASTRO haya accionado el arma encontrada, es más no se aprecia que se haya efectuado prueba de dactiloscopia para determinar la relación de éste con los elementos encontrados, como fue el radio de comunicación. Así, al haber sido la demandada quien acordonó el lugar y dirigió el operativo, lo procedente es que hubiese sido celosa en la guarda

²⁷ Dispone el artículo 252 de la Ley 906 de 2004: RECONOCIMIENTO POR MEDIO DE FOTOGRAFÍAS O VÍDEOS. Cuando no exista un indiciado relacionado con el delito, o existiendo no estuviere disponible para la realización de reconocimiento en fila de personas. o se negare a participar en él, la policía judicial, para proceder a la respectiva identificación, podrá utilizar cualquier medio técnico disponible que permita mostrar imágenes reales, en fotografías, imágenes digitales o videos. Para realizar esta actuación se requiere la autorización previa del fiscal que dirige la investigación.

Este procedimiento se realizará exhibiendo al testigo un número no inferior a siete (7) imágenes de diferentes personas, incluida la del indiciado, si la hubiere. En este último evento, las imágenes deberán corresponder a personas que posean rasgos similares a los del indiciado. En ningún momento podrá sugerirse o señalarse la imagen que deba ser seleccionada por el testigo, ni estar presente simultáneamente varios testigos durante el procedimiento de identificación.

Cuando se pretenda precisar la percepción del reconocedor con respecto a los rasgos físicos de un eventual indiciado, se le exhibirá el banco de imágenes, fotografías o videos de que disponga la policía judicial, para que realice la identificación respectiva.

Cualquiera que fuere el resultado del reconocimiento se dejará constancia resumida en acta a la que se anexarán las imágenes utilizadas, lo cual quedará sometido a cadena de custodia.

Este tipo de reconocimiento no exonera al reconocedor de la obligación de identificar en fila de personas, en caso de aprehensión o presentación voluntaria del imputado. En este evento se requerirá la presencia del defensor del imputado.

de los elementos probatorios; punto que se echa de menos por el Despacho y, que como ha sido aludido, incumbe a la demandada probar las excepciones propuestas, así como que sin lugar a dudas se encontraba en una mejor situación para probar éstos elementos.

- 8) El operativo contra HERNANDEZ CASTRO, ocurrió en la misma fecha en la cual se comunicó por última vez con EILEN YESEIDA CORTES.

Es de mencionar que, el hecho que el Fallecido se haya contactado con EILEN YESEIDA CORTES, en días anteriores y en especial el día de los hechos, esto es el 4 de julio de 2008, manifestándole que se encontraba en el Municipio de Jenesano, que le habían entregado dinero y útiles de aseo; lleva a inferir al Despacho que, no se observan actos preparatorios de cometer por HERNANDEZ CASTRO algún ilícito o pertenencia a grupos armados ajenos a la legalidad.

Concluye así el Despacho que, dada la condición de habitante de calle y drogadicto de HERNANDEZ CASTRO, éste fue llevado por personas indeterminadas - con promesa de trabajo y de dinero -, desde el Municipio de Tunja a la Región de los hechos, donde resultó muerto en operativo militar, sin estar documentado que perteneciera a grupos al margen de la Ley, así como que hubiese accionado arma alguna en contra de Agentes del Estado.

Ahora bien, para el Despacho no obran pruebas directas para dar por establecido que los servidores públicos del Ejército Nacional, hayan sido quienes sustrajeron a HERNANDEZ CASTRO de Tunja, para conducirlo al Municipio de Chinavita (Desaparición Forzada) y, que hayan incurrido en ejecución extrajudicial de una persona indemne. Lo que sí infiere el Despacho es que, se presentó Falla del servicio por mal funcionamiento de la actividad militar, al haber muerto en forma irregular una persona a manos de las tropas, que los hechos probados indican no tenía aptitud alguna para ser parte de grupos armados, por su condición de drogadicto y habitante de calle; que no se conoció perteneciera a éstos grupos ilegales y no se determina fuese la persona que extorsionaba y que, pudiese haber disparado el arma en contra de la Fuerza Pública.

Por lo advertido, ésta Instancia infiere la existencia de Falla del servicio del Ejército Nacional, toda vez que la función Constitucional encomendada a la Fuerza Pública, funcionó erradamente, al dar muerte a una persona que no se concluye la pertenencia a grupos armados al margen de la Ley, debido a su condición de drogadicto y habitante de calle; lo cual se colige principalmente de los hechos advertidos en el plenario como son el que se haya encontrado el arma cerca de su mano derecha cuando era zurdo, - según la prueba testimonial -, los disparos recibidos a corta y larga distancia, que no llevan a colegir la existencia de combate con la tropa, no haber sido identificado por quien se refiere en documento ubicado en los hechos era objeto de extorsión ni el haberlo visto con anterioridad, el no existir prueba que corrobore - conforme a la carga de la prueba de la demandada en materia de excepciones propuestas - el que el Fallecido hubiese disparado el arma, así como el hecho que el operativo ocurrió en la misma fecha en que HERNANDEZ CASTRO se comunicó con YESEIDA CORTES.

En éste aspecto es de traer a colación el que, el Consejo de Estado²⁸ ha observado la procedencia de la determinación de falla del servicio de la Fuerza Pública en eventos de *... realización de un procedimiento u operativo militar anormal, irregular, desproporcionado y arbitrario, que contradice las obligaciones positivas de protección*

²⁸ 20 de junio de 2013, Radicación No 54001-23-31-000-1996-09250-01(23603).

de los derechos humanos fundamentales de TODO ciudadano, en especial por desatender grave y ostensiblemente los mandatos constitucionales consagrados en los artículos 2, 12, 28, 29, 217 y 229 de la Carta Política, las Convenciones de las Naciones Unidas e Interamericana contra la Tortura y tratos o penas crueles o degradantes y los artículos 1, 4.1, 4.2, 5.1, 5.2, 7.5 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los reglamentos de la entidad militar, en los que se debe cumplir.

Asimismo ha dicho el Órgano de cierre de ésta Jurisdicción²⁹ que, la ausencia de resultados en materia penal no es, sin embargo, un obstáculo para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado y que, la prueba por inferencia en casos como el presente tiene una connotada importancia, para efecto de la valoración probatoria, por lo que es procedente acudir a indicios.

Por tanto ha dicho, es procedente el estudio de los distintos elementos de prueba aportados al proceso que ofrecen indicios claros de que la muerte no se produjo en combate con miembros de la fuerza pública y la validez, pertinencia y conducencia que tiene la prueba indiciaria para examinar la responsabilidad del Estado en casos en los que faltan pruebas directas de los hechos que sirven de fundamento a la demanda, resultando pertinente por tratarse de un medio de prueba permitido que demanda la demostración del hecho indicador, para así tener como probado el inferido³⁰. En este escenario, la existencia de una serie de hechos acreditados por cualquiera de los medios probatorios previstos por la ley, estrechamente vinculados con el ilícito, conducen necesariamente a la imputación de la responsabilidad³¹ y, *Los indicios se constituyen en la prueba indirecta por excelencia, pues a partir de un hecho conocido y en virtud de una operación apoyada en las reglas de la lógica y en las máximas de la experiencia, se establece la existencia de un hecho desconocido.*

Razona así el Consejo de Estado que, *El juez dispone muy a menudo de conocimientos generales vinculados con el hecho a probar y útiles, de alguna manera, a los defectos de su determinación; es más, sin estos conocimientos la valoración de la prueba sería normalmente imposible. Se trata de las nociones derivadas de la experiencia común que encuentran su formulación sintética en las denominadas máximas de la experiencia y que desarrollan un papel relevante en la valoración de las pruebas*³².

Conforme a los supuestos probados en el plenario que se reseñan, éstos son indicativos de la Falla del servicio alegada por la parte demandante; irregularidad que sin lugar a dudas tiene nexo con el servicio por cuanto ocurrió en el servicio y se realizó con instrumentos propios del servicio, toda vez que se encuentra determinado que los hechos materia de las presentes diligencias, ocurrieron en un operativo dispuesto por el Ejército Nacional con armas de dotación oficial.

Con respecto a éste elemento de la Responsabilidad ha dispuesto el Consejo de Estado³³ la forma de establecer el Nexo en la siguiente forma:

²⁹ Sección Tercera, Sentencia del 29 de marzo de 2012, Radicación No 20001-23-31-000-1999-00655-01(21380).

³⁰ [17] *"En la prueba por indicios necesariamente intervienen tres elementos: un hecho, el que indica; otro hecho, el indicado y una relación de causalidad, concomitancia o conexión entre aquél y éste. El indicio parte de un hecho conocido, establecido en el proceso por cualquier medio de prueba distinto del mismo indicio, esto es, que todos los medios de prueba permiten el hecho indicador. El hecho indicado debe ser el resultado lógico crítico de la inferencia entre el primero y el segundo hecho, de donde la integración de los tres elementos anotados, permiten la existencia del indicio"* (Cabrera Acosta, Benigno Humberto, Teoría General del Proceso y de la Prueba, Quinta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, págs. 458 y ss).

³¹ [18] Al respecto se puede consultar la sentencia de 11 de febrero de 2009, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, exp. 16337.

³² [19] TARUFFO, Michele, "La Prueba de los Hechos", Ed. Trotta, Madrid, pág. 219.

³³ Sentencia del 16 de septiembre de 1999, Radicación No 10922.

“La jurisprudencia y la doctrina han realizado ingentes esfuerzos para determinar en qué consiste el mencionado nexo con el servicio, que tiene la virtud de comprometer a la administración en la indemnización debida a la víctima.

“En un ensayo sobre la materia, de que es autor el abogado auxiliar de esta Corporación, D. Juan Carlos Henao Pérez, intitulado “La falla personal del funcionario público en el derecho colombiano”, próximo a ser publicado, se hace una cita del doctrinante francés Dové Rasy (“Les frontières de la faute personnelle et de la faute del service en droit administratif français”, L.G.D.J., Paris, 1962, pag. 82), quien sostiene: “Será falla del servicio la falla que presente un nexo con el servicio, o, lo que es lo mismo, una falla que no esté desprovista de todo nexo con el servicio” y enseguida, este autor se preocupa por concretar cómo se determina, en cada caso, la existencia del nexo y siguiendo al mismo tratadista elabora un esquema que sirve de guía para dicha determinación, así:

NEXO CON EL SERVICIO .

a. ¿Advino el perjuicio en horas del servicio? Sí - No

PERCEPTIBLE b. ¿Advino el perjuicio en el lugar de servicio? Sí - No

c. ¿Advino el perjuicio con instrumento del servicio? Sí - No

INTELEGIBLE d. ¿El agente actuó con el deseo de ejecutar un servicio? Sí-No

e. ¿El agente actuó bajo la impulsión del servicio? Sí-No

“Y anota, luego: ‘Si de la confrontación que se haga del caso concreto con el esquema anterior se observa que todas las respuestas son negativas, nos encontraríamos indefectiblemente ante una falla personal clásica, excluyente de aquella del servicio, precisamente por lo que éste no puede ser vinculado de manera alguna con la producción del perjuicio. Por el contrario, si mínimo hay una respuesta afirmativa, el nexo con el servicio puede aparecer, debiéndose anotar que su aparición será más contundente en la medida en que el juez pueda responder afirmativamente a más preguntas’.

“Del esquema surge que el nexo en cuanto perceptible o inteligible puede ser espacial o temporal o de ambas clases. Será de la primera especie cuando el hecho a través del cual se materializó el perjuicio advino o en lugar donde éste se presentó o debía presentarse o con un instrumento dado por la administración para la ejecución de la labor propia del servicio; será de la segunda especie, cuando adviene en horas del servicio.

“Pero ello no quiere decir que siempre que el hecho ocurra dentro de cualquiera de aquellas especies o de ambas, necesariamente se vea comprometida la responsabilidad de la administración pero si resultara que el Juez, en primer término, tendrá mejores elementos de juicio para inferir que existió una falla en el servicio. Lo contrario sucede cuando el evento dañoso del funcionario ha sido cometido fuera del ámbito espacial o temporal del servicio, cuando entonces la primera inferencia del juez será la de ausencia de nexo con el servicio inferencia,

que naturalmente, puede ser contradicha por las pruebas que se alleguen y que lo lleven (al juez) a la convicción de la falla del servicio a pesar de que la presencia del nexo en los ámbitos espaciales y los temporales dentro de los cuales el hecho perjudicial aconteciera, no se encuentre”³⁴.

Visto lo anterior, de las pruebas obrantes en el plenario, encuentra el Despacho que efectivamente se produjo un daño como fue la muerte del señor HERNANDEZ CASTRO; daño que concausalmente obedece a la falla del servicio del Ejército Nacional que infiere el Despacho; al haber dado de baja a persona que no se advierte perteneciera a grupos ilegales, manipulara armas de fuego o existan indicios de que hubiese accionado los aludidos elementos en contra de la Fuerza Pública.

7. LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS.

La Entidad demandada (Folio 230) aduce como medios exceptivos los que denomina: Culpa Exclusiva de la Víctima, Falta de prueba idónea para probar los perjuicios reclamados y, no existencia de la falla en el servicio.

En lo que respecta a la culpa exclusiva de la víctima dice que, el Señor JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO, según labores de inteligencia e informe de operaciones pertenecía a grupos ilegales; que fue dado de baja como consecuencia del enfrentamiento entre el Ejército y bandas delincuenciales que operaban en jurisdicción del Municipio de Chinavita y que, por tanto fue la Víctima quien con su actuar ilegal al pertenecer a grupos ocasionó su muerte, en circunstancias en que el demandado cumplía con su deber legal y constitucional de salvaguardar la vida, honra y bienes de la comunidad en general, para liberarla del yugo y continuos hostigamientos de dichos grupos, situación que para el Ejército era previsible pero irresistible y que, si el Occiso no hubiera estado en el lugar de ocurrencia de los hechos por pertenecer a grupos subversivos no hubiese sufrido daño alguno. Cita decisión del Consejo de Estado de fecha 7 de abril de 2011, radicación No (20750).

En lo que alude a la falta de prueba idónea para probar los perjuicios reclamados, manifiesta que, es obligación de la parte demandante demostrar la supuesta falta administrativa por parte de la entidad demandada, los presuntos daños ocasionados y la cuantía de los mismos de manera que no deje duda acerca de los hechos objeto de la demanda; que se demuestre si fue retenido en contra de su voluntad y posteriormente ejecutado extrajudicialmente, lo que conllevaría a demostrar con total certeza una responsabilidad por parte de la administración, así como la condición laboral y económica que permitiera el apoyo económico a su familia, lo que no se observa en el sub exámine.

En cuanto a la inexistencia de falla en el servicio dice que, no se ha demostrado que el daño ocasionado sea producto del actuar irregular del demandado, sino que por el contrario obedeció a una culpa exclusiva de la víctima.

Conforme a lo dicho, no tienen vocación de prosperidad los medios exceptivos puestos de presente toda vez que, no existen medios de convicción que den cuenta principalmente de la culpa exclusiva de la víctima y, si existen medios de convicción de los cuales inferir la existencia de falla del servicio en los hechos que generaron la muerte del señor JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO, como ha referido ésta Instancia a lo cual se remite y que es principalmente su condición social, la ausencia de

³⁴ C.P. Gustavo de Greiff Restrepo, exp: 5998. En el mismo sentido entre otras, ver sentencias del 6 de agosto de 1997, exp: 9304 y del 12 de febrero de 1998, exp: 11763, con ponencia de quien redacta este fallo.

prueba que conduzca a demostrar su pertenencia a grupos ilegales e incoherencias en el operativo y los elementos de juicio de su pertenencia a dichos grupos, así como en las condiciones modales que dan cuenta de la forma como se desarrolló.

VI. LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS

1) Perjuicios Materiales.

En lo que respecta a éste Rubro del Perjuicio y sobre los cuales la parte actora solicita el reconocimiento de lucro cesante y daño emergente es del caso manifestar:

Daño emergente.

Entendido éste rubro como aquellos valores que han salido del patrimonio de los demandantes como consecuencia del hecho dañoso o para atender las consecuencias de este, es de manifestar que conforme a las pruebas obrantes en el plenario es posible concluir:

Que no obra en el plenario prueba documental o lo propio se pueda hacer de la testimonial recaudada, que el peculio de los accionantes se haya visto disminuido o haya incurrido en una erogación adicional para atender las consecuencia del hecho dañoso, que para el presente caso sería gastos funerarios.

A éste aspecto se ha referido el Consejo de Estado³⁵ – en cuanto a la inexistencia de medios de convicción que den cuenta de la existencia de éste rubro del perjuicio – y en consecuencia la imposibilidad de su reconocimiento, cuando mencionó:

Además, no existe en el expediente medio probatorio adicional que permita acreditar el referido pago por concepto de daño emergente, por lo cual la Sala no tiene otra opción que revocar el aparte de la sentencia de primera instancia que reconoció este perjuicio.

Lucro Cesante.

Tal como fue manifestado por el Consejo de Estado en Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2014, Radicación No **73001-23-31-000-2005-00103-01(33912)**, Magistrado Ponente Dr. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, en lo que respecta a éste rubro del perjuicio cuando el Causante tenía esposa e hijos, ha de tenerse en cuenta, que se calcula a falta de prueba idónea del ingreso percibido por el Fallecido sobre el salario mínimo vigente a la fecha de los hechos y si éste resulta inferior - luego de la actualización - se toma el vigente al momento de la Sentencia. A lo anterior debe sumarse el 25% como factor prestacional. De lo anterior igualmente se resta el 25% que se presume utilizaba para su propia subsistencia. De la base resultante, debe tomarse el 50% para la Esposa y el 50% restante para los hijos:

No obstante lo anterior, con los mencionados medios de prueba no es posible establecer el valor de los ingresos del señor Félix Eduardo Martínez Ramírez al momento de su muerte, la cual ocurrió en 2003 (19 de enero), ni siquiera los del año anterior, pues, como viene de indicarse, el contrato más reciente que obra en el expediente es de 2001. Entonces, aunque no se haya demostrado el valor de sus ingresos y en consideración a que, para el momento de su muerte, el

³⁵ Sección Tercera, Sentencia del veintitrés (23) de mayo dos mil doce (2012), Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00297-01(24325).

señor Martínez Ramírez era una persona en edad productiva y, por lo mismo, con capacidad de ejercer una actividad laboral que le permitiera recibir por lo menos un salario mínimo, la Sala liquidará el perjuicio material teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para la época de su muerte (2003), es decir, la suma de \$332.000, valor que se actualizará a la fecha de esta sentencia, (...) Como quiera que la actualización arroja un valor inferior al salario mínimo vigente al momento de esta sentencia, esto es, al de 2014, se tendrá este último (\$616.000), más el 25% por prestaciones sociales (\$154.000), menos el 25% que se supone que la víctima destinaba a su propia subsistencia (\$192.500), esto es, \$577.500 como ingreso base de liquidación, el cual se dividirá entre la esposa y los hijos, así: 50% (\$288.750) para la ella y el otro 50% para los 3 hijos, es decir, 16.6% (\$96.250) para cada uno de ellos.

Así entendido éste como aquellas sumas que dejan de ingresar al patrimonio de los demandantes por la ocurrencia del hecho dañino, y como quiera que la solicitud del Rubro del Perjuicio hace referencia a lo solicitado por la Esposa MERCEDES SUSANA CUBILLOS y su Hijo DAMIAN ALFREDO HERNANDEZ CUBILLOS, tenemos que de las pruebas obrantes en el plenario se encuentra que:

Consta que, MERCEDES SUSANA CUBILLOS era esposa del Fallecido (Folio 79) y, DAMIAN ALFREDO HERNANDEZ CUBILLOS, hijo igualmente de JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO (Folio 78). De manera que se tienen probados los hechos que consisten en declarar la legitimación en la causa respecto a la reclamación de indemnización a la Esposa e Hijo del fallecido, por lucro cesante tanto consolidado como futuro.

Como quiera que no se encuentran suficientemente acreditados los ingresos del señor HERNANDEZ CASTRO, puesto que en los testimonios obrantes, cuando se les indagó a los testigos si tenían conocimiento de donde provenían los ingresos, coinciden en afirmar que laboraba, pero no se determinan circunstancias precisas de modo, tiempo y lugar como de la cuantía del ingreso, el Despacho habrá de presumir el ingreso del salario mínimo.

De igual forma, en términos del Honorable Consejo de Estado, cuando el fallecido es casado y con hijos, debe descontarse de la base de liquidación (El Salario Mínimo más el 25% de prestaciones) el 25% que se presume utilizaba para su propia manutención.

Para lo anterior tenemos que de las pruebas obrantes en el plenario se concluye que, los hechos ocurrieron el 4 de julio de 2008 y la fecha de la sentencia, es el mes de mayo de 2015. Para efectos de establecer la vida probable del causante, se infiere del registro civil de nacimiento visible a folio 74, que al momento de la muerte del señor JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO, tenía 33 años, 8 meses y 2 días.

En el caso del hijo de HERNANDEZ CASTRO, DAMIAN ALFREDO HERNANDEZ CUBILLOS, nacido el día 3 de agosto de 1999, cumpliría los 25 años de edad el día 3 de agosto del año 2024. Lo anterior, teniendo en cuenta lo advertido por el Consejo de Estado³⁶ en cuanto a que, ... *el lucro cesante futuro se calcula desde la fecha de esta sentencia (noviembre de 2014) hasta lo que resta a cada uno de ellos para cumplir 25 años.*

³⁶ Sección Tercera, Magistrado Ponente Dr. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Sentencia del 26 de noviembre de 2014, Radicación No 73001-23-31-000-2005-00103-01(33912).

La fórmula de actualización, conforme a los parámetros establecidos por el Honorable de Consejo de Estado, ha de tenerse en cuenta:

Salario mínimo legal mensual vigente del año 2008 (\$461.500) más el 25% de prestaciones (\$115.375) asciende a \$576.875 y actualizado asciende a la suma de \$709.170.

Salario mínimo legal mensual vigente del año 2015 más el 25% de prestaciones asciende a \$805.437.

Como ingreso base de liquidación, en consecuencia se tomará la suma superior, es decir \$805.437 que corresponde al Salario Mínimo del año 2015, incluido el 25% de factor prestacional.

De la renta tomada anterior \$805.437 que resulta más favorable, se descontará lo correspondiente al veinticinco por ciento (25%)³⁷ que corresponde a \$201.359, que se considera utilizaba para su propia subsistencia, es decir \$604.078 y el otro setenta y cinco por ciento (75%), por partes iguales entre la esposa e hijo.

Igualmente se tendrá en cuenta la Resolución No 1555 de 2010 de la Superfinanciera, con fundamento en la que según la tabla de mortalidad, la edad probable de vida del señor JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO quien a los hechos tenía 33 años, 8 meses y 2 días, es de 47.5 años, es decir 570 meses y del hijo DAMIAN ALFREDO HERNANDEZ CUBILLOS, cumpliría los 25 años de edad el día 3 de agosto de 2024.

De las precisiones anteriores se tiene que el ingreso base de liquidación es el setenta y cinco por ciento (75%) de la renta actualizada, que corresponde a \$604.078 mcte. Este valor se divide entre los dos demandante (Esposa e Hijo), por partes iguales que corresponde a \$302.039.

Para: MERCEDES SUSANA CUBILLOS.

Lucro Cesante Consolidado.

Es aquel que va desde el momento de la ocurrencia de los hechos hasta la presente Sentencia.

$$S = \frac{RA (1 + i)^n - 1}{i}$$

S = Es la suma que se busca;

RA = Es la renta actualizada \$302.039.

i = Es el interés técnico mensual (0,004867);

n = Corresponde al número de meses a indemnizar (meses transcurridos desde la ocurrencia de los hechos objeto de demanda, esto es julio de 2008, y la fecha de la presente sentencia en mayo de 2015, es decir 81 meses.

$$S = \$ 302.039 \times \frac{(1 + 0,004867)^{81} - 1}{0,004867} = \$ 29.901.785.$$

³⁷ Inés Morales García C/Nación-Miniddefensa-Ejército Nacional, sentencia del 11 de marzo de 2004, M.P. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Exp. 14533 y Sentencia del 26 de noviembre de 2014, Radicación No 73001-23-31-000-2005-00103-01(33912).

784

Lucro Cesante Futuro.

Entendido éste como el que va desde la fecha de la presente Sentencia hasta la vida probable máxima del causante.

$$S = RA \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n} =$$

S = Es la suma que se busca;

RA = Es la renta actualizada \$ 302.039.

i = Es el interés técnico mensual (0,004867);

n = Corresponde al número de meses a indemnizar (vida probable en meses menos el periodo a indemnizar consolidado, es decir 489 meses

$$S = \$302.039 \times \frac{(1+0,004867)^{489} - 1}{0,004867 \times (1+0,004867)^{489}} = \$56.276.284.$$

TOTAL INDEMINZACIÓN PERJICIOS MATERIALES PARA MERCEDES SUSANA CUBILLOS: \$ 86.178.069.

Para: DAMIAN ALFREDO HERNANDEZ CUBILLOS.

Lucro Cesante Consolidado.

Es aquel que va desde el momento de la ocurrencia de los hechos hasta la presente Sentencia.

$$S = RA \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

S = Es la suma que se busca;

RA = Es la renta actualizada \$302.039.

i = Es el interés técnico mensual (0,004867);

n = Corresponde al número de meses a indemnizar (meses transcurridos desde la ocurrencia de los hechos objeto de demanda, es decir el 4 de julio de 2008, y la fecha de la presente sentencia en mayo de 2015, es decir 81 meses.

$$S = \$302.039 \times \frac{(1+0,004867)^{81} - 1}{0,004867} = \$29.901.785.$$

Lucro Cesante Futuro.

Entendido éste como el que va desde la fecha de la presente Sentencia hasta que el hijo cumpla los 25 años de edad.

$$S = RA \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n} =$$

S = Es la suma que se busca;

RA = Es la renta actualizada \$302.039.

i = Es el interés técnico mensual (0,004867);

n = Corresponde al número de meses a indemnizar (Tiempo en que cumpla los 25 años menos el periodo a indemnizar consolidado, es decir 111 meses

$$S = \$ 302.039 \times \frac{(1 + 0,004867)^{111} - 1}{0,004867 \times (1 + 0,004867)^{111}} = \$25.854.414.$$

TOTAL INDEMINZACIÓN PERJICIOS MATERIALES PARA DAMIAN ALFREDO HERNANDEZ CUBILLOS: \$ 55.756.199.

2) Perjuicios Morales.

En cuanto a los perjuicios morales que sufren los familiares con ocasión de los insuceso, dados los lazos de parentesco que los unen, es preciso referirnos a la posición que frente a este asunto ha expuesto el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Así, el Consejo de Estado, en Sentencia de fecha 28 de agosto de 2014, siendo Magistrado Ponente el Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Rad. No 660012331000200100731 01 (26.251), manifestó:

Así las cosas, tenemos que el concepto de perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

En consecuencia, para la reparación del perjuicio moral en caso de muerte se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia calidad de perjudicados o víctimas indirectas, los cuales se distribuyen así:

Nivel N° 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno-filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 SMLMV.

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

... Así las cosas, 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

765

requerirá la prueba de la relación afectiva, y finalmente, para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

En el caso de marras, encuentra ésta Instancia que demandan quienes tienen parentesco con JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO en la siguiente forma: GLORIA AMANDA CASTRO (Madre), JUAN ANTONIO HERNANDEZ MORATO (Padre), MERCEDES SUSANA CUBILLOS (Esposa), DAMIAN ALFREDO HERNANDEZ CUBILLOS (Hijo), JUAN CARLOS HERNANDEZ CASTRO (Hermano), LINA PAOLA HERNANDEZ CASTRO (Hermana) y, BELKY MARY PULIDO HERNANDEZ (Prima).

Se concluye entonces que no es necesario acreditar con medios probatorios adicionales, sobre la afectación y dolor moral que sufrió la familia en el 1 y 2 nivel, que no sea la prueba del estado civil, en tanto que en los demás casos, sí se requiere probar la afectación.

En tales condiciones, el Despacho fijará los perjuicios morales ocasionados a los actores, teniendo en cuenta el grado de afectación y principalmente el hecho que el señor HERNANDEZ CASTRO no convivía permanentemente con los demandantes, vivía en una Ciudad diferente, - debido a que como se manifestó permanecía como habitante de calle y sumido en la drogadicción (Aspecto que debe ser ponderado con el hecho de la relación propia del parentesco de Hijo, Esposo, Padre, Hermano o Primo), por el perjuicio ocasionado así:

Para los demandantes MERCEDES SUSANA CUBILLOS y DAMIAN ALFREDO HERNANDEZ CUBILLOS, en calidad de esposa e hijo de la víctima, el valor equivalente a OCHENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES (80 SMLMV), para cada uno, por pertenecer al primer nivel propio del primer grado de consanguinidad (Hijo) o ser cónyuge.

Para los demandantes GLORIA AMANDA CASTRO y JUAN ANTONIO HERNANDEZ MORATO, en su condición de padres de la víctima (Primer grado de consanguinidad), el valor equivalente a SESENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES (60 SMLMV), para cada uno, por pertenecer al primer nivel.

Para los demandantes JUAN CARLOS HERNANDEZ CASTRO y LINA PAOLA HERNANDEZ CASTRO, en su condición de hermanos de la víctima (Segundo grado de consanguinidad), el valor equivalente a CUARENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES (40 SMLMV), para cada uno, por pertenecer al segundo nivel y grado de consanguinidad.

No se dispone suma alguna en lo que respecta a BELKY MARY PULIDO HERNANDEZ, en su condición de Prima del señor JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO, por cuanto no obra prueba alguna de su afectación y convivencia con el causante, y en el cuarto nivel se requiere la prueba de la condición afectiva además de la prueba del estado civil; aspecto que no se aprecia en el caso de marras, toda vez que personas citadas como testigos manifestaron además no conocerla o que conviviera con HERNANDEZ CASTRO.

En éste sentido ha manifestado el Consejo de Estado³⁸ que, en lo que respecta a casos en que demande... *los primos de la víctima, la aflicción no se presume sino que se tiene que probar.*

3) La tranquilidad, la libertad, la honra, la buena imagen, el buen nombre, la integridad personal, la intimidad, el trabajo, la familia.

Respecto a éste, tal como ha sido manifestado por el Consejo de Estado³⁹ en Sentencia de fecha 19 de agosto de 2004, *Si bien es cierto hoy en día la ley exige la reparación integral del daño (artículo 16 de la Ley 446 de 1998), lo cual se logra no sólo con la indemnización del perjuicio moral y el perjuicio material sino que también pertenece a esta categoría y debe tenerse en cuenta el mencionado daño a la vida de relación, consistente en la pérdida o disminución de la capacidad de relacionarse con el mundo exterior en la forma en que podía hacerlo el damnificado antes de recibir el daño y como consecuencia de éste, también es cierto que los daños no se presumen y en la medida en que se pretenda una indemnización de perjuicios, éstos deben estar plenamente acreditados en el proceso. En el presente caso, como ya se dijo, se echa de menos la prueba de esta clase de perjuicios, por lo cual no procede tampoco ningún reconocimiento por este concepto.*

No se accede al reconocimiento de éste rubro del perjuicio por cuanto, de las pruebas obrantes en el plenario no es posible concluir su existencia, es decir las afectaciones respecto de las cuales se solicita se indemnicen los daños mencionados.

VII. DECISIÓN

Conforme a las argumentaciones fácticas, jurídicas, jurisprudencias y de acuerdo al caudal probatorio militante en el proceso, surge con certeza la responsabilidad del estado con fundamento en el régimen de Falla del servicio, por el fallecimiento del señor JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO, el día 4 de julio de 2008, en operativo realizado por el Ejército Nacional en el Municipio de Chinavita Boyacá.

En las anteriores condiciones, no se encuentran llamados a prosperar los medios exceptivos de Culpa exclusiva de la víctima, falta de prueba idónea para probar los perjuicios reclamados y, no existencia de la falla en el servicio.

VIII. ARANCEL JUDICIAL

Conforme se advierte en las Certificaciones obrantes a folios 197 a 208, los demandantes no estaban obligados a declarar renta en el año 2012, para efecto de disponer el pago de Arancel Judicial; aspecto que fue analizado por el Despacho en proveído del 4 de septiembre de 2013, donde se admitió la demanda incoada.

Además es de anotar que, en sentencia C 169 de marzo 19 de 2014, siendo MP Dra. María Victoria Calle Correa, declaró inexecutable la Ley 1653 del 15 de julio de 2013.

IX. COSTAS

El artículo 188 del CPACA dispone que:

³⁸ Sentencia del 22 de mayo de 2013, Radicación No 25000-23-26-000-2001-00413-01(27535).

³⁹ Radicación No 05001-23-31-000-1992-1484-01(15791)DM

Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Conforme a lo anterior y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso:

- a) Se dispone la condena en costas a la parte vencida en el proceso, esto es a la PARTE DEMANDADA. Líquidense por Secretaría.
- b) Como agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación se señala el valor de TRES CIENTOS MIL PESOS MCTE (\$300.000), conforme al Acuerdo No 1887 del 26 de junio de 2003, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.
- c) En la liquidación de costas habrá de tenerse en cuenta que, solo habrá lugar a ellas, cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (Numeral 8° del 365 del CGP).

Por las razones expuestas el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. No declarar probadas las excepciones de Culpa exclusiva de la víctima, falta de prueba idónea para probar los perjuicios reclamados y, no existencia de la falla en el servicio, propuestas por la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.

SEGUNDO. Declarar Administrativamente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, por de los perjuicios ocasionados a los demandantes MERCEDES SUSANA CUBILLOS, DAMIAN ALFREDO HERNANDEZ CUBILLOS, GLORIA AMANDA CASTRO, JUAN ANTONIO HERNANDEZ MORATO, LINA PAOLA HERNANDEZ CASTRO y JUAN CARLOS HERNANDEZ CASTRO, con ocasión de la muerte de su esposo, padre, hijo y hermano JORGE ENRIQUE HERNANDEZ CASTRO, ocurrido el día 4 de julio de 2008, por los motivos expuestos en la parte considerativa de este providencia.-

CUARTO. CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, a pagar PERJUICIOS MATERIALES, debidos y futuros, en la modalidad de lucro cesante, a MERCEDES SUSANA CUBILLOS (Esposa de la Víctima), la suma de \$ 86.178.069 y DAMIAN ALFREDO HERNANDEZ CUBILLOS (Hijo de la Víctima), la suma de \$ 55.756.199.

QUINTO. CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, por concepto de PERJUICIOS MORALES, a favor de los accionantes en los siguientes montos:

Para MERCEDES SUSANA CUBILLOS, en calidad de esposa de la víctima, el valor equivalente a OCHENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES (80 SMLMV);

Para DAMIAN ALFREDO HERNANDEZ CUBILLOS, en calidad de hijo de la víctima, el valor equivalente a OCHENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES (80 SMLMV);

Para GLORIA AMANDA CASTRO, en calidad de madre de la víctima, el valor equivalente a SESENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES (60 SMLMV);

Para JUAN ANTONIO HERNANDEZ MORATO, en calidad de padre de la víctima, el valor equivalente a SESENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES (60 SMLMV);

Para LINA PAOLA HERNANDEZ CASTRO, en calidad de hermana de la víctima, el valor equivalente a CUARENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES (40 SMLMV) y,

Para JUAN CARLOS HERNANDEZ CASTRO, en calidad de hermano de la víctima, el valor equivalente a CUARENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES (40 SMLMV).

SEXTO. Negar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO. La NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y S.S. del CAPACA.

OCTAVO. En firme la sentencia, háganse las comunicaciones del caso para su cumplimiento y archívese el proceso previa anotación en el programa “Justicia Siglo XXI”. Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente. Desde ahora se autoriza la expedición de las copias que soliciten las partes.

NOVENO. Costas en ésta instancia y agencias en derecho según lo anunciado.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Juez