



2012

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN
SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN**

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ENRIQUE PINZÓN MUÑOZ

Medellín, veinticuatro (24) de abril de dos mil doce (2012).

Sentencia N°	97
Acción	Reparación Directa
Demandante(s)	María Irene Espinosa y otros.
Demandado(s)	La Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional.
Radicado	05001 23 31 000 2007 00371 00
Decisión	Acoge parcialmente pretensiones
Asunto	Régimen de imputación jurídica por grave desatención a los deberes constitucionales. Falla probada. Culpa exclusiva de la víctima. Dogmática/ Elementos/ Jurisprudencia/concepto de culpa/. Violación de DDHH / Función pedagógica del Juez. Bloque de constitucionalidad. Preceptiva superior/ "Nuevo Derecho". Labor pedagógica y correctiva del Juez Contencioso Administrativo. Jurisprudencia Valoración probatoria. Carga probatoria/ riesgo de no persuasión/ prueba trasladada]/ copias simples. Indicio/ Elementos/ Construcción. Lucro Cesante/ presunción de ayuda a los padres. Reparación más allá del contenido económico / Preceptiva constitucional.
Instancia	Primera

Proveídas en debida forma las diferentes etapas procesales, y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir decisión de fondo en primera instancia dentro de la ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.





REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

MARÍA IRENE ESPINOSA a nombre propio; YOLY EDITH ARBOLEDA VANEGAS, a nombre propio y en representación del menor JHAN CARLO ESPINOSA ARBOLEDA; y además, MARIA RUBIELA ESPINOSA, SENEIDA DAMARIS ESPINOSA, JOSÉ HERNANDO ESPINOSA, por intermedio de apoderado judicial, formularon demanda contencioso administrativa en ejercicio de la acción de reparación directa, en contra de la **Nación- Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**.

1.1. Objeto de la demanda.

Pretende la parte actora que la entidad fustigada, sea declarada responsable administrativamente por los daños sufridos por los demandantes, a raíz de la muerte provocada a OSMAR ESNEIDER ESPINOSA por miembros del Ejército Nacional, en hechos acaecidos el día 26 de febrero de 2005, cuando al parecer sin justificación alguna, fue retenido y luego abatido dentro de lo que se reportó como un "combate" armado con la insurgencia.

A la par, se impetra la siguiente indemnización¹:

"SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior, LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA, está en la obligación de pagar a cada uno de los demandantes en este proceso (...) a título de perjuicios morales...

Para el menor JHAN CARLO ESPINOSA ARBOLEDA (...) mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en su calidad de hijo de la víctima.

Para MARIA IRENE ESPINOSA (sic), setecientos (700) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en su calidad de madre de la víctima.

Para JOSE HERNANDO ESPINOSA Y MARIA RUBIELA ESPINOSA (sic), la cantidad de doscientos (200) salarios mínimos legales

¹ Cfr. A folio 24 y siguientes del cuaderno numero 1.

243
a w

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

mensuales vigentes para cada una de ellas (sic) en su calidad de tíos de la víctima.

Para SENEIDA DAMARIS ESPINOSA, la cantidad de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en su calidad de sobrina de la víctima.

TERCERA: Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA a pagar al menor JHAN CARLO ESPINOSA ARBOLEDA, (...) por concepto de perjuicios materiales, en su modalidad de lucro cesante...

CUARTA: LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA, Por (sic) intermedio de los funcionarios a quienes corresponda la ejecución de la sentencia, dictará dentro de los treinta días siguientes a la comunicación de la misma, la resolución correspondiente en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento y pagará intereses moratorios a partir del día en que quede ejecutoriada la sentencia de primera o segunda instancia o del auto que apruebe la liquidación, debidamente aprobada y ejecutoriada."

1.2. Hechos Jurídicamente Relevantes.

Los supuestos fácticos de la acción ya referenciada, son los que a continuación se sintetizan:

1.2.1. OSMAR ESNEIDER ESPINOSA, un joven campesino natural del municipio de San Andrés de Cuerquia – Antioquia, que velaba por su familia materna y su hijo menor, el día 25 de febrero de 2005 fue retenido por miembros del Ejército Nacional apostados en un reten ubicado en la vía que desde esa cabecera municipal conduce a la vereda "La Cordillera" su lugar de residencia.

1.2.2. Al parecer, cuenta el genitor de la litis, que la fuerza pública tenía información respecto a que Osmar Esneider presuntamente pertenecía a alguna facción del grupo subversivo –FARC-, lo que motivó su retención.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

1.2.3. Al día siguiente de su privación de la libertad se reportó oficialmente por el Ejército Nacional la baja, dentro de un "combate". del señor Espinosa, producido con una cuadrilla de la guerrilla de las FARC, y ocurrido en el perímetro rural del municipio de Toledo - Antioquia.

1.2.4. Dados los antecedentes sociales y familiares de Osmar Esneider, además de las extrañas circunstancias en que se produjo el hecho de su muerte, es que se atribuye, por parte de los demandantes, la comisión de un daño antijurídico por parte de la Administración, pues se reporta un grave deterioro material e inmaterial a su familia, fuente del reproche que por esta vía se intenta.

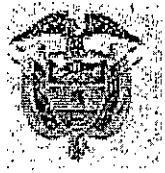
1.3. Premisas normativas.

La parte demandante deja recaer la súplica reparatoria que inserta en el libelo introductorio a la litis, en la normativa ínsita en los artículos 86, 127, 132-10, 137, 141, 149, 150 y 206 del Decreto 01 de 1984; y en las disposiciones contenidas en los artículos 16, 29 y 45 del Decreto 2304 de 1989.

2. Historia procesal.

El expediente fue asignado el día 20 de febrero de 2007 (fl. 38) al Despacho del Doctor RAFAEL DARÍO RESTRO QUIJANO, quien se desempeña como Magistrado de este Tribunal, instructor que a través de auto con data del 16 de abril de esa misma anualidad dispuso la inadmisión del dossier tras el hallazgo de algunos defectos formales, los que subsanados posibilitaron su admisión (fl. 44).

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.



744
RW

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Una vez trabada la litis, se ordenó la apertura del período probatorio por medio del interlocutorio de fecha 5 de octubre de 2007 (fl. 62), disponiéndose el decreto de los medios suasorios impetrados por las partes, y advirtiéndole que la prueba documental aportada sería apreciada en su valor legal.

A través de decisión de data 5 de noviembre de 2008 (fl. 96), se corrió traslado a los sujetos procesales con el fin de que ejercitaran su derecho a presentar alegaciones finales, luego de lo cual, ingresó al Despacho para la emisión del fallo correspondiente. (fl. 130 Vto.).

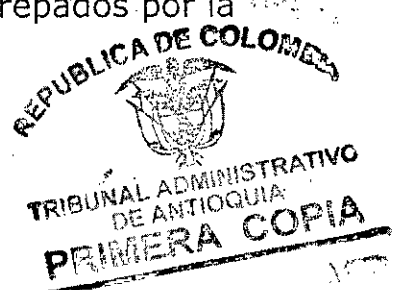
Finalmente, dada la creación de ésta Sala de Descongestión para el Tribunal Administrativo de Antioquia, según el artículo 4 del Acuerdo No. PSAA11-8419 de agosto 1 de 2011, emanado del Consejo Superior de la Judicatura, en su Sala Administrativa, con continuidad para esta anualidad a través de la disposición contenida en el Acuerdo PSAA11-8951 del 9 de diciembre de 2011, el expediente fue seleccionado y remitido a ésta Sección para dictarse sentencia, a lo que se procede enseguida.

3. Posición de la entidad demandada.

Quien agencia los intereses procesales de la Nación, en su escrito de réplica frente a la pretensión procesal, luego de atenerse a la prueba de los hechos, esbozó la teoría de la ausencia de responsabilidad bajo el imperio de una de las causales previstas por la doctrina y la jurisprudencia para enervar la posibilidad de imputación.

Adicionalmente se opone a la tasación de los perjuicios increpados por la parte actora.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.





REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

4. Alegatos de conclusión.

Las partes enfrentadas en la litis hicieron uso de su posibilidad procesal de alegación final, lo que se surtió en el siguiente orden:

4.1. La parte demandante.

Quien dio vida a la litis, dentro de un escrito que representa el trasunto de su formulación inicial, una vez más esbozó su hipótesis de responsabilidad estatal bajo el análisis particular de la prueba obrante en el plenario, especialmente bajo el apoyo de la prueba documental y testimonial, de la que deduce la actuación irregular de la fuerza pública, a quien le atribuye la retención de la víctima previa a los hechos.

Se arguye además que la prueba técnica recogida dentro de la actuación permite inferir que la víctima nunca se enfrentó a los miembros del Ejército Nacional.

Adicionalmente le resta credibilidad a la tesis oficial, según la cual el pelotón se habría dirigido en compañía de la víctima hasta un sector donde, supuestamente, se emboscó a la tropa, pues la experiencia indica que ese no es el procedimiento táctico adecuado.

Así mismo se pone en duda la legitimidad de la aprehensión de la víctima y del destino que dio al capturado, pues se arguye que la información recogida dentro del juicio contencioso determina que inmediatamente se produjo ese hecho, la tropa desapareció del lugar donde había instalado el reten.

Al final, se crítica con entereza la versión expuesta por la fuerza pública, según la cual habría huido el retenido en el momento del presunto

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

7 145
P W

ataque y, especialmente, en la forma como se lo presentó luego como el agresor, ya que el protocolo de necropsia demostró que incluso estaba atado en sus manos.

En suma se aduce la falla de la administración representada en este evento por la Fuerza Pública, pues el uso de las armas se comprueba como innecesario, excesivo y carente de legitimidad, tesis que se soporta en varios pronunciamientos emitidos por la máxima corporación de esta jurisdicción.

Al final aunque anuncia la presentación de más elementos de convicción, físicamente no se registró ninguna exhibición documental dentro del proceso.

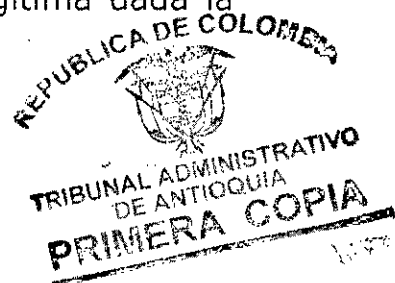
4.2. El Ejército Nacional.

La Nación, a través de su apoderada judicial, esta vez con mayor tino se opone a los hechos que dan sustento a la pretensión, pues alega "Culpa exclusiva y determinante" de las víctimas.

Para dar sustento a dicha afirmación, se hace una reconstrucción probatoria de los elementos documentales provenientes de la jurisdicción penal militar, material que, según la visión de la resistente procesal, auspicia su tesis de ausencia de responsabilidad.

En definitiva se arguye que se probó la participación determinante de la propia víctima en el resultado negativo de su muerte, a quien se le endilga ser el agresor de la fuerza pública, pese a la extraña situación que rodeo el suceso, la que, en todo caso, se estima legítima dada la

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.





REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

presunta aceptación del aprehendido respecto a la participación que se le imputó dentro de la subversión.

Al final, con apego a la información oficial, a la incautación de un arma de fuego y, de contera, al resultado positivo de la prueba de absorción atómica practicada al aprehendido y dado de baja, se solventa el pedido de absolución con cimiento en la tesis de la "culpa exclusiva de la víctima".

5. El ministerio público.

El Agente del Ministerio Público, no hizo uso de la posibilidad de alegar al final de la contienda procesal, por lo que inane se hace cualquier asimilación.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

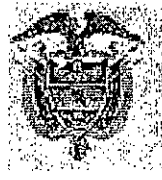
De manera preliminar, la Sala de detendrá en el estudio de los fundamentos procesales de la pretensión procesal, así:

1. PRESUPUESTOS PROCESALES DE EFICACIA Y VALIDEZ.

En todo proceso contencioso administrativo deben reunirse una serie de presupuestos **procesales** y **materiales** para poder proferirse una sentencia de fondo².

1.1. Los Presupuestos Procesales, son aquellos que permiten el nacimiento válido y normal del proceso, que habrá de culminar con la sentencia de fondo, y se clasifican en **los presupuestos de la acción**, que son los requeridos para el ejercicio del derecho de acción; los

² Betancur Jaramillo, Carlos; Derecho Procesal Administrativo, Ed. Señal Editora, 6ª ed. 2002 Pág. 141.



9 1916
Rw

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

presupuestos de la demanda, también llamados presupuestos previos, que son los que permiten su admisión; y, los **presupuestos del procedimiento**, que son aquellos que se van observando en el transcurso del proceso.

Para el caso de la pretensión de reparación directa, los presupuestos procesales son los siguientes:

1.1.1. Los presupuestos de la acción, se refieren a aquellos requisitos indispensables para acusar la responsabilidad administrativa que se pretende; y son para este tipo de acciones, la de reparación directa, básicamente: *i)* capacidad jurídica y procesal del demandante para actuar; *ii)* la no operancia de la caducidad de la acción.

Según lo dispuesto por el artículo 136 numeral 8 del Código Contencioso Administrativo, la acción de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa, según el caso.

En el *sub Júdice*, se vislumbra sin dificultad que la acción se ha intentado en término hábil, en la medida en que el hecho negativo reportado ocurrió el día 25 de febrero de 2005, y la demanda se presentó antes que transcurrieran dos años contados desde ese momento (fl. 37)

1.1.2. Los presupuestos de la demanda, son los requisitos que deben ser estudiados por el juez para ordenar la admisión de la demanda: *i)* presentación de la demanda ante el funcionario competente de la jurisdicción contenciosa administrativa; *ii)* capacidad jurídica y procesal del demandado para comparecer al proceso; y *iii)* cumplimiento de los

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
 RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
 SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
 SALA QUINTA DE DECISIÓN

requisitos formales exigidos por la ley, y la presentación de los anexos obligatorios.

La Sala es competente para conocer de la controversia, teniendo en cuenta la regla de competencia ínsita en el artículo 82 y siguientes del CCA.

1.1.3. Y finalmente, los presupuestos del procedimiento, hacen referencia a los requisitos que deben cumplirse para conformar la relación jurídico procesal y que regulan el desenvolvimiento del proceso hasta el fallo, son: *i)* la notificación personal al demandado, los traslados de rigor y la fijación en lista; *ii)* que se haya decidido la solicitud de suspensión provisional, en el auto admisorio de la demanda, o en el auto admisorio de la corrección, según el caso, y en los eventos en que aquella procede; *iii)* que se hayan cumplido a cabalidad los trámites procesales señalados en la ley, con sujeción a la vía apropiada (ordinaria o especial); y *iv)* que no exista causal de nulidad que afecte en todo o en parte al proceso.

Así las cosas, cumplidos todos los presupuestos necesarios para la convalidación de lo actuado, sin que, por demás se avizore causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a emitir el fallo de fondo deprecado.

2. El Problema Jurídico Principal.

Corresponde a la Sala decidir si le asiste razón al la parte demandante al clamar la condena en contra de *la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, por los hechos ocurridos entre el día 25 de febrero de 2005 y el 26 de ese mismo calendario, cuando sus agentes, en servicio activo y con armas de dotación, propiciaron la muerte del civil OSMAR ESNEIDER ESPINOSA, a quien previamente se le sometió a través de la captura administrativa.*

RADICADO: 2007-00371
 ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
 DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
 DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

747
2
EIN

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

2.1. Problemas Subordinados

Como problemas asociados, en punto a la definición del principal, tenemos:

- Por una parte, se deberán reconstruir las exigencias normativas y jurisprudenciales que delimitan el vértice de la responsabilidad extracontractual del Estado, y, por supuesto, verificar su presencia en el *sub lite*.
- Igualmente deberá definirse el régimen de imputación jurídica operante, en casos como el que se debate, donde aparece en discusión la producción de un daño derivado del manejo excesivo y desproporcionado de las armas de fuego de dotación oficial y, de contera, del desapego hacia los deberes constitucionales y legales.
- Adicionalmente, será menester definir el *onus probandi* en punto a los hitos basilares de la responsabilidad estatal que se disputa en concreto, y en cabeza de quien operaría, conforme a su ubicación en la litis y al régimen jurídico aplicable.
- En seguida, se deberá detener la Sala en el estudio de la verdadera naturaleza jurídica del postulado de la eximente de responsabilidad dentro del régimen de responsabilidad del Estado y, en concreto, el evento planteado de "**la Culpa exclusiva de la víctima**".
- Se confrontará, además, la tarea integral del Juez de lo contencioso administrativo en eventos en los que, como en éste, se denuncia la violación de los DDHH.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

- Se hará una aproximación conceptual, en cumplimiento de la tarea pedagógica, respecto de las funciones de policía judicial y la reserva que el marco jurídico superior impone a cualquier autoridad, frente a la afectación de derechos fundamentales como la libertad y, por supuesto, la vida.
- Se arribará, posteriormente, al foco de la valoración probatoria en este evento preciso, con un detenido estudio de la prueba indiciaria, previa su conceptualización, que será el medio privilegiado dentro del análisis.
- En última etapa, se reconstruirá la prueba indirecta y, en asocio con la directa, se permitirá otorgar la valoración conclusiva, para lo cual se exteriorizará a través del test lógico-argumentativo de *la probabilidad lógica prevaleciente* la ponderación en sana crítica efectuada por esta Corporación, y la explicación del por qué se escoge la tesis de responsabilidad y no la de ausencia de la misma.
- Adicionalmente, se develará el ámbito de restablecimiento del derecho en materia de violación de DDHH, delimitado por la doctrina de los organismos internacionales destinados para su defensa, normas que como se verá, hacen parte del bloque de constitucionalidad (Art. 93 CP).
- Al final, en caso de prosperar la pretensión procesal, luego del examen de los presupuestos basilares que solventan el juicio de reproche administrativo, se determinará la procedencia y tasación de los perjuicios irrogados.

3. LA TESIS DE LA SALA.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.

1748
2

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Desde ya se anuncia que la hipótesis que se sostendrá argumentativamente por esta Sala se concreta **en la evidente responsabilidad administrativa que se asienta sobre la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, pues sus agentes, en medio de la ejecución del servicio, de manera injustificada, se abrogaron funciones de policía judicial que le están vedadas, en la medida en que capturaron e interrogaron a una persona que aprehendieron sin ninguna autorización judicial y, como si fuera poco, finalmente le produjeron la muerte, dentro de un ardid, como se verá, en la medida en que no existe prueba de la existencia del presunto combate, tesis de defensa a la que apega la Nación.**

A continuación se desarrollará temáticamente la tesis expuesta, *ex ante* atender la conceptualización del tema, imprescindible para arribar concretamente al análisis probatorio, tal y como sigue:

3.1. De la responsabilidad del Estado.

Es preciso definir el marco normativo y jurisprudencial del tema planteado como problema principal, para arribar como en efecto se hará, a la valoración jurídica y probatoria del mismo, veamos:

3.1.1. Marco Normativo.

Todos los asuntos de responsabilidad del Estado (contractual y extracontractual) deben ser desatados bajo la luz del Art. 90 Superior, que es el principio general sobre el tema, y que allanó el camino dadas

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

las teorías que hasta 1991 se habían elaborado con criterios de agrupación casuística³. Obsérvese el mandato constitucional:

"...Art. 90.- El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas..."

Bajo este precepto constitucional, se impone entonces la necesidad de determinar, de forma basilar, los siguientes presupuestos: **i)** que el daño sufrido por la víctima haya sido causado por la entidad demandada, **ii)** que le sea imputable a dicha entidad, y **iii)** que tenga el carácter de antijurídico; que doctrinariamente se han resumido en dos: la imputabilidad (fáctica y jurídica) y el daño antijurídico.

De esta forma es preciso articular que, el régimen de imputación de la responsabilidad extracontractual en Colombia **es predominantemente objetivo**. Empese ello no obsta para que en algunos escenarios su verificación se surta sobre elementos subjetivos, como Vgr. en el caso **de la falla del servicio probada**, aplicable cuando se enlista en la demanda una presunta prestación defectuosa del servicio, o la omisión de la administración en el cumplimiento de su deber, como vértice de la pretendida declaratoria de responsabilidad, tópico que en capítulo siguiente será objeto de revisión particular.

De lo anterior se extracta, sin dificultad, que el actor debe probar, en términos generales, la ocurrencia del daño antijurídico, cómo la administración se refuta generadora del mismo y por qué jurídicamente le es atribuible. Como correlato habrá de decirse, entonces, que la administración sólo puede exonerarse probando que el hecho no lo produjo, o que fue producido *exclusivamente* por una causa extraña.

³ Cfr. C.E. Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2000. Expediente 11.878, M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA -- EJÉRCITO NACIONAL.

749
21
P. V.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

3.1. 2. Del título de imputación jurídica.

Sobre este punto, y con el fin de tomar una postura sobre el régimen aplicable al *sub lite*, es preciso citar la jurisprudencia del Consejo de Estado, que retoma a su vez la posición dominante sobre el tema del uso inadecuado de la fuerza y las armas, donde logra diferenciar los casos en que opera el régimen de la "falla probada", como en éste, de los que conciernen al "riesgo excepcional", dispuesto para sucesos accidentales en su manejo. Véase:

"...Cuando se debate la ocurrencia de un daño proveniente del ejercicio de una actividad peligrosa, como lo es la manipulación de armas de dotación oficial, el título de imputación bajo el cual se resuelve la controversia es el objetivo de riesgo excepcional; sin embargo, cuando se advierte que el daño no se produjo accidentalmente sino, por un mal funcionamiento de la Administración, ello se debe poner de presente y el título de imputación bajo el cual se definirá el litigio, es el de falla del servicio. En aras del cumplimiento del deber de diagnóstico y pedagogía que tiene el juez al definir la responsabilidad del Estado y, a fin de que éste pueda repetir contra el agente que dolosa o culposamente produjo el daño, en caso de ser condenado a la correspondiente reparación..."⁴
(Subraya fuera del texto original)

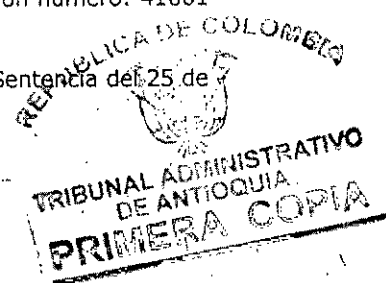
Ahora, la Sala no desconoce que la Jurisprudencia del órgano límite de la Jurisdicción⁵, ha definido que en caso de "persecución de delincuentes", el régimen apropiado es el del "daño especial", lo que se ajustaría a la teoría suministrada por la parte demandada.

Es importante entonces realizar un juicio de adecuación, el que ubica como residuales a los regímenes objetivos, **privilegiando en todo caso el subjetivo - falla-**, pues permite además de materializar el

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Bogotá D.C., agosto dieciséis (16) de dos mil siete (2007). Radicación número: 41001-23-31-000-1993-07585-01(30114)

⁵ Por todas: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 25 de febrero de 2009, expediente 16.173, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.





REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

papel pedagógico que le incumbe al Juez Contencioso Administrativo, que la Nación, en los eventos que resulte condenada, repita contra sus agentes cuando obraron de manera negligente o dolosa (Inciso 2o del Art. 90 Superior).

Bajo estas previsiones, el título de imputación jurídica que debe guiar el análisis jurídico que se intenta, no es otro que el de la *“falla del servicio”*, pues como se explicará con suficiencia, aparece la prueba de un uso desproporcionado de las armas oficiales, sin que aparezca con suficiencia la prueba del presunto enfrentamiento armado.

3.1.3. Del Nexo de Causalidad, el Daño Antijurídico y el concepto de Imputación Normativa.

Corresponde a la idea de causalidad adecuada, la condición natural en el curso habitual de las cosas y según la experiencia de la vida, capaz de producir el efecto que se ha realizado⁶.

El tema del nexo de causalidad entre el hecho (acción u omisión), que se predica fue producido por la administración, y el daño antijurídico, no es entonces un asunto sencillo, ni se prueba de manera sumaria, **ni mucho menos opera como una “presunción”**- se itera-, de ahí que deba distinguirse el verdadero significado del régimen formulado y los presupuestos necesarios que involucran la carga de la prueba del demandante, y por otro lado, comprender en qué casos y frente a qué elementos está exento de prueba.

⁶ LE TOURNEAU, Prilleppe. “La Responsabilidad civil”, Editorial Legis, Bogotá D.C., Traducción de la primera edición 2003, pág. 82.

150
P. U. S.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Sobre el punto resulta particularmente ilustrativa la apreciación del máximo Juez de lo Contencioso Administrativo, cuando expone:

" Nótese pues, que en punto de la prueba de la causalidad, por lo menos recientemente, esta corporación ha aludido a "un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante" respecto de los presupuestos del artículo 90 de la carta política - dentro de los que se encuentra la causalidad-, pero no ha aludido a una presunción de causalidad, o si se quiere de responsabilidad, en virtud de la cual pudiera corresponder al demandado y no al demandante, la carga probatoria en cuestión..."⁷ (se ha subrayado por la Sala).

Así las cosas queda claro, a no dudarlo, que el actor debe probar en definitiva el nexo causal entre el hecho que se cuestiona fue el producto de la administración y el daño por el cual se reclama la reparación, - se reitera- sin que interese a tal efecto la determinación de algún componente subjetivo.

Igualmente, partiendo de la hipótesis anterior, está claro que la exoneración de la responsabilidad que se endilga al Estado sólo se produce cuando se prueba la concurrencia de una causa extraña, entendida ésta como fuerza mayor o el hecho exclusivo de la víctima o de un tercero⁸, de lo que se infiere lógicamente que si el figurante no cumple con la prueba de los tres primeros no podrá declararse judicialmente la prosperidad de su pretensión; y de igual forma, existiendo prueba de ello, el Estado no podrá pretender exoneración si no prueba la causal de ausencia de responsabilidad, lo que se identifica con la carga de la prueba o *onus probandi*, que cada parte deberá afrontar en el proceso contencioso de reparación directa.

⁷ Consejo De Estado, sentencia del 16 de agosto de 2006, radicado 14.957, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
⁸ HERNANDEZ Enríquez, Alier E. Y FRANCO Gómez, Catalina "Responsabilidad Extracontractual del Estado" Ed. Nueva Jurídica; 2007; pág15.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Para corroborar la posición jurisprudencial sobre este tópico y concretamente sobre la exigencia probatoria a la que se alude, además de ser un buen compendio del argumento que se ha venido desarrollando, resulta pertinente transcribir el siguiente aparte:

*"... Así las cosas, en el caso objeto de análisis, la Sala encuentra que el elemento de imputación fáctica necesario para predicar en cabeza de la administración pública responsabilidad, no se encuentra demostrado, sin que para ello influya el régimen de imputación jurídica aplicable al supuesto de hecho, esto es, bien subjetivo (falla) u objetivo (riesgo excepcional, daño especial, etc.); **lo anterior, como quiera que tanto en los regímenes objetivos como subjetivos es requisito sine qua non que la parte actora demuestre plenamente la ocurrencia del daño antijurídico, así como el nexo que vincula ese perjuicio con la actuación de la administración;** la diferencia entre uno u otro régimen – subjetivo y objetivo- estriba, simplemente, en que en el segundo (objetivo) no juega el papel culpabilístico con que haya actuado la administración pública, es decir, no se torna en requisito indispensable la demostración de una falla del servicio (culpa), para configurar la responsabilidad..."⁹(Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Queda claro, en definitiva, que es inexcusable la prueba de la relación causal, la que no está amparada por ninguna presunción, tarea que se convierte en el centro de la discusión probatoria en cada caso en el que aparece, de una parte la reclamación del particular, y, de otra, la presunta actuación lesiva de la Administración, claro está, además de los presupuestos adjuntos en cada evento (daño, riesgo y falla en caso de consentirse en ese último título).

Así mismo, es evidente que el daño por el cual se ejerce la solicitud, no desmerece en su entidad ya que el mismo no es de cualquier tipo, sino que debe ser "**antijurídico**" para generar la responsabilidad de la administración pretendida, concepto que para la doctrina autorizada

⁹ Consejo de Estado, sentencia del 31 de mayo de 2007, radicado 16.898, M.P. Enrique Gil Botero.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.

751
R 26

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

merezca especial detenimiento en cuanto a sus elementos configurativos; en efecto se ha dicho:

"...La primera precisión que hay que formular al respecto es que el concepto jurídico de lesión difiere sustancialmente del concepto vulgar de perjuicio. En un sentido puramente económico o material se entiende por perjuicio un detrimento o pérdida patrimonial cualquiera. La lesión a la que se refiere la cláusula constitucional y legal es otra cosa, sin embargo. Para que exista lesión en sentido propio no basta que exista un perjuicio material, una pérdida patrimonial; es absolutamente necesario que ese perjuicio patrimonial sea antijurídico, antijuridicidad en la que está el fundamento, como ya anotamos, del surgimiento de la obligación reparatoria.

"...A esta primera precisión debe seguir inmediatamente otra, a saber: la antijuridicidad susceptible de convertir el simple perjuicio material en una lesión propiamente dicha no deriva, sin embargo, del hecho de que la conducta del autor de aquél sea contraria a Derecho; no es, en consecuencia, una antijuridicidad subjetiva. Un perjuicio se hace antijurídico y se convierte en lesión resarcible siempre que y sólo cuando la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo; la antijuridicidad del perjuicio es, pues, una antijuridicidad referida al perjudicado..."¹⁰ (Subrayamos)

Bajo este entendido, no cabe duda que la antijuridicidad no es un concepto que estribe en la conducta ilegal de la administración. No. Es un componente referido en exclusiva al perjudicado, de ahí que lo que se predica como antijurídico es que aquél no está obligado a soportar esa *lesión* en ese caso preciso.

Dentro de esta línea, la Corte Constitucional ha adoptado idéntica conceptualización del tema, véase:

"...El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio

¹⁰ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y RAMÓN FERNANDEZ, Tomás. Curso de Derecho Administrativo. II. Reimpresión de la novena edición 2008. Thomson Civitas. Madrid 2008. Pág. 378 y 379.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

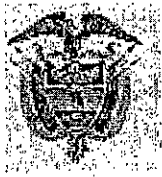
Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública...¹¹

Para finalizar, es preciso recalcar, entonces, que el llamado "**Nexo Causal**", concepto estrictamente óntico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, no debe ser confundido con el análisis de imputación, ya que éste supone, *prima facie*, un estudio en términos de atribuibilidad material (*imputatio facti* u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar (acción u omisión), que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es en estricto sentido jurídico porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como **imputación**.

De lo anterior se sigue que la denominada "*imputatio iure*" supone, *ex ante*, establecer el fundamento de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, siendo ese el escenario en que intervienen los títulos de

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C.-333 de 1996. Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Santa Fe de Bogotá, Primero (1º) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

imputación que corresponden a los diferentes sistemas o regímenes de responsabilidad que tienen cabida, tal como lo ha explicado la jurisprudencia nacional¹², en el artículo 90 de la Constitución Política.

En términos llanos, aunque el daño es producido por la acción u omisión de un agente, es decir, se da como producto de la relación entre dos hechos, eso hace parte de una regla de derecho (explicación normativa del hecho), que es la expresión de la "imputación", empero no de causalidad (hecho fenoménico); de ahí que la imputación, aún vinculando datos naturalísticos, no puede ser confundida con la causalidad propiamente dicha, donde los sucesos redundan aún sin ninguna explicación normativa.

La diferencia entre la causalidad y la imputación, en los términos de Kelsen y Cossio, se pone de manifiesto en la relación entre la condición y la consecuencia: en la ley de la naturaleza se designa a la condición como causa y a la consecuencia como efecto; pero no interviene ningún acto humano o sobrehumano. En la ley moral, religiosa o jurídica la relación entre condición y consecuencia se establece por actos humanos o sobrehumanos.¹³

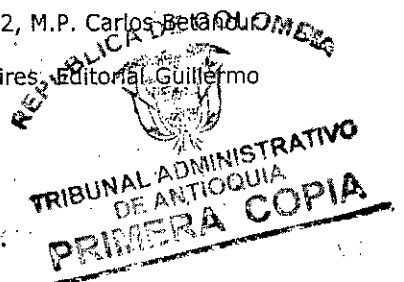
3.1.4. Del papel del juez de lo contencioso administrativo frente a la violación de los derechos humanos.

No puede la Sala desaprovechar este espacio conceptual previo al estudio del caso concreto, para destacar de manera general la fuerza vinculante de los instrumentos normativos, internos y externos, que imponen la protección de los derechos inherentes a todo ser humano,

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 12 de 1993, expediente 7622, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹³ Kelsen - Cossio, problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda. 1952. Pág. 22.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.





REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

concretamente por quienes tenemos la delicada misión de encarnar la defensa institucional de los derechos fundamentales que en el Estado Constitucional y Social de derecho se han prodigado a favor de la persona humana, tal y como desde el primer artículo de la Carta Política se impone éticamente, **lo que se traduce en una obligación ineludible para las autoridades de la República, dado el mandato ínsito en el artículo 2º de ese mismo texto superior.**

En efecto, con la entrada en vigencia de la constitución de 1991 Colombia se inscribió la Nación dentro de un programa personalista, demócrata y social, en el que prima la dignidad humana¹⁴ sobre cualquier otro valor superior y, de paso, se adhiere a la sistemática internacional que propugna por esos mismos fines. (Art. 93 C.P. – 214-2- Ejusdem.).

Lo anterior significa, que en nuestro caso, el Juez de lo Contencioso Administrativo adelanta un doble cometido: el primero, es elaborar el diagnóstico de las falencias en que incurre la administración a través de sus agente; y el segundo, no por ello menos importante, una labor de pedagogía¹⁵ para que aquellos no vuelvan a presentarse, especialmente cuando involucra una grave desatención respecto de los derechos humanos y la dignidad de la persona humana, por lo que este espacio cobra valía dentro del juicio que se adelanta, y que en el contexto internacional hace parte del derecho complejo correlativo de las víctimas a la **verdad, justicia, reparación y no repetición**¹⁶.

Bajo esta previsión cabe recordar entonces que “la vida y la integridad personal” no es sólo un derecho inalienable en el ordenamiento jurídico

¹⁴ Artículos 1, 2, y 89 C.P.

¹⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, radicado 16.576, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁶ Postulado reiterado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente en los casos “Barrios Altos vs. Perú” y “Bulacio Vs Argentina”.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

153
R-20

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

interno¹⁷, sino que se reconoce como inviolable en instrumentos internacionales como Vgr. la Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual Colombia es Estado parte desde el 31 de julio de 1973¹⁸ y de muchos otros instrumentos que a través de la teoría del bloque de constitucionalidad (Art. 93 y 214-2 Superiores.) cobran vinculatoriedad, al haber sido avalados por el Congreso de la República.

Bajo esta apreciación sucinta, es claro que ante su desatención - la de los derechos humanos-, el Estado colombiano incumple no sólo el mandato del constituyente primario, sino sus compromisos internacionales, de ahí que pueda ser objeto del reproche supranacional y de condenas emanadas por los tribunales constituidos por la comunidad internacional para el efecto, como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos en éste hemisferio, para citar sólo uno.

Es palmario concluir entonces que, en su tarea, el Juez de lo Contencioso Administrativo no puede perder de vista ese compromiso transnacional de protección a los valores básicos de toda persona, y con ello, en caso de responsabilidad del Estado, severamente, además de condenar a la reparación de los daños cometidos por los agentes estatales, contribuir con su pedagogía y la corrección de esa leve violación, que es el matiz que en definitiva se le imprime la Corporación a este fallo.

3.1.5. Del bloque de constitucionalidad y del sistema de fuentes en Colombia ("nuevo derecho").

Dentro de la moderna lectura que se ha impulsado por el propio interpreta de la Norma fundamental, refulge la intrincada dinámica que

¹⁷ Art. 12 Superior.

¹⁸ Aprobada por la Ley 16 de 1972.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.





REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

propició la Carta Política del 91 en ese sentido, es decir, la preceptiva superior que, desde hace ya dos décadas, varió de una manera clara el sistema de fuentes del derecho "cerrado" que postulaba la Constitución de 1886, por uno de corte "abierto", que se ha dado por denominar contemporáneamente "*nuevo derecho*", aunque de "nuevo" no tiene mucho, pues sus bases ya estaban dadas en los postulados del *ius naturalismo* clásico.

Ciertamente, hoy se cuenta con una triada jurídica que permite integrar las fuentes del derecho aplicables en Colombia, más allá de la norma escrita, la que descansa en los siguientes hitos:

- ✦ El primero de ellos es la promulgación de la Constitución Política que entró en vigencia en 1991, que ha sido reconocida y valorada como pluralista, incluyente y progresista; en efecto, adoptó el Estado Social de Derecho como modelo ideológico y fórmula política; incluyó las minorías raciales e indígenas que antes eran conocidas sólo por los antropólogos y se contaban, si acaso, en las estadísticas; consagró la libertad de cultos y creó instituciones como la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura y la Defensoría del Pueblo. Adicionalmente, y como uno de los principales cambios (sino el más), la Constitución creó una jurisdicción independiente (la Constitucional), a cuya cabeza ubicó una nueva institución a la que le corresponde guardar su integridad y supremacía. La Corte Constitucional pertenece a la rama judicial del Poder Público y es la intérprete autorizada de la Constitución.

Es aquí donde reside el verdadero cambio en las fuentes del derecho, pues ya no se agota en el texto de la "ley", sino que es dable de manera concreta que el Juez interprete ese texto legal, valore y

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

754
RW

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

pondere frente a los "principios", mandatos de optimización que son el equilibrio entre el texto rígido de la norma y las necesidades cambiantes de la sociedad, el caso concreto.

Ahora, dentro de esa nueva perspectiva jurídica aparece como verdadera innovación el reconocimiento constitucional de normas y principios "supranacionales", los que a través de la figura del bloque de constitucionalidad (Art. 93 de la C.P.), para el caso de los Derechos Humanos - DDHH-, operan de manera vinculante dentro de nuestro contexto; así como para el evento de la reglas del Derecho internacional Humanitario - DIH- (Numeral 2º. del art. 214 Superior.), cobrando obligatoriedad en cualquier evento también.

De suerte que, el juez está, hoy, obligado a confrontar la vigencia de las normas internas y externas que se acoplen a la decisión de cada caso concreto, de ello no hay duda.

- La Segunda fuente nutricia de este cambio en el paradigma rígido anterior, se traduce en la noción del "precedente", práctica constitucional que ya es una realidad jurídica de carácter vinculante y, con ello, el medio a través del cual se ha ampliado el catálogo de derechos humanos reconocidos a través de la carta (fundamentales) y en especial de "garantías" para lograr su materialización y el mandato "social de derecho". Ello supone por supuesto, un nuevo rol para el juez, quien ya no debe sólo interpretar y aplicar el texto normativo, sino que debe estar atento a la jurisprudencia, ceñirse a sus postulados y sólo apartarse de ella, cuando aparezca alguno de los motivos "legítimos" para hacerlo, que son sólo los que ha recabado el propio Tribunal Constitucional, como Vgr. la disanalogía,

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

la confusión entre "*ratio decidendi*" y "*obiter dictum*", o la indeterminación jurisprudencial previa.

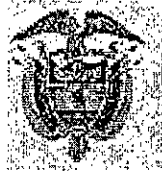
- ✦ Finalmente, el tercer eslabón, dentro del conjunto de las categorías que abarca la comprensión de este "nuevo derecho" o "neoconstitucionalismo", se contrae a los desarrollos teóricos en punto a dotar de herramientas prácticas de aplicación y sustentación (argumentación) de ese texto fuertemente sustantivo de la nueva carta y la práctica jurisprudencial naciente, como Vgr. la teoría de la "ponderación" desarrollada por Alexy, o el galantismo jurídico de Ferrajoli, sólo para mencionar algunos modelos epistemológicos de aplicación.

Por tanto, en la actualidad, el ordenamiento jurídico ha quedado "constitucionalizado", y ese reconocimiento ha propiciado la "apertura" del sistema de fuentes del derecho en Colombia, siendo inexcusable preestablecer la aplicación de las normas internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario, sólo para citar unos dispositivos, y del precedente mismo de las altas cortes, elementos impensados veinte años atrás, lo que se erige como el verdadero motor del cambio al que ha querido referirse concretamente esta Colegiatura, como preámbulo de la decisión que se adoptará.

4. Del caso concreto.

Adelantada, como quedó, la conceptualización jurídica de la responsabilidad que se debate, esta Corporación de inmediato abordará el análisis fáctico y jurídico de la pretensión procesal que orienta este contencioso.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.



27 155
R 30

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

4.1. De la valoración probatoria.

Esta Corporación, previa la valoración de la prueba surtida dentro del juicio contencioso, realizará las siguientes estipulaciones sobre el tema:

4.1.1. Conceptos preliminares entorno a la tamización probatoria: carga probatoria – riesgo de no persuasión.

De conformidad con lo normado en el Art. 168 del CCA, los criterios de valoración probatoria a tener en cuenta, son los que resultan compatibles y que son previstos de forma amplia en el procedimiento Civil Colombiano por remisión expresa, lo que no nos puede hacer perder de vista, por supuesto, que el referente superior es el art. 29 de la Carta Política.

Así mismo no puede desconocerse que la **"carga de la prueba"**, según el contenido ínsito en el Art. 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a esta materia, también por remisión de la propia normativa contencioso administrativa (Art. 267 del CCA), se identifica con la obligación que incumbe a las partes de probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, que es lo que la doctrina autorizada¹⁹ ha denominado **"riesgo de no persuasión"**, y que en síntesis comporta un cúmulo de reglas que a su turno habilitan al juez para resolver la incertidumbre acerca de la prueba de los hechos principales, de manera adversa a lo solicitado, esto es como si se hubiera probado su **inexistencia**²⁰.

¹⁹ Por todos: TARUFFO, Michele. La prueba. Colección de Filosofía y Derecho, Marcial Pons, Madrid 2008. Pág. 132.

²⁰ Cfr. Ob. Cit. Pág. 146.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.





REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

La carga probatoria u *onus probandi*, modernamente se asienta en una triada que opera como máxima que soporta el deber probatorio de las partes y que provienen del derecho civil clásico (Art. 1757 del C.C.), a saber:

- a) ***Onus probandi incumbit actori***: El actor tiene el deber de probar el hecho que invoca como soporte de su pretensión.
- b) ***Reus, in excipiendo, fit actor***: el demandado que contradice la pretensión del actor, a su vez, se hace demandante, ante la urgencia de probar el hecho que le sirve de excusa.
- c) ***Actore non portante, reus absolvitur***: El demandado queda exonerado de la obligación cuando, propuesta su excepción a la pretensión del actor, éste se muestra incapaz de contradecirlo, probando la vigencia de su causa.

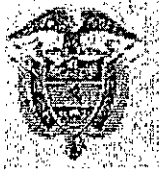
De esta dogmática, se extracta, a no dudarlo, que el **riesgo** de no probar un hecho, no es otro que el fracaso de la pretensión; es decir la parte, activa o pasiva, con su *incuria o negligencia sólo puede provocar su propio daño*²¹. Con razón Muñoz Sabaté²² apunta que *[e]n el proceso civil, el juez solo puede resolver secundum allegata et probata, lo que quiere significar que la propia parte es quien soporta las consecuencias de su inactividad, de su negligencia, incluso de sus errores, por tanto, es ella y solo ella quien debe cuidar de suministrar al juez los máximos elementos. Vigilantibus non dormientibus iura succurrunt.*

4.1.2. Del régimen probatorio aplicable al caso: el indicio.

²¹ Cfr. Goldschmidt en: Lamprera Rodríguez, Pedro Antonio. "De la prueba en el Contencioso Administrativo" Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 2010. Pág. 92.

²² Muñoz Sabaté Luis. Técnica Probatoria. Edt. Temis Bogotá. 1997. Pág. 33.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.

156
37
E.A.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

En lo que toca con la responsabilidad estatal por violaciones a los derechos humanos la tarea probatoria y, en especial, su valoración se hace más compleja, pues el presupuesto basilar de civilidad reconocido en la carta - la dignidad humana- impone un esfuerzo profundo en procura de la búsqueda de la verdad, escenario dentro del cual no ha tardado en reconocerse, por el H. Consejo de Estado, el indicio como medio de convicción preponderante²³, donde resulta relevante su correcta intelección. Por este motivo, es preciso adelantar una conceptualización del indicio, su estructura y su valor suasorio, así:

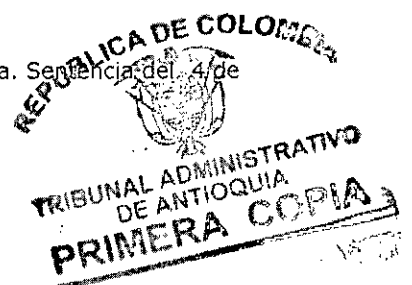
Sobre los dos primeros tópicos - el concepto de la inferencia y su valor suasorio-, ha sido pródiga la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Penal, de ahí que sea imperiosa su revisión. Advirtió el alto Tribunal en la sentencia del 26 de octubre del 2000, dentro de radicado 15.610, lo siguiente:

"Precisa la Corte que el indicio es un medio de prueba crítico, lógico e indirecto, estructurado por el juzgador a partir de encontrar acreditado por otros medios autorizados por la ley, un hecho del cual razonadamente, y según las reglas de la experiencia, se infiera la existencia de otro hasta ahora desconocido que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre los hechos, o sobre su agente, o sobre la manera como se realizaron, cuya importancia deviene de su conexión con otros acaecimientos fácticos que, estando debidamente demostrados y dentro de determinadas circunstancias, permite establecer, de modo más o menos probable, la realidad de lo acontecido.

"Los indicios pueden ser necesarios cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca, la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; y contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado. Estos últimos, a su vez, pueden ser calificados como graves, cuando entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de

²³ Por todos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 4 de octubre de 2007, expediente 15.567. M.P. Enrique Gil Botero.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.





REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador, sino de la común ocurrencia de las cosas; y leves, cuando el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece.

"De conformidad con la previsión legal sobre la prueba indiciaria, al efecto establecida por los artículos 300 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, el hecho indicador del cual se infiere la existencia de otro acaecimiento fáctico, debe estar debidamente acreditado por los medios directos de prueba (testimonio, peritación, inspección, documento, confesión); ha de ser indivisible, pues los elementos que lo integran no pueden a su vez tomarse como hechos indicadores de otros acaecimientos fácticos; independiente, ya que a partir de un hecho indicador no pueden estructurarse varios hechos indicados; si son varios han de ser concordantes, de manera que los hechos inferidos guarden armonía entre sí como partes que integran un mismo fenómeno; convergentes, es decir que la ponderación conjunta de los distintos indicios dé lugar a establecer una sola conclusión y no varias hipótesis de solución; y, finalmente, que en su apreciación, como ocurre con todos los medios de prueba, el juzgador acuda a las reglas de la sana crítica, establezca el nivel de probabilidad o posibilidad, y, en tal medida señale si son necesarios, contingentes, graves o leves, y su relación con los demás medios de prueba que obran en la actuación."

Y en la sentencia del 8 de julio del 2003, radicado 18.583, la misma Corporación, agregó:

"La valoración integral del indicio exige al juez la contemplación de todas las hipótesis confirmantes e invalidantes de la deducción, pues rechazar cualquiera de las posibilidades lógicas que puede ofrecer un hecho indicador, desestimándolo expresa o tácitamente sólo porque el juez ya tiene sus propias conclusiones sin atención a un juicio lógico integral, es 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."

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.

157

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Antes, en la sentencia del 8 de mayo de 1997, radicado 9.858, había dicho la misma Sala:

"[L]a connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador.

*"Se trata de una simple ponderación lógica que permite al funcionario judicial asignar el calificativo de **grave o vehemente** al indicio contingente cuando el hecho indicante se perfila como la causa más probable del hecho indicado; de **leve**, cuando se revela sólo como una entre varias causas probables, y podrá darle la menguada categoría de **levísimo** cuando deviene apenas como una causa posible del hecho indicado."*

De lo hasta aquí destacado sobre el indicio, elemento que se revela como fundamental en este examen probatorio, habrá que decirse que su naturaleza indica que es un medio de prueba, que tiene un vehículo, que tiene un objeto de prueba y que conlleva una valoración; de igual forma, que sus elementos son: **i) el hecho indicador**, que debe estar probado; **ii) la inferencia lógica**, que es la razonabilidad del argumento y que debe estar en grado de hipótesis y tesis, mas no de sospecha o conjetura, aunado a la lógica; **y iii) el hecho indicado**, que es la conclusión, un hecho nuevo, claro, contundente y sin dudas, que debe valorarse armónicamente con los demás indicadores, pruebas o elementos.

De igual manera se extracta de la apreciación jurisprudencial, que su valoración es una ponderación analítica, la que en caso de indicios contingentes, se aproxima al mayor grado de certeza en cuanto a su

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

número mismo aumente, o si es complejo, a mayor número de hechos indicadores. Así mismo, esa valoración dependerá de la entidad del indicio, esto es, si es grave tendrá mayor valor la prueba que se intenta, que si es leve por ejemplo, donde será su número el que aporte seguridad probatoria.

Bajo estos claros hitos que conforman la base de la responsabilidad deprecada y su prueba, es que se abordará en definitiva y como sigue el caso concreto.

4.1.3. De la tamización probatoria propiamente dicha:

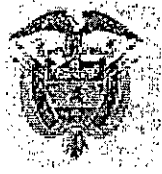
Concita definir la validez de algunos de los medios de prueba que fueron dispuestos dentro del proceso, así:

- **la prueba trasladada.**

La presencia de una copiosa prueba trasladada y, de otra parte, el ascetismo de la recabada en el proceso contencioso, impone definir la conducencia de la primera como soporte fáctico de la decisión que habrá de emitir la Sala.

Sobre la línea de decisión que se ha formado en el seno del H. Consejo de Estado, es claro que cuando la misma es solicitada por las dos partes, como en este caso²⁴, se ha admitido que pueden ser consideradas aun cuando en el proceso original se hubiesen practicado sin la citación de la contraparte y sin audiencia de aquella, pues en estos

²⁴ Cfr. A folio 84 en el punto 3. dedicado a la solicitud probatoria dentro de la contestación de la demanda.

158
23
EJ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

eventos resulta contrario a la lealtad procesal discernir de ella sólo cuando resulta desfavorable, lo que impone su admisión sin ambages²⁵.

Por tanto, la Sala valorará la totalidad de la prueba trasladada a este juicio contencioso; además, fue practicada por la justicia penal militar, por lo que de manera lógica debe asimilarse el conocimiento previo del material suasorio trasladado a este proceso por parte de la entidad fustigada.

Finalmente, dentro de esa prueba trasladada se encuentra la versión y la indagatoria de los uniformados incriminados, la que, como lo ha reiterado el órgano de cierre de esta jurisdicción, no tienen igual propiedad que el testimonio²⁶, por cuanto son manifestaciones desprovistas de la rigurosidad del juramento, lo que las aleja de la posibilidad de valoración probatoria.

▪ **Las copias simples de los documentos públicos.**

La inconducencia de la prueba, en términos, también, del profesor español Muñoz Sabaté²⁷, es la *inhabilidad o insuficiencia legal del medio probatorio*; dicho de otra forma, es la ausencia de los requisitos legales que condicionan la fuerza suasoria del elemento material de prueba.

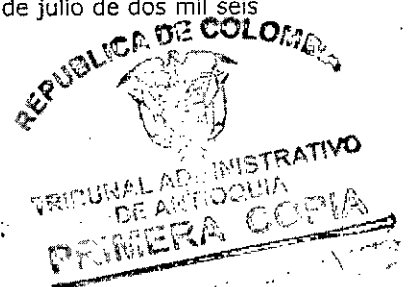
Pues bien, uno de los presupuestos que condiciona la suficiencia legal de los medios probatorios, concretamente de las copias de los documentos públicos aportados al proceso, dentro de nuestro ordenamiento jurídico,

²⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 18 de octubre de 2007, radicado 15.528, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁶ Por todas: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil seis (2006). Radicación: 19001-23-31-000-1993-06001-01(15001).

²⁷ Cfr. Ob. Cit. Pág. 13.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL





REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

es el exigido por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a este contencioso en virtud de la remisión expresa ínsita en el artículo 267 del CCA., y que guarda el siguiente tenor:

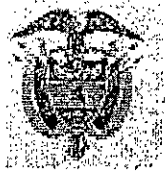
"Art. 254.- Modificado D.E. 2282/89, art. 1º, num.117. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

1. Cuando hayan sido autorizadas por notario director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.
2. Cuando sea autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.
3. Cuando sean compulsadas del orinal o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa."

Así mismo, es importante resaltar que el propia custodio de la Carta - El Tribunal Constitucional-, en sentencia C-023 de 1998, reiteró la exequibilidad del numeral segundo del artículo 254 del CPC *ut supra* transcrito, por cuanto entendió que se ajusta a los criterios de racionalidad, necesidad y proporcionalidad, ya que de no exigirse la autenticación "**resultaría imposible saber con certeza que la una o la otra corresponde al original**", al referirse a las copias simples aportadas por las partes en el curso procesal.

Por demás es de anotar que, como lo ha advertido el órgano límite de esta jurisdicción en fallo proferido dentro del proceso número 14335, los particulares no tienen la aptitud para certificar la autenticidad de las copias, debiéndose haber acudido al mecanismo de autenticar las copias ante notario, previo su cotejo con el original o copia autenticada, tal y como expresamente lo señala el numeral 2 del artículo 254 del C.P.C.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

459
E. S. Y.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Por lo tanto, al no cumplirse con dicho requisito - la autenticación-, los documentos que fueron aportados por la parte demandante en copia simple, no están en condiciones de ser un instrumento de prueba (inconducencia). Sin embargo, debe alertar la Sala, que en el traslado realizado aparecen las copias autenticas de los documentos referidos, por lo que el defecto, dentro de este contencioso, no cobrará la entidad suficiente para enervar la pretensión procesal.

Despejadas las particularidades en torno a la ponderación probatoria, la Sala emprende el análisis puntual de los elementos basilares de la responsabilidad que se increpa, atendiendo, por supuesto, las previsiones *in limine* prefijadas.

4.2. Del daño.

El daño como hecho fenoménico negativo, aún sin valoraciones jurídicas, en el presente evento, se concreta específicamente en la muerte de OSMAR ESNEDIER ESPINOSA, suceso acaeció en la madrugada del día 26 de febrero de 2005, según el reporte oficial, en el perímetro rural del Municipio de Toledo - Antioquia, a raíz de los disparos infringidos con las armas de dotación oficial, por varios miembros del Ejército Nacional que, luego de aprehenderlo, arremetieron contra su humanidad bajo la justificación de haberse enfrentado en un "combate" armado.

De modo que la Sala pasa, de inmediato, a contrastar la presencia de ese daño reportado con la prueba exhibida por la parte activa dentro de este contencioso, como sigue:

➤ **Certificado de registro civil de defunción (fl. 7)**

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.





**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN**

El deceso del señor Espinosa se confirmó dentro del expediente con el certificado que expidió la Registraduría Nacional del Estado Civil, dentro del que se corroboró ese hecho sucedido el día "27 de febrero de 2005"²⁸.

➤ **Registro civil de defunción (fl. 8)**

A través de la copia auténtica del registro civil de defunción se corrobora la información respecto del suceso negativo sobre el que se asienta la reclamación: la muerte de OSMAR ESNEIDER ESPINOSA²⁹.

➤ **Acta de inspección a cadáver (fl. 10 C. Anexo)**

Proveniente del proceso penal militar, mitita dentro del expediente la copia del acta de la diligencia de inspección a cadáver, donde se registra que el día 27 de febrero de 2005, físicamente fue reconocido el cuerpo sin vida de OSMAR ESNEIDER ESPINOSA.

Por tanto, el suceso negativo a través del cual la parte demandante reporta la generación de un daño - lesión-, como fenómeno externo, material, óntico, es evidente, pues está, sin duda, acreditado que OSMAR ESNEIDER ESPINOSA perdió su vida entre el día 25 y 27 de febrero de 2005, hecho que, por demás, ni siquiera es rebatido por la resistente procesal, por lo que inicua se torna su discusión.

Ahora, como quiera que no es suficiente la constatación del fenómeno negativo sobre el cual se edifica el juicio de reproche administrativo para dar por sentada la responsabilidad demandada, pues hace falta, como

²⁸ Aunque entre la formulación de la pretensión, la prueba documental vertida y el certificado de defunción no existe identidad en la fecha del suceso, para efectos de la responsabilidad que se debate se tomará el dato ofrecido por la fuerza pública (febrero 26 de 2005).

²⁹ Aunque en la información contenida en el folio del registro civil de defunción se asentó el nombre de "OMAR", la Sala admite que se trata de la misma persona, pues el documento de identidad que se asienta es el que corresponde a OSMAR ESNEIDER ESPINOSA.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

ya se definió ampliamente, un examen complementario: **la constatación efectiva de la falla del servicio y la determinación de la posibilidad de atribución del resultado lesivo (fáctica y jurídica) en atención a la desatención de los deberes propios del servicio**, es que, precisamente a ese examen particular, esta Sala, dedicará el espacio siguiente.

4.3. De la falla.

Para dar inicio a la presentación de las premisas que dan soporte a la tesis de la Sala, como se precisó en el capítulo dedicado a la delimitación de los fundamentos jurídicos de la responsabilidad del Estado y, concretamente, en lo que toca con el régimen de imputación jurídica aplicable, debe iniciarse por considerar que para que surja el componente "falla" debe aparecer diáfana la desatención de las obligaciones jurídicas impuestas por el ordenamiento al ente cuestionado.

Pues bien, dentro del preámbulo constitucional, con fuerza vinculante por antonomasia, se exalta particularmente que, uno de los fines esenciales del pacto³⁰, es asegurar a los integrantes de la nación, **su vida**.

Para el análisis que concierne al caso concreto, la fuerza pública, integrada por las fuerzas militares y de policía (Art. 216 Superior), conforme con el artículo 217 de la CP, tienen *como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional*. Por supuesto que, ese orden incluye el valor superior de la "vida" y otros, para nada despreciables,

³⁰ Conforme a la Teoría organicista.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
 RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
 SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
 SALA QUINTA DE DECISIÓN

como son la libertad personal y la inviolabilidad de habitación ajena, solo para mencionar algunos por vía de ejemplo.

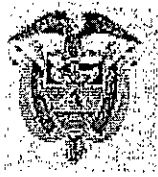
Así mismo, en el artículo 2º de la Carta se consagra el llamado principio de "eficacia" de los derechos constitucionales, de ahí que se imponga a las autoridades públicas, **incluida la fuerza pública**, la obligación de proteger los intereses fundamentales de los asociados, entre ellos, por supuesto, la vida, el bien cardinal.

Tal y como lo ha recalcado la guardiana del orden constitucional³¹, la consagración de este apotegma fundamental impone una doble obligación del Estado: por un lado, cuando los viola directamente, como cuando un agente de un organismo del Estado mata, tortura o lesiona, a un ser humano, sin justificación alguna; y dos, de manera indirecta, como responsable de la efectiva realización de los derechos consagrados en la Carta.

En Colombia, la responsabilidad que se deriva de estas dos modalidades de actuación imperfecta del Estado, es la génesis de la atribución jurídica del resultado - nexo de imputación jurídica-, cuando de atentados contra la vida humana de la población civil se trata, a través del régimen de la "falla probada", objeto de verificación en este apartado, **de ahí que no pueda confundirse, bajo ningún punto de vista el cumplimiento del deber legal**, con el desafuero en su uso, como parece entiende la apoderada de la Nación.

Ahora, dentro de esta apertura, deben considerarse fuentes vinculantes del derecho los numerosos instrumentos internacionales que prohíben el atentado directo contra la vida humana, por lo que obligan al Estado a

³¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-587 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.



R 30

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

ejercer un control efectivo sobre las autoridades en general, y en particular las Fuerzas Militares, para evitar el uso excesivo o indiscriminado de la fuerza.

Por tanto, el uso de la fuerza para cumplir los fines constitucionales, es excepcional y debe realizarse estrictamente bajo dos condiciones indiscutibles: **la necesidad y la proporcionalidad** de las medidas, por cuanto el derecho a la vida ostenta el *status* de dispositivo normativo integrante del *ius cogens* que no admite acuerdo en contrario (Art. 53 Convención de Viena).

Partiendo entonces de esta idea fundamental, que es la línea dogmática que inspira el instituto que se revisa- la falla- cuando se trata del uso indiscriminado de las armas del Estado por medio de sus agentes, huelga afirmar que en el *sub lite*, como se advirtió *in limine*, **existe la demostración suasoria suficiente de ese presupuesto necesario de la responsabilidad que se persigue**, la que se detecta bajo una combinación de pruebas directas e indirectas, empero particularmente por la presencia múltiple de las segundas, hipótesis que se sustenta de manera material, en las siguientes líneas.

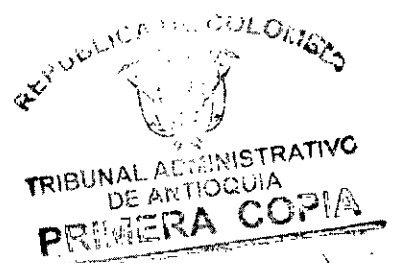
♦ **Indicadores previos de la Falla:**

- ✓ **La buena conducta social y la ausencia de antecedentes penales.**

De forma concatenada se observan sendos testimonios en los que aflora la referencia del comportamiento familiar solidario de la víctima, el buen comportamiento social y su laboriosidad³².

³² Cfr. Los testimonios arrimados a partir del folio 71 del cuaderno principal.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.





REPÚBLICA DE COLOMBIA
 RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
 SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
 SALA QUINTA DE DECISIÓN

Adicionalmente se encuentra dentro del cuaderno anexo, copia de la certificación de antecedentes librada por el DAS (fl. 361), donde se confirma que al señor Espinosa no le figuraba ningún pendiente judicial.

✓ **La actividad a la que se dedicaba la víctima con antelación al desenlace fatal.**

Adicionalmente, existen testimonios directos que nutren de información el plenario respecto a la actividad lícita a que se dedicaba Osmar Esneider, ese mismo día en que es privado de su libertad y ulteriormente "dado de baja" por miembros del Ejército Nacional, tal y como relata su novia SANDRA BIBIANA FLÓREZ MUÑOZ ante la justicia penal militar (fl. 431 -437), quien da fe de su actividad académica, laboral y de representación comunitaria, asunto que justamente hizo que ese 25 de febrero de 2005 se trasladara hasta el perímetro urbano del municipio de San Andrés de Cuerquia- Antioquia, lugar donde fue "aprehendido", con antelación a su muerte.

De este primer bloque de inferencias contrarias a la manifestación oficial, resulta ineludible confirmar que se ha probado cabalmente lo siguiente:

- ✓ Que quien resultó siendo la víctima del accionar de las armas del Estado, laboraba lícitamente en actividades del agro, en su mismo lugar de residencia; adicionalmente que se estaba preparando académicamente; y, que era un líder de la comunidad, dada la representatividad que se le otorgó en la junta de acción comunal de su lugar de residencia.



162
37
2w

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

- ✓ Adicionalmente, que su conducta social no ofrecía mácula, en la medida en que no aparece información fidedigna que lo ubique como un protagonista más del conflicto armado colombiano.
- ✓ Por último, a pesar que ante la justicia penal militar declararon algunas personas que con sus dichos intentaron vincular al señor Espinosa con la insurgencia, lo cierto es que esa información se torna deleznable por cuanto fue dispuesta con posterioridad al hecho negativo de su muerte y, por ende, no se consolidó a través del medio idóneo (una denuncia penal previa); al margen, es contundente el hecho registrado dentro del proceso respecto a que la víctima nunca reportó algún tipo de antecedente penal, por lo que su presunción de inocencia quedo incólume (Art. 29 Superior).

Así las cosas, este hecho indicado, complejo³³, permite a través de la lógica concluir que el informe oficial, en lo que toca con el vértice de la justificación, la eventual participación criminal de la víctima, dado su perfil y sus antecedentes, queda en duda.

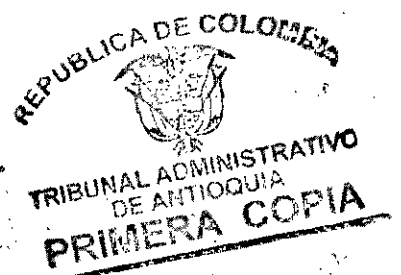
◆ **Indicadores concomitantes:**

- ✓ **La contradicción en la versión de los uniformados con respecto a la evidencia de lo ocurrido (prueba testimonial y técnica).**

Los uniformados involucrados rindieron "testimonio" ante la Justicia Penal militar, información trasladada validamente, como se precisó *ut supra*, lo que la torna conducente y eficaz dentro de la definición de este contencioso.

³³ Pues es el resultado de múltiples indicadores.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.





REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Hecha la anterior claridad, pasa la Sala a analizar, a modo de ejemplo, algunos los dichos de los uniformados, obviamente descartando las injuradas como se advirtió *ab initio*, de los cuales se extractan contradicciones e imprecisiones incorregibles, obsérvese:

- **El Soldado Profesional EDGAR GIRALDO MONCADA (fl. 335. C. Anexo"** sobre las circunstancias que rodearon los hechos, depuso:

"...Yo venía en la parte de atrás cuando escuche (sic) los disparos en la parte de adelante, fuimos hacer (Sic) el registro y encontraron a ESNEDIDER muerto con un arma..."³⁴

El mismo militar, al ser cuestionado sobre su conocimiento previo de la víctima, refiere:

"Yo no lo había visto"³⁵.

Llama la atención de la Sala la versión del testigo, pues la información oficial registró que OSMAR ESNEIDER ESPINOSA había sido aprehendido por la fuerza pública varias horas antes de producirse su muerte, situación que saca de contexto, sin justificación alguna, la manifestación hecha por el uniformado respecto a que no lo había visto antes.

Igualmente, no guarda coherencia la versión del uniformado con respecto a la versión suministrada por la tropa de los hechos, pues éste afirma que sólo estuvo de una hora a dos en San Andrés de Cuerquia, no 5 o 6 como se registró en el informe oficial; y, adicionalmente, desconoce si se dispuso un renten, versión disímil que determina una inusitada ambivalencia respecto de los hechos.

³⁴ Cfr. A folio 336.

³⁵ Cfr. *Ibidem*.

163
20
R

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Finalmente, cuando se le cuestiona sobre el tiempo que duró el supuesto enfrentamiento, aduce que fueron entre 10 o 15 minutos³⁶, término corto que riñe con lo dicho por otros uniformados, entre ellos por el comandante del contingente, quien depuso que la "batalla" duró entre 40 minutos y una hora, según ratificación bajo la gravedad del juramento que hizo de los hechos narrados en el documento oficial que suscribió (fls. 73 y ss.)

➤ **Declaración del Teniente EDWAR SAUL FONSECA CATÓLICO
(fl. 73- 77)**

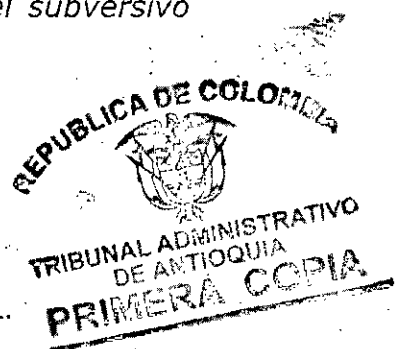
El comandante de la escuadra que tuvo a cargo el "operativo", muy al contrario de lo dicho por su subalterno, ofreció una versión dispar de los hechos. Nótese:

"El día 26 de Febrero (sic) se recibio por una fuente de información que había (sic) presencia de integrantes de las ONT (sic), en el municipio de San Andres Cuerquia (sic), me movilice (sic) hacia ese sector en Casa (sic) reten a uno (sic) oficial (...) llegue (sic) aproximadante (sic) a la 1.30 de la tarde, ordene (sic) hacer un reten a la salida del pueblo para poder dar capturada (sic) de los subversivos de la FARC (sic), tambien para encontrar unas caletas de armamento e intendencia se analizo (sic) la información y procedimos ir (sic) al sector de los Naranjos con el capturado, organice (sic) la seguridad dejando a un suboficvial y tres soldados para que bindaran apoyo, procedi (sic) a bajar a un oficial, un suoficial y sies soldados sin el capturado, cuando iba llegando a pasar el puntoe para curzar el rio (sic) se escucharon unas explosiones acompañadas de rágajas de fusil y procedi (sic) a devolverme hacia la parte alta cuando me informaron que el subservio había hidio, cuando Sali (Sic) a la parte alta donde había (Sic) dejado el (sic) personal de seguridad, verifique (Sic) el personal y el armamento y procedi (sic) a registrar de donde había (Sic) hostigado el personal de seguridad para salir de alli (sic), aproximadamente (sic) 100 (sic) metros después se encontro (sic) el subversivo muerto en una maraña (Sic)."³⁷

³⁶ Vid. Folio 337.

³⁷ Ver folio 74 del C. Anexo.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.





REPÚBLICA DE COLOMBIA
 RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
 SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
 SALA QUINTA DE DECISIÓN

De suerte que, el comandante del pelotón, admite que realizó una captura, sin orden judicial, y que "utilizó" al aprehendido para buscar una "caleta" de armamento, escenario donde se asegura que el retenido huyó, para luego de un "combate armado con enemigos ocultos" descubrirse que había sido mortalmente herido por la fuerza pública.

Pero lo que en realidad se muestra como una *sui generis* versión, es el reporte del oficial según el cual el aprehendido fue "requisado" antes de ser dirigido por la tropa hasta su destino final, oportunidad en la que no se le encontró ninguna arma, munición o explosivo³⁸, y sin embargo luego se aduce que portaba en el momento de su muerte no sólo un arma de defensa personal, sino dos granadas.

Pero ese no es el único dato sustancial, en la medida en que el mismo oficial afirma que sometió a un interrogatorio al capturado por varias horas, hasta que al final decidió acudir al sitio donde presuntamente fue guiado por el aprehendido, quien se dice admitió su participación criminal.

Se pregunta la Sala, si es que se admitiera que la información es cierta ¿cuál es la legitimidad de dicho interrogatorio?; además, ¿será que la fuerza pública en Colombia goza de funciones de policía judicial?; y más aún, ¿la policía judicial puede interrogar libremente a un capturado?; y como si fuera poco ¿puede utilizarse a una persona aprehendida para adelantar una operación táctica militar o de combate?

Bajo estos serios cuestionamientos, aparece ya la primera, de una cadena, de fallas de parte de la fuerza pública que lo único que

³⁸ Cfr. Dentro de la misma declaración a folios 75 del cuaderno anexo.

704
P 239

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

muestran es el desafuero de la función, el despropósito de sus procedimientos y la alevosía de su actuación, la que se observa como un exabrupto criminal, a no dudarlo.

- **Ahora, si comparamos la versión de los uniformados con el resultado que arrojó el protocolo de necropsia (fl. 199 -201 C. Anexo) en cuanto al número de las heridas, su entidad, y demás huellas encontradas en el cuerpo de la víctima, la contrariedad del reporte oficial no podría ser más diciente. Nótese:**

Dentro del examen médico legal dispuesto sobre el cadáver de Osmar Esneider, se reportaron heridas producidas por armas de fuego de "carga única y alta velocidad" en la cara, cuello, tórax y extremidades, que fueron las que finalmente cegaron su vida.

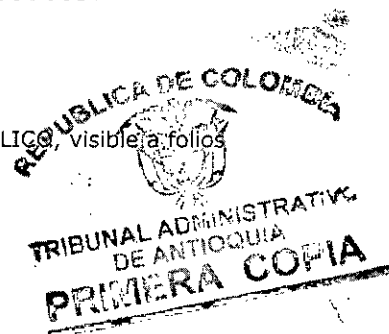
Pues bien, podría afirmarse que el número exagerado de heridas puede ser el producto de la utilización de armamento de combate, sin embargo lo que riñe con la lógica es que dos de las heridas mortales la víctima las recibió en la espalda, y, además, presentan una trayectoria "arriba hacia abajo"³⁹, lo que demuestra que todas las versiones suministradas por los uniformados son falaces.

Sin duda, los involucrados advirtieron que fueron atacados desde arriba⁴⁰, cuando se encontraban en una hondonada a la que habían descendido para buscar la "caleta", lo que sugiere que los disparos que salieron de sus armas debían presentar una trayectoria de abajo hacia arriba en el blanco, y no a la inversa como finalmente se detectó.

³⁹ Cfr. A folio 198 dentro del protocolo de necropsia.

⁴⁰ Con mayor detalle dentro de la declaración del teniente EDWAR SAUL FONSECA CATÓLICO, visible a folios 73 y siguientes del cuaderno anexo.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.





REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Esta evidente contradicción, permite descubrir que los miembros de la fuerza pública mintieron cuando ubicaron a su adversario en un plano superior, el que gracias a las huellas que dejaron sus disparos, sin ninguna anfibología, estaba en el plano inferior, es decir en clara desventaja.

Adicionalmente si los impactos tuvieron como orificio de entrada la zona "deltoides izquierda", y "el borde interno de la escápula izquierda", al rompe puede detectarse que la víctima se encontraba de espaldas cuando fue impactada; es decir, no se enfrentaba a la fuerza pública, como sugiere la información oficial.

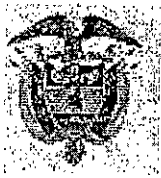
Así las cosas es evidente que ni la evidencia muestra la existencia del combate, ni mucho menos describe la situación de desventaja que se intenta exponer, por lo que esa información resulta deleznable.

➤ **El reporte de Medicina Legal, sobre los rastros encontrados en las manos de la víctima (fl. 199 C. Anexo):**

Al margen de la evidencia ya analizada que ensombrece sin reparo la tesis de defensa argüida por los miembros del Ejército Nacional, existe un referente técnico que muestra de forma clara que la víctima se encontraba sometida y atada antes de morir, lo que desvanece, si es que aún existiera algún resquicio de apoyo, por completo la hipótesis del combate y, con él, del ataque se le endilga al señor Espinosa.

El forense dentro de su protocolo, dejó la siguiente nota:

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

47 765
R 410

"En ambas manos región tenar a 2 cms de las muñecas encuentro excoriaciones circulares pálidas, sin sangrado, muy simétricas."

De donde se deduce que la víctima se encontraba atada de manos, lo que hace a esta altura ya insostenible la tesis de que se convirtió repentinamente en un feroz agresor, pues además de estar sometido, desarmado y custodiado, se encontraba inermes.

Bajo el escrutinio de los rastros observados en el cuerpo de la víctima, no parece que hubo un combate frente a un enemigo oculto; más bien los disparos directos hacia un objetivo claro, el que, como quedó demostrado, estaba de espaldas, desarmado, por debajo de la línea de fuego y atado, todo lo que riñe con la versión oficial.

Al final, debe advertirse que no se encuentra en la documentación obrante, a contrario de lo argüido por quien ejerció la defensa del Ejército Nacional, ninguna evidencia técnica respecto a que la víctima hubiese manipulado un arma de fuego, la que en caso de hallarse efectivamente, hubiese quedado infirmada con el caudal probatorio que la Sala ha analizado previamente.

• **Excursus sobre la utilización de las armas oficiales.**

Con acierto sobre la patente falla de quien no ejecuta el operativo según los protocolos e instrucción recibida y, con ello, la incidencia que tiene ese defecto dentro del proceso por responsabilidad administrativa, se ha pronunciado el H. Consejo de Estado, así:

"En efecto, se ha considerado por la Sala que la utilización de armas de dotación por la Fuerza Pública y otros organismos del Estado resulta necesaria para garantizar la seguridad de los ciudadanos, no obstante lo cual, el ejercicio de esta actividad peligrosa constituye un título de imputación idóneo para deducir"

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

responsabilidad al Estado, cuando se causa un daño antijurídico a alguna persona⁴¹. Sin embargo, no debe perderse de vista que los miembros de la Fuerza Pública no sólo reciben suficiente instrucción y preparación en el ejercicio de esta actividad, al punto de estar obligados a observar las indicaciones sobre el manejo mecánico y las medidas de seguridad, sino que también son capacitados para actuar en operativos oficiales, al punto que ese nivel de instrucción les debe permitir solventar situaciones como la ocurrida en el sub lite, de manera que cuando se advierte que éstos actuaron de manera irregular en el cumplimiento de sus funciones y durante un servicio oficial obviando los procedimientos para los cuales han sido preparados, se confirma una falla del servicio que debe declararse, salvo que logre probar una causa extraña, circunstancia que como se verá no ocurrió o no se acreditó en el proceso."⁴² (Destaca la Sala)

Pese entonces a que la conclusión provisional apunta hacia la ocurrencia de una notoria falla, pues la tesis de ataque y defensa correlativa se ha verificado como mendaz, y con ello la inminente posibilidad para lanzar ya el juicio de reproche administrativo que permite este título de imputación, existen elementos suficientes para ir más allá y, con ello, reconstruir de manera incontrastable lo sucedido, tarea que se hace obligada dada la prerrogativa que tienen las víctimas a conocer la "verdad"⁴³, al margen de la justicia, reparación y no repetición, que ordinariamente incumben la pretensión en este tipo de acciones, razón por el cual se continuará con éste recorrido lógico valorativo de la prueba indirecta.

♦ **Indicadores posteriores:**

Son inferencias que indican la mendacidad en cuanto a la hipótesis de la fuerza pública, ulterior al hecho, las siguientes:

⁴¹ Ver, entre otras, sentencia del 18 de mayo de 2000, expediente 12.053.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2008, exp. 16525, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴³ Según recomendación reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuesta entre otros en el caso: Perú- Barrio Alto.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.

766
YA
RW

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

- ✓ **De la contaminación de la escena y el menoscabo al principio de objetividad en el procedimiento judicial previo.**

El hecho de que la escena quedó en poder de los inculpatos, por la razón que fuere, desdeña ya la legalidad de la evidencia de esa manera recolectada, pues no existe ese tercero imparcial *custodio* de los elementos materiales de prueba - *el primer respondiente*-, que garantice la "mismidad" de los elementos encontrados, situación que cobra mayor relieve si se repara en que incluso cuando los elementos materiales son entregados a la policía judicial se olvida, de manera grosera, aplicar los protocolos de cadena de custodia a la evidencias.

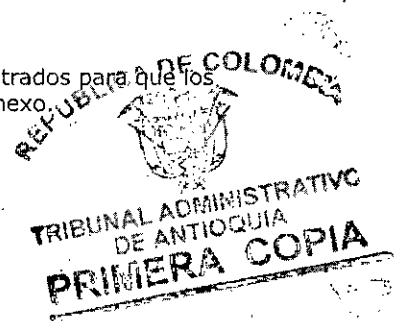
Desafortunadamente, para los intereses de la entidad demandada, la preservación de la escena y la "incautación" hecha en la misma, a la luz del debido proceso constitucional (art. 29 Superior), tiene serios reparos y en ello yace la primera crítica de "ilicitud" del procedimiento.

Efectivamente, se debe tener claridad, la incautación de las armas, munición y explosivos⁴⁴, que se dice fue encontrada en la escena, **se realizó con desconocimiento pleno de los protocolos de cadena de custodia como se ha insistido**, de ahí que bajo esas consideraciones no se pueda tener como "**auténtica**" tal evidencia, pues no basta con reportar su hallazgo, sino que a pedido del Art. 288 de la ley 600 de 200, Código de Procedimiento penal de la época⁴⁵, resulta inexcusable el dato de las condiciones de "**recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fecha de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado**", constancias que brillan por su ausencia dentro del expediente del que se traslada la:

⁴⁴ Frente a estos últimos no pudo conceptuarse sobre su aptitud, pues no fueron suministrados para que los expertos le realizaran la prueba de rigor, según nota visible a folios 387 del cuaderno anexo.

⁴⁵ Consagrada igualmente en el artículo 2254 de la Ley 906 de 2004.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.





REPÚBLICA DE COLOMBIA
 RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
 SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
 SALA QUINTA DE DECISIÓN

prueba; de otro lado fue manipulada la escena por los propios implicados, contaminándola y dando una apreciación subjetiva de la misma, siendo una aporía constitucional pretender ser a la vez, instructor y parte, pretensión que se es intolerable dentro de un Estado de Derecho.

Ese olvido de los protocolos necesarios apareja la consecuencia ineludible de su exclusión según el Art. 29 CP. Inciso 5º de la Carta⁴⁶, sanción procesal de rango Superior **por la violación a un derecho fundamental, que no es otro que el debido proceso**, como se ha reiterado en línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴⁷, recogiendo por demás criterios constitucionales inspirados en las sentencias C-546 de 1992 y C-228 de 1994.

Lo anterior indica que, en ningún proceso puede ser valorada la información así recolectada y, por supuesto, éste no puede ser la excepción, de ahí que excluida la evidencia, para efectos procesales, ello traduce, dentro del *sub examine*, que no puede ser tenida en consideración como elemento probatorio el arma de fuego ni la munición, que se indica en los informes oficiales como hallados en la escena, lo que deja sin piso cualquier consideración argumentativa que se intente discurrir partiendo de la premisa de la presencia del elemento bélico y su munición en poder de quien finalmente fue abatido, ***lo que incide negativamente en la demostración de la causal exonerativa de responsabilidad que se intenta - la presunta culpa exclusiva de la víctima-, como se determinará en capítulo que se abordará subsiguientemente.***

⁴⁶ Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

⁴⁷ Por todas: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 21483, de abril de 2005, M.P. MAURO SOLARTE PORTILLA.

RADICADO: 2007-00371
 ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
 DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
 DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

767
R
W

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Bajo la línea superior que viene siendo observada, al igual que el yerro frente a la aplicación del protocolo de cadena de custodia, pues repárese que no existe un registro fílmico o fotográfico de la escena ni la constatación de quines la manejaron, la contaminación de la escena, y el vicio superlativo que todo ello comporta en punto a la legalidad de la prueba dada la consideración teleológica del instituto <<la cadena de custodia>>, que no es otra que la de asegurar la autenticidad de la evidencia y de los elementos materiales probatorios en aras del proceso debido constitucional, donde se impone su legal y oportuna recopilación, únicamente se acusa - se reitera- *su exclusión*, sanción impuesta por la propia Carta dentro del contenido de su artículo 29, inciso cuarto.

Sobre la diferencia entre prueba "ilícita" y prueba "ilegal", resulta ilustrativo y necesario traer el concepto que ha dispensado dentro del órgano límite de la jurisdicción ordinaria en sede penal, obsérvese:

"El artículo 29 de de la Constitución Política consagra la regla general de exclusión al disponer que "es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso."

La exclusión opera de maneras diversas y genera consecuencias distintas dependiendo si se trata de prueba ilícita o prueba ilegal.

Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima, y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se someta a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.

La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, si [n] que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.





**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN**

La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida como lo indica el artículo 29 superior.

En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba".⁴⁸

Esta preceptiva, que se ajusta plenamente a la interpretación constitucional que ha dispensado la propia guardian de la Carta⁴⁹, impone de tajo, sin ninguna ponderación, la exclusión del elemento, con efectos procesales de "inexistencia", y así habrá de procederse.

De suerte que, conforme con lo que viene siendo objeto de explicación, no puede el resistente procesal servirse de elementos, que como se ha advertido, presentan inconsistencias, falacias, y hasta vicios en el procedimiento de recolección, pues corre el riesgo, como en efecto ocurre en el *sub examine*, de dejar desprovisto de premisas valederas su argumento de defensa.

Para finalizar, dentro de la tarea pedagógica que el ordenamiento jurídico ha impuesto a la judicatura, se hace especial apercebimiento para que cesen los crasos errores de quienes envían bajo la apariencia de "defensa de la Nación" a los uniformados a "indagar", "investigar" y "ejecutar" tareas de índole estrictamente judicial, pues, por las razones previamente resaltadas, jamás pasarán el tamiz de la legalidad, despreciando con ello todos los postulados y garantías que comportan un derecho fundamental insoslayable como es el debido proceso (Art.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 23 de abril de 2008. radicado 29.416 M.P. Yesid Ramírez Batidas.

⁴⁹ Por todas: Corte Constitucional, sentencias C-546 de 1992 y C-228 de 1994.

**RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.**

768
EJ/3

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

29 Superior), convirtiéndose esos viles señalamientos, sin fórmula de juicio, en postreras sentencias de muerte.

✓ **De la ilegitimidad de la operación judicial que se describe.**

De la mano con lo que viene siendo advertido en el apartado anterior, el "seguimiento" policial ejercitado por los miembros del Ejército, a los supuestos delincuentes encarna una usurpación de funciones que se erigen en una evidente muestra de la ilegitimidad de esa actuación, lo que se traduce en un craso defecto argumentativo de la tesis de "legalidad" del procedimiento y, por ende, es indicador de lo contrario, su "ilegalidad" y, con ello, **de la falla del servicio que se examina.**

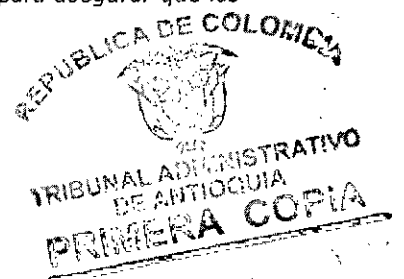
Adicionalmente, desmerece cualquier epígrafe de legítima la "captura" desplegada sobre la víctima, pues de manera administrativa, dada la inexistencia de una orden judicial, sólo era viable para efectos de cotejar su información personal y los pendientes judiciales⁵⁰, jamás para arbitrariamente someterse a un interrogatorio sin garantías legales y mucho menos para instrumentalizar al capturado como puntal de una misión táctica, en el evento de que en efecto se hubiese realizado, pues la experiencia indica que jamás la fuerza pública ingresa a un sector desconocido y en la noche, sin antes verificar la seguridad y el grado de dificultad que puede exhibir el terreno y su enemigo.

En efecto, es doctrina constitucional vigente la exclusión de tales atribuciones de policía judicial a los miembros de las fuerzas militares, tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional, repárese:

⁵⁰ Según lo referido por la Corte Constitucional en la sentencia C-024 de 1994, la captura administrativa sólo puede considerarse legítima cuando se desarrolla por la Policía como único objeto verificar ciertos hechos que sean necesarios para que la policía pueda cumplir su función constitucional, a saber "el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

3
el

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.





REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

"...Las fuerzas militares, en atención a sus objetivos constitucionales - defensa de la soberanía, de la independencia, de la integridad del territorio y del orden constitucional - carecen de competencia en materia de policía judicial. En verdad, desnaturalizaría su fisonomía, atribuir a las fuerzas militares funciones de policía judicial..."⁵¹ (Subraya y resalta fuera del texto original)

De ahí que, resulte inconstitucional todo procedimiento de policía judicial ejercitado por los miembros del Ejército Nacional, quienes no tienen el poder de discernir sobre la veracidad o no de la información y mucho menos están autorizados a actuar frente a la primera indagación que topan sin corroboración alguna y sin el respeto a las garantías que acompañan el proceso debido constitucional.

Por todo, a modo de colofón del análisis surtido en éste capítulo, no le queda a la Sala la menor duda en cuanto a la protuberante falla de la Administración a través de sus agentes, la que como se ha demostrado, *in extenso*, no proviene de una sola fuente, sino de varias, que son congruentes, concluyentes y graves, de ahí que la demostración ferviente de este elemento, debe darse por descontada.

4.4. Del nexo causal.

Tal como lo advierte la jurisprudencia y la doctrina reseñadas en el cotejo previo a éste diagnóstico particular, es basilar la prueba de que la acción que se dice fue desplegada por la administración, haya sido **la determinante** del resultado dañino por el cual se reclama, que en síntesis explica el concepto del "nexo causal".

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia C--034 de 1993



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

769
444
ca

debate, todo daño "antijurídico" debe ser reparado administrativamente, de ello no hay duda.

Así mismo, la "antijuridicidad" deviene como un juicio hipotético en clave de la falta de obligación, frente a el común de las cargas públicas, de soportar un resultado negativo, que es lo que torna ese daño como una lesión; es decir un daño valorado jurídicamente, lo que presupone *prima facie* la posibilidad de atribución jurídica, en este evento ya descontada a través del título jurídico del *riesgo excepcional*.

Adicionalmente, dado el criterio normativo "abierto" que irradia el sistema de fuentes dentro de nuestro esquema normativo, propuesta que viene dada por el cambio de paradigma inserto en la Carta Política, es evidente que el nexo normativo de imputación encuentra su fuente, por igual en los criterios internacionales que sobre la materia - el uso de las armas oficiales- se han edificado.

Muestra de la preocupación y regulación internacional por el trato al proscrito, cuando se logra establecer como veraz esa premisa, lo acordado en el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del *delincuente*, celebrado en 1990, donde se adoptaron los *Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*. El quinto principio pone de relieve el carácter excepcional del uso de la fuerza y subraya que cuando el recurso a las armas de fuego sea inevitable, dichos funcionarios *deberán ejercer moderación y actuar en proporción a la gravedad del delito* y al objetivo legítimo perseguido, *debiéndose en consecuencia reducir al mínimo los daños y lesiones y respetando y protegiendo la vida humana*.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Ahora bien, ese diagnóstico debe ser **completo y preciso**, por supuesto no a modo de un concepto absoluto, sino considerando la posibilidad que ofrece cada caso; de otro lado, la causa que inicia el proceso causal, debe estar definida en términos específicos o individuales, pues sí se parte de un concepto general, jamás podría arribarse a la demostración de un curso causal individual. Sobre éste particular, conviene citar en aparte, la opinión de la doctrina autorizada, veamos:

"... La distinción entre las dos nociones de causalidad debería resultar suficientemente clara; a pesar de ello, es obviada a menudo por la doctrina y la jurisprudencia, viciando el discurso con una confusión conceptual bastante grave. El problema es que de la existencia de una correlación causal general no puede derivarse la demostración de la existencia de un nexo de causalidad individual..."⁵²

Llevando estos conceptos al caso que nos ocupa, de lo que se trata en éste evento es de establecer la presencia del vínculo que ata el deceso de la víctima, con la actividad de la administración, **el que en manera alguna puede ser deducido de una nuda probabilidad** V.gr. estadística, **sino por el contrario, ser generado por un hecho demostrable en concreto.**

Dentro del análisis del nexo causal, la Sala por estructura metodológica del juicio de imputación, soportará su análisis desde la doble perspectiva dogmática que éste comporta: i) la jurídica; ii) la fáctica.

4.4.1. Del nexo causal normativo.

De conformidad con el artículo 90 Superior, como fue objeto de precisión al despuntar el análisis conceptual de la responsabilidad que se

⁵² TARUFFO, Michele. La Prueba. Filosofía y Derecho, Marcial Pons. Madrid. 2008. Pág. 256 y siguientes.

770
R 4/5

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

párr. 52), lo que probablemente indujo a la demolición del Pabellón, con todas sus consecuencias, incluida la muerte de detenidos que eventualmente hubieran terminado rindiéndose y la clara negligencia en buscar sobrevivientes y luego en rescatar los cadáveres. (Se ha resaltado)

Finalmente, para remarcar, el artículo 11 Superior contempla a la vida como un derecho intangible, lo que supone entonces que ese es el fundamento político de nuestro orden constitucional que irradia, por supuesto, al resto de derechos insertos en la Carta, primacía que es reconocida por su artículo 5º, junto con los demás derechos inalienables de la persona.

Por ende, tanto las normas prevalentes que rigen la protección de los derechos humanos y que desde la orientación internacional vinculan a Colombia, como desde la preceptiva interna, prohíben de consuno que el Estado, a través de sus agentes; tome la vida de un ser humano, sin importar si es un delincuente o no, como instrumento para lograr sus fines, de ello no hay duda, siendo sólo la **ultima ratio su disposición, dentro de parámetros de necesidad extrema, urgencia y proporcionalidad, criterio que se torna en el fundamento normativo de la imputación que se revisa, a no dudarlo.**

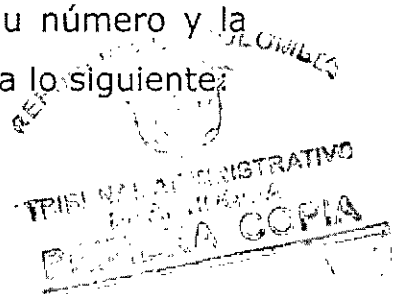
4.4.2. De la imputación y el nexo causal fácticos.

Pues bien, anuncia el lazo conector fáctico entre el daño y la falla, elementos ya descontados, dentro del *sub lite*, las siguientes probanzas:

4.4.2.1. Protocolo de Necropsia (fl. 196- 201 C. Anexo)

Dentro del estudio forense e se realiza una descripción interna y externa del cuerpo, la entidad de las heridas que presentaba, su número y la trayectoria que mostraban, base sobre la cual se conjetura lo siguiente:

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.





REPÚBLICA DE COLOMBIA
 RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
 SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
 SALA QUINTA DE DECISIÓN

Igualmente, el principio número nueve, del mismo estatuto, consagra que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una amenaza seria para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a la autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos, por lo que en cualquier caso *sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida*⁵³.

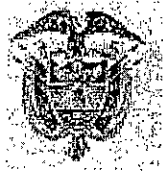
En relación con los parámetros en el uso de la fuerza estatal, en el contexto de nuestro hemisferio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado⁵⁴ de la siguiente manera:

*"74. El artículo 4.1 de la Convención estipula que "[n]adie puede ser privado de la vida arbitrariamente". La expresión "arbitrariamente" excluye, como es obvio, los procesos legales aplicables en los países que aún conservan la pena de muerte. Pero, en el caso que nos ocupa, el análisis que debe hacerse tiene que ver, más bien, con el derecho del Estado a usar la fuerza, aunque ella implique la privación de la vida, en el mantenimiento del orden, lo cual no está en discusión. Hay abundantes reflexiones en la filosofía y en la historia sobre cómo la muerte de individuos en esas circunstancias no genera para el Estado ni sus oficiales responsabilidad alguna. Sin embargo, como aparece de lo expuesto con anterioridad en esta sentencia, la alta peligrosidad de los detenidos en el Pabellón Azul del Penal San Juan Bautista y el hecho de que estuvieren armados, **no llegan a constituir, en opinión de esta Corte, elementos suficientes para justificar el volumen de la fuerza que se usó en éste y en los otros penales amotinados y que se entendió como una confrontación política entre el Gobierno y los terroristas reales o presuntos de Sendero Luminoso (supra***

⁵³ Vid. NACIONES UNIDAS, La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos, 1991, págs. 84 y ss y 110 y ss.

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), sentencia Caso Neira Alegria y otros vs. Perú, sentencia del 19 de enero de 1995.

RADICADO: 2007-00371
 ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
 DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
 DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

777
EALB

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

brindaba seguridad; seguían sonando disparos (...) minutos después en dicho registro fue encontrado el sujeto que habíamos capturado muerto, el cual se le encontró un arma corta...⁵⁶ (Sic. Para todo el párrafo).

De modo que el oficial al mando, admite la "captura" que produjo y, especialmente, el hecho de haber sido "dado de baja" el supuesto subversivo a través de las armas de dotación oficial que accionaron los uniformados bajo su dirección.

4.4.2.3. Historial administrativo (fl. 258 – 265 y 352 – 357 del C. Anexo), donde se certifica la calidad de militares activos de los involucrados.

Entonces, en referencia al objeto de este análisis particular, sin adentrarnos aún en la justificación que se esgrime por parte de quien apodera a fuerza pública, que es con la que se intenta romper el nexo de imputación jurídica previamente cotejado, no cabe duda acerca de que el Ejército Nacional desplegó sus efectivos, adscritos al Batallón Girardot, sobre el área rural de San Andrés de Cuerquia – Antioquia, ese 25 de febrero de 2005, quienes instalaron un retén para dar "captura" al señor Osner Esneider Espinosa, de quien tenían noticia, gracias a una fuente no identificada, podía ser un subversivo; así mismo que, una vez se aprehendió al supuesto delincuente, se le sometió a interrogatorio y se lo llevó atado hasta el área periférica del municipio de Toledo - Antioquia, donde se cegó su vida, bajo la justificación de haber fungido como agresor, justo cuando se había sometido y se mantenía bajo custodia, desarmado e inerme.

Acreditada la demostración del nexo causal, desde la órbita nudamente fenoménica, ahora se somete, de forma final, la tesis defensiva

⁵⁶ Vid. Folios 6 y 7 del cuaderno anexo..

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

"...El fallecido murió por causa violenta y directa de shock hipovolémico, debido a hemotórax masivo, secundario a perforación del cayado del aorta, causado por proyectil de arma de fuego de carga única y alta velocidad. La lesión fue de naturaleza esencialmente mortal..."⁵⁵

De suerte que las armas de fuego de alta velocidad, que son las de uso exclusivo de las fuerzas armadas, fueron las que produjeron en deceso de la víctima.

Ahora, frente a esa relación causal, aparecen otros elementos que confirman el iter que converge entre la falla de la administración y el daño antijurídico detectado, como pasa a revisarse.

4.4.2.2. Informe de patrullaje que rinde el oficial al mando de la operación (fl. 6 -7 C. Anexo). Documento en el que se consigna:

"(...) se ordenó detectar un reten en la salida del pueblo, ubicado así el supuesto subversivo, el mencionado fue capturado e identificado según los rasgos físicos por las características dadas por la fuente de información, el mencionado sujeto manifestó que él era miliciano de las FARC, que nos iba a colaborar con información, sobre otros milicianos y sobre caletas de armamento e intendencia que habían en el sector denominado como Vereda los naranjos, también afirmo que nos iba a entregar su arma de dotación se que trataba de un arma corta y así mismo para captura otros supuestos milicianos; se tomo la decisión de hacer el desplazamiento hacia ese sector por una parte que nos brindaba seguridad y protección, ya que se tenía la información de que el sector de los naranjos se encontraba minado y que el personal de ese sector no podía transitar (...) cuando íbamos cruzando el puente sonaron explosivos acompañados de disparos de fusil que se escuchaban del lado del río y de las partes altas de la carretera, se reacciono a la emboscada saliendo de la parte de abajo; fui informado que el supuesto subversivo aprovechando las explosiones y la reacción del personal de la parte alta que se encontraba de seguridad se dio a la huida; cuando me encontraba saliendo de la emboscada hacia una pared que nos

⁵⁵ Cfr. A folio 201 del C. Anexo.



772
LH
E

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

esgrimida por quien representa a la Nación, a la verificación del apoyo fáctico y jurídico de la causal invocada - La culpa exclusiva y determinante de la víctima-. A ello se procederá en el apartado siguiente.

4.5. Del eventual rompimiento del nexo de imputación normativo: la culpa exclusiva de la víctima y la pretensa legítima defensa.

Resta comprobar, aunque ya se anticipó que la tesis no tenía sustento fáctico dentro del análisis propio que del elemento falla se ejecutó, si existe rompimiento del nexo de imputación jurídico⁵⁷, tal y como intenta esgrimir en defensa, o si por el contrario es dable ejecutar el juicio de reproche pleno sobre la entidad fustigada.

Ab initio, con el objeto de dar perfecta aplicación de la figura esgrimida, se hace necesario develar la naturaleza jurídica de la "**culpa**", componente dogmático de la causal invocada como eximente de responsabilidad por parte de quien representa los intereses de la entidad demandada (Culpa Exclusiva de la Víctima), para lo cual la Corporación se apercibirá de la precisa definición que sobre el tema ha realizado el órgano de cierre de ésta jurisdicción, que es parte de uno de los pronunciamientos jurisprudenciales que sostienen la línea dominante en el seno del alto Tribunal y, que por su pertinencia, se cita a continuación:

"...A propósito de la noción de culpa ha dicho la Sala:

"Sobre la noción de culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de un agente que generó un daño antijurídico (injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del

⁵⁷ Pues técnicamente el nexo causal no se rompe, en la medida en que los hechos de la naturaleza suceden o no, por lo que debe sostenerse que el rompimiento ocurre en el nexo de imputación jurídico, ficción que si asimila la falta de conexión normativa.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó⁵⁸; o sea, la conducta es culposa cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible.

"A propósito de la noción de culpa, la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que:

"Es definida la culpa por la doctrina en los siguientes términos: Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar."

"La culpa, pues se presenta en dos casos:

"a) Cuando el autor conoce los daños que pueden ocasionarse con un acto suyo pero confió imprudentemente en evitarlos. Esta es la llamada culpa consciente y es desde luego la más grave. Así cuando alguien conociendo los defectos de una máquina, antes de proceder a su reparación la emplea en una actividad en la esperanza de no perjudicar a otro, es responsable de culpa o negligencia consciente en razón del daño causado.

"b) Cuando el autor no prevé el daño que pueda causarse con un acto suyo, pero hubiera podido preverlo, dado su desarrollo mental y conocimiento de los hechos. Aquí se trata de una negligencia o culpa inconsciente. En el ejemplo anterior el no conocer los defectos de una máquina hace al autor responsable de culpa inconsciente, pues una persona prudente debe examinar continuamente los instrumentos que emplea en una determinada actividad.

"Conforme a esta definición, la culpa se condiciona a la existencia de un factor psicológico consistente en no haber previsto un resultado dañoso pudiéndose haber previsto, o en haberlo previsto y haber confiado en poder evitarlo..."⁵⁹

Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente o

⁵⁸ La cual coincide en términos generales con el significado que a la palabra suele dársele; así el Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, Espasa, Tomo 4, 2001, Pág 482), trae la siguiente definición: Culpa: "F. Imputación a alguien de una determinada acción como consecuencia de su conducta". 3. Der: Omisión de la diligencia exigible a alguien, que implica que el hecho injusto o dañoso resultante motive su responsabilidad civil o penal."

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2 junio de 1958.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

173
R e c e

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

imperita, a la de quien de manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir u omite el deber funcional o conducta que le es exigible; y por su gravedad o intensidad, siguiendo la tradición romanista, se ha distinguido entre la culpa grave o lata, la culpa leve y la culpa levísima, clasificación tripartita con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a lo que expresamente a este respecto señale el ordenamiento jurídico.⁶⁰, ...⁶¹

Como consecuencia de la previsión jurisprudencial, adoptando el concepto restringido que opera para el caso, se puede derivar **que actúa con culpa quien viola el deber objetivo de cuidado**, el mismo que está inserto en la propia ley, reglamento o normas que permiten la convivencia social⁶², por lo que en ese contexto resulta exigible un comportamiento ajustado a tales previsiones, frente a otros posibles, empero que no son de recibo por cuanto la norma conforme al actuar prefijado para esa situación concreta o rol, los desprecia.

En definitiva, entonces la "**Culpa exclusiva de la víctima**", según las reglas doctrinales y jurisprudenciales previstas, se erige sobre la base de tres presupuestos basilares a saber: **i)** La relación causal entre el hecho de la víctima y el daño, **ii)** Que el hecho de la víctima se debe atribuir *exclusivamente a ella*, y no al ofensor, **iii)** Y que ese mismo hecho de la víctima, pueda refutarse como culpable e ilícito. Revisemos la reconstrucción del argumento presentado, con apoyo de la doctrina especializada⁶³:

"...Según lo ha dictaminado el Consejo de Estado, cuando se estudia el hecho de la víctima, lo primero que se impone es definir los caracteres que este debe reunir para que en pureza de verdad se constituya en causal de exoneración, o dé lugar a la

⁶⁰ Sentencia de 8 de marzo de 2007, exp. 24953

⁶¹ Consejo de estado. Sala de lo contencioso. Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C. veintiséis (26) de marzo de dos mil ocho (2008) Radicación número: 760012331000199400512-01 (14.780

⁶² Que se erige en la expresión normativa de la culpa dentro de la teoría de la "Imputación objetiva" defendida en especial por la escuela de Berlín (Jakobs y Roxin).

⁶³ Saavedra Becerra Ramiro, La responsabilidad extracontractual de la administración pública. Bogotá, ed. Ibáñez 2008, pág. 581.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

reducción del daño, pues no todo hecho de la misma produce estas consecuencias jurídicas. Dentro de esta perspectiva se tiene que para que ella se tipifique se deben dar los siguientes elementos:

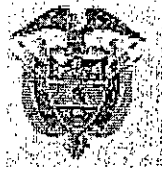
- a) *Una relación causal entre el hecho de la víctima y el daño. Si la víctima no contribuye en alguna forma a la producción del evento perjudicial, su conducta no puede tener repercusiones en el campo de la responsabilidad;*
- b) *El hecho de la víctima debe ser extraño y no imputable al ofensor, y*
- c) *El hecho de la víctima debe ser ilícito y culpable..."*

De igual forma, de la mano de la presunta culpa exclusiva de la víctima, aparece una eventual **legítima defensa**, pues se arguye por parte de la entidad fustigada que los uniformados respondían al ataque enfurecido de un temerario guerrillero que logró zafarse de su custodia y pasó de ser víctima de una retención ilegal a victimario de la fuerza pública, de ahí el interés que merece el escrutinio de su dogmática, para lo cual a manera de referente general habrá de precisarse que debe tenerse especial consideración entratándose del manejo de la fuerza por parte de los cuerpos del Estado que, la idea de "**proporcionalidad**" en su uso es el punto medular del debate.

Evidentemente, dentro de un raciocinio ponderado, se está autorizado únicamente para hacer uso de ella – la fuerza-, cuando la "**necesidad**" deje como única alternativa ese hecho; además, habrá de tenerse la consideración basilar consistente en que los cuerpos legítimos poseen una preparación especial, de ahí que no es el nudo reporte de una amenaza el que garantiza su adecuado uso. Obsérvese lo preceptuado por nuestro órgano de cierre:

"...No puede valorarse la legítima defensa de los agentes de la Policía Nacional, con ocasión del servicio a que están

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.



65 774
E. W.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

obligados, en términos idénticos a los de un particular, puesto que para los primeros se supone una mayor profesionalidad y preparación en la forma de hacer frente a hechos relacionados con el orden público...⁶⁴

Así mismo, respecto a la carga de la prueba de la eximente de responsabilidad estatal en comento, como en las restantes, quien en principio tiene el **onus probandi** es la parte demandada, ya que es a quien le interesa acreditar que esa causa extraña es la que eficientemente produjo el resultado dañoso no querido, y que es lo que permite romper el nexo de **imputación jurídica**, no el de causalidad - se itera-, pues como recientemente recordó el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, el de causalidad, es un fenómeno natural inmutable que no puede confundirse con la expresión normativa del suceso que se identifica como **la "imputatio jure"**, por lo que **nunca se rompe, existe o no, pues los hechos de la naturaleza no tienen vuelta atrás.**⁶⁵

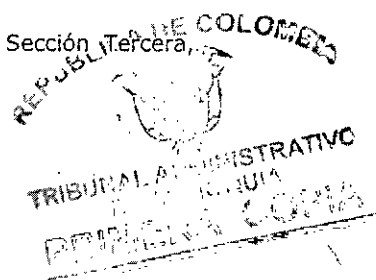
Descendiendo nuevamente al caso concreto que guía el escrutinio fáctico y jurídico de la Sala, es oportuno recordar que:

- i) Se demostró a través de la crítica a los testimonios y la prueba documental obrante, que la víctima fue impactada por la espalda, desde un plano superior, lo que aleja cualquier posibilidad del "combate".
- ii) Así mismo, la reconstrucción indiciaria apunta hacia la mendacidad de la tesis de agresión, pues la tropa admitió que capturó al supuesto agresor; que lo requiso y lo encontró

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA. Bogotá, D.E., Septiembre seis (6) de mil novecientos noventa (1990). Radicación número: 5059.

⁶⁵ Con mayor detalle en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, radicado 17.145. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.





REPÚBLICA DE COLOMBIA
 RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
 SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
 SALA QUINTA DE DECISIÓN

desarmado; y la prueba técnica informa que fue atado de manos, lo que permite inferir que estaba sometido e indefenso en el momento en que es cegada su vida, a contrario de lo sugerido a través de los testimonios de los oficiales involucrados, los que, además, se contradicen y no aciertan sobre puntos específicos, por lo que se tornan deleznable, máxime si frente a la confrontación probatoria racional del caudal probatorio, se infirma por completo su contenido.

- iii) Finalmente, la evidencia – el arma, la munición y los explosivos- no fue embalada, rotulada y custodiada de acuerdo a los protocolos de **la cadena de custodia** exigidos dentro de las labores de policía judicial por la sistemática procesal penal de la época (Ley 600 de 2000), por lo que la prueba resulta ilegal, situación que impide su valoración (art. 29 Superior).

Ahora, sobre el delicado tema del uso racional de la fuerza del Estado y sus armas, no es escasa la jurisprudencia incluso internacional, para la muestra dentro de un referente doctrinal, uno de los fallos inherentes a la materia:

"Similares consideraciones ha hecho la Asamblea General de Naciones al aprobar el "Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley", en la 106ª sesión plenaria del 17 de diciembre de 1979, para establecer, en el artículo 3º, que: "Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas"; sobre dicha norma comenta que el uso de la fuerza debe ser excepcional, en la medida de lo razonablemente necesario. Tal ha sido también el entendimiento que condujo a la aprobación de los "Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley", adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas

RADICADO: 2007-00371
 ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
 DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
 DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.

775
20

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en agosto y septiembre de 1990, en los cuales se establece:

"4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto...

"9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida".⁶⁶

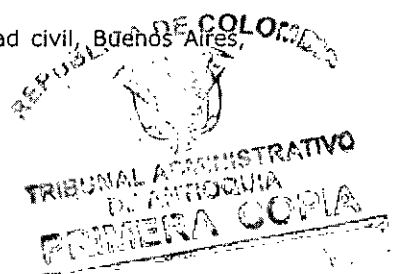
Y referente el mismo contenido, la doctrina internacional ha recalcado:

"Por ello, el examen de la proporcionalidad que debe existir entre, la respuesta de la fuerza pública y la agresión que ella misma padece, en éste tipo de eventos, para que su conducta pueda configurar una legítima defensa, debe someterse a un examen más riguroso que el que se pudiera hacer en el común de los casos. Efectivamente, los elementos configurantes de la legítima defensa deben aparecer acreditados de manera indubitable, de modo que el uso de las armas de fuego aparezca como el único medio posible para repeler la agresión o, dicho de otra forma, que no exista otro medio o procedimiento viable para la defensa; que la respuesta armada se dirija exclusivamente a repeler el peligro y no constituya una reacción indiscriminada, y que exista coherencia de la defensa con la misión que legal y constitucionalmente se ha encomendado a la fuerza pública"⁶⁷

⁶⁶ Henri y León Mazeud, André Tunc, Tratado Teórico y práctico de la responsabilidad civil, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, tomo I, volumen II, reimpresión, 1993, pág. 138.

⁶⁷ Henri y León Mazeud, André Tunc, Tratado Teórico y práctico de la responsabilidad civil, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, tomo I, volumen II, reimpresión, 1993, pág. 138.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.





REPÚBLICA DE COLOMBIA
 RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
 SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
 SALA QUINTA DE DECISIÓN

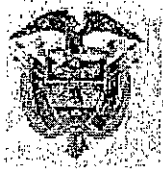
Las referencias antes destacadas, por cuanto contradicho por completo el ataque presunto de la víctima hacia la fuerza pública, como quedó al final, es incuestionable que el uso de las armas no se desplegó bajo criterios de la necesidad, idoneidad y proporcionalidad que deben acompañar en este tipo de actividades, quedando expuesto tan sólo el crudo atentado contra la vida de un ser humano, que más que ser un agresor, racionalmente se detecta como un indefenso ciudadano que perdió su vida sin fórmula de juicio y dada la incriminación que un incógnito hizo en su contra, lo que no se compadece con el programa personalista ínsito en la Carta Política (preámbulo y artículo 1º.), ni mucho menos con los fundamentos de un estado de derecho sobre el cual se erige nuestra fórmula política.

Como colofón, bajo esta apreciación, resulta obvio concluir que no existe prueba del "hecho de la víctima ilícito y culpable" que sostiene la figura exculpante que se estudia; ese déficit, trasladado al campo dogmático de la legítima defensa que igual se arguye, desnaturaliza su presencia, pues sin prueba de una agresión "**actual, injusta e inminente**", inocuo se hace sostener la correlativa defensa "proporcional".

Por todo, se exacerba sin más el juicio pleno de reproche administrativo, pues se han probado con éxito los elementos basilares aplicables al caso: el daño antijurídico – la falla- y su nexo causal, siendo evidente el fracaso del intento exculpativo de la entidad fustigada, el que buscaba romper el nexo de imputación jurídica que le cabe al asunto bajo examen, lo que posibilita la reparación que es el vórtice de la pretensión procesal.

- **La reconstrucción indiciaria y la conclusión entorno a la responsabilidad que se debate.**

RADICADO: 2007-00371
 ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
 DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
 DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

ST
LCU

Cumplido el escrutinio conceptual y ficticio de la prueba indirecta, se pasa a exhibir los indicios que a lo largo de la argumentación fueron detectados y contruidos de manera racional, que contradicen - se itera- la posición de defensa de la demandada:

✓ **El primero** se dibuja de manera **compleja** teniendo como hechos indicadores (probados), por un lado la contradicción e inconsistencia en que incurren los uniformados en sus dichos, en aspectos basilares que se refrendan con la exposición que se hizo en su momento; por otro, la buena conducta familiar y social de la víctima; la ausencia de antecedentes penales; su productividad económica, dado que quedó demostrado que estaba trabajando lícitamente en el momento en que es apagada su vida, lo que permite inferir **a través de la lógica**, en grado de hipótesis (perfectamente contrastable), que esas imprecisiones responden al intento de ocultar la verdad, esto es, que la víctima no tenía la capacidad de atacar armadamente a la fuerza pública.

✓ **El segundo** estriba en el hecho demostrado del manejo errado e ilícito de la escena y los elementos recolectados por parte de la fuerza pública, lo que apareja como consecuencia la falta de legitimidad de esa información y de los elementos materiales probatorios así recopilados, **indicio grave** que informa que nada de lo encontrado en el escenario natural de los hechos tiene la garantía de autenticidad, con lo que se desarticula cualquier posibilidad de construir una tesis defensiva derivada del hallazgo de en especial un elemento bélico en poder del supuesto agresor, por que conforme con la regla de exclusión contenida en el inciso 4º del Art. 29 Superior, en armonía con los preceptos insertos en los artículos 254 y siguientes del CPP, cualquier elemento recolectado en esas precarias condiciones, debe ser excluido del proceso judicial.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



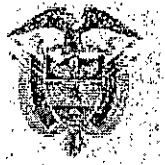
REPÚBLICA DE COLOMBIA
 RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
 SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
 SALA QUINTA DE DECISIÓN

✓ **El tercero** aparece del estudio pormenorizado del protocolo de necropsia de la víctima, que ofrece un indicio **complejo y grave** como quiera que tiene como **hechos indicadores** a saber: **i)** el lugar de los impactos; y **ii)** su trayectoria, puntos que permiten razonar con grado de hipótesis, no sólo a través de la lógica sino además, *la ciencia*, que como hecho indicado las heridas no fueron propinadas en un "combate", sino cuando sus destinatario se encontraba indefenso y de espaldas, además de atado, lo que aleja la idea de "enfrentamiento".

✓ **El cuarto**, configurado por la manifiesta abrogación de funciones de policía judicial, lo que indica de manera razonada que desde un principio el "operativo", fue "ilícito", por lo que el material probatorio que se dice fue acogido dentro de ese procedimiento, no puede ser tenido en cuenta, lo que sugiere, por demás, un claro abuso de la función y el menosprecio por la transparencia en la ejecución de las tareas asignadas

✓ **El quinto**, se estructura bajo la demostración efectiva de que la víctima fue perseguida por la fuerza pública hasta lograr su captura, bajo la imputación anónima de ser un guerrillero, lo que evidencia la "ilicitud" del procedimiento y además permite inferir de manera razonable que de ninguna manera podía aparecer como un cruento oponente, pues al ser reducido de la manera que se describe, irracional es admitir una posición de ventaja sobre la tropa.

En suma, resulta evidente que se capturó a una persona sin orden judicial, se desplegó sobre ella una coacción inaceptable para que admitiera su presunta participación criminal y, más grave aún, al final, de manera alevosa y criminal se le asesina, para luego cobrar ese abominable acto como "un resultado positivo" en la labor, ardid que sólo

777
52
EA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

es equiparable con el utilizado por la caterva de delincuentes más peligrosos, lo que hace que desde este estrado se exprese el repudio ante tan ignominioso acto en nombre de la sociedad civil que este Tribunal representa.

5. De la reparación económica.

Con el ánimo de confrontar la posibilidad de otorgar la pretensión de reparación inserta en el dossier, la Sala debe ejecutar el siguiente recorrido fáctico y jurídico:

5.1. De la legitimación por activa.

En punto a la indemnización de perjuicios solicitada, se encuentra acreditado:

Que la señora MARÍA IRENE ESPINOSA es la madre de quien en vida se llamó OSMAR ESNEIDER ESPINOSA (fl. 11.); así mismo que el menor JEAN CARLO ESPINOSA ARBOLEDA (fl. 6), es hijo de la víctima, por tanto están legitimados por activa dentro de este juicio contencioso.

De otra parte, a juicio de la Sala, no quedó acreditada la legitimidad de cara a la pretensión reparatoria instalada a favor de los señores JOSÉ HERNANDO ESPINOSA, MARÍA RUBIELA ESPINOSA Y SENEIDA DAMARIS ESPINOSA, por cuanto la parte actora olvidó presentar la copia auténtica del registro civil de la señora MARIA IRENE ESPINOSA, madre de OSMAR ESNEIDER ESPINOSA, con lo que hubiese sido posible establecer el tronco común que se anuncia existía entre la víctima y estos demandantes.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
 RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
 SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
 SALA QUINTA DE DECISIÓN

En definitiva entonces, la pretensión económica en nombre de JOSÉ HERNANDO ESPINOSA, MARÍA RUBIELA ESPINOSA Y SENEIDA SAMARIS ESPINOSA, no está llamada a prosperar por la falta de legitimación que se evidencia, defecto que la Sala tiene la obligación de resaltar a modo de excepción declarada de oficio⁶⁸, y que, además, no enerva la emisión de un pronunciamiento de fondo, sino la negativa de las pretensiones al tenor del tratamiento que la doctrina y la jurisprudencia le han otorgado a ese déficit.

En suma, la legitimación en la causa es la aptitud otorgada por la ley a una persona para reclamar frente a la demandada el reconocimiento de su derecho, lo que sugiere que su ausencia no se identifica con un presupuesto "formal" de la demanda, **sino material de la sentencia**, por lo que la solución jurídica no es el fallo "inhibitorio", sino la decisión de fondo "absolviendo al demandado"⁶⁹.

Bajo esta lógica, enseguida, procede la Sala a tasar la valoración de los perjuicios reclamados, a teniendo, en cada caso, a la demostración que se surtió.

5.2. De la reparación concreta.

La parte demandante ha solicitado le sean reconocidos e indemnizados tanto los perjuicios inmateriales, en la modalidad de "morales"; y materiales, en sus variables de lucro cesante, por lo que se pasa a atender la súplica dentro de esa especificidad:

⁶⁸ "Art. 164. - En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos. En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. - Negrilla del Juzgado - Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la *reformatio in pejus*."

⁶⁹ Con más detalle en la doctrina nacional. por todos: Palacio Hincapié, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. 7ª. Edición. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2010. Pág. 304-305.

RADICADO: 2007-00371
 ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
 DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
 DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

TJB
53
EU

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

5.2.1. Perjuicios inmateriales: morales.

En cuanto al dolor y congoja que produce en su seno familiar, la muerte de uno de sus miembros, ya es pacífica la jurisprudencia en admitir que al respecto opera una presunción legal que cobija a sus parientes más cercanos (cónyuge, padres, hijos y hermanos), de ahí que no es necesario entrar a escrutar si se probó o no el mencionado dolor en estos casos, sino que basta con la acreditación de su relación familiar. Sobre el tópico el órgano de cierre de esta jurisdicción, ha señalado:

"El duelo (la pérdida de alguien a quien la persona siente cercana y el proceso de ajustarse a ésta) afecta prácticamente todos los aspectos de la vida de un sobreviviente. A menudo, el duelo acarrea un cambio de estatus y de papel (por ejemplo, de esposa a viuda o de hijo o hija a huérfano). También tiene consecuencias sociales y económicas (la pérdida de amigos y en ocasiones de ingreso). En primer lugar se presenta la aflicción, que es la respuesta emocional experimentada en las primeras fases del duelo.

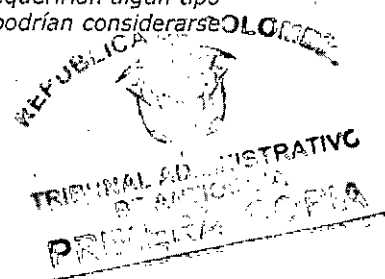
"La aflicción, al igual que la muerte es una experiencia personal. La investigación actual ha cuestionado las nociones previas de un solo patrón "normal" de aflicción y un programa "normal" de recuperación. El hecho de que una viuda hablara con su difunto marido era considerado como una señal de perturbación emocional, que ahora se reconoce como una conducta común y útil (Luna, 1993b). Aunque algunas personas se recuperan con bastante rapidez después del duelo otras nunca lo hacen."⁷⁰

Las reglas de la experiencia, y la práctica científica⁷¹ han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de

⁷⁰ PAPALIA Diane E., Wendkos Olds Rally y Duskin Feldman Ruth. Desarrollo Humano. Ed. Mc Graw Hill. Novena Edición. Méjico D.F. 2004. pag. 766 y s.s.

⁷¹ Fernández Liria, B. Rodríguez Vega. Intervenciones sobre problemas relacionados con el duelo para profesionales de Atención Primaria: El proceso del duelo. Universidad Autónoma de Madrid. <http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf> "Aunque es difícil establecer inequívocamente relaciones causa-efecto, numerosos estudios han relacionado las pérdidas de diverso tipo con alteraciones de la salud". Hoy se acepta generalmente que en torno a un tercio de los pacientes que acuden a las consultas de Atención Primaria presentan problemas de salud mental que requerirían algún tipo de tratamiento y, aproximadamente una cuarta parte del total presenta problemas que podrían considerarse relacionados con algún tipo de pérdida".

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.





**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN**

1992⁷² donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así:

"En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocorre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2o., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

"Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que "se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla." Y agrega que "Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes". (Subrayas fuera de texto).

"La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor:

(...)

"También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada

⁷² Radicado 6750, actor: Luis María Calderón Sánchez y otros. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

779-
SW

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3o ibídem, que reza:

"La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución."

"La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio.

"Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales.

"Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo anormal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien."⁷³
(Negrillas del Despacho)

⁷³ Posición que ha sido reiterada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 30 de marzo de 2004. S 736 Actor: Nelly Tejada. Consejero Ponente Camilo Arciniegas Andrade. "Del parentesco cercano con la víctima se infiere el padecimiento moral que su muerte inflige a los suyos. El parentesco es

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Bajo esta perspectiva, "la presunción de hombre"⁷⁴ a favor de estos familiares cercanos, la que incluye, por supuesto a padres e hijos, permite avalar la prueba del perjuicio como una inferencia despejada de esa afinidad natural en el interior de lo que se ha **denominado la familia nuclear**, la que se funda en la simple demostración civil del parentesco, de ahí que no sea necesario exigir prueba concreta del dolor por la pérdida del ser querido para el caso de estos consanguíneos, quedando como alternativa, para la entidad demandada, probar lo contrario, es decir, correr con *el onus probandi* opuesto cuando de desvirtuar esta presunción se trata, la que no estando abatida, en el *sub examine*, faculta entonces a esta Corporación para proceder a conceder la reparación pecuniaria por los perjuicios morales deprecados.

Así mismo, para su determinación se ha considerado ampliamente que opera el "*arbitrio judicial*", que no es más que un juicio valorativo y lógico que permite asignar, dependiendo de la gravedad del evento y el punto de desequilibrio en las víctimas, un valor aproximado.

Pues bien, en aplicación de la regla inserta en el Art. 16 de la Ley 446 de 1998, esto es la indemnidad del daño, el criterio jurisprudencial se ha inclinado por consignar una tabla "probable" de valores la que tiene como referencia máxima el fenómeno negativo de la muerte, por vía de ejemplo, y de ahí se ha partido hacia otros deterioros inmateriales, siendo asignada como indemnización máxima, aunque puede ser rebasada razonadamente, en quantum de cien (100) salarios mínimos

indicio vehemente del daño moral." Y recientemente por la Sección Tercera, en sentencia de 30 de agosto de 2007. Expediente 15.724, actor: Oswaldo Pérez Barrios. Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra, y aún con mayor vigencia dentro del expediente No.16.483, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero.

⁷⁴ Técnicamente la doctrina atribuye el epígrafe de "presunción de hombre" a la prueba indiciaria, de ahí que parecería que el término utilizado por la jurisprudencia estaría identificado más con la definición de "presunción legal".

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

77

700
L
S
R

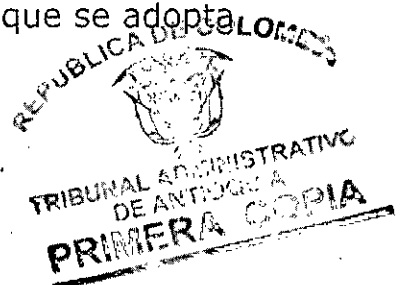
mensuales legales, que es el criterio actual y ya no el gramo oro como se referenció en el pasado.

Entonces, en suma tenemos:

-Para la señora **MARÍA IRENE ESPINOSA**, madre de **OSMAR ESNEIDER ESPINOSA**, a título de indemnización por el perjuicios por daño moral, el equivalente a **CIENTO CINCUENTA (150) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES**, que para la fecha en que se adopta esta decisión corresponden a OCHENTA Y CINCO MILLONES CINCO MIL PESOS (**\$ 85'005.000.00**), pues su dolor, además del natural por la pérdida de un hijo dada la relación filiar demostrada, **se evidencia acrecentado** por la "alevosía" con que se produce la agresión y ulterior muerte, con menosprecio de los valores fundantes que rodean el núcleo esencial de la dignidad humana; adicionalmente, y como si fuera poco, bajo el reporte inexacto y mentiroso de que se obró conforme a la legalidad, dando de "baja" a un "delincuente que atacó a la fuerza pública", y, como no, a través de un cruel y despiadado engaño, **aspectos que justifican elevar el margen de reparación antes visto**, pues de manera lógica esas circunstancias negativas que rodearon el hecho contribuyeron a aumentar la intensidad del dolor en cada uno de los miembros de la familia de la víctima.

-Adicionalmente, para su hijo menor **JHAN CARLO ESPINOSA ARBOLEDA**, representado dentro de este proceso por su progenitora, la señora **YOLY EDITH ARBOLEDA VANEGAS**, bajo las consideraciones especiales ya vislumbradas, como compensación a su afectación moral, el estimado de **CIENTO CINCUENTA (150) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES**, que para la fecha en que se adopta

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.





REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

esta decisión corresponden a OCHENTA Y CINCO MILLONES CINCO MIL PESOS (**\$ 85´005.000.00**),

De esta manera se acogen de manera parcial las súplicas elevadas por la parte actora.

5.2.2. Perjuicios materiales: Lucro cesante.

Ha esgrimido la parte actora que, por igual, la entidad condenada deberá responder por el dinero que la víctima, dado su lamentable fallecimiento, ya no aportaría para la manutención de sus filiales, especialmente de su madre; y, por igual de su hijo menor.

Conforme a esa proposición, se ha increpado la indemnización tomando como base el salario mínimo mensual que se entiende la víctima devengaba dentro de sus actividades laborales en el agro.

De otra parte se solicita una indemnización futura equivalente a la cuantificación de la ayuda multiplicada por la probabilidad estadística de vida de cada filial, situación que no se ajusta a la racionalización que de esas bases hipotéticas ha hecho la jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción.

Efectivamente, es una regla jurisprudencial de pacífica aceptación, la que indica que una persona soltera, según las estadísticas nacionales, aproximadamente a los veinticinco años, forma su propio núcleo familiar, por lo que será ese el tope de la cuantificación que la Sala realizará del perjuicio para el caso de la madre de la víctima.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

787
50
P

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Sobre el tema, la regla jurisprudencial que se ha forjado, es la siguiente:

"Se reconocerán perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, a favor de los padres de la víctima porque está demostrado que residía con éstos y contribuía a los gastos del hogar. Aunque la jurisprudencia de la Corporación ha entendido que el hijo soltero contribuye al sostenimiento de su casa materna hasta la edad de 25 años, pues se presume que a partir de la misma forma su propio hogar, "realidad que normalmente impide atender las necesidades económicas de otros frentes familiares", esa presunción puede ser desvirtuada cuando ha existido certeza de que el hijo prestaba auxilio económico a sus padres y se han encontrado reunidos otros elementos indiciarios como la vida modesta de la familia o "la voluntad reiterada, por actos sucesivos, de asumir el auxilio económico" y particularmente, cuando el hijo no había formado su propia familia y continuaba en la casa paterna."⁷⁵ (Se ha subrayado por la Sala).

Así mismo la ayuda que brindaría el señor Espinosa a su hijo, según determinación legal, iría hasta que su filiar adquiriera la edad de veinticinco años, por lo que ese será el tope máximo de la ponderación futura del perjuicio.

Adicionalmente, no existe prueba de la cantidad de dinero que devengaban, sin embargo, tal y como refiere la parte actora, ciertamente puede ser superado con la asimilación del salario mínimo mensual vigente para esa fecha, en aplicación de la regla de reparación integral contemplada en el Artículo 16 de la Ley 446 de 1998, dado que se reportó de manera testimonial su dedicación laboral en la agricultura⁷⁶. De contera, por demás, se haría un eventual incremento

⁷⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE. Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil tres (2003). Radicación número: 68001-23-15-000-1997-9952-01(14515)

⁷⁶ Cfr. Los testimonios ofrecidos con el fin de acreditar ese hecho, visibles a folios 20 y siguientes del cuaderno principal.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.





REPÚBLICA DE COLOMBIA
 RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
 SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
 SALA QUINTA DE DECISIÓN

en atención a los factores prestacionales, tal y como se estila en estos eventos, pues sin la exhibición de una relación formal, esa rubro se torna inapreciable.

Bajo este criterio, se admitirá el perjuicio increpado dentro de la variable del lucro cesante, empero morigerada conforme a las precisiones *ab initio* discernidas, las que serán aplicadas en cada caso como sigue:

❖ **Lucro Cesante pasado y futuro para la señora MARÍA IRENE ESPINOSA, madre de la víctima:**

Se partiría, como fue anotado *in limine*, del estimado del salario mínimo mensual vigente para la fecha en que ocurrió el hecho negativo que solventa la reclamación, empero por criterios de equidad se tomará el actual, pues la Sala evidencia que al actualizar el que operaba para la fecha de los hechos resulta inferior al vigente.

Adicionalmente, se aplicará a ese quantum el 50%⁷⁷, porcentaje que se dividirá en dos, pues además de sus obligaciones parentales, la víctima era padre de un menor; al final ese aplicativo específico se ponderará únicamente hacia el pasado: lucro cesante consolidado, pues hacia el futuro se hace improcedente en atención a que, como fue advertido *ut supra*, por regla general se estima que la ayuda sólo iría hasta que el hijo soltero cumpliera veinticinco (25) años.

▪ **Lucro cesante consolidado o pasado.**

⁷⁷ Bajo la hipótesis jurisprudencial según la cual se ha admitido de manera inferencial que un hijo soltero destina el 50% para atender sus gastos personales.



782
RW

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

El período comprendido, para este evento, es el que resulta en meses desde el día de ocurrencia del hecho (26 de febrero de 2005), hasta la fecha en que se profiere esta sentencia; sin embargo, nota la Sala que la fecha en la que el señor OSMAR ESNEIDER ESPINOSA cumplió 25 años es inferior al término inicial⁷⁸, por lo que el momento en que adquiriría tal edad la víctima el topo de la ayuda, lo que arroja un estimado de cuarenta y cuatro punto cinco meses (44.5).

La renta actualizada será el valor del salario mínimo mensual vigente (\$566.700,00) por el 50%, que es el porcentaje presunto de la ayuda, adicionalmente dividido en dos, pues la víctima estaba obligado a atender los gastos que generare la manutención de su hijo menor, lo que equivale a la suma de **CIENTO CUARENTA Y CUATRO MIL CIENTO SETENTA Y CINCO PESOS (\$ 144.175.00)**

Cálculo de la indemnización debida, consolidada o histórica:

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

$$S = 144.175,00 \frac{(1 + 0.004867)^{44,5} - 1}{0.004867} = \$7'144.233.31$$

S= \$ 7' 144.233,31

❖ Lucro Cesante (pasado y futuro), para JHAN CARLO ESPINOSA ARBOLEDA:

⁷⁸ Siguiendo los datos insertos en el registro civil de nacimiento de la víctima visible a folio 11 de noviembre de 2008.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.





REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Se partirá del estimado del salario mínimo mensual vigente, empero, como fue expuesto con antelación atendiendo criterios de equidad se tomará el actual; adicionalmente, se aplicará a ese quantum el 50%, que es la suma que se ha inferido racionalmente, como presunción de hombre, es la que destina un hijo soltero para contribuir con los gastos del hogar; al final ese aplicativo se ponderará bajo el entendido que de ese 50%, la víctima destinaba la mitad para contribuir con la manutención de su hijo menor (\$ 144. 175,00).

Al final, el lucro cesante futuro tendrá como tope máximo la fecha en que el filial de la víctima cumpliera 25 años de edad, según los criterios legales que hasta ese momento admiten la obligación alimentaria.

▪ **Lucro cesante consolidado o pasado.**

El período comprendido, para este evento, es el que resulta en meses desde el día de ocurrencia del hecho (26 de febrero de 2005), hasta la fecha en que se profiere esta sentencia, lo que arroja un estimado de setenta y nueve (85,55) meses.

La renta actualizada será el valor del salario mínimo mensual vigente (\$566.700,00) multiplicado por el 50%, que es el porcentaje que destinaba la víctima para la ayuda familiar, y dividido entre dos, pues de ese 50%, como quedó establecido, igualmente destinaba una porción para solventar las necesidades de su madre, por lo que en definitiva se estima que la suma que destinaba para la subvención de su hijo era la de **CIENTO CUARENTA Y CUATRO MIL CIENTO SETENTA Y CINCO PESOS (\$ 144. 175,00).**

Cálculo de la indemnización debida, consolidada o histórica:

RADICADO: 2007-00371
 ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
 DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
 DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.



783
50
20

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

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

$$S = 144.175,00 \frac{(1 + 0.004867)^{85.55} - 1}{0.004867} = \$ 15'253.426,70$$

S= \$ 15'253.426,70

▪ **Cálculo de la indemnización futura.**

Como se anotó procede para este evento, tomando la base líquida considerada en la proporción propuesta (\$144.175,00), a futuro en multiplicación por el estimado en meses, desde la fecha de emisión de esta decisión hasta que el menor Jhan Carlo cumpla veinticinco años, lo que ocurriría el 25 de agosto de 2028, según los datos insertos en el registro civil del infante (fl. 6), lo que en últimas posibilita asimilar que en meses representa un total de límite determinado de la ayuda monetaria, lo que determina el estimado de 196.13 meses

El aplicativo de la base monetaria se ponderará a través de la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1 + 0.004867)^n - 1}{0.004867 (1+0.004867)^n}$$

Donde "n" son el número de meses de vida probable de la víctima.

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN**

$$\begin{array}{r}
 196.13 \\
 (1+ 0.004867) \quad -1 \\
 S = 144.175,00 \quad \dots \quad 196.13 \quad = 18'192.292,70 \\
 0.004867 (1+0.004867)
 \end{array}$$

S= \$ 18' 192.292,70

5.2.3. De la reparación más allá del contenido económico.

Como se anotó en el capítulo destinado a definir la posición del juez de lo contencioso administrativo frente a la desatención leve del núcleo esencial de los derechos humanos, hecho comprobado en este evento, y en consideración a la dinámica que esa especial connotación impone, pedagógica e integral frente a la reparación como lo ha puntualizado el sistema interamericano de derechos humanos, en todos sus contenidos, justicia, verdad, reparación y no repetición, esta Sala no puede estar ajena a tan estimables postulados, de ahí que no se detendrá en las compensaciones económicas, sino que además ejecutará las siguientes precisiones y ordenes:

➤ Como se desprende de las normas internacionales integradas a nuestra preceptiva constitucional a través de la figura del bloque de constitucionalidad (Art. 93 Superior), además del sistema interamericano, especialmente, del Estatuto de Roma ratificado por Colombia mediante la Ley 742 de 2002, norma que por revisión automática fue declarada exequible por el Tribunal Constitucional a través de la sentencia C-578 de 2002, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos no se agota en el resarcimiento económico de los daños y perjuicios que se derivan, sino que también implica la búsqueda de la satisfacción superior de las expectativas de las víctimas en cuanto a su posibilidad de conocer la verdad de los hechos y

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.



85 184
MA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

a obtener medidas simbólicas en procura de la materialización de la aspiración cabal de justicia, por supuesto, con la manifestación expresa y pública del ofensor, de que hechos de tan baja extirpe, no volverán a repetirse.

➤ En este sentido, además, ha recalcado el máximo tribunal de esta jurisdicción que *"es importante tener en cuenta que una noción amplia de reparación va más allá de la esfera estrictamente pecuniaria del individuo, pues en ella se deben incluir los bienes jurídicos -como es el caso de la dignidad y los derechos humanos- que generalmente no pueden ser apreciados monetariamente, pero que, si resultan lesionados por el Estado, deben ser reparados mediante compensación. Solo así el principio de la reparación integral del daño cobra una real dimensión para las víctimas"*⁷⁹.

➤ Por tanto, consecuente con el deber reparatorio integral, deberá el Ejército Nacional, en nombre de sus uniformados, pedir excusas públicas a la familia de la víctima, por la muerte injustificada de OSMAR ENEIDER ESPINOSA, de ahí que quien funja como Comandante del Batallón Girardot, deberá materialmente cumplir esta orden a través de un medio de comunicación masiva y proporcionar constancia de su efectivización a este Tribunal y con destino a esta foliatura dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, en caso de producirse, para lo cual por secretaría se enviará por el medio más eficaz copia de esta decisión. De no cumplirse con la medida, a instancia de parte, podrá acarrear las consecuencias disciplinarias y penales por el incumplimiento de una decisión judicial y, por supuesto, la posibilidad de ejecutar, por la parte activa, esa obligación impuesta de "hacer".

⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Bogotá D.C., agosto dieciséis (16) de dos mil siete (2007). Radicación número: 41001-23-31-000-1993-07585-01(30114)

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

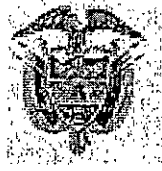
➤ De otro lado, ese mismo Comando deberá en un término no superior a sesenta (60) días, introducir cursos de pedagogía en derechos humanos para todos sus hombres, de lo cual también deberá reportarse oportunamente su ejecución y cumplimiento en un término no superior a 6 meses contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.

➤ Adicionalmente, con el ánimo de reconstruir la confianza de la sociedad afectada en la instituciones públicas, se deberá implementar, por ese mismo Comando, especialmente frente a los residentes de la población de San Andrés de Cuerquia - Antioquia donde ocurrieron los hechos, dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta decisión, un plan que incluya la participación ciudadana en las charlas pedagógicas de defensa en derechos humanos con la verificación de la promesa de no repetición de hechos lamentables como el que se juzga, de lo cual se deberá dejar expresa constancia en asocio con la Personería de ese municipio, para cuyo cumplimiento se le informará oportunamente a ese ente de control para que cumpla con la tarea veedora del cumplimiento de estas disposiciones.

➤ Adjuntamente, conforme con el contenido segundo del artículo 90 Superior, se recuerda que está obligada la entidad demandada a intentar la repetición contra los agentes de su estructura comprometidos en la aleve violación de los derechos humanos.

De esta forma, el resumen del monto indemnizatorio a favor de los demandantes que fueron afectados con la muerte de **OSMAR ESNEIDER ESPINOSA**, es el que sigue:

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

705
aw

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

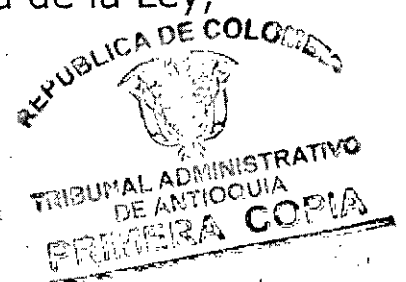
Damnificado	daño moral	Otros Daños inmateriales	Daño material
MARÍA IRENE ESPINOSA	150 s.m.m.l.v.	0 s.m.m.l.v.	<u>Lucro cesante pasado</u> \$ 7' 144.233,31
JHAN CARLO ESPINOSA ARBOLEDA	150 s.m.m.l.v.	0	<u>Lucro cesante pasado</u> \$ 15' 253.426,70 <u>Lucro cesante futuro</u> \$ 18' 192.292,70

6. DE LAS COSTAS.

No habrá de proferirse condena por costas, por cuanto no está probada dentro de la actuación una conducta temeraria, situación cualificada exigida por la regulación procesal contenida al respecto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, EN SU SALA QUINTA DE DESGONGESTIÓN, SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA, SALA QUINTA DE DECISIÓN,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.





REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

F A L L A:

PRIMERO. DECLÁRASE DE OFICIO LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA DE JOSÉ HERNANDO ESPINOSA, MARÍA RUBIELA ESPINOSA Y SENaida DAMARIS ESPINOSA, por lo que su pretensión procesal se declara fracasada.

SEGUNDO. DECLÁRASE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL-, conforme a los argumentos que sirvieron de vórtice argumentativo de la decisión que previamente fueron despejados.

TERCERO. CONDÉNASE, a la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, a pagar en la proporción indicada en la parte motiva de este fallo, los valores por concepto de los perjuicios causados a la señora MARÍA IRENE ESPINOSA y al menor JHAN CARLO ESPINOSA ARBOLEDA, que se sintetizan así:

Perjuicios morales:

-Para MARÍA IRENE ESPINOSA, por el dolor sufrido a raíz de la muerte de su hijo OSMAR ESNEIDER ESPINOSA, en quantum de CIENTO CINCUENTA (150) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES en el momento en que cobre ejecutoria esta decisión, que a la fecha representan la suma de OCHENTA Y CINCO MILLONES CINCO MIL PESOS (\$ 85´005.000,00).

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.



89

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

786
LX
RW

-Para el menor **JHAN CARLO ESPINOSA ARBOLEDA**, a través de la señora **YOLY EDITH ARBOLEDA VANEGAS**, su representante legal, **por el dolor infringido con la muerte de su padre**, el estimado de **CIENTO CINCUENTA (150) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES** en el momento en que cobre ejecutoria esta decisión, que a la fecha representan la suma de OCHENTA Y CINCO MILLONES CINCO MIL PESOS (\$ 85'005.000,00).

Perjuicios Materiales:

-Para la señora **MARÍA IRENE ESPINOSA:**

Lucro Cesante Pasado, la suma de SIETE MILLONES CIENTO CUARENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS CON TREINTA Y UN CENTAVOS (\$ 7'144.233.31).

- Para el menor **JHAN CARLO ESPINOSA ARBOLEDA**, a través de su representante legal:

Lucro Cesante Pasado, la suma de QUINCE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS VEINTISEIS PESOS CON SETENTA CENTAVOS (\$15'253.426,70)

Lucro Cesante Futuro, la suma de DIECIOCHO MILLONES CIENTO NOVENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON SETENTA CENTAVOS (\$18'192.292,70).

CUARTO. Se imponen las medidas conmemorativas y restaurativas esbozadas en la parte motiva a cargo del Ejército Nacional (Batallón Girardot), consistentes en excusas públicos, cursos pedagógicos sobre

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
 RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
 SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
 SALA QUINTA DE DECISIÓN

respeto a los DDHH para sus agentes y cursos sociales en la comunidad
 afectada, tal y como fu dispuesto en la parte considerativa que solventa
 esta decisión.

QUINTO. Conforme a lo dispuesto en el artículo 171 del C.C.A.,
 subrogado por el art. 55 de la Ley 446 de 1998, no se condena en
 costas.

SEXTO. Verifíquese lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del
 CCA.

SEPTIMO. Deniégrese las demás súplicas demandatorias.

OCTAVO. En el presunto de no ser apelada esta decisión, remítase en
 el grado jurisdiccional de Consulta ante el H. Consejo de Estado, de
 conformidad con lo normado en el artículo 184 del CCA.

NOVENO. Finalmente, se exhorta a la entidad pública condenada para
 que ejerza su derecho de repetición en contra de los agentes que dieron
 lugar a la condena en los términos definidos en el artículo 90 Superior.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiada y aprobada en Sala de la Fecha: 24 de abril de 2012.
Acta No. 017.

RADICADO: 2007-00371
 ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
 DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
 DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.



187
2 a b2

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA DE DESCONGESTIÓN - SUB SECCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Los Magistrados:

CARLOS ENRIQUE PINZÓN MUÑOZ

MARTHA CECILIA MADRID ROLDÁN

MARTHA NURY VELÁSQUEZ BEDOYA

RADICADO: 2007-00371
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA

Medellin _____ 18 MAY 2012
FIJADO _____
POR 3 _____

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SECRETARIA GENERAL

EN MEDELLIN ANT
NOTIFICACION JUDICIAL
La proceles de Antioquia consta Firmo

[Handwritten signature]

[Handwritten date]
18 MAY 2012

108
b3
RW

EDICTO

A LAS PARTES EN EL PROCESO DE ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA INSTAURADO POR MARÍA IRENE ESPINOSA, SENEIDA DAMARIS ESPINOSA, YOLY EDITH ARBOLEDA VANEGAS, MARIA RUBIELA ESPINOSA, JOSE HERNANDO ESPINOSA CONTRA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA -EJÉRCITO NACIONAL-, RADICADO CON EL NÚMERO 050012331000200700371 SE LES NOTIFICA QUE SE PROFIRIÓ SENTENCIA EL DÍA VEINTICUATRO (24) DE ABRIL DE DOS MIL DOCE (2012).-
MAG. CARLOS ENRIQUE PINZÓN MUÑOZ DESC .TAA.

MEDELLÍN, 18/05/2012
FIJADO EN LA FECHA A LAS 8:00 AM.

DESFIJADO 23/05/2012
A LAS 5:00 PM.

LUIS FERNANDO HENAO JARAMILLO
SECRETARIO GENERAL.
DBM

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 050012331000200700371 01
Expediente: 44.887
Actor: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTROS
Demandado: NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA– EJÉRCITO NACIONAL
Referencia: APELACIÓN SENTENCIA – REPARACIÓN DIRECTA

Temas: Responsabilidad agravada del Estado por violaciones graves a derechos humanos - (reiteración jurisprudencial); la prueba indiciaria en casos de ejecuciones extrajudiciales cometidas por miembros de la Fuerza Pública; reparación integral del daño antijurídico.

Atendiendo la prelación frente a estos asuntos dispuesta en el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009¹ y con apoyo en lo decidido por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sesión del 26 de enero de 2017, se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia el 24 de abril de 2012, mediante la cual se profirieron las siguientes declaraciones y condenas:

1°) Declárase de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de José Hernando Espinosa, María Rubiola Espinosa y Senaida Damaris Espinosa, por lo que su pretensión procesal se declara fracasada.

2°) Declárase la responsabilidad administrativa de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, conforme a los argumentos que sirvieron de vórtice argumentativo de la decisión que previamente fueron despejados.

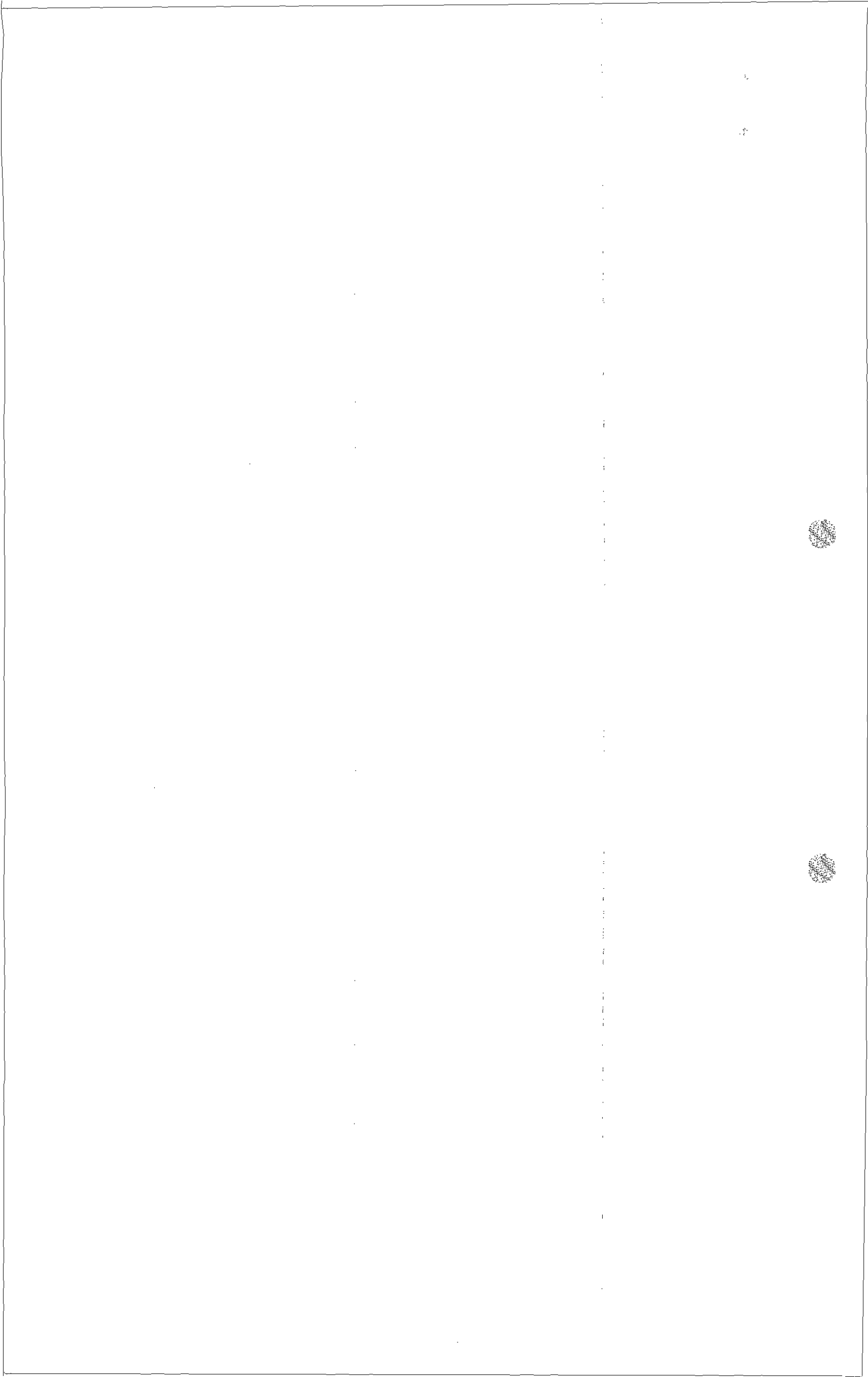
3°) Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a pagar en la proporción indicada en la parte motiva de este fallo, los valores por concepto de los perjuicios causados a la señora María Irene Espinosa y al menor Jhan Carlo Espinosa Arboleda, que se sintetizan así:

Perjuicios morales:

¹ *Del orden y prelación de turnos. Cuando existan razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional o en el caso de graves violaciones de derechos humanos o de crímenes de lesa humanidad, o de asuntos de especial trascendencia social, Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas, Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Constitucional, señalarán la clase de procesos que deberán ser tramitados y fallados preferentemente. Dicha actuación también podrá ser solicitada por el Procurador General de la Nación.*

243
64
R

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA





244
10

- Para María Irene Espinosa, por el dolor sufrido a raíz de la muerte de su hijo Osmar Esneider Espinosa, en quantum de 150 SMLMV en el momento en que cobre ejecutoria esta decisión, que a la fecha representan \$85'005.000.

- Para el menor Jhan Carlo Espinosa Arboleda, a través de la señora Yoli Edith Arboleda Vanegas, su representante legal, por el dolor infringido con la muerte de su padre, el estimado de 150 SMLMV en el momento en que cobre ejecutoria esta decisión, que a la fecha representan \$85'005.000.

Perjuicios materiales:

- Para la señora María Irene Espinosa:

Lucro cesante pasado: la suma de \$15'253.426.

- Para el menor Jhan Carlo Espinosa Arboleda, a través de su representante legal:

Lucro cesante pasado: la suma de \$15'253.426.

Lucro cesante futuro: la suma de \$18'192.292.

4°) Se imponen las medidas conmemorativas y restaurativas esbozadas en la parte motiva a cargo del Ejército Nacional (Batallón Girardot), consistentes en excusas públicas, cursos pedagógicos sobre respeto a los DDHH para sus agentes y cursos sociales en la comunidad afectada, tal y como fue dispuesto en la parte considerativa de esta decisión.

5°) No se condena en costas.

6°) Aplíquese lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

7°) Deniéguense las demás súplicas de la demanda.

8°) Se exhorta a la entidad pública condenada para que ejerza su derecho de repetición en contra de los agentes que dieron lugar a la condena en los términos definidos en el artículo 90 Superior".

I. ANTECEDENTES

1.1.- La demanda y su trámite

En escrito presentado el 20 de febrero de 2007 por intermedio de apoderado judicial, la señora Yoly Edith Arboleda Vanegas, quien actúa en nombre propio y en representación de su hijo menor de edad Jhan Carlo Espinosa Arboleda, María Irene, Seneida Damaris y José Hernando Espinosa interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, con el fin de que se la declarara administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios sufridos como consecuencia de la





245
60

muerte del señor Omar Esneider Espinosa, en hechos acaecidos el 27 de febrero de 2005 en el municipio de San Andrés de Cuerquia, Antioquia.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitaron que se condenara a la demandada a pagar a su favor, por concepto de indemnización de perjuicios morales la suma equivalente en pesos a 1000 SMLMV para el hijo de la víctima directa, 700 SMLMV a favor de su madre, 200 SMLMV para cada una de sus tías y 100 SMLMV a favor de su sobrina; por concepto de indemnización de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, deprecaron el monto que resultara acreditado a favor de la madre e hijo del hoy occiso.

Como **fundamentos fácticos** de sus pretensiones narró la demanda, en síntesis, que el 27 de febrero de 2005 el señor Omar Esneider Espinosa se desplazaba en un bus escalera tipo "chivero", con destino al área urbana del municipio de San Andrés de Cuerquia, cuando miembros del Batallón Atanasio Girardot del Ejército Nacional detuvieron el automotor y lo bajaron con el fin de requisarlo, al tiempo que ordenaron al conductor del vehículo que continuara la marcha con los demás pasajeros.

Señalaron los actores que pasadas las horas y en vista de que el joven Omar Esneider no llegaba a su destino, sus familiares fueron a buscarlo a la cabecera municipal de San Andrés de Cuerquia, pero se les informó que su familiar había fallecido y que su cadáver se encontraba en la morgue del hospital del municipio de Toledo, lugar donde había sido llevado por unidades del Batallón Atanasio Girardot del Ejército Nacional, quienes habían señalado que el hoy occiso fue dado de baja en un combate con la guerrilla de las FARC.

Agregó el libelo que, durante su vida y hasta el momento de su muerte, el joven Omar Esneider Espinosa se dedicaba a labores de agricultura y que nunca tuvo vínculo alguno con grupos al margen de la ley.

Indicaron, finalmente, que tales hechos son constitutivos de "una falla probada del servicio", puesto que los miembros del Ejército Nacional involucrados en ellos pervirtieron las funciones del servicio del cual se hallaban investidos, al dar muerte a un ciudadano indefenso que se encontraba bajo su custodia, al tiempo

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



246
62

que ofendieron la dignidad de la víctima y la de su familia al presentarlo como un subversivo abatido en combate².

La demanda así planteada fue admitida por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante proveído de fecha 17 de mayo de 2007, el cual se notificó en legal forma a la entidad demandada y al Ministerio Público³.

1.2.- El Ministerio de Defensa -Ejército Nacional- contestó la demanda y se opuso a las pretensiones formuladas en ella; para tal efecto, se limitó a manifestar que correspondía a la parte actora acreditar los elementos que sirven de fundamento para la declaratoria de la responsabilidad del Estado en este caso concreto, máxime cuando no eran claras las circunstancias en las que se produjo la muerte de la citada persona⁴.

1.3.- Vencido el período probatorio dispuesto en providencia proferida el 5 de octubre de 2007 y fracasada la etapa de conciliación, mediante auto de 5 de noviembre de 2008 el Tribunal de primera instancia dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, oportunidad en la cual éste último guardó silencio⁵.

La parte actora, luego de referirse a los hechos materia del proceso y al acervo probatorio recaudado, manifestó que concurrían los requisitos para que se diera la declaratoria de responsabilidad de la entidad pública demandada a título de falla del servicio, concretamente, porque se probó que el joven Omar Esneider Espinosa fue ultimado por miembros del Ejército Nacional mientras se encontraba bajo su custodia, quienes hicieron pasar su muerte como ocurrida en enfrentamiento con la subversión, pero que el hoy occiso no tenía vínculo alguno con actividades ilícitas ni con grupos al margen de la ley⁶.

En sus alegatos, la entidad pública demandada manifestó que de acuerdo con lo probado en el proceso, podía concluirse que la muerte del señor Omar Espinosa

² Fls. 23 a 37 C. 1.

³ Fls. 44 a 46 C. 1.

⁴ Fls. 47 a 51 C. 1.

⁵ Fls. 62 y 97 C. 1.

⁶ Fls. 118 a 132 C. 1.





247
600

se produjo en medio de un enfrentamiento entre guerrilleros de las FARC y miembros del Ejército Nacional, por manera que se configuraba la causal eximente de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima⁷.

1.4.- La sentencia de primera instancia

Cumplido el trámite legal correspondiente, la Sala de descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia profirió sentencia el 24 de abril de 2012, oportunidad en la cual declaró la responsabilidad de la institución demandada en los términos descritos al inicio de esta sentencia.

Para arribar a esa decisión, el Tribunal de primera instancia puso de presente, básicamente, que a partir del acervo probatorio arrimado al proceso, podía concluirse que la muerte del señor Omar Esneider Espinosa fue producida por miembros del Batallón Atanasio Girardot del Ejército Nacional, luego de haberlo puesto en estado de indefensión.

En ese mismo sentido, agregó el Tribunal *a quo* que la demandada no aportó pruebas sobre el supuesto enfrentamiento entre el hoy occiso y los miembros del Ejército; además, afirmó que los disparos que recibió el hoy occiso fueron por la espalda, todo lo cual hacía concluir sobre la ausencia de prueba respecto de la alegada eximente de "culpa de la víctima" y, en consecuencia, debía concluirse que la muerte de la referida persona resultaba imputable al Ejército Nacional a título de falla del servicio.

Finalmente, el Tribunal accedió al reconocimiento de perjuicios morales y materiales, al tiempo que ordenó varias medidas de reparación integral a favor de las víctimas directas, las cuales consistieron en ofrecer excusas públicas a las víctimas del presente caso por parte del Comandante del Batallón Girardot, ofrecer un curso de pedagogía en derechos humanos a los miembros del mencionado Batallón y, finalmente, implementar "un plan que incluya la participación ciudadana en charlas pedagógicas de defensa de derechos humanos"⁸.

⁷ FIs. 98 a 102 C. 1.

⁸ FIs. 142 a 187 C. Ppal.





248
GA

1.5.- El recurso de apelación

Contra la anterior decisión la parte demandada interpuso oportunamente recurso de apelación, el cual fue concedido por el Tribunal *a quo* el 21 de junio de 2012 y admitido por esta Corporación el 12 de julio de 2013⁹.

En su impugnación, el Ministerio de Defensa -Ejército Nacional- insistió en la configuración de la causal eximente de responsabilidad consistente en la "culpa de la víctima", dado que se habría probado que el hoy occiso murió en el curso de un enfrentamiento con miembros de la Fuerza Pública, por lo que el actuar de los militares que participaron en tales hechos fue "legítimo", ante el hostigamiento que recibieron por parte de los miembros del grupo ilegal¹⁰.

1.6. Una vez se dio traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto si lo consideraba del caso, éste último y las partes guardaron silencio¹¹.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el presente asunto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia de la Sala

2.1.1. La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 24 de abril de 2012 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, comoquiera que la demanda se presentó el 20 de febrero de 2007 y la pretensión mayor se estimó en la suma de 1.000 SMLMV por concepto de indemnización de perjuicios morales para el hijo de la víctima directa, la cual supera el monto exigido -500 SMLMV-, para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación¹².

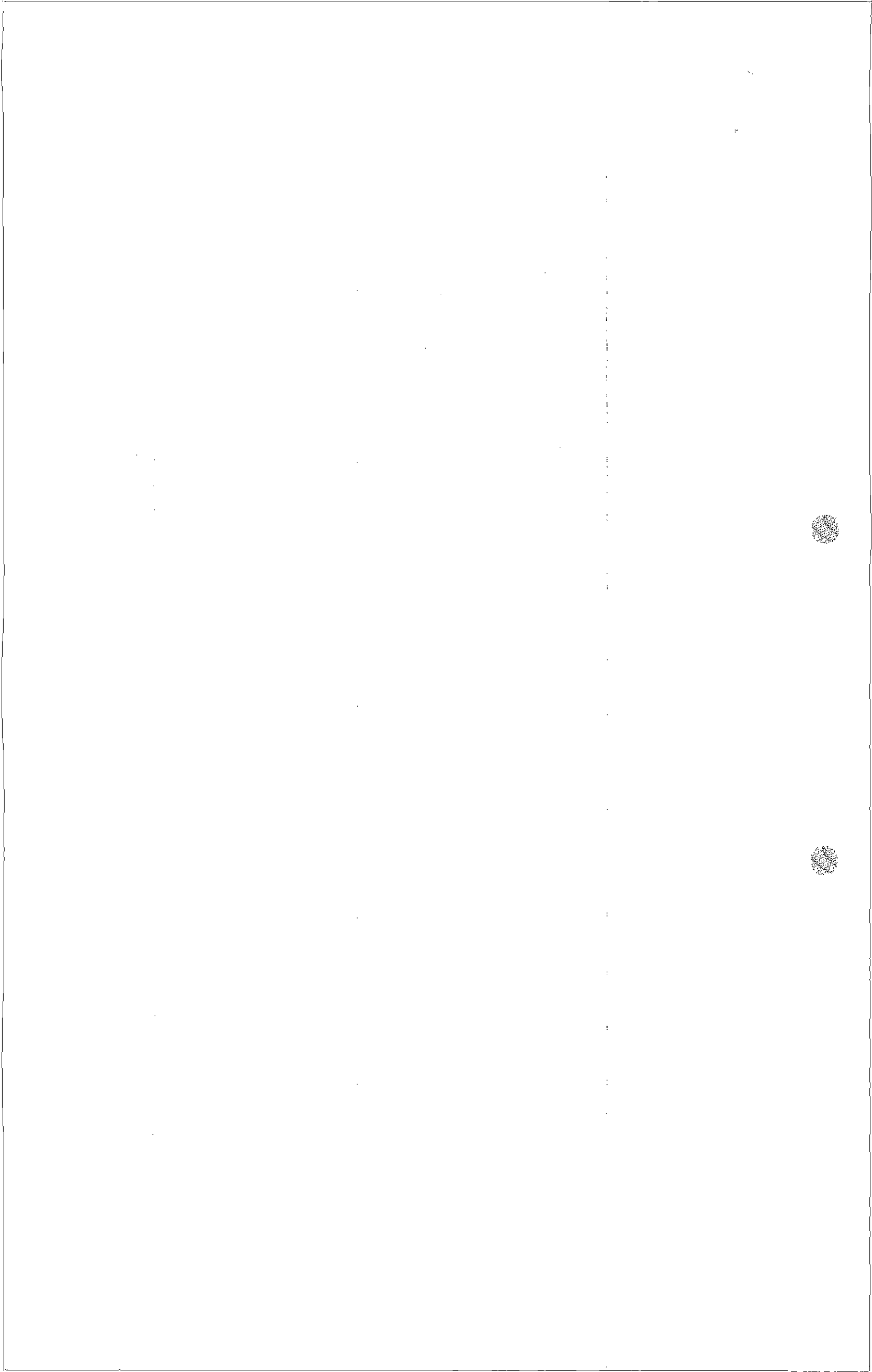
⁹ Fís. 202 y 207 C. Ppal.

¹⁰ Fís. 151 a 166 C. Ppal.

¹¹ Fís. 225 y 227 C. Ppal.

¹² Artículo 40, Ley 446 de 1998.







249
20

2.1.2. En cuanto a la **oportunidad** para formular la presente acción indemnizatoria, según se indicó, su ejercicio tuvo por origen la muerte del señor Omar Esneider Espinosa ocurrida el 27 de febrero de 2005, razón por la cual, por haberse interpuesto la demanda el 20 de febrero de 2007, se impone concluir que se interpuso dentro de los 2 años que establece el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A.

2.2. Los hechos probados

Advierte la Sala que en el cuaderno 1 obran copias de varias piezas del proceso penal tramitado por el Juzgado 22 de Instrucción Penal Militar¹³, adelantado con ocasión de la muerte del señor Omar Esneider Espinosa ocurrida el 27 de febrero de 2005, en la vereda El Naranjo del municipio de Toledo, Antioquia. Dicha prueba trasladada fue practicada por la parte demandada -Ejército Nacional- y solicitada por ambas partes, amén de que fue debidamente decretada e incorporada al expediente, por lo que será valorada en su totalidad.

Ahora bien a partir de los elementos de convicción arrimados al proceso en legal forma, la Sala tiene por establecidos los siguientes hechos:

- De acuerdo con el certificado de defunción obrante en el proceso, el señor Omar Esneider Espinosa murió de forma violenta en zona rural del municipio San Andrés de Cuerquia, Antioquia, el día 27 de febrero de 2005¹⁴.
- El levantamiento del cadáver del antes mencionado se llevó a cabo el 27 de febrero de 2005 **en la morgue del hospital** de San Andrés de Cuerquia, Antioquia, por funcionarios de la Policía Nacional¹⁵. En el acta se consignó la siguiente información:

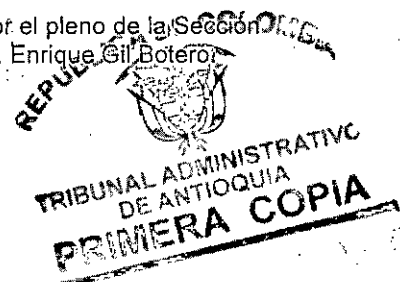
"Zona donde ocurrieron los hechos: Vereda Los Naranjos, Municipio de San Andrés de Cuerquia, a las 14:30 horas de hoy 27/02/2005.

El cadáver se trasladó a la Morgue municipal.

¹³ Se aclara que las copias simples gozan de mérito probatorio conforme a lo decidido por el pleno de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 28 de agosto de 2013, Exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁴ Fl. 8 C. 2

¹⁵ Fl. 19 C. 2.



250
M

Expediente: 44.887
Actor: María Irene Espinosa y otros
Referencia: Apelación sentencia - Reparación directa

Otros muertos: No.

Posible manera de muerte: Homicidio; mecanismo utilizado: Arma de fuego.

Intervención legal: Si.

Sindicados: Pelotón Anzoategui 1, Batallón # 10 Atanasio Girardot.

"(...).

Prendas de vestir: Franela beige impregnada de sangre, jean azul desteñido, botas de caucho marca venus, bóxer gris, medias negras, no se le encontraron más elementos.

Relatos del hecho: **Con base en el testimonio del Sr. TE. Fonseca Católico Edwar, comandante del pelotón, el individuo era miembro de la ONT FARC y fue dado de baja en combate con tropas del Ejército en la vereda Los Naranjos del municipio de San Andrés de Cuerquia¹⁶** (negrillas y subrayas adicionales).

- En el acta de necropsia del cadáver de la referida persona se registró la siguiente información:

"Examen externo:

"Heridas:

"Cuello: Excoriación superficial lineal con quemadura por desplazamiento de proyectil en hemicuello izquierdo en todo su borde externo.

Tórax: Orificio de entrada #1 en deltoides izquierdo sobre el acromion, sin bandoleta contusiva, de 0,6 cms. de diámetro, circular fino, con dirección izquierda a derecha y arriba hacia abajo, al parecer por trayectoria golpeó en la tercera costilla lado derecho, región posterior fracturándola y luego rebotó hacia adelante, izquierda y arriba saliendo por pectoral derecho en el tercer espacio intercostal a 04 cms del borde esternal. Salida con bordes regulares empastados de 3x2 cms.

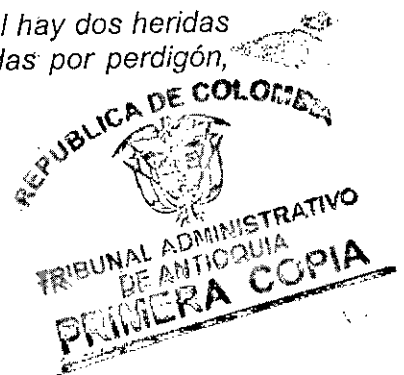
Orificio de entrada (#2) en borde interno de la escápula izquierda de 1,8x1 cms, a 3,5 cms, de la línea media corporal posterior, con bordes irregulares, invertidos y excavación hacia las 5 del reloj, dirección derecha a izquierda, superficial, con salida a 6 cms en la misma altura, con bordes irregulares, evertidos.

Abdomen: Sin lesiones.

Extremidades: Orificio de entrada # 3 en antebrazo derecho, tercio medio, cara anterior a 10 cms del codo, circular, fino, sin bandoleta contusiva, con orificio de salida de bordes irregulares, evertidos de 4,5x5 cms en cara interna del mismo codo con fractura abierta conminuta cubito-humeral y avulsión de tejidos.

En cara externa de antebrazo derecho en tercios medio y proximal hay dos heridas puntiformes pequeñas, finas, no sangrantes, al parecer producidas por perdigón, aunque no se encontró los agentes vulnerantes

¹⁶ Fl. 13 C. 2.



251
N

Expediente: 44.887
Actór: María Irene Espinosa y otros
Referencia: Apelación sentencia - Reparación directa

Conclusión: El fallecido murió por causa violenta y directa de shock hipovolémico, debido a hemotórax masivo, secundario a perforación del cayado de la aorta, causado por proyectil de arma de fuego de carga única. La hora de la muerte 02:30 a.m. del 27 de febrero de 2005 por informe y cambios posmortem¹⁷ (negrillas adicionales).

- En el informe de los hechos realizado el 28 de febrero de 2005 por el Comandante de la Estación de Policía de Toledo y dirigido al Fiscal Seccional Delegado de Toledo, Antioquia, manifestó lo siguiente:

"... En el interior de la morgue del hospital se encontraba el cadáver de una persona N.N. de 23 años, que vestía (...), presenta heridas producidas por arma de fuego fusil galil, calibre 5,56 mm en la cabeza, cuello, pecho, espalda y el brazo. Se tomaron las fotos, la necrodactilia, se solicitó la necropsia y la carta dental.

En entrevista con el señor TE. Fonseca católico Edwar, Comandante del pelotón que efectuó el procedimiento, me manifestó que al presunto miembro de la ONT FARC 36 Frente, había fallecido en un combate con sus tropas y que se le había encontrado un revólver marca SMITH & WESON calibre 38 largo, cañón corto, número externo 9D72207, con cuatro vainillas y dos cartuchos. Además con dos granadas de fabricación manual, denominadas MIPLES¹⁸ (negrillas y subrayas adicionales).

- Ese mismo día, el mencionado Comandante de la Estación de Policía en escrito separado al anterior informe, manifestó:

"En complemento a mi oficio No. 134 del día 28.02.2005, me permito aclarar que el arma revolver que, presuntamente, tenía el hoy occiso N.N. número 3, con cuatro vainillas y los dos cartuchos para el mismo, además de las dos granadas de fabricación casera denominadas MIPLES, se encuentran en poder del señor Teniente FONSECA CATÓLICO EDWAR, Comandante del Pelotón Anzoategui del Batallón de Infantería No. 10 Atanasio Girardot con puesto de mando en el municipio de Yarumal, quien efectuó el procedimiento.

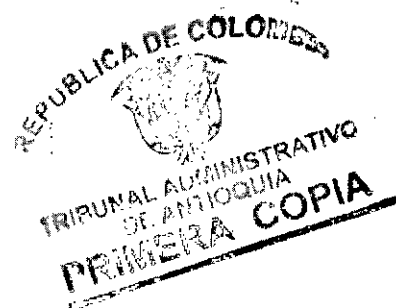
Para el día de hoy 28.02.2005 siendo las 08:34 horas, en las instalaciones que ocupa el Comando de Policía de Toledo, se presentó la señora María Irene Espinosa, la cual manifestó ser la madre del joven Omar Esneider Espinosa, 21 años, quien falleció violentamente el día 27 de febrero de 2005 en la Vereda Los Naranjos del municipio de San Andrés de Cuerquia. El cuerpo fue trasladado hacia el citado municipio¹⁹.

- En relación con las circunstancias en las cuales habría acaecido la muerte del señor Omar Esneider Espinosa, en el informe realizado el 28 de febrero de 2005 por el Teniente Edwar Fonseca Católico, se manifestó (se transcribe de manera textual):

¹⁷ Fl. 21 C. 1 y 32 a 36 C. 2.

¹⁸ Fl. 15 C. 2.

¹⁹ Fl. 14 C. 2.





252
M

"Por medio del presente me permito informar al TC. Del Batallón Girardot los hechos ocurridos el 26 de febrero de 2005. Por inteligencia de combate se obtuvo la información de que en el municipio de San Andrés de Cuerquia se encontraba un supuesto subversivo integrante de las ONT FARC. Que vestía de civil, así: pantalón azul, botas de caucho negras, franela de color beige. Se analizó la información y se procedió a iniciar el desplazamiento aproximadamente a las 11.00 a.m. del 02.26.2005, movimientos efectuados en un retén. Se llegó al lugar aproximadamente a las 13:30 horas de la tarde. **Se ordenó efectuar un retén en la salida del pueblo, ubicando así al presunto subversivo. El mencionado fue capturado y e identificado según los rasgos físicos por las características dadas por la fuente de información.** El mencionado sujeto manifestó que él era miliciano de las FARC, que nos iba a colaborar con información sobre otros milicianos y sobre caletas de armamento e intendencia que habían en el sector denominado vereda Los Naranjos, también afirmó que nos iba a entregar su arma de dotación que se trataba de un arma corta y así mismo para capturar a otros supuestos milicianos, se tomó la determinación de hacer el desplazamiento hacia ese sector por una parte que nos brinda seguridad y protección, ya que se tenía la información de que en el sector de Los Naranjos se encontraba minado y que el personal de ese sector no podía transitar por el sector después de las 19:00 horas. Al llegar al sector de Los Naranjos procedimos a ir al otro lado del río para confirmar o desvirtuar la información dada, cuando íbamos cruzando el puente sonaron unos explosivos acompañados de disparos de fusil que se escuchaban del otro lado del río y de las partes altas de la carretera, se reaccionó a la emboscada saliendo de la parte de abajo, **fui informado de que el supuesto subversivo aprovechando las explosiones y la reacción del personal de la parte alta que se encontraba en seguridad se dio a la huida.** Cuando me encontraba saliendo de la emboscada hacia una parte que nos brindara seguridad, seguían sonando explosiones y disparos hacia el sector donde deje la seguridad que estaba al mando del Cabo Tercero, el cual me informaba que le estaban disparando de las partes altas de la carretera cuando llegué al sitio donde dejé la seguridad verifiqué el personal, **se procedió a registrar el sector para salir de allí, minutos después en dicho registro fue encontrado el sujeto que habíamos capturado muerto, al cual se le encontró un arma corta, revólver calibre 38 Smith & Wesson, número externo 9D72207, con cuatro vainillas y dos cartuchos y dos MIPLES, dejó constancia de que en el lugar de los hechos se entró a las 01:30 am., del día 27 de febrero de 2005 saliendo a las 2:45 horas aprox. Se procedió a sacar dicho cuerpo de ese sector ya que estaba en una zona muy desventajosa, la cual no brindaba la suficiente seguridad para continuar en el sector, se procedió a sacar el cuerpo hacia el sector de Toledo, todo esto para facilitar las acciones legales como son el acta de levantamiento y de necropsia correspondiente. Quiero agregar que fuimos llevados a una zona preparada por el mencionado sujeto²⁰ (negrillas adicionales).**

- Dentro del proceso penal militar, el referido teniente Edwar Fonseca Católico ratificó el anterior informe ante el Juzgado 22 de Instrucción Penal Militar en el sentido de reiterar los hechos y las circunstancias en las cuales habría sido capturado y posteriormente abatido el joven Omar Esneider Espinosa²¹.

²⁰ Fls. 6 a 7 C. 2.

²¹ Fls. 74 a 76 C. 2.





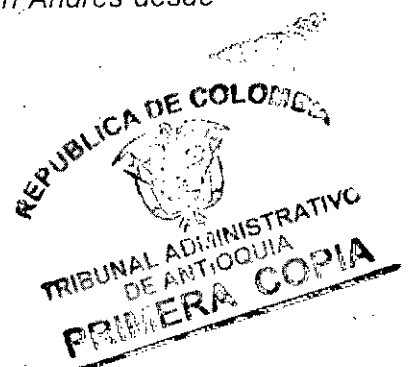
- De acuerdo con la orden de operaciones "Estrella", del Batallón de Infantería No. 10 Atanasio Girardot, el 5 de enero de 2005 se impartió órdenes a la tropa de contraguerrilla Anzoategui consistentes en conducir operaciones militares ofensivas de destrucción, registro y control militar contra subversivos, grupos paramilitares y delincuencia común, que operaban sobre el área general del municipio de Yarumal y Toledo, Antioquia²².

- El sargento segundo José Vicente Torres en su testimonio rendido ante el juzgado 22 de Instrucción Penal Militar, describió los momentos que antecedieron a la muerte del señor Omar Espinosa, así:

"El día 26 de febrero de 2005 efectuamos un casa retén después de mediodía hacia San Andrés de Cuerquia por información de que había unos subversivos en el mencionado lugar, **aproximadamente a las tres de la tarde se hizo un retén capturando al mencionado sujeto, más adelante interrogándolo aproximadamente hasta las 20:00 horas luego, efectuamos un movimiento hasta el sitio conocido como Los Naranjos donde el mencionado sujeto nos dio información de que se encontraban caletas de armamento e intendencia y también más integrantes de las FARC y también su arma de dotación, llegando al mencionado lugar aproximadamente a la 1:30 de la mañana, bajamos a registrar el sitio de las caletas, siendo recibidos por explosiones y tiros de fusil, tras darnos cuenta que esto al parecer era una emboscada maniobramos para salir del hueco, llegando hasta la parte de la carretera nuevamente, verificando personal y procediendo hacer un registro hacia la parte de adelante para poder seguir nuestro eje de avance encontrando más adelante un subversivo dado de baja, quien portaba un arma corta y unos miples debido a la situación del terreno se recogió al muerto y nos movimos hasta el sitio conocido como el Puente de Matanza de ahí seguí con personal de soldados hacia el valle sin darme cuenta que más sucedió. (...). **No se si el sujeto disparó contra la tropa porque yo me encontraba en la parte de abajo buscando la supuesta caleta que el sujeto nos informó. El occiso fue encontrado a unos 100 metros de distancia del equipo de seguridad. (...) No me di cuenta en qué momento se escapó el hoy occiso. (...). No se le encontró nada al sujeto en el momento de la requisa. (...). El mencionado sujeto en el momento en que nosotros fuimos recibidos por explosiones y tiros de fusil según lo que escuché el sujeto huyó de donde se encontraba la seguridad y más tarde más adelante fue encontrado abatido con el material, lo que hace pensar que nos mintió mandándonos a una zona preparada para poder huir y buscar su armamento para enfrentarse con nosotros. (...). El sujeto fue encontrado a 40 minutos o a una hora después de haberse escapado. (...). Pienso que la seguridad alcanzó a reaccionar y a darle de baja antes de que llegara más lejos ya que me hace pensar que este sujeto tenía escondida su arma y sus miples cerca del sitio donde fue dado de baja. (...). Se estuvo interrogando al sujeto en la parte baja del pueblo de San Andrés desde las 3 de la tarde hasta las 8 de la noche²³.****

²² Fils. 46 a 48 C. 2.

²³ Fils. 79 a 82 C. 2.





- En similar sentido al anterior relato, los testimonios del cabo tercero Luis Alejandro Toledo Sánchez²⁴ y de los soldados profesionales Diego Alejandro Carmona Rico²⁵, Jhon Fredy Vásquez Durango²⁶, José Arley Cossio²⁷, Jhon Alirio Usuga Montoya²⁸ coincidieron en señalar que el 27 de febrero de 2005, por información de inteligencia militar, se tuvo conocimiento que el municipio de San Andrés de Cuerquia (Antioquia), se encontraba un subversivo integrante del 36 frente de las FARC que vestía de civil, razón por la cual el grupo de militares encabezado por el Teniente Edward Fonseca Católico instaló un retén militar a la salida del pueblo, en el cual fue capturado el presunto subversivo mientras se desplazaba en un automotor.

Afirmaron, igualmente, que luego de haber sido interrogado el hoy occiso les habría manifestado ser miembro del 36 frente de las FARC y que estaba dispuesto a colaborarles suministrando información de otros subversivos y de caletás de armamento que se encontrarían en el sector "Los Naranjos"; asimismo, que les iba a entregar su arma de dotación, la cual no portaba en el momento de su detención.

Agregaron que, a eso de las 10 p.m., se desplazaron con el capturado hacia el mencionado sector en compañía de un grupo de militares encabezados por el cabo tercero Luis Toledo Sánchez, pero que a eso de la una de la madrugada mientras cruzaban por encima de un puente, escucharon unas explosiones acompañadas de disparos de fusil, momento en el que el subversivo capturado había aprovechado para huir, frente a lo cual, el grupo de militares disparó al lugar de donde provenía el fuego y que el combate se extendió por unos treinta minutos, al cabo de los cuales se realizó el registro del área y apareció el cuerpo sin vida del subversivo que habían detenido anteriormente.

Agregaron que, al lado de su cuerpo sin vida, se encontraban un revólver calibre 38 mm marca Smith & Wesson, cuatro vainillas y dos cartuchos; además, dos granadas de fabricación casera (miples). Agregaron, finalmente, que el cadáver fue trasladado en ese mismo instante por los mismos militares hasta el hospital del municipio de Toledo.

²⁴ Fls. 83 a 88 C. 2.

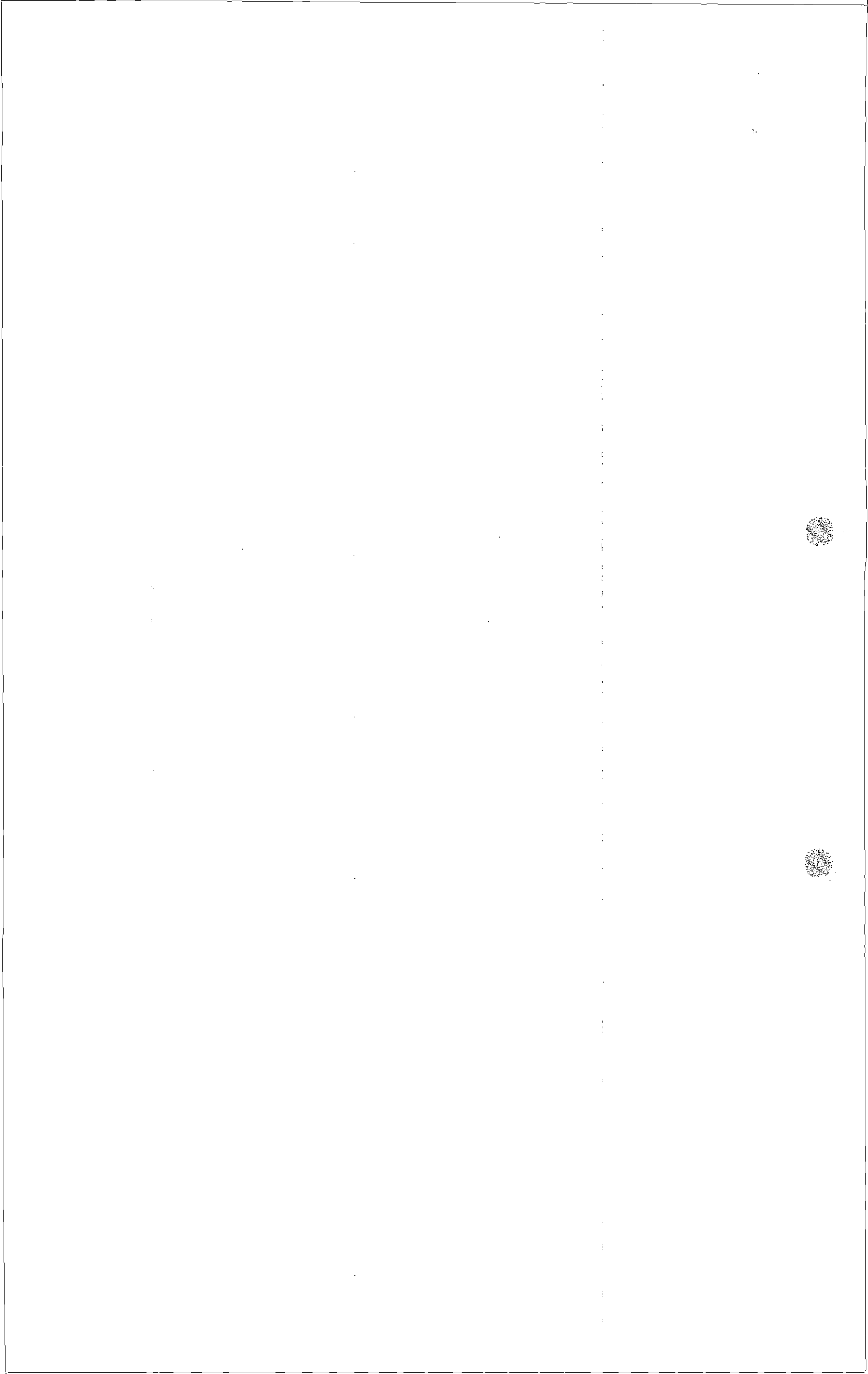
²⁵ Fls. 94 a 96 C. 2.

²⁶ Fls. 91 a 93 C. 2.

²⁷ Fls. 153 a 158 C. 2.

²⁸ Fls. 97 a 99 C. 2.







255
70

- En el testimonio rendido por la señora Yolfa Amparo Loaiza Jaramillo ante el juzgado de Instrucción penal manifestó que conocía al hoy occiso desde hacía cuatro años antes de su muerte, que era perteneciente a las FARC y que se dedicaba a llevarles información. Agregó que fue la persona que dio la información al Ejército Nacional sobre la vinculación del señor Omar Correa Espinosa con la guerrilla. Sin embargo, en su relato no precisó de qué forma o en qué circunstancias habría obtenido dicha información²⁹.
- El 28 de febrero de 2005 con ocasión de la desaparición del joven Omar Esneider Espinosa, la señora María Irene Espinosa presentó una denuncia ante la Fiscalía Local Delegada ante los Juzgados Promiscuos del Toledo y San Andrés de Cuerquia. En dicha denuncia, manifestó que por información de los vecinos del sector se enteró que el bus escalera "chivero", en el que se desplazaba su hijo, fue detenido en un retén militar y que, el señor Omar Esneider fue el único capturado, por cuanto no portaba documentos de identificación³⁰.
- En la declaración del señor Jorge Humberto Orrego Restrepo, quien era el conductor del bus escalera en el que viajaba el señor Esneider Espinosa, manifestó que el hoy occiso viajaba en su autobús regularmente y que era estudiante de un colegio de la localidad. Afirmó que el día de los hechos, en el sitio conocido como "La Mayoría", había un retén instalado por miembros del Ejército Nacional, quienes hicieron bajar a los ocupantes del autobús para realizarles una réquisa, pero que luego de ello todos los ocupantes subieron nuevamente, salvo el señor Omar Esneider Espinosa, quien se quedó en poder de los militares³¹.
- En ese mismo sentido obran las declaraciones de los señores Juan Diego Ossa Tapias³² y Manuel Salvador Serna Orrego³³ -el primero era ayudante del conductor del bus escalera para el día de los hechos y el segundo era uno de los ocupantes-, en sus testimonios coincidieron en afirmar que ese día salieron de San Andrés de Cuerquia con veinte pasajeros aproximadamente, incluido el hoy occiso, y al llegar al sitio conocido como "La Mayoría", se encontraron con un retén del Ejército

²⁹ Fls. 15 a 17 C. 2.

³⁰ 177 a 180 C. 2.

³¹ Fls. 405 a 412 C. 2.

³² Fls. 413 a 417 C. 2.

³³ Fls. 438 a 444 C. 2.





Nacional, en el cual hicieron bajar a todos los ocupantes para requisarlos y pedirles documentos, pero que, como el señor Omar Esneider no los portaba, no le permitieron seguir en el bus y se quedó con los uniformados.

- En el estudio técnico practicado por el CTI de la Fiscalía Seccional de Antioquia a los explosivos que le habrían sido encontrados en poder del señor Omar Esneider Espinosa, se concluyó que se trataban de explosivos de fabricación artesanal cuyo mecanismo de activación estaba compuesto por una mecha de seguridad, los cuales *"se encuentran en buenas condiciones siendo aptos para ser utilizados"*³⁴.

- En el dictamen de balística practicado por el C.T.I. de la Fiscalía General de la Nación, se concluyó que el revólver calibre 38 especial No. 9D72207 *"se encontraba en buen estado y era apto para producir disparos, prueba de residuos de disparo positiva, y positivo cotejo comparativo entre vainillas y arma en cuestión"*³⁵.

- A través de oficio del 6 de octubre de 2005 el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- hizo constar que el señor Omar Esneider Correa Espinosa *"no le figuran anotaciones y/o antecedentes"*³⁶.

- Mediante providencia proferida el 10 de septiembre de 2007 el Juzgado 22 de Instrucción Penal Militar del Ejército Nacional decidió abstenerse de decretar medida de aseguramiento por el delito de homicidio en contra del grupo de militares integrantes del grupo de contraguerrillas Anzoategui que participó en la muerte del señor Omar Correa Espinosa, toda vez que la instancia en comento, a partir de las pruebas referidas concluyó que, ese hecho se habría producido *"en desarrollo de una orden de operaciones o en cumplimiento de un deber legal"*³⁷.

Advierte la Sala que la anterior providencia es la única sobre la que se tiene noticia, pues el Ejército Nacional no allegó la totalidad del proceso penal militar a este proceso.

³⁴ Fls. 57 a 62 C. 2.

³⁵ Fls. 102 a 108 C. 2.

³⁶ Fl. 361 C. 2.

³⁷ Fls. 509 a 534 C. 2.





257
70

Expediente: 44.887
Actor: María Irene Espinosa y otros
Referencia: Apelación sentencia - Reparación directa

- Finalmente, los testimonios de los señores Porfirio Eucaris Flórez Ruiz, Sandra Bibiana Flórez Muñoz, José Benjamín Chavarría Vásquez, Carmen Tulia Avendaño Zapata y Pedro Pablo Chavarría Sepúlveda coincidieron al afirmar que el señor Omar Esneider Espinosa antes de su muerte se dedicaba a labores de agricultura en la finca de su familia y que no tenía vínculo alguno con actividades o grupos ilegales; además, indicaron que gozaba de excelentes relaciones tanto en la localidad en donde residía, como en su entorno familiar, por lo que su muerte causó un profundo dolor moral en ellos³⁸.

Así, pues, establecidos los anteriores hechos, aborda la Sala el análisis de imputación con el fin de determinar si en este caso concreto la muerte del señor Omar Esneider Correa Espinosa le resulta atribuible a la demandada y, por lo tanto, si ésta se encuentra en el deber jurídico de resarcir los perjuicios que de él se derivan.

2.3. Análisis de la Sala

De conformidad con el material de convicción allegado al proceso, ha de señalar la Sala que se encuentran plenamente acreditados los daños antijurídicos sufridos por los demandantes, en tanto la muerte del señor Omar Esneider Correa Espinosa en las condiciones que ocurrió, configura -como se verá- una **vulneración grave, flagrante y sistemática de derechos humanos**.

En efecto, a partir de los hechos probados a los que se hizo referencia anteriormente, la Sala puede concluir que:

i) La muerte del joven Omar Esneider Correa Espinosa fue producida por miembros del Ejército Nacional con sus correspondientes armas de dotación.

De acuerdo con los hechos probados, en la comisión de la muerte del señor Correa Espinosa, participaron directamente los miembros del pelotón Anzoategui del grupo de contraguerrilla del Batallón No. 10 Atanasio Girardot, los cuales, para el momento de los hechos, se encontraban en servicio activo y en cumplimiento del mismo.

³⁸ FIs. 70 a 93 C. 2.





Ciertamente, el oficial encargado de la referida unidad militar señaló en el informe de los hechos que culminaron con la muerte del joven Correa Espinosa, que los uniformados, en desarrollo de la operación "Estrella" realizaron un retén en la salida del pueblo San Andrés de Cuerquia, en el cual capturaron al hoy occiso por cuanto les habría confesado su pertenencia al 36 frente de las FARC; posteriormente, cuando se dirigían al lugar donde les iba a entregar una caleta de armamento y su arma de dotación, fueron atacados con armas de fuego y explosiones, momento en el que el capturado habría emprendido la huida y fue dado de baja por los miembros del Ejército Nacional; finalmente, señaló que su cuerpo sin vida fue conducido por los militares al Hospital municipal de Toledo, donde se le practicó el levantamiento del cadáver y la necropsia. Dicho relato coincide también con lo afirmado en el acta de levantamiento de cadáver por los militares que participaron en tales hechos.

ii) El Ejército Nacional faltó a sus deberes de protección frente a la vida e integridad de la persona detenida.

En relación con las personas que se encuentran detenidas y privadas de la libertad, quienes deben soportar tanto la limitación en el ejercicio de sus derechos y libertades como, igualmente, la reducción o eliminación de las posibilidades de ejercer su propia defensa, con miras a repeler las agresiones de agentes estatales o de terceros, la jurisprudencia de esta Sección ha señalado que el Estado debe garantizar la seguridad de los detenidos y asumir los riesgos que lleguen a presentarse en virtud de dicha circunstancia, razón por la cual, se ha precisado que en estos casos, existe una **posición de garante institucional** frente a las personas detenidas, motivo por el cual debe garantizarles su vida e integridad³⁹.

Sobre el particular, la Sala al ocuparse de explicar el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando se trata de daños causados a personas detenidas, ha precisado que,

... si el Estado no devuelve al ciudadano en las mismas condiciones en que lo retuvo, debe responder patrimonialmente por los perjuicios que éste haya sufrido durante el tiempo de la retención, aunque haya puesto en funcionamiento todos los recursos de que dispone para proteger al retenido y evitarle la causación de cualquier daño, salvo que haya

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2007, Exp. 16894, M.P. Enrique Gil Botero; sentencia del 26 de marzo de 2009, Exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero, sentencia del 12 de agosto de 2011, Exp. 20.753, entre muchas otras.



intervenido una causa extraña, pues frente al retenido la obligación del Estado no es un comportamiento sino la realización efectiva de un resultado determinado.⁴⁰ (Negrillas adicionales).

Con fundamento en lo anterior, se concluye que, comoquiera que el señor Omar Esneider perdió su vida cuando se encontraba detenido en poder del Ejército Nacional, ese daño antijurídico le resulta imputable, dado que faltó a su obligación de garante institucional respecto de sus deberes de protección y seguridad frente a la persona que se encontraba bajo su custodia, máxime cuando fueron los mismos miembros del Ejército Nacional quienes cegaron su vida, tal y como pasa a verse.

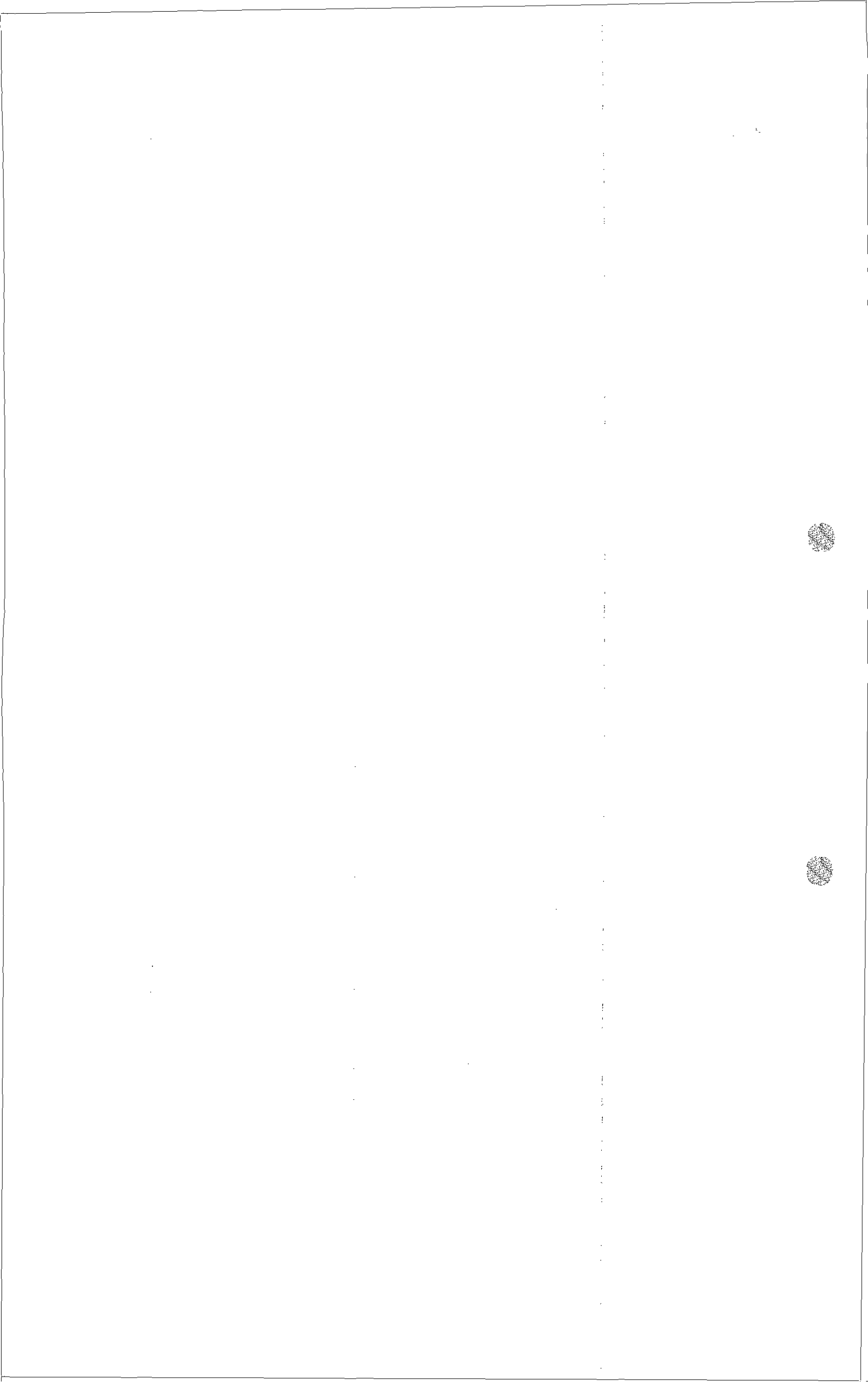
iii) La muerte del joven Correa Espinosa no se produjo como consecuencia de una legítima defensa, ni por razón de su propio hecho o "culpa".

La entidad demandada ha sostenido a lo largo del trámite de la presente acción que la muerte del joven Omar Esneider Correa Espinosa se produjo por su propia culpa. Advierte la Sala que el hecho de la víctima, como causa extraña y exclusiva, impone para quien la alega la prueba de que se trató de un acontecimiento que le era imprevisible e irresistible, pues de no ser así se revela —respecto de la Administración, que es la que en este caso la aduce— una falla del servicio en el entendido de que, teniendo un deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso, pues, como lo advierte la doctrina, *"sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor"*⁴¹.

Resalta la Sala que del examen detallado de las pruebas allegadas al expediente es posible concluir —y así lo anticipa— que no existe elemento alguno de convicción que permita tener por demostrado que la muerte de la víctima a la que se viene haciendo referencia hubiere obedecido o hubiere sido determinada por razón de su propia y exclusiva culpa, como lo sostiene la parte demandada.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de febrero de 2004, expediente 14.955. Sentencia del 24 de junio de 2004, Exp. 14.950. Sentencia del 24 de junio de 1998, Exp. 14.406. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Exp. 16.996, entre otras.

⁴¹ Luis Josseland, *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I; Ed. Bosh y Cía., Buenos Aires, 1950, pág. 341. "El hecho de la víctima, al decir de los hermanos Mazeaud, sólo lleva "consigo la absolución completa" cuando "el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima". Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, págs. 332 y 333.



260
[Handwritten signature]

Expediente: 44.887
Actor: María Irene Espinosa y otros
Referencia: Apelación sentencia - Reparación directa

En efecto, debe señalar la Sala que el operativo militar y el supuesto enfrentamiento armado que se habría producido –según el informe oficial- entre miembros de las FARC y el grupo de contraguerrilla, resulta huérfano de respaldo probatorio, pues no se aportó ninguna prueba que reportara ese hecho, distinta de la declaración de los militares que participaron en la muerte de la citada persona, en las cuales se dijo que en momentos en que se produjo una explosión y se escucharon unos disparos, el hoy occiso aprovechó para escapar e ir a donde tenía escondido el revólver, la munición para esa arma y los explosivos que le fueron encontrados, pero que fue dado de baja en dicho cruce de disparos.

Respecto del arma y del explosivo que habrían sido hallados al lado del cuerpo de la citada persona, debe señalarse que no se precisó en qué momento y lugar fue encontrada el arma y por quién, lo que pone en tela de juicio el hecho de que en verdad el occiso hubiere portado dicha arma para el momento en el que fue abatido por el grupo de militares; además, tampoco se observa preocupación alguna por parte de la demandada por acreditar esa circunstancia ni en el proceso penal militar adelantado por esa misma entidad, ni en el presente proceso contencioso administrativo.

Ciertamente, advierte la Sala que si bien se realizó un dictamen pericial sobre el estado de dicha arma y se concluyó, a partir de la prueba de residuos de disparos, que fue utilizada de forma reciente, lo cierto es que no aparece en el expediente prueba alguna que señale que el joven muerto hubiera manipulado o accionado esa arma de fuego el día de los hechos en cuestión, toda vez que ninguna probanza se adelantó para determinar dicha circunstancia, pese a lo fundamental que resultaba para esclarecer la forma en la cual ocurrieron los hechos y, en especial, para la defensa de la demandada, quien arguyó que había actuado en legítima defensa frente a la agresión de la que fueron víctimas los militares.

El cúmulo de las anteriores inconsistencias respecto de las afirmaciones plasmadas en la declaración de los militares, impide que se pueda llegar a deducir, con algún grado mínimo de certeza, que en verdad el hoy occiso hubiera portado dicho revólver y el explosivo, máxime cuando lo detuvieron le practicaron una requisa y no le encontraron ninguna de esas armas en su poder. Además, causa extrañeza por

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



resultar ajeno al sentido común que, en medio del fuego cruzado, el hoy occiso hubiera escapado y que, al poco tiempo y, en la oscuridad de la noche, hubiera llegado al lugar donde supuestamente escondía dichas armas y las hubiera accionado en contra de los uniformados, provocando la reacción de éstos.

Acerca de la legítima defensa como causal de exoneración de responsabilidad extracontractual del Estado, la Sala que integra esta Sección del Consejo de Estado, tras reconocer su procedencia, ha sido rigurosa en resaltar que no puede constituirse en una explicación de última hora que encubra o legitime el abuso de la fuerza por parte de los agentes del Estado.

En efecto, los elementos que configuran la legítima defensa deben estar acreditados de manera indubitable, de modo tal que aparezca claro que el uso de las armas era el único medio posible para repeler en ese momento la agresión o que no existía otro medio o procedimiento viable para ejercer la defensa; que, además, la respuesta armada se dirija exclusivamente a contrarrestar el peligro, y que no constituya una reacción indiscriminada, en tanto debe existir coherencia de la defensa con la misión que legal y constitucionalmente se ha encomendado a la Fuerza Pública⁴².

Todo lo considerado anteriormente, lleva a concluir a la Sala que resulta ausente de fundamento probatorio la causa extraña alegada por la demandada para oponerse a los pedimentos de la demanda, a pesar de aceptar que de manos de sus agentes se produjo la muerte del joven Omar Correa Espinosa.

iv) El comportamiento del Ejército Nacional, una vez sucedió el hecho dañoso, no se atemperó a las normas jurídicas aplicables para el levantamiento de los cuerpos, conducta que no permitió contar con elementos probatorios idóneos que señalaran las circunstancias en que el occiso fue encontrado.

Tanto el referido informe oficial realizado por el comandante del pelotón de contraguerrillas del Ejército Nacional, como los militares que declararon en el

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de marzo de 2004, expediente 14.777 (R-0806); Actora: Ruth Marina Bustamante. En el mismo sentido ver sentencias del 27 de noviembre de 2003, expediente 14.118 (R-0001), del 29 de enero de 2004, expediente: 14.222 (R-9852) y del 22 de abril del mismo año, expediente: 14.077 (R-9459).

07

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



proceso penal militar señalaron que el día de los hechos el cuerpo del señor Correa Espinosa fue trasladado a la morgue del Hospital de Toledo, en donde se le realizó el levantamiento del cadáver y la necropsia.

Llama la atención la Sala en cuanto a que dicho levantamiento del cadáver⁴³, realizado en esas condiciones y un día después de su muerte, desconoció lo establecido en el artículo 290 del Código de Procedimiento Penal vigente al momento del hecho⁴⁴, el cual señalaba que la inspección del cadáver debía realizarse por autoridad competente en el mismo lugar en donde acaeciera la muerte, de manera que existiera inmediación del funcionario con la escena de los hechos. Ahora bien, la misma norma preveía que en caso que no fuere posible la presencia de funcionario instructor o de la policía judicial, la identificación del cuerpo debía realizarse por cualquier funcionario público o, inclusive, por un ciudadano, pero siempre en el mismo sitio del hecho. Así era el tenor de la norma:

"Artículo 290. Inspección de la escena. En los eventos de conductas punibles relacionadas con la vida e integridad personal o contra la libertad o formación sexuales, se ordenará de inmediato la protección de la escena. Ningún elemento físico podrá ser movido o modificado hasta tanto el funcionario judicial o quien haga sus veces, lo autorice.

Se procederá de inmediato a inspeccionar y documentar el lugar donde sucedieron los hechos, así como el sitio donde se encuentra el cadáver y cualquier otro donde se sospeche presencia de elementos materia de prueba.

El perito forense asignado por la entidad correspondiente, podrá inspeccionar el cadáver en la escena.

Enseguida se procederá a la recolección técnica y a la documentación de estos elementos.

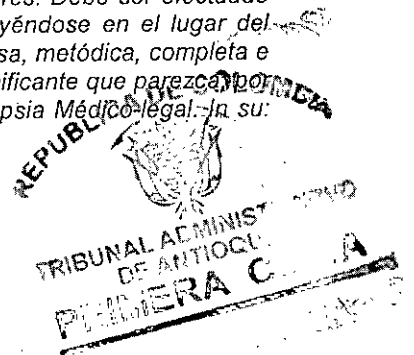
El cadáver, los restos óseos y partes de cuerpo, así como la víctima de la agresión sexual y los elementos físicos materia de prueba, sin alteración,

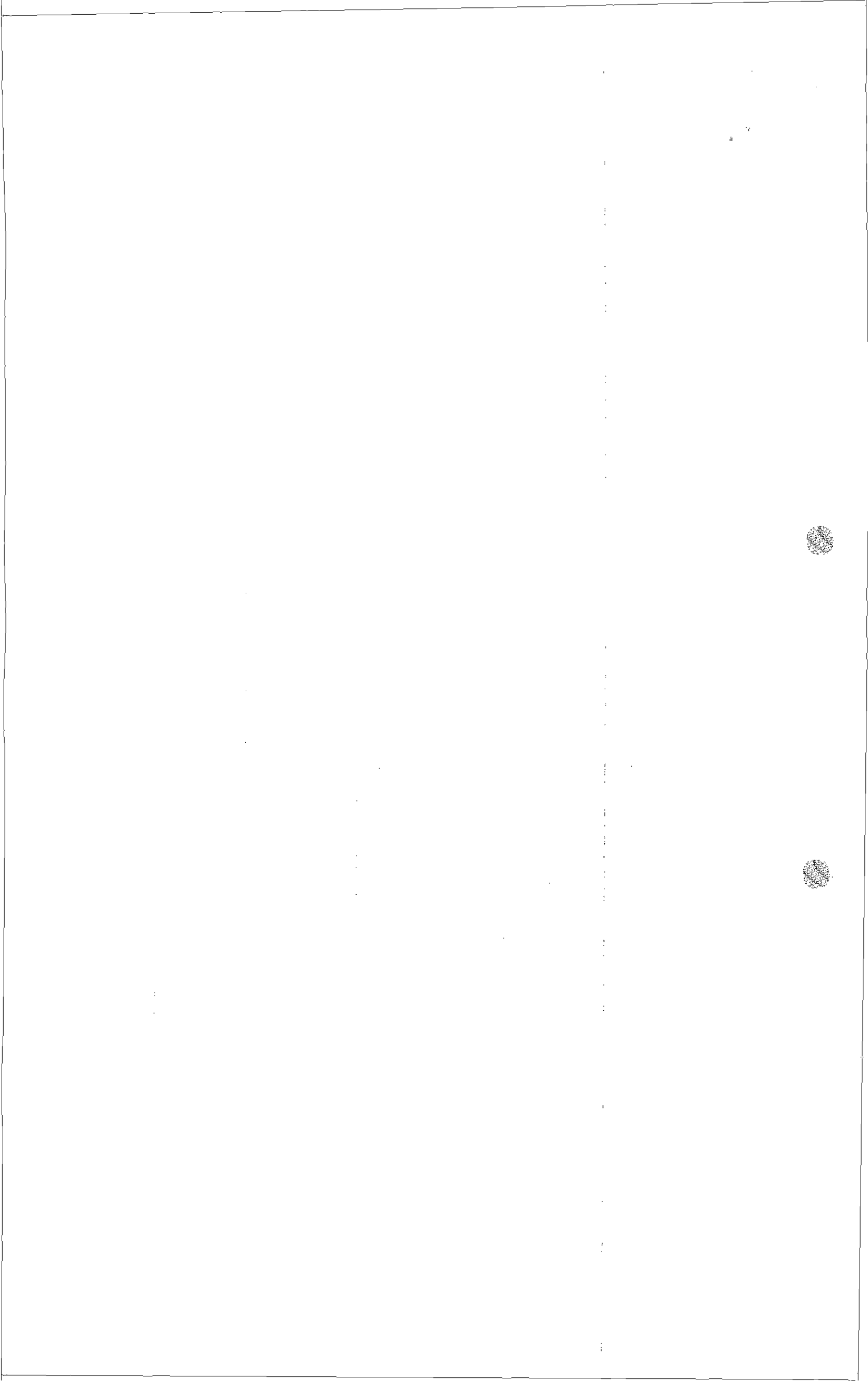
⁴³ En este punto es necesario precisar las diferencias entre la diligencia del examen de cadáver a la diligencia de levantamiento de cadáver. Sobre el particular, la doctrina en la materia señala lo siguiente:

"EXAMEN DEL CADÁVER: Nos permite confirmar o descartar los signos de muerte, establecer la fecha y determinar la forma médico-legal Comprende: el examen de las ropas y el examen externo del cadáver. Comprende también la investigación de los fenómenos cadavéricos y los signos de muerte si los anteriores están ausentes.(...).

"LEVANTAMIENTO DEL CADÁVER: Es la búsqueda e investigación de pruebas Médico-Legales en el lugar del hallazgo. Comprende el examen de cadáver y el examen del lugar y sus alrededores. Debe ser efectuado por el Juez Penal acompañado de su actuario, la Policía y el perito Médico constituyéndose en el lugar del hecho. La diligencia debe efectuarse de manera inmediata, en forma ordenada, minuciosa, metódica, completa e ilustrada, teniendo presente que no es prudente descartar ningún detalle, por más insignificante que parezca por su probable significación en la cadena de hechos". En: GIBBERT CALABUIG JA: Autopsia Médico-legal. In su: Medicina Legal y Toxicología. 4ta. ed. Barcelona: Masson - Salvat, 1994: 198-204.

⁴⁴ Ley 600 de 2.000 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal".





263
05

serán remitidos bajo cadena de custodia a la entidad encargada de su respectivo estudio.

"(...).

"De ocurrir en lugar alejado, la diligencia de identificación del occiso, cuando no fuere posible la presencia del funcionario instructor, se hará por el servidor público que tenga funciones de policía judicial, de lo cual se levantará un acta que entregará a la autoridad competente.

No se inhumará ni se cremará el cadáver sin que se hayan realizado la correspondiente necropsia, el examen forense pertinente, y asegurado los elementos de prueba" (negritas adicionales).

Así las cosas, la conducta seguida por el Ejército Nacional que no permitió garantizar la pureza de la escena de los hechos y optó por trasladar de inmediato el cuerpo a Toledo, Antioquia, desconoció las obligaciones a su cargo en ese sentido y, por ende, esa omisión constituyó un obstáculo para el adecuado desarrollo de las investigaciones a que hubiera lugar, al punto que en el presente proceso, no existen probanzas que señalen precisa y objetivamente las condiciones en la que habría sido hallado el cuerpo, por lo que tampoco resulta dable aseverar que el hoy occiso hubiera fallecido en un combate con el Ejército Nacional.

Agréguese a lo anterior, que en la correspondiente investigación penal militar iniciada por tales los hechos, nada se estableció en relación con las causas y/o circunstancias del deceso de la persona que resultó muerta. Así pues la única providencia que se aportó, se limitó a abstenerse de decretar medida de aseguramiento en contra del grupo de militares que participó en tales hechos, por considerar que actuaron de conformidad con el ordenamiento jurídico, esto es, "en desarrollo de una orden de operaciones o en cumplimiento de un deber legal"

v) El señor Omar Esneider Correa Espinosa no tenía vinculación con grupos subversivos, ni antecedente penal alguno. Era una persona que estudiaba y trabajaba con su familia en la agricultura.

Para ofrecer condiciones de contexto a las conclusiones a que la Sala va llegando, resulta indispensable establecer en esta causa quién era la víctima, como sea que parte de la explicación dada por la demandada en cuanto a este aspecto apunta a señalar que se trataba de alguien que se había puesto por fuera de la ley, como que —según afirmó— pertenecía a un grupo subversivo y en el momento de su muerte estaría participando de un ataque a los miembros del Ejército.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



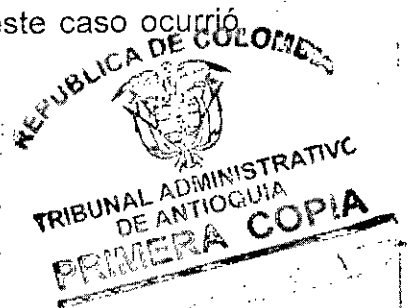
Pues bien, lo que en este punto pone de presente la prueba recaudada, no es cosa diferente a que el joven Correa Espinosa era un estudiante y agricultor que gozaba de buen nombre en la región y que laboraba en el predio de su familia. En efecto, los testimonios de las personas que conocieron a Omar Esneider Correa, coinciden en señalar que era una persona que se dedicaba a actividades agrícolas en la finca de su familia y que gozaba del respeto y aprecio de los habitantes de la región⁴⁵; asimismo, está probado que en contra de la citada persona no figuran antecedentes penales que dieran cuenta de la comisión de actividades delictivas, razón por la cual, la Sala debe reconocer en su favor el derecho fundamental de la presunción de inocencia que lo ampara (art. 29 C.P.) y, concluir con base en ello, que el joven Correa Espinosa era una persona ajena a las actividades ilícitas que se le imputaron después de su muerte.

Ahora, a pesar de que la señora Yola Amparo Loaiza Jaramillo manifestó en su testimonio que el hoy occiso pertenecía al frente 36 de las FARC, lo cierto es que no especificó el origen o de qué forma pudo obtener dicho conocimiento; además, causa extrañeza que no se hubiera aportado algún informe previo o prueba de otro tipo donde se reportara dicha actividad ilícita por parte del hoy occiso, pues la única prueba es de la referida testigo, la cual resultó posterior a la muerte de la citada persona.

vi) Se hizo pasar al señor Omar Correa Espinosa como un subversivo dado de baja en combate con el Ejército Nacional.

Adicional a todo lo anterior, resulta necesario destacar que en el presente caso, se trasgredieron de forma grave los derechos a la honra y al buen nombre de la persona fallecida, habida cuenta que la víctima directa no solo perdió su vida a manos de los militares, sino que, además, como si fuera poco -cuando lo es todo-, se mancilló, la dignidad de la persona fallecida, al hacerla pasar ante la ciudadanía en general, pero específicamente ante sus conocidos, como delincuente, con lo cual se victimizó su memoria y se retorció la propia verdad de los hechos, verdad a la que tenían derecho los aquí demandantes. Nadie puede deshonrar la vida de una persona y la verdad y fue eso, sin eufemismo alguno, lo que en este caso ocurrió.

⁴⁵ Fls. 34 a 32 C. 1 y 201 a 207 C. 2.





265
OX

pues así lo evidencian los hechos que se demostraron en este juicio⁴⁶. Al respecto, esta Corporación, ha señalado:

"Al trato inhumano que algunos miembros de la fuerza pública le suelen dar a las personas que caen en sus manos se agrega un vicio reprochable que es el que se orienta a rendirle culto a LA MENTIRA. El delincuente no resulta ser el agresor, sino la víctima, a la cual se le presenta, en sociedad; post-mortem, como el peor delincuente, atentando así contra el patrimonio espiritual que el finado le ha dejado a su familia, a su esposa, a sus hijos. De la MENTIRA ha dicho el escritor JEAN FRANCOIS REVEL, que es la primera de todas las fuerzas que dirigen el mundo. Por ello se impone una tarea educativa que forme a los integrantes de la policía nacional en el culto a la verdad, pues sólo así será posible predicar que sus miembros PIENSAN BIEN Y ACTUAN BIEN.

"Para casos con el temperamento del que se deja estudiado vienen bien las enseñanzas de BALMES: 'Ciertos hombres tienen el talento de ver mucho en todo; pero les cabe la desgracia de ver todo lo que no hay, nada de lo que hay' (El Criterio). Quede, pues, en claro que LA MENTIRA no es vía amplia para lograr la exoneración de responsabilidad del Estado, sino semilla fructífera sobre la cual se consolida con más fuerza de convicción la falla del servicio o el daño 'antijurídico.' (Mayúsculas en original)"⁴⁷.

"Es una lástima, y también una tragedia nacional, que ciertas autoridades no se preocupen por rendirle culto a la verdad sino a la mentira, pues transitando por esta senda el país pierde confianza en sus instituciones. Las verdades a medias también perturban la recta administración de justicia, pues como lo recordaba Balmes, ellas se parecen a '...un espejo mal azogado, o colocado en tal disposición que, si bien nos muestra objetos reales, sin embargo, nos los ofrece demudados, alterando los tamaños y figuras'. (El Criterio. Diferentes modos de conocer la verdad)"⁴⁸.

Con tristeza ha de decir la Sala que no es la primera vez que se pone a consideración suya un caso como el presente en el que se encubren bajo la apariencia de muertos en combate, homicidios que obedecen a diversas circunstancias distintas a esa, hechos a los cuales se les ha dado periodísticamente la denominación genérica de "falsos positivos", pero que en realidad constituyen típicas ejecuciones extrajudiciales y/o desapariciones forzosas.

vii) No hubo una investigación penal seria e imparcial en relación con las circunstancias y responsables de la muerte del señor Correa Espinosa.

Ya antes se puso de relieve que nada, absolutamente nada diferente a la muerte misma del joven Correa Espinosa se había probado ante esa instancia -y algo que es fundamental, que murió por obra de los disparos de armas oficiales-, pues lo otro,

⁴⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferida el 7 de julio de 2011, Exp. 20.720, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferida el 8 de mayo de 1994, expediente 9209.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferida el 28 de mayo de 1992, expediente 6557.





las versiones de los militares involucrados en los hechos, que se acogió como la verdad verdadera por parte del Ejército Nacional, sin que ningún elemento de juicio la sustentara y sin que hubiese afán de averiguar las circunstancias que pudieran servirle de apoyo, dado que no fueron esclarecidas en lo absoluto y que bien pueden configurarse como una **ejecución extrajudicial y/o desaparición forzada**, conductas éstas que implican una grave violación a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, las cuales de no ser investigadas y juzgadas por el Estado, podrán ser eventualmente objeto de conocimiento de la justicia internacional.

Agréguese a lo anterior que preocupa a la Sala y, así debe señalarlo, que la entidad demandada tuvo una actitud de total despreocupación en la demostración de tales circunstancias que adujo para exonerarse de responsabilidad, pues no aportó prueba técnica alguna que apuntara a la acreditación de sus alegaciones, **ni allegó la investigación penal militar completa** encaminada exclusivamente a esclarecer la muerte de Omar Esneider Espinosa, teniendo la posibilidad y el **deber** de hacerlo.

A lo anterior se debe agregar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, "*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*". Así pues, la parte demandada no cumplió con la carga⁴⁹ probatoria que le impone esta norma legal, toda vez que —se reitera—, no allegó al proceso prueba alguna que acredite la alegada configuración de una eximente de responsabilidad.

Ahora bien, en relación con las denominadas ejecuciones extrajudiciales, a título ilustrativo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el Cuarto

⁴⁹ Al respecto, conviene recordar de manera más detallada lo expuesto por el tratadista Devis Echandía respecto de dicho concepto: "*Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1º) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2º) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.*" DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: "*De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: "carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.*" Ídem. pág. 406.



267
BA

Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, expresó⁵⁰:

*"La información disponible revela que los casos de ejecuciones extrajudiciales abarcan una serie de supuestos tales como: i) ejecución de miembros de la guerrilla fuera de combate; ii) ejecución de líderes comunitarios acusados de ser colaboradores; iii) transferencia de cuerpos de grupos paramilitares a unidades del Ejército; iv) ejecución de informantes y miembros desmovilizados para encubrir crímenes anteriores, negar vinculaciones y destruir evidencia; v) ejecución de personas que mantienen lazos con organizaciones criminales como resultado de alianzas y corrupciones; vi) ejecución de personas que fueron intencionalmente reclutadas o detenidas (personas vulnerables, personas con discapacidad, adictos, personas en situación de calle y con antecedentes criminales); y vii) **'errores militares'** encubiertos por la simulación de un combate" (negritas adicionales).*

Estos antecedentes establecidos por organismos internacionales revisten la mayor importancia para la Sala, ya que los daños ocasionados en operativos militares y policiales a las víctimas del conflicto armado por conductas censurables de agentes del Estado, como lo son la desaparición forzada y las ejecuciones extrajudiciales de civiles presentados como bajas en combate, no guardan un vínculo "próximo y directo" con el servicio e implican una violación al derecho internacional de los derechos humanos y al DIH y, por ende, no pueden estar sometidos al conocimiento de la Justicia Penal Militar, la cual es una excepción en los Estados constitucionales, democráticos y de derecho⁵¹. En consecuencia, los daños provenientes de estas conductas reprochables deben ser conocidos, juzgados y reparados por la jurisdicción ordinaria, antes de someter a las víctimas del conflicto armado a la fatigosa carga de reclamar una condena en los tribunales internacionales, amén de que dicha circunstancia deja mal librada a la administración de justicia colombiana y la muestra ante la comunidad internacional como una instancia carente de eficacia e idoneidad y de legitimidad social.

2.4. Declaratoria de la responsabilidad agravada del Estado en el presente caso

Con fundamento en los referidos hechos indicadores, forzoso resulta concluir para la Sala que en el caso concreto se configuró una **grave falla en el servicio** imputable al Ejército Nacional, comoquiera que las circunstancias que rodearon la muerte del

⁵⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Cuarto Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia, Verdad, Justicia y reparación*, OEA/Serv. LV/II, Doc. n° 49, 2013, p. 79. Al respecto, se puede revisar: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf> (consultado el 27 de agosto del 2014)

⁵¹ Consultar, Consejo de Estado, Sala plena de la Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, Exp. 32.988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA

90

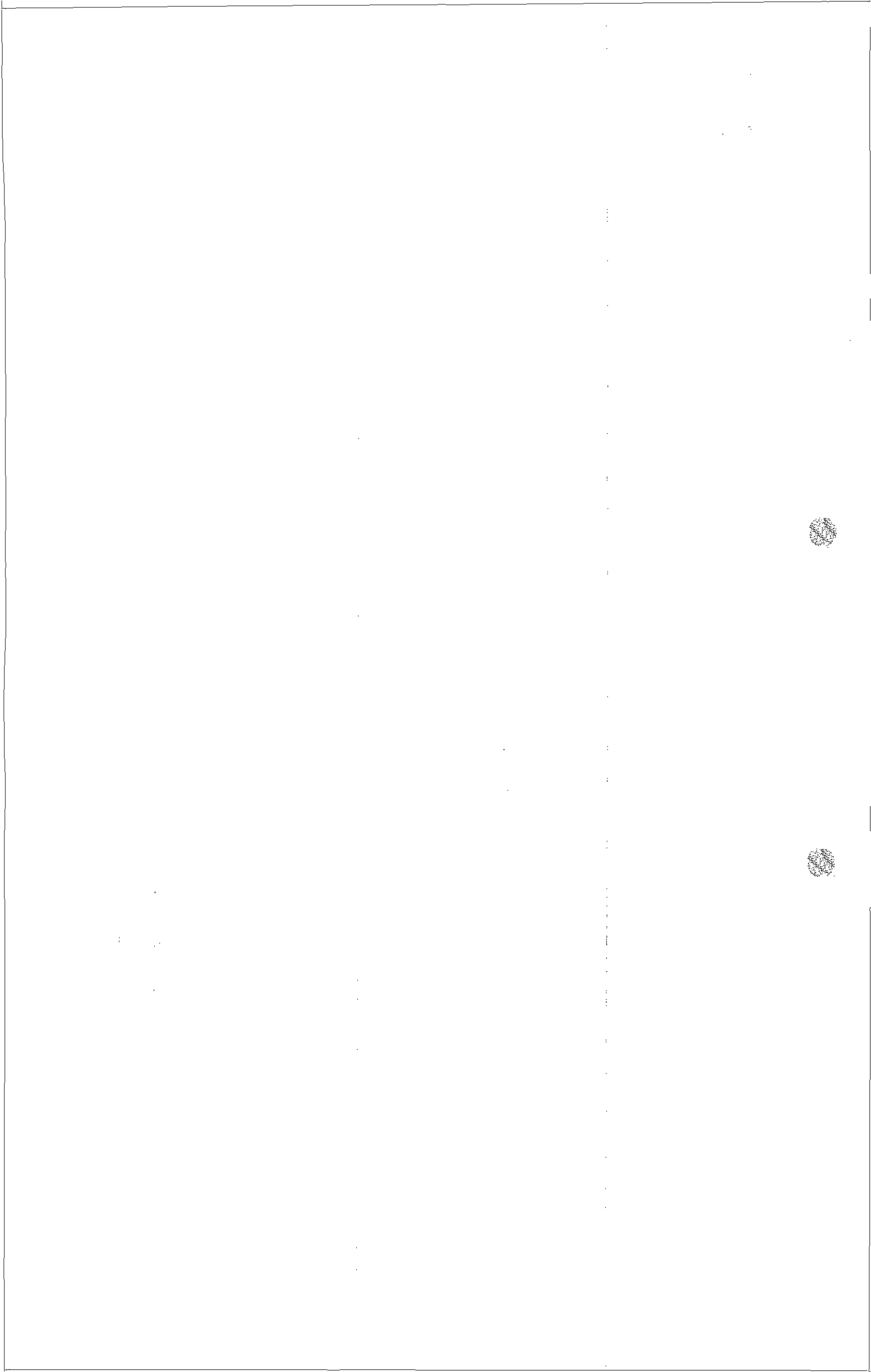
REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA

PRIMERA COPIA

1950





268
NY

joven Omar Esneider Correa Espinosa ponen de presente un actuar que resulta desde todo punto de vista arbitrario y antijurídico, pues los miembros del Ejército Nacional dispararon injusta e indiscriminadamente contra el hoy occiso causándole la muerte, amén de que ese lamentable hecho no ha sido debidamente investigado y juzgado por las autoridades judiciales competentes, circunstancia que lleva, también, a que ese específico hecho deba calificarse por parte de la Sala como una vulneración grave y sistemática de derechos humanos, que imponen a la Sala el deber de declarar la responsabilidad agravada del Estado en este caso.

En efecto, mediante sentencia proferida el 27 de abril de 2016⁵², la Sala que integra esta Subsección del Consejo de Estado precisó que, en aquellos casos sometidos al conocimiento del juez contencioso administrativo, en los cuales se encuentren configuradas violaciones graves o sistemáticas a derechos humanos o al derecho internacional humanitario, específicamente, delitos de lesa humanidad⁵³ y crímenes de guerra⁵⁴, resulta procedente -y en los términos de la Convención Americana, obligada- la declaratoria de la "responsabilidad agravada del estado", habida consideración de la naturaleza de las normas imperativas de *ius cogens* vulneradas⁵⁵, amén de que la Corte IDH ha realizado un desarrollo jurisprudencial en tal sentido que viene a ser vinculante para los jueces colombianos⁵⁶.

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de abril de 2016, Exp. 50.231. En ese mismo sentido consultar la sentencia proferida el 14 de julio de 2016, Exp. 35.029 y la proferida el 14 de septiembre de 2016, Exp. 34.349, en las cuales se aplicó el concepto de responsabilidad agravada del Estado.

⁵³ De acuerdo con el artículo 7 del Estatuto de Roma, "se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) **Asesinato**; b) **Exterminio**; c) **Esclavitud**; d) **Deportación o traslado forzoso de población**; e) **Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional**; f) **Tortura**; g) **Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable**; h) **Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte**; i) **Desaparición forzada de personas**; j) **El crimen de apartheid**; k) **Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física**".

⁵⁴ De conformidad con el literal C del artículo 8 del Estatuto de Roma, constituyen crímenes de guerra: "las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa: i) **Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura**; ii) **Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes**; iii) **La toma de rehenes**; iv) **Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables**".

⁵⁵ Gabriel Ernesto Figueroa Bastidas, "La Responsabilidad Internacional Agravada del Estado Colombiano", Colección textos de jurisprudencia, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2016, p. 146.

⁵⁶ Al precisar el concepto de la responsabilidad agravada, la Corte IDH ha dicho que "[e]l Estado incurre en 'Responsabilidad Internacional Agravada' cuando la violación concreta al derecho de la víctima se suscita en el marco de una práctica sistemática vulneratoria de normas *ius cogens*, que constituyen crímenes de lesa

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA SALA



En relación con el contenido y alcance del concepto de responsabilidad agravada del Estado, la Sala en sentencia del 27 de abril de la presente anualidad, precisó:

"El juez de lo contencioso administrativo es, a su vez, juez de convencionalidad en el ordenamiento interno, es decir un juez que integra la normatividad interna con los estándares y reglas de protección del SIDH y que, por lo mismo, tiene como deber no sólo verificar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de respeto y garantía de los derechos humanos por parte de las autoridades públicas internas, sino, también, fundamentar, a partir de esa clase de normas supraconstitucionales, el juicio de responsabilidad estatal, cuando se produzca un daño antijurídico derivado de la vulneración grave y sistemática de derechos humanos.

"(...) En línea con el anterior razonamiento, viene a ser claro que en un determinado caso, en el cual se acredite violaciones graves a derechos humanos que impliquen la infracción flagrante y sistemática de normas ius cogens, (delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra), los jueces colombianos pueden y deben, por una parte, llevar a cabo un análisis de convencionalidad sobre la conducta del Estado, de lo cual se podría concluir por un lado, un quebrantamiento normativo internacional, y por otro lado, tienen la posibilidad de declarar en esos eventos -al igual que lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, la configuración de la responsabilidad internacional agravada.

En este punto, la Sala estima necesario precisar a efecto de resaltar que no en todo caso de violación de derechos humanos viene a ser procedente una declaración como la que acaba de indicarse, toda vez que una declaratoria de responsabilidad de esa índole sólo resulta procedente en aquellos casos en los cuales concurren los siguientes elementos:

- Que las acciones/omisiones que hayan generado el daño constituyan violaciones graves o flagrantes de normas imperativas de derecho internacional de ius cogens, específicamente, delitos de lesa humanidad y/o crímenes de guerra y;
- Que tales violaciones sean atribuibles o imputables, según las normas del derecho interno e internacional, al Estado colombiano".

De igual forma, esta Subsección del Consejo de Estado, en sentencia del 14 de julio de 2016, luego de realizar un recuento por varias sentencias en las que se declaró la responsabilidad agravada del Estado colombiano por la comisión de este tipo de ejecuciones extrajudiciales, dijo:

"El anterior cúmulo de casos sobre ejecuciones extrajudiciales u homicidios en persona protegida, o los mal denominados 'falsos positivos', pone de presente una falla sistemática y estructural relacionada con la comisión de tales violaciones graves a derechos humanos y/o al derecho internacional humanitario por parte de la

humanidad o crímenes de guerra". CrIDH, Caso Myma Mack Chang v. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 140; Caso de la Masacre de Plan de Sánchez v. Guatemala, sentencia de 29 de abril de 2005, párr. 51; Caso Goiburú y Otros v. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 122; Caso la Caritula v. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 115; Caso la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 241, entre otras sentencias.

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



Fuerza Pública del Estado colombiano, aunada a la ausencia de un riguroso control dentro de la institución militar, tanto en el proceso de incorporación a la institución, como en la permanencia y en el funcionamiento o ejercicio de funciones por parte de los miembros de la Fuerza Pública, falencias éstas que debilitan la institución militar y que dificultan su adecuado accionar en pos de cumplir con el cometido que le es propio, de paso, se pierde legitimidad y se compromete la estabilidad misma del Estado y de la sociedad⁵⁷.

En este punto cabe precisar que, a pesar de que las instituciones judiciales cumplen con sus deberes en cuanto tienen que ver con la investigación y la sanción de los responsables de delitos cometidos por miembros de la Fuerza pública -como aconteció en el presente caso con la condena penal en contra de los militares responsables-, lo cierto es que ello, junto con la labor disciplinaria desplegada en el interior de la institución, han sido insuficientes, tardías e inanes para la resolución de tal situación que, como se advirtió, amenaza con la estabilidad misma de la institución⁵⁸.

Con fundamento en todo lo anterior, se hace imperiosa la modificación de la sentencia de primera instancia para, en su lugar, declarar la **responsabilidad agravada del Estado** colombiano, representado por el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, dada la violación grave de derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Con fundamento en todo lo anterior, la Sala confirmará la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 24 de abril de 2012, en cuanto declaró la responsabilidad de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por los hechos materia de este asunto, así como la condena impuesta a esa entidad, dado que el objeto del recurso de apelación estuvo orientado, exclusivamente, a que se absolviera a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional respecto de los hechos materia del presente asunto.

Lo anterior por cuanto, según ya se explicó, el examen del recurso de apelación, cuyo objeto se encaminó a cuestionar la declaratoria de responsabilidad en contra de la referida entidad demandada -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional-, ha llevado a la Sala a concluir que dicha declaratoria judicial, efectuada por el Tribunal a quo, debe confirmarse, cuestión que a su vez, en el presente caso, impone la necesidad de confirmar también la condena impuesta en contra de dicha entidad, puesto que en relación con este último aspecto específico relativo a los perjuicios reconocidos en la sentencia de primera instancia, la parte actora se abstuvo de formular apelación, amén de que tampoco la entidad apelante nada señaló, y

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia proferida el 27 de abril de 2016, Exp. 50.231.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia proferida el 14 de julio de 2016, Exp. 35.029.



menos, argumentó como motivo de su inconformidad, lo cual impide a la Sala hacer pronunciamiento alguno al respecto, por carecer de elementos para realizar dicho análisis.

2.5.- Indemnización de perjuicios por violación a bienes o intereses constitucional y convencionalmente amparados.

Tal y como se dejó establecido en el capítulo precedente de esta sentencia, la muerte violenta del señor Omar Esneider Espinosa, significó la afectación grave, múltiple y continua de los derechos humanos de los demandantes, razón por la cual, la Sala, en aplicación del principio de reparación integral, y en lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, decretará unas medidas de carácter pecuniario - indemnización- y no pecuniario, para resarcir o restablecer los bienes constitucionales afectados con ocasión de la falla del servicio que produjo el daño que originó la presente acción, teniendo en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia o, incluso, de la "no reformatio in pejus", ante la primacía del principio sustancial de la "restitutio in integrum", máxime cuando se establece la responsabilidad agravada del Estado como consecuencia de violaciones graves a derechos humanos.

Ciertamente, en cuanto hace a las consecuencias de dicha declaratoria de responsabilidad agravada del Estado, la referida sentencia del 27 de abril de 2016⁵⁹ precisó que lo que se pretende mediante dicha declaratoria de responsabilidad agravada -además de realizar un juicio de reproche más severo al actuar del Estado en esos casos de vulneración a normas *ius cogens*-, es permitirle al juez de la Administración la adopción de medidas de reparación integral del daño antijurídico, ello con el fin de garantizar que tales conductas constitutivas de vulneraciones graves a derechos humanos o al derecho internacional humanitario no se vuelvan a producir. Así lo señaló la Sala:

"... Así las cosas, siempre que se produzca la declaratoria de la responsabilidad agravada del Estado, se deberá otorgar, además de las indemnizaciones correspondientes en cada caso, una indemnización adicional por concepto de daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados a favor de las víctimas en cada caso, así como también se deberán adoptar medidas de reparación integral que resulten pertinentes y necesarias, dado que las

⁵⁹ En ese mismo sentido consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 27 de abril de 2016, Exp. 50.231; sentencia proferida el 14 de julio de 2016, Exp. 35.029 y la proferida el 14 de septiembre de 2016, Exp. 34.349, en las cuales se reconoció una indemnización por ese concepto.





272
W

medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición, tienen efectos expansivos y universales, es decir, no solamente están destinadas a tener incidencia concreta en la víctima y su núcleo familiar cercano, sino a todos los afectados y a incidir más allá de las fronteras del proceso: a la sociedad en su conjunto y al Estado, amén de propender porque dichas conductas lesivas no se vuelvan a producir, es decir, que se propende por su no repetición”.

En cuanto al reconocimiento indemnizatorio por dicho perjuicio inmaterial, la sentencia unificación de 28 de agosto de 2014 precisó que podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa del daño antijurídico, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso⁶⁰.

Así las cosas, ante la imposibilidad de garantizar la *restitutio in integrum* del daño, el juez de lo contencioso administrativo, atendiendo las particularidades de cada caso en concreto, **puede decretar las medidas pecuniarias y no pecuniarias que sean necesarias para la consecución de la reparación integral del daño**⁶¹.

De acuerdo con lo anterior, para el caso concreto, se tiene que ante la imposibilidad de reparar los derechos de las víctimas como consecuencia de la muerte del señor Omar Esneider Espinosa, se impone la necesidad de reconocer una indemnización equivalente a 100 SMLMV a favor de los señores María Irene Espinosa y Jhan Carlo Espinosa Arboleda, en su calidad de madre e hijo de la víctima directa.

2.6. Otras medidas de reparación integral

También habrá lugar a modificar la sentencia apelada, en lo que respecta con las medidas de reparación integral allí adoptadas, puesto que tanto la Procuraduría General de la Nación como la Fiscalía General de la Nación están constitucional y legalmente obligadas a investigar, incluso de oficio, todas aquellas posibles violaciones no sólo de los derechos humanos, sino también del Derecho Internacional Humanitario, que hayan podido cometerse con ocasión del homicidio perpetrado en contra de la mencionada persona el 27 de febrero de 2005.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto del 2014, Exp. 32988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁶¹ Consultar por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de octubre de 2013, Exp. 25.981, M.P. Jaime Orlando Santofimio.



273
ab

Expediente: 44.887
Actor: María Irene Espinosa y otros
Referencia: Apelación sentencia - Reparación directa

En ese sentido, se precisa que el material probatorio recaudado en el presente proceso da cuenta de que las averiguaciones penales en la justicia ordinaria no fueron adelantadas, por lo cual la Sala estima de la mayor importancia que se conozcan por los ciudadanos las actuaciones realizadas y las decisiones adoptadas por las autoridades públicas colombianas competentes en orden a procurar la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, no sólo desde la perspectiva de la trascendencia que tiene la eficacia del principio de reparación integral en favor de las víctimas de estos hechos, sino en consideración a la trascendencia que para la sociedad colombiana reviste la asunción de la relevancia que tiene el comprender el rol que juega el DIH en el conflicto armado interno.

Con fundamento en lo anterior, la Sala dispondrá en el presente pronunciamiento, las siguientes medidas de naturaleza no pecuniaria:

i) El Ministerio de Defensa - Ejército Nacional publicará en un periódico de amplia circulación local en el departamento de Antioquia y específicamente en los municipios de Toledo y Cuerquia, si existieren, una nota de prensa con base en las consideraciones de esta sentencia, con el fin de que se rectifique la verdadera identidad de la víctima directa. Dicho escrito deberá informar que la muerte del señor Omar Esneider Espinosa no ocurrió como consecuencia de un combate entre soldados del Ejército Nacional y las FARC, sino que fue ejecutado extrajudicialmente por actos perpetrados por los efectivos militares destacados en la zona rural de los Naranjos el 26 de febrero de 2005.

ii) Se exhorta a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación con el fin de que lo analizado y resuelto en esta sentencia y dentro del presente proceso, sea tenido en cuenta, de haber lugar a ello, a efectos de abrir las correspondientes investigaciones con ocasión del homicidio del señor Omar Esneider Espinosa perpetrado el 26 de febrero de 2005 en la zona rural del municipio de Toledo, Antioquia, por razón de las posibles infracciones al Derecho Internacional Humanitario en las cuales se hubiere incurrido por parte de quienes participaron en esos hechos.

Asimismo, que las decisiones definitivas que dentro de tales procesos en cualquier momento se adopten, se difundan ampliamente por conducto de medios de comunicación a nivel nacional (prensa, radio, televisión, etc.), de forma que por

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE ANTIOQUIA
PRIMERA COPIA



conducto de tales medios se relaten los hechos y circunstancias que dieron lugar a la instrucción de las correspondientes actuaciones administrativas y/o judiciales como consecuencia del multicitado homicidio, así como las decisiones definitivas que dentro de las mismas fueron adoptadas en relación con la responsabilidad administrativa y/o penal de quienes pudieren haber infringido, con ocasión de tales sucesos, tanto los derechos humanos como el Derecho Internacional Humanitario.

iii) El Ministerio de Defensa Nacional establecerá un link con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia. La entidad demandada, en el término de dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo, subirá a la red el archivo que contenga esta decisión y mantendrá el acceso al público del respectivo vínculo durante un período de seis (6) meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web de esa institución.

iv) De conformidad con la Ley 1448 de 2011⁶² –mediante la cual se dictaron medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno– y, teniendo en consideración que en el presente caso se infringieron obligaciones convencionales de protección de los derechos humanos, se enviará al Director del Centro Nacional de Memoria Histórica y del Archivo General de la Nación, copia de la presente sentencia con el fin de que haga parte de su registro, y contribuya a la construcción documental del país que busca preservar la memoria de la violencia generada por el conflicto armado interno en Colombia.

De otra parte, comoquiera que la sentencia de primera instancia accedió al reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante en las sumas de \$7'144.233,31 a favor de María Irene Espinosa y; \$33'445.718 a favor del menor Jhan Carlo Espinosa Arboleda y, comoquiera que dicho reconocimiento de indemnización de perjuicios no fue objeto de cuestionamiento alguno por parte de la demandada en el recurso de apelación, la Sala se limitará a actualizar dicha renta, sin que ello implique de modo alguno la afectación de la referida garantía de la *no reformatio in pejus*. Entonces:

⁶² Artículo 144. "Dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de la presente Ley, el Centro de Memoria Histórica, diseñará, creará e implementará un Programa de Derechos Humanos y Memoria Histórica, el cual tendrá como principales funciones las de acopio, preservación y custodia de los materiales que recoja o de manera voluntaria sean entregados por personas naturales o jurídicas, que se refieran o documenten todos los temas relacionados con las violaciones contempladas en el artículo 3 de la presente Ley, así como con la respuesta estatal ante tales violaciones.[...]".



$$a.) Ra = Rh (\$15'253.426,70) \times \frac{\text{índice final} - \text{febrero/2017}(136.12)}{\text{índice inicial} - \text{abril/2012}^{63} (110.92)}$$

$$Ra = \$ 18'718.864$$

$$b.) Rh (\$33'445.718,18) \times \frac{\text{índice final} - \text{febrero/2017}(136.12)}{\text{índice inicial} - \text{abril/2012} (110.92)}$$

$$Ra = \$ 41'044.276$$

2.7.- Condena en costas

Toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, se ha verificado que ninguna de ellas actuó de esa forma, la Sala se abstendrá de condenar en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFÍCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 24 de abril de 2012, la cual quedará así:

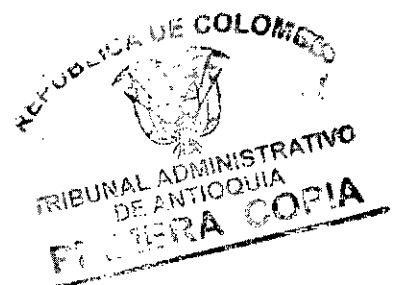
1°) Declárase de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de José Hernando Espinosa, María Rubiola Espinosa y Senaida Damaris Espinosa, por lo que su pretensión procesal se declara fracasada.

2°) Declárase la responsabilidad administrativa de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, conforme a los argumentos que sirvieron de fundamento argumentativo de la decisión.

3°) Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a pagar en la proporción indicada en la parte motiva de este fallo, los valores por concepto de los perjuicios causados a la señora María Irene Espinosa y al menor Jhan Carlo Espinosa Arboleda, que se sintetizan así:

Perjuicios morales:

⁶³ Fecha de la sentencia de primera instancia.





- Para María Irene Espinosa, por el dolor sufrido a raíz de la muerte de su hijo Osmar Esneider Espinosa, en quantum de 150 SMLMV en el momento en que cobre ejecutoria esta decisión.

- Para el menor Jhan Carlo Espinosa Arboleda, a través de la señora Yoli Edith Arboleda Vanegas, su representante legal, por el dolor infringido con la muerte de su padre, el estimado de 150 SMLMV en el momento en que cobre ejecutoria esta decisión.

Perjuicios materiales:

- Para la señora María Irene Espinosa por concepto de lucro cesante, la suma de dieciocho millones setecientos dieciocho mil ochocientos sesenta y cuatro pesos (\$18'718.864).

- Para el menor Jhan Carlo Espinosa Arboleda, por concepto de lucro cesante, la suma de cuarenta y un millones cuarenta y cuatro mil doscientos setenta y seis pesos (\$ 41'044.276).

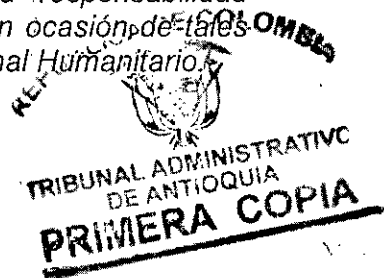
- Por concepto de afectación a bienes constitucional y convencionalmente afectados, se reconocerá una indemnización equivalente a 100 SMLMV a favor de cada uno de los señores María Irene Espinosa y Jhan Carlo Espinosa Arboleda, en su calidad de madre e hijo de la víctima directa.

4°) Se condena a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a la adopción de las siguientes medidas de reparación integral:

i) El Ministerio de Defensa - Ejército Nacional publicará en un periódico de amplia circulación local en el departamento de Antioquia y específicamente en los municipios de Toledo y Cuerquia, si existieren, una nota de prensa con base en las consideraciones de esta sentencia, con el fin de que se rectifique la verdadera identidad de la víctima directa. Dicho escrito deberá informar que la muerte del señor Omar Esneider Espinosa no ocurrió como consecuencia de un combate entre soldados del Ejército Nacional y las FARC, sino que fue ejecutado extrajudicialmente por actos perpetrados por los efectivos militares destacados en la zona rural de los Naranjos el 26 de febrero de 2005.

ii) Se EXHORTA a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación con el fin de que lo analizado y resuelto en esta sentencia y dentro del presente proceso, sea tenido en cuenta, de haber lugar a ello, a efectos de abrir las correspondientes investigaciones con ocasión del homicidio del señor Omar Esneider Espinosa perpetrado el 26 de febrero de 2005 en la zona rural del municipio de Toledo, Antioquia, por razón de las posibles infracciones al Derecho Internacional Humanitario en las cuales se hubiere incurrido por parte de quienes participaron en esos hechos.

Asimismo, que las decisiones definitivas que dentro de tales procesos en su momento se adopten, se difundan ampliamente por conducto de medios de comunicación a nivel nacional (prensa, radio, televisión, etc.), de forma que por conducto de tales medios se relaten los hechos y circunstancias que dieron lugar a la instrucción de las correspondientes actuaciones administrativas y/o judiciales como consecuencia del multicitado homicidio, así como las decisiones definitivas que dentro de las mismas fueron adoptadas en relación con la responsabilidad administrativa y/o penal de quienes pudieren haber infringido, con ocasión de tales sucesos, tanto los derechos humanos como el Derecho Internacional Humanitario.





iii) El Ministerio de Defensa Nacional establecerá un link con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia. La entidad demandada, en el término de dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo, subirá a la red el archivo que contenga esta decisión y mantendrá el acceso al público del respectivo vínculo durante un período de seis (6) meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web de esa institución.

iv) De conformidad con la Ley 1448 de 2011 –mediante la cual se dictaron medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno–, y teniendo en consideración que en el presente caso se infringieron obligaciones convencionales de protección de los derechos humanos, se enviará al Director del Centro Nacional de Memoria Histórica y del Archivo General de la Nación, copia de la presente sentencia con el fin de que haga parte de su registro, y contribuya a la construcción documental del país que busca preservar la memoria de la violencia generada por el conflicto armado interno en Colombia.

5°) Se exhorta a la entidad pública condenada para que ejerza su derecho de repetición en contra de los agentes que dieron lugar a la condena en los términos definidos en el artículo 90 Superior”.

SEGUNDO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: CÚMPLASE lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento; expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

