



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B

CONSEJERO PONENTE: JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR

Bogotá, D. C., trece (13) de abril dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros
Demandado: La Nación, Procuraduría General de la Nación
Temas: Aplicación del DIH y del DIDH en los procesos disciplinarios

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2020 por el Tribunal Administrativo de Boyacá¹, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo², los actores presentaron una demanda en orden a que se declare la nulidad de los siguientes fallos disciplinarios: (i) fallo del 14 de julio de 2011³, proferido por la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, por medio del cual fueron sancionados con destitución de los cargos de comandante del grupo especial «Escorpión 6» orgánico del Batallón de Combate Terrestre No. 29 «Héroes del Alto Llano» del Ejército Nacional - Oficial Manuel Guillermo Torres Ramírez- y soldados profesionales Jholman Farley Cuevas Arenas y Luis Enrique Pérez Soler; e inhabilitación general por el término de veinte (20) años para el oficial en cita, y de doce (12) años para los otros dos uniformados y (ii) fallo del 1 de agosto de 2013⁴, expedido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación mediante el cual se confirmó el del 14 de julio de 2011.

¹ Visible a folio 220 del expediente, cuaderno principal.

² En adelante CPACA.

³ Visible a folio 90 del expediente, cuaderno de pruebas.

⁴ Visible a folio 117 del expediente, cuaderno de pruebas.



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

Como consecuencia de lo anterior solicitaron: (i) el reintegro a los cargos que venían desempeñando o a uno equivalente o de superior categoría; (ii) el pago de los salarios, emolumentos y beneficios prestacionales dejados de percibir sin solución de continuidad; y (iii) el pago de perjuicios morales equivalente a 30 SMLMV para cada uno.

1.1.2. Fundamentos fácticos

La Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada en la demanda, así:

Manuel Guillermo Torres Ramírez fungía como comandante del Grupo Especial «Escorpión 6» para el 22 de mayo de 2006, al cual pertenecían los soldados profesionales en cita, del Batallón de Contraguerrillas No. 29 «Héroes del Alto Llano», y le fue ordenada una operación militar de conformidad con la Misión Táctica Número 39 «Rayo», enmarcada como operación de combate irregular de tipo ofensivo conforme a la doctrina militar.

El día 25 de mayo de 2006, en desarrollo de la misión en cita, el equipo de combate de la Unidad «Escorpión 6», al mando de Manuel Guillermo Torres, se enfrentó con un grupo de guerrilleros del ELN, en la vereda Chaguazá del municipio de Labranzagrande, Boyacá, donde resultó muerto José Albeiro Joya Rodríguez *-miembro del citado grupo armado ilegal-*, y fue capturado Nelson Joya Rodríguez *-hermano del occiso-*, sobre quien recaía una orden de aprehensión.

El comandante Manuel Guillermo Torres reportó los hechos acaecidos por conducto regular al Comando del Batallón de Contraguerrillas 29 «Héroes del Alto Llano», quien transmitió la información a la Brigada Décimo Sexta del Ejército Nacional *-Unidad Operativa Menor-* mediante radiograma 079-DIV4-BR16-BCG29-53-375 (registrado en el Libro del Centro de Operaciones de Brigada); posteriormente, la Brigada en cita transmitió lo acontecido mediante radiograma 581 a la Cuarta División *-Unidad Superior-*. Así mismo, el oficial Torres Ramírez efectuó su informe de operaciones a mano alzada sobre las circunstancias en que se presentaron los hechos.

Rosenda Rodríguez Salamanca *-madre del fallecido-* radicó una queja ante la Personería Municipal de Labranzagrande, Boyacá, el 26 de mayo de 2006, relacionada con la muerte de su hijo, de la cual se remitió copia a la Defensoría del Pueblo Regional Boyacá.



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

La Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos inició actuación disciplinaria con auto de apertura de indagación preliminar el 29 de agosto de 2006, a la que se incorporó la investigación iniciada por la Brigada Décimo Sexta del Ejército Nacional, de conformidad con el radicado 008-144500-2006, en virtud del poder preferente.

El Juzgado 44 de Instrucción Penal Militar adelantó investigación penal por los mismos hechos y a esa actuación se allegaron pruebas documentales relacionadas con anotaciones y registros sobre el occiso *-José Albeiro Joya Rodríguez-* quien figuraba como «*cabecilla de milicias cuadrilla José David Suárez ONT ELN*», y tenía orden de captura del 5 de mayo de 2006, por los delitos de rebelión y secuestro; en dicha actuación penal *-pero ante el Juzgado 45 de Instrucción Penal Militar-* también se recibieron las declaraciones de los soldados profesionales Jholmán Farley Cuevas Arenas y Luis Enrique Pérez Soler, el 18 y 29 de julio de 2006, respectivamente, y la del comandante Manuel Guillermo Torres Ramírez el 31 del mismo mes.

La Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos en auto del 13 de agosto de 2009 formuló pliego de cargos en contra de Manuel Guillermo Torres Ramírez, Luis Enrique Pérez Soler y Jholmán Farley Cuevas Arenas por haber incurrido presuntamente, a título de dolo, en la conducta descrita en el numeral 7 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que dispone, «*son faltas gravísimas las siguientes: (...) 7. Incurrir en graves violaciones al derecho internacional humanitario*», en concordancia con el artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949; y al artículo 4 numeral 2, literal a), del Protocolo II *-normatividad ratificada por Colombia-*, al dar muerte a José Albeiro Joya Rodríguez de manera irregular *-homicidio en persona protegida-*. En la oportunidad procesal los investigados presentaron descargos y solicitudes probatorias, las cuales fueron despachadas desfavorablemente por considerarse impertinentes o por constar en el expediente.

Esa Procuraduría Delegada profirió fallo de primera instancia el 14 de julio de 2011 y les impuso a los demandantes las sanciones de destitución del ejercicio del cargo para los tres, e inhabilidad general por veinte (20) años para el oficial y de doce (12) años para cada uno de los soldados profesionales, en razón a que los militares investigados no acreditaron la supuesta legítima defensa, al no estar probado que José Albeiro Joya hubiese iniciado un ataque contra la tropa que hiciera indispensable el uso de las armas para causarle la muerte con la magnitud de los daños físicos que sufrió, circunstancia que no pudieron explicar los encartados, en ese sentido, fueron encontrados disciplinariamente responsables de la conducta reprochada, *-decisión que fue recurrida-*; la Sala Disciplinaria de la



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

Procuraduría General de la Nación en fallo de segunda instancia del 1 de agosto de 2013 resolvió confirmar la decisión impugnada.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales, se señalaron los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 15, 21, 23, 29, 42, 44, 50, 83, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 209, 216, 217, 229, y 275 de la CP.; 21 del Código Sustantivo del Trabajo; 138, 192 y ss del CPACA; decretos 1214 de 1990, 092 de 2007, 600 de 2007, 643 de 2008, 708 de 2008, 1374 de 2010, 1031 de 2011, 853 de 2012 y 1029 de 2013; artículo 3 numeral 6 del Decreto 3062 de 1997; y la Ley 352 de 1997.

En cuanto al concepto de violación, se expuso lo siguiente⁵:

El disciplinante incurrió en infracción a normas en que debía fundarse, puesto que en la investigación aplicó indebidamente normas del Derecho Internacional Humanitario *-en adelante DIH-* para fundamentar los actos administrativos, pero dejó de observar normas pertinentes de la Ley 836 de 2003 *-Estatuto propio para los miembros de las fuerzas Militares-*, la Ley 734 de 2002 y la Constitución, por lo que vulneró el principio de legalidad.

La autoridad disciplinaria incurrió en error de derecho, en consideración a que desde el auto de cargos del 13 de agosto de 2009 la Delegada de la Procuraduría General de la Nación efectuó una errónea interpretación e indebida aplicación de normas al entender las circunstancias fácticas como situaciones propias de legítima defensa, a pesar de que la calificación de la falta refiere un homicidio en persona protegida, agregando que la legítima defensa y las normas del DIH son excluyentes, pues la primera es una figura propia de un delito común y uno de los requisitos para su configuración es la proporcionalidad de la defensa frente a la agresión, mientras que la proporcionalidad como principio del DIH se aplica en contextos en los cuales se realizan ataques contra objetivos militares o contra combatientes, razón por la cual no se pueden tomar como equiparables.

El operador disciplinario incurrió en error, al estudiar la conducta de los disciplinados con base en una posible infracción a las normas del DIH, sin embargo, el análisis de los hechos y la conducta de los militares se hizo conforme al marco jurídico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos *-en adelante DIDH-*, ambos ordenamientos, difieren en su objeto, y ante ciertos hechos o conductas el resultado de acuerdo a cada uno es distinto. En ese

⁵ Para efectos permitir una resolución ordenada de los argumentos de nulidad planteados por el actor en la demanda, estos se agruparán en diferentes ítems. Visible a folio 9 del expediente, cuaderno principal.



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

sentido, las confusiones referidas dan lugar a erróneas interpretaciones afectando el derecho de defensa de los encartados y la legalidad de los actos administrativos impugnados.

La entidad demandada desconoció el debido proceso y el derecho a la no autoincriminación al valorar y tener en cuenta en el trámite disciplinario y en la decisión sancionatoria las declaraciones juramentadas de los investigados Manuel Guillermo Torres, Luis Pérez Soler y Johlman Cuevas Arenas, rendidas ante el Juzgado 45 de Instrucción Penal Militar, desconociendo la garantía sustancial de no valorarse dentro de una investigación disciplinaria las declaraciones juramentadas rendidas por los investigados como prueba trasladada.

La entidad vulneró el derecho de audiencia y de defensa de los investigados, dado que negó una serie de solicitudes probatorias que se consideraban pertinentes, conducentes y útiles, impidiéndoles defenderse de las acusaciones presentadas en su contra y, en ese sentido, no es de recibo la razón por la cual la demandada negó definitivamente la práctica de la visita especial al lugar de los hechos por razones logísticas mediante auto del 27 de enero de 2011⁶, puesto que dicha circunstancia no se prevé en la norma aplicable como aspecto válido para negar el decreto de un medio probatorio.

1.2. Contestación de la demanda

La Procuraduría General de la Nación contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, con base en los siguientes argumentos:

La autoridad disciplinante, al proferir los actos administrativos impugnados, realizó una correcta valoración probatoria, adelantó el trámite con observancia del debido proceso, reconoció a los investigados la oportunidad de ser oídos y de presentar y solicitar las pruebas correspondientes de conformidad con los términos y etapas probatorias.

La falta disciplinaria endilgada a los disciplinados fue la comisión de graves infracciones al DIH, pues se trató de homicidio en persona protegida, de conformidad con los convenios de Ginebra, dado que, los accionantes no podían ocasionar la muerte a una persona mientras no estuviera participando en las hostilidades, aun cuando hubiera hecho parte de un grupo armado ilegal o colaborara directa o indirectamente a este, conducta que se encuentra prevista como falta gravísima en el Código Disciplinario Único *-numeral 7 del artículo 48 Ley 734 de 2002-*.

⁶ Visible a folio 83 del expediente, cuaderno de pruebas.



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

Solicitó que se tuvieran en cuenta los argumentos de los fallos de primera y segunda instancia acusados, pues a partir de allí se establece de manera clara la responsabilidad de los actores, luego de comprobarse que efectivamente realizaron el comportamiento reprochado, haciéndose acreedores de la sanción que resultó justa y proporcionada de conformidad con la Ley 734 de 2002.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Boyacá⁷, mediante sentencia de primera instancia del 24 de noviembre de 2020, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte vencida, con base en los siguientes argumentos:

El disciplinante no vulneró el debido proceso, pues se observaron todas las etapas propias del trámite disciplinario, se respetaron las garantías sustanciales y procesales que les asistían a los encartados, se les permitió ejercer su derecho a la defensa en todas las instancias y se les permitió presentar descargos, solicitar y debatir pruebas; así mismo, se les notificaron todas las decisiones adoptadas en el proceso, por lo que pudieron interponer recursos, y la decisión sancionatoria se profirió con observancia del ordenamiento jurídico que estaba obligado a cumplir⁸.

La autoridad disciplinante no desconoció el debido proceso al valorar las versiones libres rendidas por los actores en la investigación penal adelantada por el Juzgado 45 de Instrucción Penal Militar *-que los uniformados acusan como declaraciones juramentadas-*, pues estas fueron solicitadas como pruebas trasladadas en la investigación disciplinaria que se adelantaba en su contra, conservando plena validez en virtud de la figura jurídica prevista en el artículo 135 de la Ley 734 de 2002⁹, que permite el traslado de pruebas practicadas en otros procesos para ser valoradas en este.

Aunado a lo anterior, los investigados tuvieron la oportunidad de rendir una versión libre de los hechos, sin embargo, no lograron convencer al fallador al presentar

⁷ Sala Primera de Decisión, M.P. Fabio Iván Afanador García.

⁸ En esta se observa: i) La identidad de los investigados; ii) Un resumen de los hechos; iii) El análisis de las pruebas en que se basa la decisión; iv) El análisis y la valoración jurídica de los cargos, de los descargos y de las alegaciones que se presentaron; v) La fundamentación de la calificación de la falta; vi) El análisis de culpabilidad; vii) Las razones de la sanción; y viii) La exposición fundamentada de los criterios tenidos en cuenta para la graduación de la sanción y la decisión en la parte resolutoria, conforme al artículo 170 del CDU. Decisión que estuvo debidamente notificada de manera personal a los implicados y su representante.

⁹ Artículo 135. Las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa, dentro o fuera del país y los medios materiales de prueba, podrán trasladarse a la actuación disciplinaria mediante copias autorizadas por el respectivo funcionario y serán apreciadas conforme a las reglas previstas en este código. (...)



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

inconsistencias en sus dichos, y también existieron otros medios de prueba para sustentar la responsabilidad.

Tampoco vulneró el principio de congruencia en la formulación de pliego de cargos a los disciplinados y el acto sancionatorio, pues estos son concordantes.

El instructor disciplinario valoró de manera integral las pruebas pertinentes, conducentes y útiles allegadas al proceso, de conformidad con las reglas de la sana crítica, estableciendo *-sin lugar a dudas-* que los inculpados incurrieron en la falta disciplinaria enrostrada *-numeral 7 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002-¹⁰*, en razón a que los testimonios rendidos fueron precisos para establecer que el día de los hechos investigados no existió ningún enfrentamiento entre el Ejército Nacional y el occiso que ameritara el uso de armas por parte de los uniformados; *-si bien el fallecido hizo parte del ELN, y pesaba sobre él una orden de captura por delitos de rebelión y secuestro-* el día que se presentaron los hechos no se encontraba participando de hostilidades propias del conflicto, por ende, ostentaba *-temporalmente-* la calidad de persona protegida por las normas del DIH. De conformidad con lo anterior, se establece que se trató de un «falso enfrentamiento», con el que los investigados pretendieron alegar un actuar legítimo, por lo que no se acepta la figura de la legítima defensa.

El cargo referido a la indebida interpretación y aplicación del DIH por parte de la entidad demandada no tiene vocación de prosperar *-aunque la parte demandante no refirió de qué manera se configuró el supuesto yerro-*, toda vez que la interpretación normativa que hizo se ajustó a las normas del ordenamiento interno, y las supranacionales que contemplan el DIH, en razón a que la gravedad de la falta cometida merecía ser estudiada a la luz de los instrumentos del derecho internacional, por tratarse de una vulneración de derechos humanos protegidos por la Constitución y normas internacionales referidas a personas que no se encuentran en combate, las cuales tienen aplicación en materia disciplinaria en virtud del principio de integración normativa que refiere la norma *-artículo 21 del CDU-*.

Ni en el pliego de cargos, ni en la decisión sancionatoria se incurre en atipicidad de la conducta, dado que la falta disciplinaria endilgada a los actores *-numeral 7 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002-*, es un tipo en blanco que requiere *-para su complementación normativa-* remitirse a las normas del DIH, como en efecto se hizo, al acudir al: (i) literal (a) del numeral 1 del artículo 3 del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949; y, (ii) literal (a) del numeral 2 del artículo 4 del Protocolo II que adicionó el Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la Protección de las

¹⁰ Aplicable por remisión expresa del artículo 58 numeral 34 de la Ley 836 de 2003.



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 1977, normas con las cuales se complementó el reproche enrostrado a los investigados en debida forma, y si bien, no se mencionó en las referidas actuaciones la Ley 836 de 2003 - *régimen especial de las Fuerzas Militares*- ello no implica per se que se haya vulnerado el debido proceso.

La autoridad demandada actuó conforme a derecho al no decretar algunos medios probatorios, toda vez que basó su decisión en los aspectos de pertinencia, conducencia y utilidad para negar algunos testimonios, pues no se indicó su propósito, ni se explicó claramente su finalidad, respecto de la visita especial al lugar de los hechos, el operador no la ordenó por considerar que no era pertinente, por ser de conocimiento público que en la zona en que se presentaron los hechos operan grupos armados al margen de la ley; aunado a lo anterior, ninguna de las pruebas negadas tenía la potencialidad de cambiar el sentido de la decisión.

1.4. El recurso de apelación

La parte demandante presentó recurso de apelación¹¹ contra la sentencia de primera instancia, con base en los siguientes argumentos:

El tribunal A quo incurrió en falta de motivación de la sentencia, pues no es cierto que la parte demandante omitiera explicar el yerro por indebida aplicación del DIH, pues en los alegatos de conclusión se relacionó al detalle este cargo, así como otros argumentos referidos en esta oportunidad, los cuales fueron inobservados en la sentencia de primera instancia¹².

La valoración probatoria efectuada por el A quo no se ajustó a las reglas de la sana crítica, porque (i) el operador disciplinario tuvo en cuenta declaraciones de personas que faltaron a la verdad, al existir contradicciones en lo señalado por estos; (ii) las versiones de los familiares del occiso no son suficientes para acreditar que no hubo combate; (iii) la referencia que hicieron los investigados sobre José Albeiro Joya como miliciano del ELN estaba confirmada, así como la agresión por parte de este a los uniformados, en ese sentido, no se intentó justificar la actuación, pues les era propio dentro de las funciones de los miembros del Ejército dirigir una acción militar contra esa persona¹³; (iv) las heridas del

¹¹ Visible a folio 262 del expediente, cuaderno principal.

¹² Argumentos que se relacionan a continuación, i) la pertenencia de José Albeiro Joya Rodríguez a un grupo armado organizado de una parte en conflicto y su actividad en el hecho; ii) la participación directa del citado en las hostilidades; y iii) las obligaciones de los grupos armados organizados en el conflicto en relación con el DIH - principio de distinción, de proporcionalidad, y necesidad-.

¹³ Como lo permiten las normas que regulan las operaciones ofensivas relacionadas con el DIH.



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

occiso en los miembros inferiores fueron explicadas lógicamente; (v) la participación directa en las hostilidades no deviene de un momento específico del conflicto, pues el combate no es el elemento determinante para concluir si una persona participó -o no- directa o indirectamente en estas, y en ese sentido, estar amparado por las normas del DIH como persona protegida.

Si bien el Tribunal A quo reconoció que la falta disciplinaria endilgada es un tipo en blanco *-que para complementar su sentido se debe remitir a normas del DIH-*, sin embargo, el problema está en determinar si José Albeiro Joya para el momento de los hechos era o no una persona protegida por no participar de manera directa en las hostilidades, y si la operación militar se ajustó a las normas del DIH.

El ataque del enemigo no es el elemento base para la legitimación de una acción militar bajo el marco jurídico del DIH, como señaló el A quo, puesto que, lo determinante es la existencia o no de un conflicto armado, ya sea de carácter internacional, o interno *-como es el caso-*, en ese sentido, el inicio del ataque por parte de uno u otro bando no cambia el marco jurídico en que se deben desarrollar las operaciones militares ofensivas por parte del Ejército Nacional.

No hay razón para analizar la legítima defensa del Código Penal como para estudiar una posible causal eximente de responsabilidad, ya que la figura de la legítima defensa que consigna el artículo 32 del Código Penal *-extensible al derecho disciplinario en virtud del artículo 21 de la Ley 734 de 2002-* no es aplicable a un hecho que se circunscribe en el DIH¹⁴.

A pesar de que el A quo reconoce la aplicación del DIH en materia de operaciones militares, denota una mala adecuación al caso concreto¹⁵, dado que el CICR¹⁶ estima que, «(...) *la falta de un “derecho” ilimitado a matar no implica forzosamente que exista la obligación jurídica de capturar en vez de matar cualesquiera que sean las circunstancias (...)*»¹⁷, máxime cuando la acción desplegada por la patrulla militar es producto de una reacción ante un ataque, por lo que no estaban en la obligación de emplear las armas como último recurso.

¹⁴ Porque cualquier acción militar que dirija a un objetivo legítimo, siempre desbordará las exigencias de la legítima defensa tal como lo concibe la doctrina y jurisprudencia penal.

¹⁵ al afirmar que “el empleo de la fuerza letal en ciertas circunstancias por parte de las Fuerzas militares, como lo indica la providencia mentada, no puede ser automática, sino que debe responder a principios de necesidad y proporcionalidad, y debe procurarse evitar su utilización si se puede maniobrar la situación sin que combatientes al margen de la ley sufran lesiones o hasta la muerte misma, es decir, que se trata del último recurso al que deben recurrir como garantes de los derechos fundamentales y del DIH (...)”,

¹⁶ Comité Internacional de la Cruz Roja. órgano autorizado para interpretar el DIH.

¹⁷ Comité Internacional de la Cruz Roja -Nils Melzer- Asesor Jurídico CICR “Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario.”. Ginebra, Suiza. 2010. P, 78.



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

La ilegalidad de la prueba trasladada no se diluyó al ser aportada al proceso de destino, porque se trata de declaraciones juramentadas de los disciplinados, y no versiones libres como lo señaló el A quo, las cuales debieron ser excluidas y no tenerse en cuenta, por lo que se vulneraron garantías constitucionales. Tampoco es cierto que dicha irregularidad se subsane porque los disciplinados tuvieran oportunidad de rendir versiones libres, pues ello no es lo que se cuestiona.

El tribunal A quo incurrió en indebida valoración probatoria, en razón a que el argumento del conocimiento público que en ese sector rural operan grupos armados ilegales, sumado a la confirmación de la pertenencia de José Albeiro Joya como miliciano del ELN, respalda las declaraciones de los disciplinados, sin embargo, ello no fue visto así en la sentencia de primera instancia.

La negativa de pruebas en el procedimiento disciplinario sí afectó el derecho de defensa y de audiencia de los encartados, porque su motivación no estuvo directamente relacionada con las causales legales de pertinencia, conducencia y utilidad, sino por cuestiones logísticas¹⁸, lo que vulnera el debido proceso, pues dicho criterio no está determinado en la norma aplicable, en ese sentido, se debió realizar la visita especial al lugar de los hechos, prueba pertinente, conducente y útil, al relacionarse de manera directa con el espacio geográfico donde se desarrolló la maniobra militar reprochada.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La parte demandante presentó alegatos de conclusión, con los siguientes argumentos:

Su inconformidad radicó en no haberse efectuado un análisis de los alegatos de conclusión presentados en primera instancia, los que guardan relación con los aspectos de inconformidad.

La primera instancia no valoró la tesis planteada por la defensa de los investigados que indicó estar probada la militancia de José Albeiro Joya Rodríguez en el ELN, y la participación directa en las hostilidades contra los encartados; por el contrario, señaló sin sustento fáctico que el fallecido era un civil presentado por el Ejército Nacional como un miliciano, siendo contraevidente con diversas pruebas *-anotaciones de inteligencia¹⁹-* en las que se relaciona al occiso como

¹⁸ Complicaciones del terreno para realizar la visita especial de lugar.

¹⁹ Oficio 0733/DIV-BR16-B2-INT2.252 del 8 de julio de 2006 suscrito por el Coronel JAIRO RAUL LÓPEZ COLUNJE como Jefe de Estado Mayor y Segundo Comandante de la Brigada 16 del Ejército Nacional en el cual se plasma la información existente en el B2 (esto es Sección de Inteligencia de Brigada) y el oficio 308/DIV4-BR16-B2-KAR-252 del 21 de abril de 2008 suscrito por



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

parte de la estructura del ELN, las que desestimó el operador sin mencionar porqué.

El Derecho Internacional Humanitario contiene un deber de aplicación para el Estado, incorporado al ordenamiento jurídico colombiano a través de la norma 214.2 Constitucional y, en ese sentido, la Corte Constitucional²⁰ dispuso que los operadores jurídicos deben interpretar y aplicar las normas y principios que orientan y configuran el derecho de los conflictos armados en la investigación y juzgamiento de conductas relacionadas con infracciones al DIH, es por ello que, en virtud del cargo planteado contra los demandantes se infiere que los hechos acaecidos se dieron en desarrollo del conflicto armado que tiene Colombia.

Los demandantes consideraron al fallecido como un miliciano armado miembro del ELN por la calidad de indiciado en un proceso de la Fiscalía 3 Especializada de Yopal, por el delito de rebelión y secuestro, y en los registros de inteligencia existentes no solo por parte del Ejército sino de la Policía Nacional; por otra parte, se pudo comprobar que el occiso estaba armado por los reportes de los militares, quienes encontraron el cuerpo sin vida junto a un arma de fuego, también se efectuó una experticia a los residuos encontrados en las manos del occiso que resultó positivo para disparo, por lo tanto, se comprobó que mantuvo una función continua de combate, de conformidad con lo dispuesto por el CICR²¹, razón por la cual, aceptar la participación directa en las hostilidades indica que pudo ser objeto de ataque al perder temporalmente la inmunidad como persona protegida²².

La doctrina militar y los documentos operacionales dan cuenta que la misión establecida era una operación de destrucción, la cual conlleva abatir el blanco como objetivo principal y por ello no es cierto que el empleo de la fuerza de las Fuerzas Militares en el contexto del conflicto armado colombiano sea una medida extrema²³.

No es admisible la hipótesis del operador disciplinario de utilizar otra medida con el fin de provocar la captura de José Albeiro Joya cuando en virtud del DIH tenían

el Sargento Viceprimero CESAR AUGUSTO ARAGÓN LEÓN como Suboficial B2 de la BR16 (Sección de Inteligencia de la Brigada 16); secciones de inteligencia de la Policía Nacional -oficio 932 de la SIPOL – POLICIA NACIONAL- y la investigación penal que adelantaba la Fiscalía General de la Nación por el delito de rebelión contra José Albeiro Joya Rodríguez.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-084 del 24 de febrero de 2016, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

²¹ La función continua de combate puede ser expresada ostensiblemente mediante el uso de uniformes, signos distintivos o algunas armas, esta es una situación de facto para acreditar la función.

²² En ese sentido, tal y como lo ha indicado la Corte Constitucional, la garantía de prohibición del homicidio en el contexto del conflicto armado no internacional o interno cubre a los civiles mientras que no tomen parte directamente en las hostilidades.

²³ Por cuanto ello es cierto, pero en circunstancias del contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y no el DIH



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

licencia para hacer un ataque directo en su contra, aunado a lo anterior, el occiso incumplió el principio de distinción, porque vestía prendas como si fuera un campesino más de la zona, pero cumplía funciones continuas como miembro de una de las partes en conflicto, además tenía elementos de comunicación y un arma de fuego, y a pesar de dicho incumplimiento la actitud del personal militar fue prudente y solo accionaron las armas de fuego hasta el momento en que se sintieron amenazadas sus vidas, e integridad personal²⁴.

El operador disciplinario incurrió en indebida valoración probatoria al desestimar la versión de los militares *-únicos testigos presenciales de la muerte de Joya Rodríguez-* y darle plena credibilidad a las declaraciones de los familiares y allegados quienes no percibieron la muerte de la presunta víctima.

La conclusión hecha por el fallador disciplinario referente a que los soldados dieron muerte a José Albeiro Joya en estado de indefensión, por no decirse nada del combate en el libro COB resulta débil, ya que la anotación en un libro no puede determinar la claridad de un hecho, menos aun cuando en esta no se describen las circunstancias de lo acontecido, solo los resultados operacionales.

Sobre la prueba técnica de residuos de disparo, el operador disciplinario se apoyó en la tesis de que *«(...) en ningún momento el perito está afirmando que la persona muestreada ha disparado un arma de fuego; ya que no es posible determinar con absoluta certeza de qué forma estas partículas llegaron a sus manos (...)»*, en ese sentido, si no hay certeza de la forma en que llegaron dichas partículas, pero hay un resultado positivo para residuos de disparo, porque no interpretarlo como que es muy posible que José Albeiro Joya Rodríguez haya usado un arma de fuego previo a su muerte²⁵, en ese sentido, la duda no puede ir en contra de los intereses de los investigados, como hizo el operador disciplinario, por lo que la afirmación hecha por el disciplinante *«(...) manipulando la evidencia y faltando a la verdad en documentos oficiales y declaraciones judiciales (...)»* resulta irresponsable, pues no hubo prueba de dicha irregularidad.

La parte demandada guardó silencio en esta oportunidad procesal, tal como se puede corroborar en el informe de secretaría del 24 de noviembre de 2021²⁶.

²⁴ A pesar de que estaban legitimados para una acción directa al advertir la presencia de un miembro activo en función continua de combate del ELN, respetaron el principio de humanidad, situación que no se les puede exigir al momento de ser atacados

²⁵ El único fundamento para el Despacho que a la postre se convierte en una conjetura es que *«(...) los residuos podrían ser por los impactos y no porque hubiera disparado un arma (...)»*. Ahora, dado que los expertos que generaron el informe técnico no indicaron nada en relación con la idoneidad de la muestra para efectuar el estudio, nada le queda al operador disciplinario para cuestionar el procedimiento de la toma de la muestra cuando los expertos no lo hicieron, si la prueba hubiese sido mal tomada o hubiere estado contaminada, los expertos habrían advertido tal situación.

²⁶ Folio 291 del expediente, cuaderno principal.



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

1.6. El Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado presentó concepto en los siguientes términos:

El argumento referido a la falta de análisis de los alegatos de conclusión resulta contraevidente con las conclusiones vertidas en la sentencia, y no debe prosperar, en consideración a que no se relaciona con el debate de nulidad de los actos administrativos sancionatorios, y desde la perspectiva procesal, por atipicidad, al no encontrarse enlistada como causal de nulidad.

No es cierto el argumento relativo a la deficiencia probatoria, en lo fáctico y en lo jurídico, e incumplir la valoración a la luz de la sana crítica, pues si bien obra prueba documental en el expediente que acredite la pertenencia de José Albeiro Joya al grupo armado ilegal ELN, no por ello era sujeto de exterminio por parte del Ejército, sino que debían retenerlo y ponerlo a disposición de la autoridad judicial que lo requería, en cuanto era «*persona protegida*», situación que ignoraron los disciplinados al ejecutarlo y reportarlo como baja en combate.

El argumento referido a la errónea interpretación del DIH tampoco tiene vocación de prosperar, porque la adecuación típica endilgada en el pliego de cargos y por la cual se sancionó a los investigados abordó el hecho de que la víctima era una persona protegida dentro del marco jurídico internacional humanitario, lo que impide un análisis de legalidad por indebida calificación jurídica.

En cuanto al argumento de la indebida apreciación de la figura de la legítima defensa, en el sentido de que «*no hay razón para analizar la “legítima defensa” del Código Penal, ni por lo señalado por los disciplinados, ni para analizar una posible eximente de responsabilidad como lo afirmó el A Quo*», tampoco tiene vocación de prosperar, dado que dicho argumento no tiene en cuenta la integración normativa consagrada en el artículo 21 de la Ley 734 de 2002, sin que pueda menospreciarse para aplicar el derecho internacional humanitario bajo el argumento que el tipo disciplinario se fundó en dicho estatuto.

El argumento referido al error en trasladar la prueba presuntamente auto incriminatoria y de denegar pruebas, no tienen asidero, además, porque no son las únicas pruebas sobre las que el operador disciplinario edificó sus decisiones, como se desprende del examen total de esas piezas procesales. En cuanto a las pruebas denegadas, ello se torna inane, en la medida en que con las ya obrantes en el plenario se tenía suficiente material para determinar la responsabilidad de los actores y determinar la respectiva sanción a imponer.



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Se circunscribe a establecer si la autoridad disciplinante vulneró el debido proceso, expidió los actos administrativos con falsa motivación, hizo una interpretación errónea de las normas en que debieron fundarse, hubo una indebida valoración probatoria y con desconocimiento de los argumentos expuestos por los implicados en el proceso disciplinario -especialmente en los alegatos conclusivos-, o si por el contrario, no hubo lugar a que se entendiera configurada alguna irregularidad citada.

Para resolver el cuestionamiento jurídico propuesto por la Sala se debe establecer previamente: (i) el debido proceso disciplinario como garantía constitucional; (ii) la interpretación normativa y valoración probatoria; (iii) el error de derecho por infracción de las normas en que debía fundarse el fallo *-aplicación del DIH dentro del sistema jurídico colombiano-*; (iv) la legítima defensa y su relación con el DIH; (v) los argumentos planteados en los alegatos de conclusión de primera instancia jurisdiccional; (vi) el derecho de defensa por negar unas solicitudes probatorias.

- El debido proceso disciplinario.

El debido proceso es una garantía constitucional fundamental que tiene por objeto que las actuaciones administrativas y judiciales estén ajustadas a las normas propias de cada proceso *-artículo 29 de la Constitución Política-*, prerrogativa aplicable al derecho disciplinario en general, como lo señala el artículo 6 de la Ley 734 de 2002²⁷, así mismo, aplica en los regímenes disciplinarios especiales, como el de las Fuerzas Militares *-artículo 4 de la Ley 836 de 2003²⁸-*. El artículo 217 de la Constitución dispone que las Fuerzas Militares tendrán un régimen especial disciplinario, sin embargo, ello no excluye la aplicación simultánea del régimen disciplinario general aplicable a todos los servidores públicos, es por ello que para el caso de los miembros de la Fuerza Pública los regímenes disciplinarios especial y general coexisten, es decir, se encuentran sujetos simultáneamente a los dos estatutos disciplinarios.

²⁷ Ley 734 de 2002. Artículo 6º. Debido proceso. El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público.

²⁸ Ley 836 de 2003. Artículo 4º. Debido proceso. Los destinatarios de este reglamento deberán ser investigados por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de la ley vigente al momento de la realización de la conducta.



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

En materia disciplinaria se reguló un procedimiento que permite al sujeto disciplinable enterarse y saber a qué situación jurídica se enfrenta, así como conocer las garantías con las que cuenta en el trámite de la investigación sancionatoria, y las que puede ejercer luego de que se emita el acto administrativo definitivo. Es así como, la Corte Constitucional, en sentencia C-315 de 2012²⁹, fijó las prerrogativas mínimas que le asiste a todo disciplinado cuandoquiera que se desarrolle un procedimiento administrativo y como consecuencia se expida un acto que le ponga fin, las cuales se concretan básicamente en que sea oído en el trámite que se le adelante, tenga la oportunidad de interponer recursos e incidentes de nulidad, aportar pruebas y controvertir las allegadas en su contra, ser notificado de las decisiones que se adopten, evitar decisiones arbitrarias, máxime si el fin primordial de todo proceso administrativo como judicial es buscar la verdad con la participación activa del implicado en el que pueda hacer valer sus propios argumentos de defensa sobre la base de la falta endilgada³⁰.

Por otra parte, la Sala recuerda que de conformidad con el artículo 228 de la Constitución Política, en las actuaciones de la administración de justicia «prevalecerá el derecho sustancial». En aplicación de esta preceptiva, el Consejo de Estado ha establecido que «no toda irregularidad dentro del proceso disciplinario genera de por sí la nulidad de los actos a través de los cuales se aplica a un funcionario una sanción disciplinaria, pues lo que interesa en el fondo es que no se haya incurrido en fallas de tal entidad que impliquen violación del derecho de defensa y del debido proceso».

- Valoración probatoria e interpretación normativa

²⁹ Las garantías mínimas previas tienen que ver con aquellas garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como: (i) el derecho de acceso a la administración de justicia con la presencia de un juez natural; (ii) el derecho a ser informado de las actuaciones que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una obligación o sanción; (iii) el derecho de expresar libre y abiertamente sus opiniones; (iv) el derecho de contradecir o debatir las pretensiones o excepciones propuestas; (v) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable y sin dilaciones injustificadas y, (vi) el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra. A su vez, las garantías mínimas posteriores se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa.

³⁰ La Corte Constitucional en sentencia C-762 de 2009 definió las garantías exigibles del debido proceso en investigaciones disciplinarias: “(d) e conformidad con esta providencia, son garantías exigibles del debido proceso, el respeto ”(i) [al] principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) del principio de publicidad, (iii) del derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) del principio de la doble instancia, (v) de la presunción de inocencia, (vi) del principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) del principio de cosa juzgada y (ix) de la prohibición de la reformatio in pejus”.



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

Tratándose de situaciones en las que se encuentra comprometida la violación de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, por afectación de miembros de la población civil inmersa en el conflicto armado³¹, por violación de los derechos de los combatientes, o de un sujeto de especial protección por su discapacidad o identidad-situación social³², la aplicación de las reglas normativas procesales -*hoy Código General del Proceso*- «*debe hacerse conforme con los estándares convencionales de protección*» de los mencionados ámbitos, debiendo garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido como garantía convencional y constitucional, para lo que el juez contencioso-administrativo obra como juez de convencionalidad, sin que sea ajeno al respeto de la protección de los derechos humanos.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en especial los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalan que en la valoración de las pruebas trasladadas se infunde como presupuesto sustancial la convencionalidad, de manera que en eventos, casos o hechos en los que se discuta la violación de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario se emplee como principio básico la llamada prueba racional o de la sana crítica, encontrándose obligado el tribunal a fundamentar cuidadosamente los criterios en que se apoya para pronunciarse sobre la veracidad de los hechos señalados por una de las partes y que no fueron desvirtuados por la parte contraria. Aunado a lo anterior, la Corte Internacional de Justicia ha señalado que el juez debe orientarse por el principio de la sana crítica y de la libertad de apreciación de los medios probatorios que obren en los procesos, y desplegar un papel activo.

Establecidos los presupuestos y los fundamentos con base en los cuales se sustenta la prueba trasladada, deberán examinarse los medios probatorios allegados al expediente. Con fundamento en lo anterior, la Sala como juez de convencionalidad y contencioso-administrativo tendrá, valorará y apreciará los medios probatorios (documentos, testimonios, declaraciones y versiones libres de los encartados), trasladados desde el proceso penal cursado por el homicidio en persona protegida de José Albeiro Joya Rodríguez, con las limitaciones y en las condiciones señaladas.

Con base en los anteriores criterios, la Sala dará valor a los medios probatorios trasladados desde el proceso penal ordinario, especialmente aquellos que establecen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que falleció José Albeiro Joya, ya que pueden ser útiles, pertinentes y conducentes para determinar la

³¹ Desaparecidos forzosamente, desplazados forzosamente, muertos, torturados, lesionados, o sometidos a tratos crueles e inhumanos.

³² Incluida la marginación por desarrollo de actividades de delincuencia común provocadas



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

vulneración de derechos humanos y la violación del derecho internacional humanitario que se reprochó, con prevalencia de lo sustancial sobre el excesivo rigorismo procesal. De otra parte, las versiones libres e indagatorias rendidas trasladadas inicialmente al presente proceso, la Sala de Subsección, como juez de convencionalidad y sustentado en los artículos 1.1, 2, 8.1, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 29 y 229 de la Carta Política, las contrastará con los demás medios probatorios para determinar si se consolidan como necesarios los indicios que en ella se comprendan.

Corolario de lo anterior, el legislador estableció en materia disciplinaria que *«(t)oda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa. La carga de la prueba corresponde al Estado» -artículo 128 del CDU-*; de tal manera que el operador disciplinario, apoyado en los medios probatorios señalados en el artículo 130 *ibídem*³³, le corresponde realizar una apreciación integral de las pruebas con observancia de las reglas de la sana crítica conforme al artículo 141 *ídem*, y necesariamente deberá existir prueba que conduzca a la certeza de la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado.

En ese sentido, cuandoquiera que exista suficiencia probatoria para generar en la autoridad disciplinante un grado adecuado de certeza sobre la ocurrencia de determinados hechos, el operador disciplinario puede prescindir de la práctica de pruebas adicionales que juzgue innecesarias, incluso si estas pruebas han sido decretadas con anterioridad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 160A del Código Disciplinario Único.³⁴

- Infracción a las normas en que debía fundarse la decisión sancionatoria por indebida aplicación del DIH.

Frente a este punto, la Sala observa que el bloque de constitucionalidad hace parte del sistema normativo nacional e incide en el derecho disciplinario en virtud

³³ Artículo 130. Medios de prueba. Son medios de prueba la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, y los documentos, los cuales se practicarán conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario.

Los indicios se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguiendo los principios de la sana crítica.

Los medios de prueba no previstos en esta ley se practicarán de acuerdo con las disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales.

³⁴ Artículo 160-A. Cuando se haya recaudado prueba que permita la formulación de cargos, o vencido el término de la investigación, el funcionario de conocimiento, mediante decisión de sustanciación notificable y que sólo admitirá el recurso de reposición, declarará cerrada la investigación.



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

del artículo 21 de la Ley 734 de 2002³⁵, en ese sentido, es completamente válido adecuar las faltas disciplinarias que cometan los servidores públicos con las normas que integran el DIH. Aunado a lo anterior, no solo ante la presencia de un vacío jurídico se debe acudir a las normas de derecho internacional, sino que es obligatorio su observancia puesto que se asume su prevalencia y primacía incluso frente a las normas internas -*sentencia C-067 de 2003*-.

En el caso bajo examen, la falta disciplinaria endilgada a los investigados es la prevista en el numeral 7 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que consiste en «*Incurrir en graves violaciones al derecho internacional humanitario*», disposición normativa concordante con el numeral 34 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003, las cuales constituyen una falta de *tipo en blanco* que para ser comprendidas y complementadas en su sentido se debe remitir a las normas del DIH, tal y como lo hiciera el operador durante el trámite administrativo, al remitirse al artículo 3 numeral 1 literal a) del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, creado «*(p)ara aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña*» -*convenio que fue aprobado por Colombia a través de la Ley 5ª de 1960, ratificado el 8 de mayo de 1962*- y que establece: «*(e)n caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las 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, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;*»

Así mismo, mediante Protocolo II de 1977 adicionó el Convenio de Ginebra de 1949 -*relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*-³⁶, y cuyo artículo 4 numeral 2 literal a) consagra «*(g)arantías fundamentales (...)* 2. *Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que*

³⁵ “Ley 734 de 2002. Artículo 21. Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto a esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario.”

³⁶ Aprobado con la Ley 171 de 1994, y entró en vigor para Colombia el 15 de febrero de 1996.



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

preceden, están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1: a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal (...)».

En consideración a la situación fáctica presentada, en el auto de cargos del 13 de agosto de 2009 se organizó la falta disciplinaria de tipo en blanco con las normas del DIH referidas.

Al respecto, la Corte Constitucional ha explicado el alcance y el carácter vinculante del DIH en los Estados Parte, acudiendo a varios actos adoptados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Asamblea General, entre otras instancias internacionales, tal como lo describió el Tribunal A quo *-visible en folio 247 y ss. del expediente-*; así mismo, mencionó que, en los conflictos armados internos le es vinculante el DIH tanto a los miembros de las fuerzas del Estado, como a los grupos armados ilegales, es decir, deben acatarlo y respetarlo³⁷. En ese sentido, la Procuraduría General de la Nación en atención al deber de acatamiento y respeto del DIH debía aplicar el derecho de carácter internacional a la actuación emprendida por los accionantes, máxime cuando las circunstancias de modo, tiempo y lugar se encuadraban en la prohibición señalada en la Convención de Ginebra de 1949, de atentar contra la vida e integridad de personas que no participaban directamente de las hostilidades.

En cuanto a la legítima defensa, se tiene que esta figura se traduce en *«el ejercicio de la violencia para tutelar o proteger un bien jurídicamente atacado injustamente»*, figura esta que debe cumplir determinados requisitos para que se constituya como eximente de responsabilidad penal o disciplinaria.

En primer término debe existir una agresión, entendida como el acto de acometerla en alguien para causarle un daño sin justificación, en su vida e integridad, la cual debe ser actual o inminente, entendida como actual, cuando ya ha comenzado y no ha concluido aún; e inminente en la que aún no ha comenzado pero se infiere que se puede generar un daño inmediato para la persona; otra exigencia es que la agresión se produzca contra un derecho propio o ajeno, que se encuentra en grave daño ante el riesgo que se padece por estar en condiciones de inferioridad; en tercer lugar, es indispensable que exista la necesidad de la defensa por parte del agredido, es la necesidad de defensa por parte del agredido, es la necesidad e imposibilidad de usar otros medios menos

³⁷ Sentencia C-291 de 2007.



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

drásticos, es la inevitabilidad del peligro por otros recursos, pero todo ello en directa relación y subordinación al peligro o a la amenaza; La cuarta exigencia es que exista ánimo de defensa, esto es la intención de quien se defiende, de repeler legítimamente el ataque y no de utilizar una determinada circunstancia para ejecutar propósitos criminales.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado ha dicho que la legítima defensa no opera de manera automática, sino que esta debe responder a principios de necesidad y proporcionalidad, *«ya que en enfrentamiento debe responder que por definición constituyen una limitación a la libertad del comandante para su maniobra, pero obviamente no pueden ser tales que le impidan alcanzar el objetivo final, y si bien pueden y de hecho marcan un techo en las operaciones y tratan de asegurar que las acciones propias no desencadenen un no deseado agravamiento de la situación o en sufrimientos innecesarios...»*³⁸.

El empleo de fuerza letal en ciertas circunstancias por parte de las Fuerzas Militares como lo indica la providencia referida no puede ser automática, sino que debe responder a principios de necesidad y proporcionalidad, y debe procurarse evitar su utilización si se puede maniobrar sin que combatientes al margen de la ley sufran lesiones o hasta la muerte misma, es decir, que se trata del último recurso al que deben recurrir como garantes de los derechos fundamentales y del DIH.

Aunado a lo anterior, se hace necesario hacer mención al principio de distinción que ha desarrollado el DIH como fundamental, y que tiene por objeto según la Corte Internacional de Justicia *«la protección de la población civil y de objetos civiles, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca pueden hacer a los civiles objeto de ataques, y en consecuencia nunca pueden utilizar armas que sean incapaces de diferenciar entre objetivos civiles y militares»*³⁹. No obstante, la protección fijada por el principio de distinción también se predica de la categoría de *«no combatientes»* que son personas que, habiendo participado en las hostilidades, han sido puestas fuera del combate por diversas situaciones⁴⁰ -sentencia C-291 de 2007-⁴¹.

³⁸ Sección Tercera, Sentencia de 28 de febrero de 2018; C.P. Ramiro Pazos Guerrero; Rad. 050012331000200405258 01 (45030).

³⁹ Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, 1996.

⁴⁰ Por haber depuesto las armas por captura, rendición u otra causa similar

⁴¹ La protección establecida por el principio de distinción cobija no solamente a las personas civiles, sino también, dentro de la categoría más amplia de “no combatientes”, a las personas que habiendo participado en las hostilidades, han sido puestas fuera de combate por (i) estar en poder de otro actor armado en el conflicto, (ii) no poder defenderse en razón de estar inconscientes, haber naufragado, estar heridas o estar enfermas, o (iii) haber expresado en forma clara su intención de rendirse, absteniéndose de actos hostiles y de intentos de evasión. La protección de



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia del 28 de febrero de 2018⁴² - citada por el A quo-, también se refirió sobre el principio de distinción que debe darse en el conflicto armado frente a quienes no participan del mismo, en los siguientes términos:

«En ese orden de ideas, respecto al tratamiento diferenciado entre quienes no participan en el conflicto y quienes si lo hacen, lo primero que se advierte es que tanto la población civil como las personas puestas fuera de combate están amparados por el principio de distinción que busca, en todo momento, sustraerlos del escenario de combate y protegerlos de los efectos de aquél, mientras que los combatientes propiamente dichos se rigen por las disposiciones que regulan la confrontación armada. En este punto, se considera necesario delimitar las condiciones bajo las cuales un combatiente⁴³, puesto fuera de combate, debe ser concebido en paridad de trato con la población civil, y en esa medida se hace destinatario de las cláusulas de salvaguarda del DIH.

Las personas que se consideran fuera de combate, en realidad corresponden a una deriva, en sentido amplio, de la categoría de “no combatiente”. Esta franja de población protegida conforme al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, está comprendida por quienes “habiendo participado en las hostilidades, han dejado de hacerlo por captura o retención, inconciencia, naufragio, heridas, enfermedad, rendición u otra circunstancia análoga”. Es decir es un status subsiguiente y circunstancial que conlleva la pérdida temporal de la calidad de combatiente, y por esta razón, se incrusta dentro de la protección del DIH. Contrario sensu, los combatientes que no se encuentren en ninguna de las hipótesis mencionadas, tienen el status pleno de actores hostiles».

las personas que fuera de combate está prevista en el Artículo 3 Común de las Convenciones de Ginebra y en el artículo 7 del Protocolo Adicional II, y además es una norma de derecho internacional consuetudinario que ha sido aplicada en tanto tal por los Tribunales Penales para Ruanda y Yugoslavia, los cuales han explicado que en el marco de conflictos armados internos, la protección provista por el Artículo 3 Común a las Convenciones de Ginebra (que tiene carácter consuetudinario) ampara, en general, a las personas que por una razón u otra, incluyendo las que se acaban de enumerar, ya no estaban directamente involucradas en los combates.

⁴² Sección Tercera, Sentencia de 28 de febrero de 2018; C.P. Ramiro Pazos Guerrero; Rad. 050012331000200405258 01 (45030).

⁴³ Para ser más exactos con la terminología normativa que regula los conflictos armados internos, a quienes se confrontan en este ámbito se les denomina como “personas que participan directamente en las hostilidades”, mientras que en el ámbito de los conflictos internacionales se habla de combatientes. No obstante, esta última acepción -combatiente- puede utilizarse con un sentido genérico para cualquiera de los dos eventos, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, en sentencia C-291 de 25 de abril de 2007, C.P. Manuel José Cepeda.

De acuerdo con lo anterior, para efectos de la presente sentencia, en lo sucesivo, se acogerá la expresión “combatiente” en su sentido genérico, sin que con ello se desconozca o confunda el tipo de conflicto armado que atañe al caso, como tampoco las disposiciones que lo regulan.



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

De conformidad con lo anterior, si bien el DIH se aplica a situaciones de conflicto armado, y el DIDH se aplica para proteger a toda persona en época de guerra o paz, la finalidad de ambos instrumentos supranacionales radica en proteger a las personas, y no se excluyen entre sí *-aplicable al derecho disciplinario en virtud del artículo 21 del CDU, como se dijo anteriormente-*. En consecuencia, el DIH y el DIDH actúan de manera mancomunada, pues al primero le compete establecer el trato adecuado que deben brindar las instituciones del Estado, como los grupos insurgentes al margen de la ley, a las personas que no hacen parte del conflicto armado, o que no participan de las hostilidades, y al segundo le incumbe impedir la arbitrariedad limitando el dominio del Estado sobre los demás individuos.

Así mismo, la Corte Constitucional en la sentencia C-291 de 2007 estableció los postulados básicos de la aplicación del DIH, señalando que *«(e)l DIH es el derecho aplicable a los conflictos armados. El objetivo fundamental del Derecho Internacional Humanitario, al decir de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es “restringir la contienda armada para disminuir los efectos de las hostilidades”. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha recordado que “en el siglo actual la comunidad internacional ha aceptado un papel más amplio y nuevas responsabilidades para aliviar los sufrimientos humanos en todas sus formas y, en particular, durante los conflictos armados”, para efectos de lo cual se han adoptado a nivel internacional las normas constitutivas del DIH.*

El Derecho Internacional Humanitario se aplica a los conflictos armados internos o internacionales. En tanto ordenamiento jurídico unitario y sistemático, el DIH regula tanto el desarrollo de las hostilidades -limitando la posibilidad de las partes de recurrir a los métodos y medios bélicos a su disposición- como la protección de las personas víctimas de los conflictos armados. La jurisprudencia internacional - en particular la de los tribunales penales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, así como la de la Corte Internacional de Justicia- ha sido clara al explicar los siguientes postulados básicos sobre la aplicación de la normativa internacional humanitaria: i) su definición, en particular la de los conflictos armados internos, ii) las condiciones de tipo temporal, geográfico y material que delimitan su ámbito de aplicación; iii) su carácter vinculante para todas las partes en conflicto; iv) su independencia del reconocimiento de la legitimidad de las razones de fondo del conflicto, así como del status de los grupos enfrentados ante el Derecho Internacional Público(...).».

En razón de lo anterior, se aplicó el DIH en el presente caso, ya que, es notorio el conflicto armado interno que padece Colombia durante largos años, de grupos insurgentes como el ELN o las FARC, entre otros, que han sido actores del conflicto armado.



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

2.4. Caso concreto

La parte recurrente señaló que el A quo incurrió en falta de motivación de la sentencia, pues no es cierto que el demandante omitiera explicar el yerro por indebida aplicación del DIH, porque en los alegatos de conclusión se relacionó al detalle este cargo, así como otros argumentos referidos en dicha oportunidad, los cuales fueron inobservados en la sentencia de primera instancia y habrían dejado sin sustento las conclusiones a las que llegó, los que se relacionan a continuación, (i) la pertenencia de José Albeiro Joya Rodríguez a un grupo ilegal armado y organizado de una parte en conflicto y su relación con los hechos; (ii) la participación directa del citado en las hostilidades; y (iii) las obligaciones de los grupos armados organizados en el conflicto en relación con el DIH *-Principio de distinción, de proporcionalidad, y necesidad-*.

Para la Sala, el argumento referido a que el occiso perteneciera al grupo armado insurgente -ELN- no tiene discusión, y ello no era determinante para que este fuera catalogado como una persona protegida bajo el amparo del DIH, pues de lo que se trata de establecer es si José Albeiro Joya Rodríguez participó en las hostilidades propias del combate cuando se presentaron los hechos.

De conformidad con lo anterior, la Sala observa que con el material probatorio obrante en el plenario se logró establecer que el 25 de mayo de 2006, *-fecha en que se presentaron los hechos-* José Albeiro Joya Rodríguez ostentaba la calidad de persona protegida por el DIH, toda vez que no se encontraba participando ni desarrollando hostilidades propias del combate, tal y como se desprende de las declaraciones de Rosenda Rodríguez Salamanca *-madre del occiso-*, Reinalda Guevara *-compañera sentimental del fallecido-* y Miguel Fernández Rodríguez *-vecino del fallecido-*, quienes coincidieron en señalar que los ex militares demandantes lo abordaron a la entrada de la finca «*El Espejo*», de propiedad de Maximiliano Joya García *-padre del fallecido-*, vereda Chaguaza, jurisdicción de Labranzagrande, Boyacá; en ese sentido, afirmaron que dicha mañana Joya Rodríguez llegó en una yegua hasta dicha finca en compañía de Miguel Fernández Rodríguez, siendo abordado por los uniformados, quienes lo retuvieron y ordenaron al segundo que se devolviera por donde venía, trayecto durante el cual se encontró con Reinalda Guevara *-compañera sentimental del occiso-*. Joya Rodríguez fue llevado por los militares a un sitio no muy distante de la casa de sus padres, y luego escucharon varios disparos, acto seguido los militares impidieron el paso de los familiares, situación que se extendió hasta las 2:30 de la tarde cuando llegó un helicóptero a recoger el cadáver para llevarlo hasta la Brigada en Yopal, Casanare.



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

Es importante resaltar que la prueba testimonial de los familiares, por el simple hecho de tener un vínculo filial, no puede dejarse de valorar, bien podría apreciarse esta de manera integral con las demás que fueron allegadas al plenario (como las declaraciones de los familiares del occiso ante la Personería del municipio de Labranzagrande) y que resultan concordantes y coherentes al señalarse la forma en que fue retenido José Albeiro Joya y que dan cuenta que minutos después se escucharon unos disparos con los que le cegaron la vida, más no como producto de un combate, como fue presentado e informado por los miembros del Ejército Nacional encartados, con lo que se evidenció que se trató de un «*falso enfrentamiento*» que pretendieron alegar, con el fin de justificar su irregular actuación. En ese sentido, se pudo determinar sin lugar a dudas, que los inculpados incurrieron en la falta disciplinaria del numeral 7 artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que resulta aplicable por remisión expresa del artículo 58 numeral 34 de la Ley 836 de 2003 -*norma especial*-.

Aunado a lo anterior, y conforme a la versión dada por los sancionados, en la que señalaron que fueron sorprendidos por tres (3) bandidos, y que uno de ellos iba hablando por un radio cuando sacó el arma y comenzó a dispararles, pero pese al aparente ataque, solo resultó muerto José Albeiro Joya, y no se reportó ningún otro herido, fallecido o capturado, declaración que carece de lógica, pues cómo una persona ocupada -*hablando por radio*- va a reaccionar más rápido para desenfundar su arma y atacar a los militares, inclusive cuando manifestaron que estaban haciendo uso de tácticas de seguridad o emboscadas desde la madrugada de ese día, es decir, estaban en mejor posición frente al supuesto enemigo, ello carece de razón.

En ese sentido, la Sala concuerda con la Procuraduría General de la Nación, con el Ministerio Público y con el Tribunal Administrativo de Boyacá cuando aseguran (i) que no hay reporte, o anexos de inteligencia, anteriores al hecho del fallecimiento del miliciano, que dé cuenta de la planeación del desplazamiento de la tropa; (ii) que si se trataba un área de alto peligro, resulta por lo menos extraño, que el comandante, siendo un militar experimentado, como lo acredita su hoja de vida, hubiese ordenado fraccionar la tropa en grupos de 3 uniformados, desconociendo no solo las más elementales reglas de estrategia militar, sino que también precisas instrucciones operacionales, que prohibían operar de manera fraccionada y en grupos aislados; y (iii) que si los 3 militares llegaron desde la madrugada al lugar y una vez allí se organizaron para el ataque y se aportaron para esperar el paso de los guerrilleros y emboscarlos, según la información que decían tener, y por ende gozando de todas las ventajas de una estratégica y privilegiada posición en el campo de tiro, además de un sofisticado armamento, es



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

extraño que fueran ellos fueran supuestamente sorprendidos por el ciudadano fallecido y dos personas más.

Así mismo, se les cuestionó que según la necropsia que se le practicó al fallecido se reportó «*heridas en los miembros inferiores causadas por artefacto explosivo*», aspecto que no fue mencionado por los sancionados en su declaración, pues es ilógico que si el artefacto pertenecía al occiso este lo activara, o si fue lanzado por la tropa militar se produjera un uso desmedido de las armas o en últimas tanto el arma de fuego encontrada como los explosivos fueran implantados en la escena para recrear un ataque. En este punto, la Sala resalta que la parte demandante no logró desvirtuar lo evidenciado por la Procuraduría General de la Nación en el sentido que los disciplinados no avisaron a las autoridades judiciales del municipio de Labranzagrande, para efectos del levantamiento del cadáver, así como tampoco lo embalaron, ni lo transportaron, junto con las demás evidencias que se pudieran recaudar, en las condiciones apropiadas para garantizar un resultado fiable, pues, ellos mismos manipularon el cuerpo sin realizar registro fotográfica de la escena. También merece relievase, como lo hizo la Procuraduría General de la Nación, que en lo que tiene que ver con la supuesta pistola Smith & Wesson, que según los informes rendidos por los disciplinados fue encontrada junto al cadáver, dicha arma no fue embalada adecuadamente, sino fue manipulada por los disciplinados antes de ser entregada a los experticios forenses.

Corolario de lo anterior, la Sala observa que la interpretación normativa que llevó a cabo el operador disciplinario se acompasa con las normas del ordenamiento interno y con las normas previstas en el DIH, en razón a que, dada la gravedad de la falta cometida por los ex militares, merecía ser estudiada a la luz de los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, al tratarse de la vulneración de derechos humanos protegidos de una persona que no se hallaba en combate.

En ese sentido, el cargo no tiene vocación de prosperar.

Por otra parte, el recurrente afirmó que desde el auto de cargos del 13 de agosto de 2009 la autoridad disciplinaria efectuó una errónea interpretación y una violación, por aplicación indebida de las normas, al entender las circunstancias fácticas como situaciones propias de legítima defensa, pues la calificación de la falta refiere a una presunta incursión en un homicidio en persona protegida. Además, la legítima defensa y las normas del DIH son excluyentes entre sí, pues la primera es una figura de un delito común y para su estructuración debe ser proporcional la defensa frente a la agresión, por tal motivo, la proporcionalidad como elemento de la legítima defensa y como principio del DIH es aplicable en



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

contextos en los cuales se realizan ataques contra objetivos militares o combatientes.

Para resolver el cargo planteado, la Sala observa que la falta disciplinaria endilgada a los disciplinados es la prevista en el numeral 7 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, consistente en «*Incurrir en graves violaciones al derecho internacional humanitario*», lo cual es concordante con el numeral 34 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003 -tipos en blanco-, la cual para ser comprendida y complementada en su sentido debe recurrirse a las normas del DIH, razón por la cual, el disciplinante enmarcó la conducta desplegada en el artículo 3 numeral 1 literal a) del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949⁴⁴, así mismo, se relacionó el artículo 4 numeral 2 literal a) del Protocolo II de 1977⁴⁵, que adicionó al Convenio de Ginebra atrás en cita.

La Corte Constitucional delimitó, en sentencia C-291 de 2007, el alcance y el carácter vinculante del DIH de los Estados Parte, lo que obliga a las Fuerzas Militares, así como a los grupos ilegales, a acatar la legislación del DIH, en el desarrollo de los conflictos armados internos. Para la Sala, la aplicación por parte de la autoridad disciplinaria de las normas del DIH en el desarrollo del proceso sancionatorio se encuentra acorde con los hechos objeto de sanción y que fueron debidamente acreditados y desplegados por los demandantes. En ese sentido, en atención al deber de acatamiento y respeto del DIH para los Estados Parte, el disciplinante debía dar aplicación a la normatividad internacional por la actuación emprendida por los accionantes, máxime cuando las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos se encuadran en la prohibición señalada en la Convención de Ginebra de 1949, de atentar contra la vida e integridad de personas que no participan de las hostilidades.

Ahora bien, para la Sala tampoco tiene asidero el argumento referido al análisis de la figura de la legítima defensa, en la medida en que no se trata de un error de interpretación normativa en que incurriera el disciplinante, por el contrario, su estudio se debió a que la autoridad sancionatoria percibía que los investigados con sus dichos pretendían justificar su actuar bajo la premisa de una defensa legítima que los llevó a reaccionar para proteger sus vidas, por el presunto ataque que habría desatado José Albeiro Joya, eso significa que la razón por la cual el operador revisara la defensa legítima fue la de analizar si se había dado una posible causal eximente de responsabilidad de los investigados, es decir, se efectuó su estudio como garantía del derecho de defensa que les asiste a los inculpados para que todos sus argumentos de contradicción fueran tenidos en

⁴⁴ Aprobado por la Ley 5ª de 1960 y ratificado el 8 de mayo de 1962 por el estado colombiano.

⁴⁵ Aprobado por Ley 171 de 1994 y ratificado por Colombia el 15 de febrero de 1996.



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

cuenta, por lo que no se acepta que se hayan presentado confusiones sobre si la falta endilgada era por un delito común o una infracción del DIH; en ese sentido, se concluye que se acompaña la valoración realizada por el Tribunal A quo *-visible en folio 59 de la sentencia de primera instancia*⁴⁶.

Por otra parte, el Consejo de Estado⁴⁷ ha precisado que el empleo de fuerza letal en ciertas circunstancias por parte de las Fuerzas Militares no puede ser automática, sino que debe responder a principios de necesidad y proporcionalidad, y debe procurarse evitar su utilización en caso de poder maniobrar la situación de otra manera, es decir, sin que combatientes al margen de la ley sufran lesiones o hasta la muerte misma, concretándose que el empleo de la fuerza letal es un último recurso al que deben recurrir como garantes de los derechos fundamentales y del DIH.

Para la Sala, es pertinente aclarar que, de acuerdo con la falta disciplinaria atribuida a los demandantes, y dado que se trata de un tipo en blanco, era necesario acudir a normas del derecho internacional humanitario, para el caso, el Convenio de Ginebra de 1949, y el Protocolo II que lo adicionó, a fin de comprender el sentido de la falta y cómo se construyó según los hechos o las conductas reprochadas, no obstante, el procedimiento que se debía aplicar al procedimiento era el contenido en las normas de la Ley 734 de 2002. A más de lo anterior, se infiere la aplicación del DIH en el caso de marras ya que, es notorio el conflicto armado interno que ha padecido Colombia por largos años por parte de grupos armados insurgentes como el ELN o las FARC, de tal suerte que, los encartados calificaron al occiso como miembro de uno de estos grupos alzados en armas para simular un combate armado para poder justificar su ejecución, convirtiéndose en un crimen de guerra por violación al DIH que vigila el respeto de la vida de quienes habiendo sido combatientes no volvieron a realizar actuaciones hostiles por diferentes razones.

Ahora, en cuanto al argumento referido a que la ilegalidad de la prueba trasladada no se diluyó al ser aportada al proceso de destino por ser declaraciones juramentadas de los disciplinados y no versiones libres como lo señaló el A quo, las cuales debieron ser excluidas y no tenerse en cuenta, vulnerando garantías constitucionales. En ese sentido, tampoco es cierto que dicha irregularidad se subsane porque los disciplinados tuvieran oportunidad de rendir versión libre.

⁴⁶ Visible en folio 249 del expediente, cuaderno principal.

⁴⁷ Sección Tercera, Sentencia de 28 de febrero de 2018; C.P. Ramiro Pazos Guerrero; Rad. 050012331000200405258 01 (45030).



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

Para la Sala no es de recibo el cargo planteado, toda vez que la jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con la eficacia probatoria de la prueba trasladada, ha sostenido que cabe valorarla a instancias del proceso contencioso-administrativo, siempre que se cumpla con los presupuestos generales siguientes⁴⁸: (i) los normativos del artículo 185⁴⁹ del C.P.C., esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional en la medida en que el proceso del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia⁵⁰, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción. Así como con lo señalado por el artículo 168 del C.C.A⁵¹ -*vigente para la época de entrada para fallo del proceso-*, (ii) las «*pruebas trasladadas y practicadas dentro de las investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración no requieren ratificación o reconocimiento, según sea del caso, dentro del proceso de responsabilidad*»⁵²; (iii) la ratificación de la prueba trasladada se suple con la admisión de su valoración⁵³; y, (iv) la prueba trasladada de la investigación disciplinaria puede valorarse ya que se cuenta con la audiencia de la parte contra la que se aduce, por ejemplo la Nación-Ministerio de Defensa⁵⁴.

A su vez, como presupuestos para la valoración de la prueba testimonial que se traslada desde un proceso administrativo disciplinario, penal ordinario o penal

⁴⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. En su modulación puede verse las siguientes sentencias: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334.

⁴⁹ “Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”.

⁵⁰ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2011, expediente 19969.

⁵¹ Artículo 168 del Código Contencioso Administrativo: “En los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”. El artículo 211 de la ley 1437 de 2011 reza lo siguiente: “En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil”. En tanto que el artículo 214 de la ley 1437 de 2011 establece: “Toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia necesaria de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de la existencia de aquellas. La prueba practicada dentro de una actuación declarada nula conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de contradecirla”. Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607.

⁵² Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989, expediente 5573.

⁵³ Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004, expediente 15088.

⁵⁴ Sección Tercera, sentencia 20 de mayo de 2004, expediente 15650. Las “pruebas que acreditan la responsabilidad de la demandada que provienen de procesos disciplinarios internos tramitados por la misma, pueden ser valoradas en la presente causa contencioso administrativa, dado que se practicaron por la parte contra la que se aducen”. Las piezas procesales adelantadas ante la justicia disciplinaria y penal militar se allegaron por el demandante durante el período probatorio, y pueden valorarse. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2008, expediente 16741.



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

militar se tiene en cuenta las siguientes reglas especiales [debiéndose tener en cuenta tanto las generales como estas]: (i) no necesitan de ratificación cuando se trata de personas «*que intervinieron en dicho proceso disciplinario, o sea el funcionario investigado y la administración investigadora*»⁵⁵; (ii) las «*pruebas trasladadas de los procesos penales y, por consiguiente, practicadas en estos, con audiencia del funcionario y del agente del Ministerio Público, pero no ratificadas, cuando la ley lo exige, dentro del proceso de responsabilidad, en principio, no pueden valorarse. Se dice que en principio, porque sí pueden tener el valor de indicios que unidos a los que resulten de otras pruebas, ellas sí practicadas dentro del proceso contencioso administrativo lleven al juzgador a la convicción plena de aquello que se pretenda establecer*»⁵⁶; (iii) puede valorarse los testimonios siempre que solicitados o allegados por una de las partes del proceso, la contraparte fundamenta su defensa en los mismos⁵⁷, siempre que se cuente con ella en copia auténtica; (iv) cuando las partes en el proceso conjuntamente solicitan o aportan los testimonios practicados en la instancia disciplinaria⁵⁸; y, (v) cuando la parte demandada «*se allana expresamente e incondicionalmente a la solicitud de pruebas presentada por los actores o demandantes dentro del proceso contencioso administrativo.*»⁵⁹»

En cuanto a las declaraciones rendidas ante las autoridades judiciales penales ordinarias [Fiscalía, Jueces Penales, Jueces de Instrucción Penal Militar], la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia de 11 de septiembre de 2013 - *expediente 20601-* considera que «*es viable apreciar una declaración rendida por fuera del proceso contencioso administrativo, sin audiencia de la parte demandada o sin su citación, cuando se cumpla con el trámite de ratificación, o cuando por acuerdo común entre las partes –avalado por el juez- se quiso prescindir del aludido trámite. Este último puede manifestarse como lo dispone el artículo 229 del C. de P. C. hoy C. G. del P...*».

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia considera que cuando no se cumple con alguna de las anteriores reglas o criterios, se podrán valorar las declaraciones rendidas en procesos diferentes del contencioso-administrativo, especialmente del

⁵⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737, Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 16 de noviembre de 1993, expediente 8059.

⁵⁶ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334, Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989, expediente 5573.

⁵⁷ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 1 de marzo de 2006, expediente 15284.

⁵⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607.

⁵⁹ Sección Tercera, sentencia de 11 de septiembre de 2013, expediente 20601; de la Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 45433.



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

proceso penal ordinario, como indicios cuando «*establecen las circunstancias de tiempo, modo y lugar, ya que pueden ser útiles, pertinentes y conducentes para determinar la violación o vulneración de derechos humanos y del derecho internacional humanitario*»⁶⁰. Con similares argumentos se considera que las indagatorias deben contrastadas con los demás medios probatorios «*para determinar si se consolidan como necesarios los indicios que en ella se comprendan*»⁶¹ con fundamento en los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁶².

De conformidad con lo anterior, se advierte que los demandantes rindieron versiones libres, e indagatorias, y versión libre dentro del proceso disciplinario, con lo cual las pruebas trasladadas de su proceso penal militar pueden ser objeto de valoración con las limitaciones enunciadas, pero bajo el contexto del DIH, razón por la cual el cargo no está llamado a prosperar.

Por otra parte, el apoderado del recurrente señaló que la autoridad disciplinaria desconoció el derecho de audiencia y de defensa al negar una serie de solicitudes probatorias que resultaban pertinentes, conducentes y útiles, como consta en el auto del 9 de marzo de 2010. Así mismo, que la negativa de pruebas en el procedimiento disciplinario sí afectó el derecho de defensa y de audiencia de los encartados, porque su motivación no estuvo directamente relacionada con las causales legales de pertinencia, conducencia y utilidad, sino por cuestiones logísticas, lo que vulnera el debido proceso, pues dicho criterio no está determinado en la norma aplicable, en ese sentido, se debió realizar la visita especial al lugar de los hechos, prueba pertinente, conducente y útil, al relacionarse de manera directa con el espacio geográfico donde se desarrolló la maniobra militar reprochada.

Para la Sala, el argumento planteado no tiene asidero, toda vez que, luego de revisar el expediente, se observa que la Procuraduría Delegada decidió no acceder a las solicitudes probatorias⁶³ -*relacionadas en la página 70 del fallo de primera instancia*⁶⁴- para lo cual expuso las razones de su negativa, una por una, -*explicación traída a colación por el Tribunal A quo, visible en folio 255 del expediente*-, en ese sentido, y de conformidad con los argumentos esgrimidos por el operador disciplinario -*y traídos a colación en la sentencia impugnada*- para denegar las pruebas solicitadas, se concluye por parte de la Subsección que fue

⁶⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 45433.

⁶¹ Ibídem.

⁶² Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa Bogotá D.C., siete (7) de septiembre de dos mil quince (2015).

⁶³ Relacionadas en los numerales 2.2.2.3; 2.2.2.4; 2.2.2.5; 2.2.2.8; 2.2.2.9; 2.2.2.14; 2.2.2.15; 2.2.2.16; 2.2.2.17; y 2.2.2.19 del auto de 9 de marzo de 2010.

⁶⁴ Visible en folio 254 del expediente, cuaderno principal.



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

acertada la decisión de no decretar algunos medios probatorios, al basarse en fundamentos que se acompañan con los requisitos que deben contener las pruebas, esto es, la conducencia, pertinencia y utilidad, aspectos que fueron debidamente analizados; también la falta de precisión en las pruebas que solicitó fue otra de las causas para negarlas, por incumplir su carga procesal.

En cuanto a la reconstrucción de los hechos, en efecto, ya habían transcurrido 4 años aproximadamente desde la fecha en que se presentaron los hechos, por lo que las condiciones locativas o del terreno ya habían cambiado sustancialmente, por lo tanto, no era posible recrear de manera casi idéntica la escena. Así mismo, otras de las pruebas requeridas ya obraban en el plenario, siendo innecesario volver a decretarse.

Sumado a lo anterior, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación -*autoridad disciplinaria de segunda instancia*- en auto de 27 de enero de 2011, al resolver el recurso de apelación, ratificó la decisión denegatoria de las pruebas antes aludidas -*cuyos argumentos quedaron plasmados en el acápite de «Verificación del proceso disciplinario» en el subtítulo «etapa probatoria»*, con lo cual se acredita que se le garantizó la oportunidad de impugnar la decisión adoptada por el disciplinante de primera instancia, y se evidencia que se realizó un estudio completo y serio para mantener la decisión de denegarle la solicitud probatoria alegada. De esa manera, la Sala de la Subsección desestima que las pruebas negadas resultaran pertinentes, conducentes y útiles, por ende, no era una obligación para el disciplinante de decretar todas las pruebas que se le solicitaran, y no por ello se vulnera el debido proceso, ni el derecho de defensa. Además, ninguna de las pruebas enunciadas tenía la potencialidad de cambiar el sentido de la decisión impugnada.

2.2. Costas

Por último, en cuanto a la condena en costas la Sala precisa que la norma que prevé su condena en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo es el artículo 188 del CPACA que dispuso:

«Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

fundamento legal.».

Para la Sala, la palabra «*disponer*» a la que hace referencia la norma enunciada, no presupone la causación de costas per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que haya lugar a su imposición, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución.

Por ello, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones, corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

Esa ponderación se realiza teniendo en cuenta si existieron acciones temerarias, dilatorias que obstruyan o dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento y de verificar que en el expediente aparezca probado si se causaron dichas costas.

En el caso concreto, como no se evidenció que la parte vencida actuase con temeridad o mala fe, ni se advirtió conducta o circunstancia irregular en el transcurso del trámite procesal de las dos instancias, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, por lo que se revocará la sentencia de primera instancia en lo que a este punto se refiere.

3. Conclusión

Con fundamento en lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto negó las pretensiones de la demandada, y por ende, conservó la presunción de legalidad de los actos administrativos sancionatorios, porque (i) la falta disciplinaria endilgada a los disciplinados es la prevista en el numeral 7 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, consistente en «*incurrir en graves violaciones al derecho internacional humanitario*», lo cual es concordante con el numeral 34 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003 -tipos en blanco-, los cuales para ser comprendidos y complementados en su sentido debe recurrirse a las normas del DIH, razón por la cual el disciplinante enmarcó la conducta desplegada en el artículo 3 numeral 1 literal a) del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, así mismo, se relacionó el artículo 4 numeral 2 literal a) del Protocolo II de 1977, que adicionó al Convenio de Ginebra; (ii) porque la autoridad disciplinaria negó las pruebas solicitadas en el proceso disciplinarios debido a que no eran pertinentes, conducentes ni útiles; (iii) porque no era una obligación para la autoridad disciplinaria decretar todas las pruebas que se le solicitaran, y no por ello se



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

vulnera el debido proceso, ni el derecho de defensa, y (iv) las pruebas enunciadas no tenían la potencialidad de cambiar el sentido de la decisión impugnada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- Confírmese parcialmente la sentencia de 24 de noviembre de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en cuanto negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por los señores Manuel Guillermo Torres Ramírez, Jholman Cuevas Arenas y Luis Enrique Pérez Soler, en contra de la Procuraduría General de la Nación, por las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo.- Revóquese la condena en costas impuesta a la parte demandante.

Devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones en el aplicativo SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR
Firmado Electrónicamente

CÉSAR PALOMINO CORTÉS
Firmado Electrónicamente

CARMELO PERDOMO CUÉTER
Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo



Radicado: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)
Demandante: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

186 del CPACA.