

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Condena. Caso desaparición forzada y muerte de un civil en la vereda El Viso, municipio de Maní, Casanare, por miembros del Ejército Nacional, falso positivo / FALLA DEL SERVICIO - Por caso desaparición forzada y muerte de un civil. Discriminación a la víctima por razón de identidad social, punkero, y por consumo de alucinógenos / FALLA DEL SERVICIO - Por caso desaparición forzada y muerte de un civil. Discriminación a familiares y revictimización / FALLA DEL SERVICIO - Por omisión en el deber convencional y constitucional de protección y cuidado de persona de especial protección. Protección a población civil

Se concretó la falla en el servicio porque los miembros del Ejército Nacional que desarrollaron el operativo militar sobre ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO desplegaron una acción deliberada, arbitraria, desproporcionada y violatoria de todos los estándares de protección mínima aplicable tanto a miembros de los grupos armados insurgentes que presuntamente como a miembros del Ejército Nacional, que configuradas como “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales”, distorsionan, deforman y pueden llegar a quebrar el orden convencional constitucional y democrático, poniendo en cuestión toda la legitimidad democrática de la que están investidas las fuerzas militares en nuestro país. Con relación a lo anterior, la Sala de Sub-sección C debe reiterar que el alcance de la obligación de seguridad y protección de la población civil dentro del contexto constitucional, tiene su concreción en las expresas obligaciones positivas emanadas de los artículos 1 [protección de la dignidad humana], 2 [las autoridades están instituidas “para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades], 217, inciso 2º [“Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”], de la Carta Política de 1991. Las que no se agotan, sino que se amplían por virtud del artículo 93 constitucional, de tal manera que cabe exigir como deberes positivos aquellos emanados de derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos. Con otras palabras, las “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales” ejecutadas por miembros de las fuerzas militares como acción sistemática constituyen actos de lesa humanidad que comprometen al Estado y que violan tanto el sistema de derechos humanos, como el de derecho internacional humanitario y el orden constitucional interno. Se trata de afirmar la responsabilidad del Estado en la medida en que a la administración pública le es imputable al tener una “posición de garante institucional”, del que derivan los deberes jurídicos de protección consistentes en la precaución y prevención de los riesgos en los que se vean comprometidos los derechos humanos de los ciudadanos que se encuentran bajo su cuidado, tal como se consagra en las cláusulas constitucionales, y en las normas de derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. (...) en cabeza de la víctima cabía la probabilidad de concretarse o materializarse de manera irreversible e irremediable la amenaza y el riesgo como consecuencia, de la desaparición y muerte violenta de la que fue objeto ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO por parte de miembros del Ejército Nacional, lo que lleva a plantear que el Estado debía cumplir con su deber positivo, concretado en la protección de la vida e integridad de las personas que se vieron afectadas, y no a desplegar “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de mandatos constitucionales” como única justificación para poder aniquilar o exterminar a personas ajenas al conflicto armado, pero de las que se sirve el aparato militar para garantizar resultados, contradiciendo tanto las normas convencionales, como el orden constitucional, y poniendo en cuestión su propia legitimidad democrática. (...) la Sala como juez de convencionalidad y contencioso administrativo y para la tutela de los derechos humanos y el respeto del derecho

internacional humanitario, ordenara que el Estado examine si hechos como los ocurridos el 28 de marzo de 2007 hacen parte de una práctica denominada “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de mandatos constitucionales” y siendo constitutivos de actos de lesa humanidad [al dirigirse contra la población civil en Casanare y otras zonas, y por su sistematicidad, que parte del amparo en estructuras militares organizadas y planificadas que se distorsionan o deforman de los fines esenciales que la Constitución les ha otorgado], deben corresponderse con la obligación positiva del Estado de investigar y establecer si se produjo la comisión de conductas que vulneraran el trato digno y humano, de tal forma que se cumpla con el mandato convencional y constitucional de la verdad, justicia y reparación. **NOTA DE RELATORIA:** Con aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque.

PRELACION DE FALLO - Concede. Acción de reparación directa: Por evidenciarse grave violación de los derechos humanos de la víctima directa del daño, delito de lesa humanidad

La Sala tiene en cuenta la prelación del presente caso, de conformidad con lo establecido por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, ya que se trata de un caso de grave violación de los derechos humanos.

FUENTE FORMAL: LEY 1285 DE 2009 - ARTICULO 16

PRUEBAS - Copias simples: Valor probatorio / PRUEBAS - Registro civil de defunción y registro civil de nacimiento de la víctima, aportados en copia simple. Valor probatorio / PRUEBAS - Documentos aportados en copia simple. Presunción de autenticidad

La Sala como juez de convencionalidad y contencioso administrativo tiene en cuenta que por la naturaleza del asunto, esto es, por haber serido compromiso en la vulneración de ciertos derechos humanos y la violación del derecho internacional humanitario, su valoración de los elementos probatorios no puede agotarse sólo en la comprensión de las normas del ordenamiento jurídico interno, sino que debe propender por garantizar aquellas que convencionalmente son exigibles, especialmente las relacionadas con la plenitud del acceso a la administración de justicia y las garantías judiciales efectivas para todos los extremos de la Litis (...) cuando se trata de debatir la vulneración de derechos humanos (...) empleando piezas procesales documentales en copia simple su valoración no puede quedar sujeta a estrechos rigorismos procesales (...) la Sala tiene en cuenta como criterios para examinar el caso en concreto (...) para determinar la procedencia de la valoración de los documentos aportados con la demanda en copia simple citados en el primer apartado de este título, los siguientes: (1) que las entidades demandadas en la contestación de la demanda, en sus alegaciones en primera instancia y en su apelación no se opusieron a tener como prueba los documentos aportados por la parte actora; (2) las partes de manera conjunta en ninguna de las oportunidades procesales desconocieron tales documentos, ni los tacharon de falsos, sino que conscientemente manifestaron su intención de que los mismos fuesen valorados dentro del proceso; (3) las partes no ha discutido durante el proceso la autenticidad de los estos documentos; (4) ambas partes aceptaron que los documentos fuesen apreciables y coincidieron en la valoración de los mismos en forma recíproca, no sólo al momento de su aportación, sino durante el transcurso del debate procesal (...) por lo tanto serán valorados por la Subsección para decidir el fondo del asunto (...) Luego, la Sala como juez de convencionalidad y contencioso administrativo procederá a valorar el (1) registro civil de defunción (...); (2) registro civil de defunción (...) de manera conjunta, contrastada y en

aplicación de las reglas de la sana crítica con los demás medios probatorios que obran en el expediente en debida forma. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema, consultar: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Argüelles y otros vs. Argentina, sentencia de 20 de noviembre de 2014. Corte Constitucional, sentencia de unificación SU-774 de 2014. Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2013, exp. 25022.

PRUEBAS - Copias simples. Valor probatorio: prevalencia o supremacía del derecho sustancial sobre el derecho formal

La Sala con fundamento en una comprensión, convencional, constitucional, sistemática, garantística y contencioso administrativa, (...) y en aras de garantizar la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, como premisa básica debe proceder a valorar [lo que no implica su constatación que será sometida al contraste bajo las reglas de la sana crítica con los demás medios probatorios que obran en el expediente para determinar la certeza, verosimilitud y credibilidad del contenido de cada documento] los documentos aportados en copia simple en este proceso.

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANCA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 1 NUMERAL 1 / CONVENCION AMERICANCA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 2 / CONVENCION AMERICANCA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 8 NUMERAL 1 / CONVENCION AMERICANCA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 25 / CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 29 / CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 229 / CODIGO GENERAL DEL PROCESO LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 244 / CODIGO GENERAL DEL PROCESO LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 246 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 306

PRUEBAS - Prueba trasladada, expediente investigaciones disciplinarias a agentes del Ejército Nacional. Valor probatorio / PRUEBA TRASLADADA - Fundamentos para su valoración

El Consejo de Estado, con relación a la eficacia probatoria de la prueba trasladada, sostiene que cabe valorarla a instancias del proceso contencioso administrativo, siempre que se cumpla con (...): (i) (...) que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional en la medida en que el [los] proceso [s] del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia de ella, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción. Así [mismo] (...) (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”; (iii) la ratificación de la prueba trasladada se suple con la admisión de su valoración; y, (iv) la prueba trasladada de la investigación disciplinaria puede valorarse ya que se cuenta con la audiencia de la parte contra la que se aduce, por ejemplo la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema ver las sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado: de 3 de diciembre de 2014, exp. 26737, de 19 de octubre de 2011, exp. 19969, y de 22 de abril de 2004, exp. 15088.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 185 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 168

PRUEBAS - Prueba trasladada. Valor probatorio / PRUEBA TRASLADADA - Prueba testimonial

Como presupuestos para la valoración de la prueba testimonial que se traslada desde un proceso administrativo disciplinario, penal ordinario o penal militar se tiene en cuenta las siguientes reglas especiales (...): (i) no necesitan de ratificación cuando se trata de personas “que intervinieron en dicho proceso disciplinario, o sea el funcionario investigado y la administración investigadora (para el caso la Nación)”; (ii) las “pruebas trasladadas de los procesos penales y, por consiguiente, practicadas en éstos, con audiencia del funcionario y del agente del Ministerio Público, pero no ratificadas, cuando la ley lo exige, dentro del proceso de responsabilidad, en principio, no pueden valorarse. Se dice que en principio, porque sí pueden tener el valor de indicios que unidos a los que resulten de otras pruebas, ellas sí practicadas dentro del proceso contencioso administrativo lleven al juzgador a la convicción plena de aquello que se pretenda establecer”; (iii) puede valorarse los testimonios siempre que solicitados o allegados por una de las partes del proceso, la contraparte fundamenta su defensa en los mismos, 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 disciplinaria; 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. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema ver la sentencia de 3 de diciembre de 2014, exp. 26737, proferida por la Sección Tercera, Sub-sección C, del Consejo de Estado.

PRUEBAS - Prueba trasladada. Valor probatorio / PRUEBA TRASLADADA - Indagatoria y versión libre / PRUEBA TRASLADADA - Prueba recopilada con audiencia de la parte contra la que se pretende hacer valer, valoración. Prueba contra la entidad demandada, la Nación

La Sala Plena de la Sección Tercera (...) 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. (...) Ahora bien, en los casos en donde las partes guardan silencio frente a la validez y admisibilidad de dichos medios de convicción trasladados, y además se trata de un proceso que se sigue en contra de una entidad del orden nacional, en el que se pretenden hacer valer los testimonios que, con el pleno cumplimiento de las formalidades del debido proceso, han sido recaudados en otro trámite por otra entidad del mismo orden, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de afirmar que la persona jurídica demandada -La Nación- es la misma que recaudó las pruebas en una sede procesal diferente, lo que implica que, por tratarse de testimonios recopilados con la audiencia de la parte contra la que se pretenden hacer valer en el proceso posterior, son plenamente admisibles y susceptibles de valoración (...)”. Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia de la Sub-sección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia avanza y considera que cuando no se cumple con alguna de las anteriores reglas o criterios, se podrán valorar las declaraciones rendidas en procesos diferentes al contencioso administrativo, especialmente del proceso penal ordinario, como indicios cuando “establecen las circunstancias de tiempo, modo y lugar [...] ya que pueden ser útiles, pertinentes y conducentes para determinar la violación o vulneración de derechos humanos y del derecho internacional humanitario”. (...) [Asimismo] las indagatorias deben contrastadas con los demás medios probatorios “para determinar si se consolidan como necesarios los indicios que en ella se comprendan”. **NOTA DE**

RELATORIA: Sobre el tema ver las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 11 de septiembre de 2013, exp. 20601, y de 3 de diciembre de 2014, exp. 45433.

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 1 NUMERAL 1 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 2 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 8 NUMERAL 1 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 25

PRUEBAS - Prueba trasladada. Valor probatorio / PRUEBA TRASLADADA - Prueba documental de documentos públicos o privados

Para el caso de la prueba documental, la regla general que aplica (...) es aquella según la cual en "relación con el traslado de documentos, públicos o privados autenticados, estos pueden ser valorados en el proceso contencioso al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil. (...) No obstante, a dicha regla se le reconocieron las siguientes excepciones: (i) puede valorarse los documentos que son trasladados desde otro proceso [judicial o administrativo disciplinario] siempre que haya estado en el expediente a disposición de la parte demandada, la que pudo realizar y agotar el ejercicio de su oportunidad de contradicción de la misma; (ii) cuando con base en los documentos trasladados desde otro proceso la contraparte la utiliza para estructura su defensa jurídica; (iii) cuando los documentos se trasladan en copia simple operan las reglas examinadas para este tipo de eventos para su valoración directa o indirecta; (iv) puede valorarse la prueba documental cuando la parte contra la que se aduce se allana expresa e incondicionalmente a la misma; y, (v) puede valorarse como prueba trasladada el documento producido por una autoridad pública aportando e invocado por el extremo activo de la litis. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema ver la sentencia de 9 de mayo de 2012, exp. 20334, proferida por la Sección Tercera, Sub-sección C, del Consejo de Estado.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 289

PRUEBAS - Prueba trasladada. Valor probatorio / PRUEBA TRASLADADA - Inspección judicial, dictamen pericial e informe técnico

Si se trata de inspecciones judiciales, dictámenes periciales e informes técnicos trasladados desde procesos penales ordinarios o militares, o administrativos disciplinarios pueden valorarse siempre que hayan contado con la audiencia de la parte contra la que se aducen, o servirán como elementos indiciarios que deben ser contrastados con otros medios probatorios dentro del proceso contencioso administrativo. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema ver la sentencia de 9 de mayo de 2012, exp. 20334, proferida por la Sección Tercera, Sub-sección C, del Consejo de Estado.

PRUEBAS - Prueba trasladada. Valor probatorio / PRUEBA TRASLADADA - Principio de sana crítica, principio de convencionalidad. Valoración de prueba trasladada cuando ésta permita demostrar vulneración de derechos humanos, del derecho internacional humanitario y otras normas convencionales

Es esencial que en la valoración de las pruebas trasladadas se infunde como presupuesto sustancial la convencionalidad, de manera que en eventos, casos o

hechos en los que se discuta la violación de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario se emplee “como principio básico la llamada prueba racional o de la “sana crítica”, que tiene su fundamento en las reglas de la lógica y de la experiencia, ya que la libertad del juzgador no se apoya exclusivamente en la íntima convicción, como ocurre con el veredicto del jurado popular, ya que por el contrario, el tribunal está obligado a fundamentar cuidadosamente los criterios en que se apoya para pronunciarse sobre la veracidad de los hechos señalados por una de las partes y que no fueron desvirtuados por la parte contraria”. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema ver la sentencia de 3 de diciembre de 2014, exp. 26737.

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 1 NUMERAL 1 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 2 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 8 NUMERAL1 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 25

PRUEBAS - Prueba trasladada. Valor probatorio / PRUEBA TRASLADADA - Fotografías: Requisitos para su valoración. Flexibilización de la prueba

En cuanto a las fotografías (...) la Sala considera: (1) para valorar su autenticidad la Sala tiene en cuenta lo previsto en los artículos 243 y 244 y 246 del Código General del Proceso (...) (b) los “documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso”; (2) la presunción de autenticidad de las fotografías no ofrece el convencimiento suficiente, ni define las situaciones de tiempo, modo y lugar de lo que está representado en ellas, ya que se debe tener en cuenta que su fecha cierta, consideradas como documento privado, con relación a terceros se cuenta (...) “desde que haya ocurrido un hecho que le permita al juez tener certeza de su existencia (...)”; y, (3) la valoración, por lo tanto, de las fotografías se sujetará a su calidad de documentos, que en el marco del acervo probatorio, serán apreciadas como medios auxiliares, (...) y deba ser apreciado en conjunto y bajo las reglas de la sana crítica con los demás medios probatorios que obran en el expediente, para poder establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

PRUEBAS - Recortes o informaciones de prensa. Valor Probatorio

Es necesario considerar racionalmente su valor probatorio como prueba de una realidad de la que el juez no puede ausentarse, ni puede obviar en atención a reglas procesales excesivamente rígidas, Tanto es así, que la Sala valorará tales informaciones allegadas en calidad de indicio contingente que, para que así sea valorado racional, ponderada y conjuntamente dentro del acervo probatorio (...) La Sala agrega que actuando como juez de convencionalidad y contencioso-administrativo la valoración de los recortes e informaciones de prensa tiene en cuenta que de forma consolidada la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos en los casos que conoce de vulneraciones a los derechos humanos tiene como criterios definidos que aquellos pueden apreciarse en cuanto recojan “hechos públicos y notorios o declaraciones de funcionarios del Estado, o cuando corrobore aspectos relacionados con el caso”, agregándose que serán admisibles para su valoración “los documentos que se encuentren completos o que, por lo menos, permitan constatar su fuente y fecha de publicación”.

CADUCIDAD - Acción de reparación directa. No opera en casos de procesos de responsabilidad del Estado por actos o delitos de lesa humanidad / CADUCIDAD - No opera. Caso desaparición forzada y muerte de un civil en la vereda El Viso, municipio de Maní, Casanare, por miembros del Ejército Nacional

La Sala encuentra que (...) la regla general de caducidad de los dos (2) años (...) resulta insuficiente y poco satisfactoria, sobre todo cuando se hace manifiesta la presencia de situaciones fácticas que se enmarcan en hipótesis constitutivas de delitos que comprometen intereses y valores sustancialmente diferentes a los simplemente individuales; intereses y valores vinculados materialmente a la suerte de la humanidad misma, y que por lo tanto trascienden cualquier barrera del ordenamiento jurídico interno que fundada en razones de seguridad jurídica pretenda establecer límites temporales para el juzgamiento de los mismos, sea en el ámbito de la responsabilidad penal o de cualquier otro, como el de la responsabilidad del Estado. (...) [L]a Sala advierte que la configuración de un delito de lesa humanidad no se agota simplemente en la ocurrencia de alguna de las conductas puntualmente tipificadas como tal [v. gr. asesinato, tortura, etc.], pues se trata de delitos comunes reconocidos de antaño por las disposiciones penales en el derecho interno, sino que es exigencia sine qua non acreditar los elementos contextuales que cualifican y hacen que tal crimen derive en uno de lesa humanidad, a saber: que se ejecute (i) contra la población civil y (ii) en el marco de un ataque generalizado o sistemático (...) apelando al carácter de norma de jus cogens de la imprescriptibilidad de la acción judicial cuando se investiguen actos de lesa humanidad, sin que sea posible oponer norma jurídica convencional de derecho internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario o interno que la contraríe, la Sala admite, entonces, que en los eventos en que se pretenda atribuir como un daño antijurídico indemnizable un hecho que se enmarca un supuesto de hecho configurativo de un acto de lesa humanidad, previa satisfacción de los requisitos para su configuración, no opera el término de caducidad de la acción de reparación directa, pues, se itera, existe una norma superior e inderogable reconocida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y refrendada en el contexto regional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que dispone expresamente que el paso del tiempo no genera consecuencia negativa alguna para acudir a la jurisdicción a solicitar la reparación integral de los daños generados por tales actos inhumanos.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - Control oficioso por el juez de convencionalidad / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - Delitos de lesa humanidad. Obligación de aplicar los principios del ius cogens y de humanidad del derecho internacional público

Dada la imperiosa observancia de la convencionalidad basada en los Derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia decantada por la Corte Interamericana, como criterio interpretativo vinculante, es que se encuentra suficiente fundamento para estructurar el deber jurídico oficioso de las autoridades estatales –y en particular de los jueces- de aplicar la excepción de in-convencionalidad para favorecer las prescripciones normativas que emanan de la Convención por sobre los actos jurídicos del derecho interno. (...) el control de convencionalidad no es una construcción jurídica aislada, marginal o reducida a sólo el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos. Por el contrario, en otros sistemas de derechos humanos, como el europeo, o en un sistema de derecho comunitario también ha operado desde hace más de tres décadas, lo que implica que su maduración está llamada a producirse en el marco del juez nacional colombiano (...) justamente

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

LESA HUMANIDAD - Concepto. Caso desaparición forzada y muerte de un civil en la vereda El Viso, municipio de Maní, Casanare / LESA HUMANIDAD - Elementos estructurales

Se comprenden como “aquellos actos ominosos que niegan la existencia y vigencia imperativa de los Derechos Humanos en la sociedad al atentar contra la dignidad humana por medio de acciones que llevan a la degradación de la condición de las personas, generando así no sólo una afectación a quienes físicamente han padecido tales actos sino que agrediendo a la conciencia de toda la humanidad”; siendo parte integrante de las normas de jus cogens de derecho internacional, razón por la cual su reconocimiento, tipificación y aplicación no puede ser contrariado por norma de derecho internacional público o interno.(...) [Por otra parte,] se entiende que los elementos estructuradores del concepto de lesa humanidad son: i) que el acto se ejecute o lleve a cabo en contra de la población civil y que ello ocurra ii) en el marco de un ataque que revista las condiciones de generalizado o sistemático. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema ver el auto de 17 de septiembre de 2013, exp. 45092 proferido por la Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado.

DAÑO ANTIJURIDICO - Configuración cuando existe violación en derechos humanos y derecho internacional humanitario

La muerte de personas en el marco de un conflicto armado interno no puede tener como unívoca lectura la constatación del fallecimiento material, sino que exige asociarlo al respeto de la dignidad humana, como principio democrático sustancial, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo, el derecho constituir una familia y el derecho a la libertad. Se trata de afirmar que todo ciudadano que fallece en el marco del conflicto armado, sin perjuicio de su situación frente al mismo, encuentra cercenados los anteriores derechos humanos, porque (1) la forma violenta en que fallece puede en sí misma comprender una vulneración de tal tipo que se ofende el principio de humanidad y de dignidad; (2) se desprende como efecto inmediato e indiscutible que se entorpece cualquier elección del sujeto que fallece en tales condiciones, desde la perspectiva de vida personal, familiar, social y económica; (3) se hace extinguir, abruptamente, cualquier capacidad laboral, productiva o económica de la persona, que en condiciones normales las podría haber desplegado; (4) se niega la posibilidad de constituir una familia, o se limita la posibilidad de disfrutar de la misma y de todas las virtudes y obligaciones que en dicha figura existe; (5) la persona se somete arbitrariamente a la limitación absoluta de la libertad como expresión plena de la entidad de la persona, y, (6) los familiares de las personas sometidas a la tal cercenamiento de derechos, también padecen un impacto en la dignidad colectiva, al encontrar que sus hijos, hermanos o nietos fueron objeto de actos que violentaron todos los mínimos de respeto que esto produce una limitación o restricción indebida en la esfera de sus propios derechos, de su

calidad de vida, de su identidad social, y de su posibilidad de superación como individuos de la sociedad democrática. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema ver las sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de octubre de 2012, caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, y de 28 de noviembre de 2012, caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica.

DAÑO ANTIJURIDICO - Perspectiva de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Caso desaparición forzada y muerte de un civil en la vereda El Viso, municipio de Maní, Casanare / DAÑO ANTIJURIDICO - Violación de los derechos a la vida; dignidad humana; integridad personal; intimidad personal y familiar; libertad personal; igualdad; garantía judicial mínima; honra; libre asociación; libre desarrollo de la personalidad; desarrollo personal, familiar, profesional y humano; a no ser sometido a desaparición forzada

Desde la perspectiva del respeto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario (...) la Sala de Sub-sección encuentra que representó una carga no soportable al haberse sacrificado, extinguido y suprimido su dignidad humana, sus derechos a la vida, a la integridad personal, a su intimidad personal y familiar, a la libertad personal, a la igualdad, a la garantía judicial mínima, a la honra, a la libre asociación, la personalidad, al libre desarrollo de la personalidad, a todas las posibilidades de desarrollo personal, familiar, profesional y humano, a no ser sometido a desaparición forzada y a la libre circulación (...), teniendo en cuenta que se trataba de una persona de veintitrés [23] años y trece [13] días de edad, que tenía todas las posibilidades de elegir por virtud de su autonomía personal el curso y calidad de su vida, incluyendo su identidad como miembro de un grupo social como los "punkeros" amparado convencional y constitucionalmente a partir de los principios del pluralismo jurídico democrático y de igualdad, especialmente por virtud del "mandato de abstención". Los anteriores argumentos y pruebas permiten considerar a la Sala que en los hechos ocurridos (...) se produjo un daño antijurídico que la víctima (...) y sus familiares, no estaban llamados a soportar como carga ordinaria, ni siquiera a una restricción o cercenamiento, en atención al respeto de su dignidad humana y de los derechos señalados, que son incuestionables en un Estado Social de Derecho, desde una perspectiva no sólo formal, sino también material de la antijuridicidad. Es sustancial destacar que para el presente caso la identidad social que había libremente elegido GARZÓN LOZANO también se vio vulnerada sustancialmente a partir de la fecha de los hechos, ya que los señalamientos de las fuerzas militares según los cuales era miembro de un grupo armado insurgente, o de una banda criminal (sic) contradice gravemente el derecho a la igualdad, al haberse sometido a la víctima tanto a medidas tanto materiales, como de información que impactaron con efecto seriamente discriminatorio y desproporcionado, agravando y perpetuando la situación de exclusión y marginamiento (...). Derivado de la misma sus familiares han tenido que padecer ya no sólo la situación material sino la crudeza de dicha estigmatización que condena la dignidad de estos mismos al tener que escuchar y tolerar la discriminación social que impone la asociación de una persona por su identidad cultural, "punkero", con la delincuencia o la realización de acciones violatorias de la ley. (...) Desde la perspectiva del derecho internacional humanitario, la Sala de Sub-sección encuentra que se produjo la violación del principio de humanidad, y de este se vulneraron la dignidad humana y el respeto de la vida humana del joven ciudadano ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO, a quien no podía segregarse de manera alevosa e indiscriminada, como ocurrieron los hechos el 28 de marzo de 2007, al contravenirse las reglas básicas que estaban llamadas a aceptar los miembros de la población civil, quienes (...) no

pueden ser involucrados deliberadamente en el conflicto armado interno de Colombia.

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 1 NUMERAL 1 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 3 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 4 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 5 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 7 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 8 NUMERAL 1 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 11 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 16 / CONVENIO DE GINEBRA DE 1949 - ARTICULO 3 / PROTOCOLO ADICIONAL II A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1977 - ARTICULO 2

IMPUTACION DE LA RESPONSABILIDAD - Configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado. Caso desaparición forzada y muerte de un civil en la vereda El Viso, municipio de Maní, Casanare / IMPUTACION OBJETIVA

Cabe estudiar la responsabilidad extracontractual del Estado analizando: si desde el ámbito fáctico de la imputación se concretó el hecho o culpa exclusiva de la víctima; el régimen de responsabilidad aplicable cuando se produce la muerte y lesiones de miembros de la población civil durante una operación militar, bien sea como consecuencia de la acción, omisión o inactividad en los deberes de protección, seguridad y ejercicio de la soberanía, o bien de la ruptura del equilibrio de las cargas públicas de los miembros de la población civil afectados, y derivados de la misma operación militar; la consideración de la responsabilidad por la realización de “falsas acciones de cumplimiento de los mandatos constitucionales por miembros de las fuerzas militares” que se concretan a un ejecución extrajudicial; y, la realización del juicio de imputación para el caso en concreto. (...) tratándose de situaciones ocurridas en el marco del conflicto armado interno, el Estado debe orientar su accionar no sólo a cumplir los mandatos constitucionales (...) y legales, sino también a dar cabal aplicación y respetar lo consagrado en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra (...) En la dimensión constitucional, de acuerdo con lo consagrado en la Constitución Política, es claro que la obligación positiva que asume el Estado de asegurar a todas las personas residentes en Colombia la preservación de sus derechos a la vida y a la integridad física, como manifestación expresa de los derechos fundamentales a la vida, integridad personal y a la seguridad personal, no se encuentra dentro de la clasificación moderna de las obligaciones como una obligación de resultado sino de medio, por virtud de la cual son llamadas las distintas autoridades públicas a establecer las medidas de salvaguarda que dentro de los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad resulten pertinentes, a fin de evitar la lesión o amenaza de los citados derechos fundamentales. De tal manera, cabe observar la atribución jurídica del daño antijurídico, en principio, a las entidades demandadas por falla en el servicio se hace consistir en el incumplimiento e inobservancia de los deberes positivos derivados de exigencias convencionales, (...) constitucionales, y legales, que pueden ser constitutivos de una falla en el servicio.

DAÑO ANTIJURÍDICO - En miembros de la población civil. Acciones falsas e ilegales so pretexto de cumplimiento de mandatos constitucionales y legales, fuerzas militares

Bajo la concepción democrática la doctrina militar debe acoger como norma códigos de conducta en los que impere el respeto pleno, integral y eficaz de los mandatos de protección de los derechos humanos y de las reglas del derecho internacional humanitario, especialmente en un conflicto armado interno como el nuestro, donde la relación fuerzas militares – población civil puede ser tanto provechosa para la plena garantía de los derechos y libertades, como conflictiva para el respeto de los mismos, bien sea por uso excesivo y desproporcionado de la fuerza, por desarrollo de prácticas antidemocráticas de ejecuciones extrajudiciales, por planificación de actividades de limpieza o saneamiento social, o similares, en donde la posición de la víctima siempre será cuestionada por sus potenciales relaciones con grupos armados insurgentes, bandas criminales, o por razones de condición social. (...) Cuando se trata de “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento” de los mandatos constitucionales y legales en cabeza de las fuerzas militares, la tendencia de la jurisprudencia contencioso administrativa ha sido a su encuadramiento en el ámbito de la atribución jurídico bajo el supuesto de ejecuciones extrajudiciales. (...) se ha convertido una práctica generalizada, con participación o aquiescencia de agentes estatales, contra la población civil más vulnerable (...) y con carácter sistemático que puede estar permitiendo su encuadramiento como un típico acto de lesa humanidad (...), que viene acompañado en muchas ocasiones por la consumación de actos de tortura, desaparición forzada o de otros tratos crueles o inhumanos.

PERJUICIOS MORALES - Reconoce perjuicios morales incrementados en el doble de la condena. Caso desaparición forzada y muerte de un civil en la vereda El Viso, municipio de Maní, Casanare, por miembros del Ejército Nacional, falso positivo / PERJUICIOS MORALES - Reconoce a madre, hermanos, tía y sobrino / PERJUICIOS MORALES - No reconoce primos

La Sala (...) tiene en cuenta que la madre está en el primer nivel y los hermanos en el segundo nivel siendo aplicables como exigencia la simple prueba del estado civil. En tanto que su tía, su sobrino y sus primos al corresponder a los niveles 3 y 4 requieren para su reconocimiento y liquidación la prueba de la relación afectiva. Para estos fines se cuenta en la actuación que la relación afectiva queda más que acreditada respecto de la tía María Eva Lozano Moreno quien no sólo lo acogió en Yopal, sino que estuvo pendiente desde su desaparición y en todas las instancias para saber del paradero de su sobrino, lo que refleja no sólo su desasosiego, sino que implica que padeció dolor, sufrimiento, congoja y desesperación. En relación con su sobrino Juan José Turriago Garzón obran las manifestaciones dadas en sus testimonios por María Lilia Torres, Luz Marina González y Jimmy Eudoro Turriago Chavarro, quien coincidieron en afirmar la cercanía y afecto que tenía la víctima ANDRÉS FABIÁN para con su sobrino y de este con la víctima, y cuyo padecimiento debe ser observado en un niño de menos de cinco [5] años para la época de los hechos, pero que en la actualidad sigue padeciendo los rigores de la muerte violenta de su tío. No obstante lo anterior, no obra prueba alguna respecto de los primos de víctima que permita establecer las relaciones de afecto, razón suficiente para lo (sic) reconocer y liquidar a su favor ninguna suma, confirmándose la denegación de pretensiones en cuanto este aspecto de lo pretendido y apelado por la parte actora. (...) De las pruebas recaudadas, valoradas y contrastadas se encuentra probado el parentesco esto es la relación afectiva y la intensidad de la afectación padecida tanto por Fanny Lozano Moreno como madre, como de Sonia Liliana y Jorge Agustín Garzón Lozano como hermanos, de María Eva Lozano Moreno como tía y de Juan José Turriago Garzón como sobrino, por la desaparición y muerte violenta de ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO, lo que permitirá liquidar los perjuicios a favor de la primera en el porcentaje equivalente al 100%; en tanto que a favor de los segundos en el

porcentaje equivalente al 50%; a la tercera en el porcentaje del 35%; y, al cuarto en el porcentaje equivalente al 25%. Como de las “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de mandatos constitucionales”, y en las especiales circunstancias en que ocurrió la desaparición y muerte violenta de la víctima, sin haber sido aún encontrado su cadáver la Sala considera procedente incrementar en el doble del porcentaje señalado, en atención a las graves, serias y sustanciales violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario que se concretan en todos y cada uno de los familiares de ANDRÉS FABIÁN.

PERJUICIOS INMATERIALES POR VULNERACIONES O AFECTACIONES RELEVANTES A BIENES O DERECHOS CONVENCIONALES O CONSTITUCIONALES AMPARADOS - Vulneración a los derechos de dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la familia, al trabajo y a la no discriminación / PERJUICIOS INMATERIALES POR VULNERACIONES O AFECTACIONES RELEVANTES A BIENES O DERECHOS CONVENCIONALES O CONSTITUCIONALES AMPARADOS - Caso desaparición forzada y muerte de un civil en la vereda El Viso, municipio de Maní, Casanare. Discriminación por identidad social, punkero, y por consumo de alucinógenos

Para el proceso se encuentra demostrado que el daño antijurídico no sólo se concretó en los perjuicios morales reclamados por los familiares del joven ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO, sino también en la producción de perjuicios concretados en la vulneración de la dignidad humana, al haber sido asesinado de manera violenta, con absoluto desprecio por la humanidad, en total condición de indefensión y despojado de todo valor como ser humano. Así mismo, se concretó la vulneración del libre desarrollo de la personalidad, ya que tratándose de un joven de veintitrés años y trece días, quedó establecido que la posibilidad de elección y definición de su vida y de la calidad de la misma quedó cercenada de manera permanente y arbitraria. De igual forma, se vulneró el derecho a la familia, ya que fueron extraídos violentamente de sus núcleos con su muerte, como se les violó la oportunidad de constituir una propia. Y, finalmente, se vulneró el derecho al trabajo, ya que seguía siendo persona laboral, económica y productivamente activa, sin que esto lo hayan podido concretar con su muerte prematura. Así mismo, al haberse vulnerado la cláusula convencional y constitucional de no discriminación por razón de la identidad social de ANDRÉS FABIÁN con la comunidad “punkera” se afectó también una dimensión sustancial de sus derechos y garantías, al haber por su señalamiento como miembro de un grupo armado insurgente sometido a una revictimización y a una mayor marginación como persona en la sociedad. (...) la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño [strictu sensu], sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, per se, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio.

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O PRINCIPIO DE RESTITUTIO IN INTEGRUM - Medidas de reparación no pecuniarias. Caso desaparición forzada y muerte de un civil en la vereda El Viso, municipio de Maní, Casanare, discriminación por identidad social, punkero, y por consumo de alucinógenos / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Medida de remisión de la sentencia al Centro de Memoria Histórica

La presente sentencia hace parte de la reparación integral, de modo que las partes en el proceso así deben entenderla. Como consecuencia de esto, copia auténtica de esta sentencia deberá ser remitida por la Secretaría de la Sección Tercera al Centro de Memoria Histórica, para así dar cumplimiento a lo consagrado en la ley 1424 de 2010, y se convierta en elemento configurador de la evidencia histórica del conflicto armado de Colombia.

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O PRINCIPIO DE RESTITUTIO IN INTEGRUM - Medidas de reparación no pecuniarias. Caso desaparición forzada y muerte de un civil en la vereda El Viso, municipio de Maní, Casanare, discriminación por identidad social, punkero, y por consumo de alucinógenos / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Medida de difusión y publicación de la sentencia en página web y medios electrónicos de la entidad condenada

Como la presente sentencia hace parte de la reparación integral, es obligación de las entidades demandadas Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-, la difusión y publicación de la misma por todos los medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su resolutive, por un período ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O PRINCIPIO DE RESTITUTIO IN INTEGRUM - Medidas de reparación no pecuniarias. Caso desaparición forzada y muerte de un civil en la vereda El Viso, municipio de Maní, Casanare, discriminación por identidad social, punkero, y por consumo de alucinógenos / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Medida de acto público de reconocimiento de responsabilidad y disculpas

La realización, en cabeza del señor Ministro de la Defensa y el señor Comandante de las Fuerzas Militares, y del Comandante del Batallón de Infantería No.44 "Coronel Ramón Nonato Pérez" de Tauramena, Casanare, de un acto público de reconocimiento de responsabilidad, petición de disculpas y reconocimiento a la memoria de ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO, por los hechos acaecidos el 28 de marzo de 2007 en jurisdicción del municipio de Maní-Casanare, en donde exalte su dignidad humana como miembro de la sociedad, a realizarse en dicha localidad con la presencia de toda la comunidad y de los miembros de las instituciones condenadas, debiéndose dar difusión por un medio masivo de comunicación nacional de dicho acto público.

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O PRINCIPIO DE RESTITUTIO IN INTEGRUM - Medidas de reparación no pecuniarias. Caso desaparición forzada y muerte de un civil en la vereda El Viso, municipio de Maní, Casanare, discriminación por identidad social, punkero, y por consumo de alucinógenos / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Medida de capacitación a miembros del Ejército Nacional sobre estándares internacionales de Derechos Humanos. Medida como garantía de no repetición

Como garantía de no repetición el Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional desde la ejecutoria de la presente sentencia, realizarán capacitaciones en todos los Comandos, Batallones, Unidades y patrullas militares en materia de procedimientos militares y policiales según los estándares convencionales y constitucionales, exigiéndose la difusión de ejemplares impresos de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la Convención de Naciones Unidas sobre la desaparición forzada y de las Convenciones interamericanas sobre desaparición forzada y tortura, las cuales deben ser tenidas en cuenta en los manuales institucionales y operacionales, y su revisión periódica por los mandos militares, de manera que se pueda verificar que se está cumpliendo los estándares convencionales en todo el territorio nacional, y en especial en el Batallón de Infantería No. 44 "Coronel Ramón Nonato Pérez" de Tauramena, Casanare. Se obliga a estudiar esta sentencia en todos los cursos de formación y ascenso del Ejército Nacional.

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O PRINCIPIO DE RESTITUTIO IN INTEGRUM - Medidas de reparación no pecuniarias. Caso desaparición forzada y muerte de un civil en la vereda El Viso, municipio de Maní, Casanare, discriminación por identidad social, punkero, y por consumo de alucinógenos / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Medida de investigación penal de los responsables

Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación- Fiscalía 95 Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario con el fin de que continúe las investigaciones penales por los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007 en la vereda El Viso, del municipio de Maní, Casanare, y en dado caso, se pronuncie si procede su encuadramiento como un caso que merece la priorización en su trámite, en los términos de la Directiva No. 01, de 4 de octubre de 2012 [de la Fiscalía General de la Nación], para investigar a aquellos miembros de la Fuerza Pública que hayan participado en la comisión de presuntas violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario cometidas contra ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO, y consistentes en: a) violación de la dignidad humana, b) violación del derecho a la familia, c) violación del derecho al trabajo, d) violaciones de las normas de los Convenios de Ginebra, e) discriminación; f) falsas e ilegales acciones so pretexto de cumplir mandatos constitucionales, etc., y todas aquellas que se desprendan de los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007.

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O PRINCIPIO DE RESTITUTIO IN INTEGRUM - Medidas de reparación no pecuniarias. Caso desaparición forzada y muerte de un civil en la vereda El Viso, municipio de Maní, Casanare, discriminación por identidad social, punkero, y por consumo de alucinógenos / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Medida de remisión de la sentencia a la Procuraduría General de la Nación. Apertura de investigaciones disciplinarias

Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Procuraduría General de la Nación, Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, con el fin de que continúe las investigaciones disciplinarias por los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007 en la vereda El Viso, del municipio de Maní, Casanare, bajo el radicado IUS 2010-

404715 se lleven hasta sus últimas consecuencias, revelando su avance en un período no superior a noventa [90] días por comunicación dirigida a esta Corporación, al Tribunal Administrativo de Casanare, a los familiares de la víctimas y a los medios de comunicación de circulación local y nacional.

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O PRINCIPIO DE RESTITUTIO IN INTEGRUM - Medidas de reparación no pecuniarias. Caso desaparición forzada y muerte de un civil en la vereda El Viso, municipio de Maní, Casanare, discriminación por identidad social, punkero, y por consumo de alucinógenos / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Medida de remisión de la sentencia a la Justicia Penal Militar para reapertura del proceso

Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Justicia Penal Militar, para que reabra la investigación penal militar, en el estado en que se llegó hasta el año 2011, que fue objeto de remisión a la jurisdicción ordinario, con el objeto de establecer si hay lugar a declarar la responsabilidad de los miembros del Ejército Nacional, por los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007, sin perjuicio que la justicia penal militar haya dado traslado de las diligencias a la justicia ordinaria en su momento.

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O PRINCIPIO DE RESTITUTIO IN INTEGRUM - Medidas de reparación no pecuniarias. Caso desaparición forzada y muerte de un civil en la vereda El Viso, municipio de Maní, Casanare, discriminación por identidad social, punkero, y por consumo de alucinógenos / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Medida de incorporación de los familiares de la víctima al programa de víctimas del conflicto armado. Aplicación de la Ley 1448 de 2011

Los familiares de ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO son reconocidos como víctimas del conflicto armado, razón por la que se solicita a las instancias gubernamentales competentes incorporarlas y surtir los procedimientos consagrados en la ley 1448 de 2011.

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O PRINCIPIO DE RESTITUTIO IN INTEGRUM - Medidas de reparación no pecuniarias. Caso desaparición forzada y muerte de un civil en la vereda El Viso, municipio de Maní, Casanare, discriminación por identidad social, punkero, y por consumo de alucinógenos / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Medida de solicitud de informe a la Defensoría del Pueblo sobre investigaciones por violaciones al DIH y DDHH y difusión en medios de comunicación

Se exhorta para que en el término, improrrogable, de treinta (30) días la Defensoría del Pueblo informe de las investigaciones por la violación del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos que se hayan adelantado por los hechos, y se ponga disposición por los medios de comunicación y circulación nacional.

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O PRINCIPIO DE RESTITUTIO IN INTEGRUM - Medidas de reparación no pecuniarias. Caso desaparición forzada y muerte de un civil en la vereda El Viso, municipio de Maní, Casanare, discriminación por identidad social, punkero, y por consumo de alucinógenos / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Medida de remisión de la sentencia al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la

Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Medida poner en conocimiento al Relator Especial para las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Medida poner en conocimiento a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Medida poner en conocimiento a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Medida poner en conocimiento a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Copia de esta providencia debe remitirse por la Secretaría de la Sección Tercera al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, para que estas entidades públicas en cumplimiento de los mandatos convencionales y convencionales la pongan en conocimiento de las siguientes instancias: (i) del Relator Especial para las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas que elabore actualmente los informes de Colombia, para que se incorpore la información que comprende esta providencia; (ii) a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para que en su informe del país tenga en cuenta esta decisión judicial; (iii) a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional para que conozca y tome en cuenta en sus informes del país esta decisión judicial; y, (iv) a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que en su próximo informe tenga en cuenta esta sentencia.

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O PRINCIPIO DE RESTITUTIO IN INTEGRUM - Medidas de reparación no pecuniarias. Caso desaparición forzada y muerte de un civil en la vereda El Viso, municipio de Maní, Casanare, discriminación por identidad social, punkero, y por consumo de alucinógenos / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Medida de remisión de informe de cumplimiento de la sentencia condenatoria

De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al Tribunal de origen y a este despacho informes del cumplimiento dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia, con una periodicidad de treinta [30] días calendario y por escrito, de los que deberán las mencionadas entidades dar difusión por los canales de comunicación web, redes sociales, escrito y cualquier otro a nivel local y nacional. En caso de no remitirse el informe pertinente, se solicitara a la Procuraduría adelantar las averiguaciones de su competencia ante la orden dada por sentencia judicial y se adopten las decisiones a que haya lugar de orden disciplinario.

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante. No reconoce / LUCRO CESANTE - No se acreditó la dependencia económica de padres y familiares de la víctima

Como no se estableció plena, suficiente y concretamente la dependencia económica de sus padres y familiares en el sostenimiento y manutención de la familia, y la prueba aportada no se encaminó a ello, sino a determinar que la víctima ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO tenía una actividad remunerada, productiva o económica, sin demostrar otro extremo respecto a las mismas actividades desplegadas por ANDRÉS FABIÁN, la Sala de Subsección encuentra que debe confirmar la sentencia de primera instancia y negar las pretensiones indemnizatorias que por concepto de lucro cesante reclamó la parte actora y fue objeto de apelación. **NOTA DE RELATORIA:** Con aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

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

Radicación número: 85001-23-33-000-2013-00035-01(51388)

Actor: FANNY LOZANO MORENO Y OTROS

Demandado: NACION - EJERCITO NACIONAL Y OTROS

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala de Sub-sección como juez de convencionalidad y contencioso administrativo los recursos de apelación presentados por las parte [actora y demandada] contra la sentencia proferida el 8 de mayo de 2014 por el Tribunal Administrativo de Casanare en la que se resolvió (1) declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de Iván Alejandro Fajardo Bernal; (2) declarar administrativamente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional por la muerte de Andrés Fabián Garzón; (3) como consecuencia de la anterior condenar por concepto de perjuicios morales a favor de Fanny Lozano Moreno [madre], Sonia Liliana Garzón Lozano [hermano] y María Eva Lozano Moreno [tía]; (4) se negaron las demás pretensiones de la demanda; y, (5) no se condenó en costas [fl.243 cp].

La Sala tiene en cuenta la prelación del presente caso, de conformidad con lo establecido por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, ya que se trata de un caso de grave violación de los derechos humanos¹.

¹ Ley 1285 de 2009, artículo 16. “Apruébese como artículo nuevo de la Ley 270 De 1996 el siguiente: Artículo 63A. Del orden y prelación de turnos. Cuando existan razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional o en el caso de graves violaciones de derechos humanos o de crímenes de lesa humanidad, o de asuntos de especial trascendencia social, Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas, Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Constitucional, señalarán la clase de procesos que deberían ser tramitados y fallados preferentemente. Dicha actuación también podrá ser solicitada por el Procurador General de la Nación”.

ANTECEDENTES

1. La demanda.

1 La demanda fue presentada el 4 de marzo de 2013 [fls.13 a 23 c1] por **Fanny Lozano Moreno, Sonia Liliana Garzón Lozano** en nombre propio y en representación de su hijo menor **Juan José Turriago Garzón, Juan David Lozano Moreno, Iván Alejandro Fajardo Bernal, Diego Alejandro Ramírez Lozano, María Eva Lozano Moreno y Jorge Garzón Lozano**, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de la reparación directa prevista en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [Ley 1437 de 2011], con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"[...] 1. Que LA [sic] NACIÓN COLOMBIANA-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL, es responsable administrativamente por acción u omisión, de todos los daños y perjuicios materiales y morales ocasionados a **FANNY LOZANO MORENO, SONIA LILIANA GARZÓN LOZANO, JUAN JOSÉ TURRIAGO GARZÓN** (menor de edad representado por SONIA LILIANA GARZÓN LOZANO), **JUAN DAVIR LOZANO MORENO, IVAN ALEJANDRO FAJARDO BERNAL, DIEGO ALEJANDRO RAMIREZ LOZANO, MARIA EVA LOZANO MORENO y JORGE GARZON LOZANO**, en calidad de madre, hermanos y demás componentes del núcleo familiar de **ANDRÉS FABIÁN GARZON LOZANO**, por la desaparición forzada y la muerte violenta de **ANDRÉS FABIÁN GARZON LOZANO**, ocurrida el día 28 de marzo de 2007, en la finca "El Carajo" situada en la vereda El Viso del municipio de Maní (Casanare).

2. Como consecuencia de la declaración anterior, condénese a la Nación Colombiana-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, a pagarle a los demandantes **FANNY LOZANO MORENO, SONIA LILIANA GARZÓN LOZANO, JUAN JOSÉ TURRIAGO GARZÓN** (menor de edad representado por SONIA LILIANA GARZÓN LOZANO), **JUAN DAVID LOZANO MORENO, IVAN ALEJANDRO FAJARDO BERNAL, DIEGO ALEJANDRO RAMIREZ LOZANO, MARIA EVA LOZANO MORENO y JORGE GARZÓN LOZANO**, núcleo familiar de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, por concepto de daños materiales y morales padecidos y que seguirán padeciendo como núcleo familiar de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, con quien tenían profundo lazos afectivos, en la cuantía que resulte de las bases demostradas en el curso del proceso, reajustada en la fecha de ejecutoria de la providencia que la imponga. Igualmente pagar los intereses compensatorios de las sumas que por este concepto se condenen, desde el día 28 de marzo de 2007, hasta la fecha de ejecutoria de la providencia y el pago efectivo de esta suma por parte de las autoridades responsables.

3. Que como consecuencia de la declaración de responsabilidad de la Nación Colombiana-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, condénese a pagarle a los demandantes por concepto de:

3.1. DAÑOS MORALES²:

² En la estimación de los perjuicios morales en la demanda se dijo: "[...] Los perjuicios morales los estimamos así: A su progenitora, **FANNY LOZANO MORENO**, doscientos salarios mínimos legales mensuales. A su sobrino, **JUAN JOSÉ TURRIAGO GARZÓN** (representado por SONIA LILIANA GARZÓN LOZANO), cien salario [sic] mínimos legales mensuales vigentes (100). A sus hermanos: **SONIA LILIANA GARZON y JORGE GARZON LOZANO**, doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes a cada uno de ellos. A sus primos y tía: **JUAN DAVID LOZANO MORENO, DIEGO**

A su progenitora:

FANNY LOZANO MORENO, la suma de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A su sobrino:

JUAN JOSÉ TURRIAGO GARZÓN (representado por SONIA LILIANA GARZÓN LOZANO), la suma de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A su hermana y hermano:

SONIA LILIANA GARZON LOZANO y JORGE GARZON LOZANO, la suma de seiscientos (600) salarios mínimos legales mensuales vigentes a cada uno de ellos.

A sus tías y tío:

JUAN DAVID LOZANO MORENO, DIEGO ALEJANDRO RAMIREZ LOZANO, MARIA EVA LOZANO MORENO, la suma de cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes a cada uno de ellos.

A su cuñado:

IVAN ALEJANDRO FAJARDO BERNAL, la suma de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3.2. DAÑOS MATERIALES:

Por la desaparición forzada y el homicidio de ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO, en la cuantía que resulte de las bases demostradas en el curso del proceso, reajustada en la fecha de ejecutoria de la providencia que la imponga. Igualmente pagar los intereses compensatorios de las sumas que por este concepto se condenen, desde el día 28 de marzo de 2007, hasta la fecha de ejecutoria de la providencia que imponga el pago efectivo de esta suma por parte de las autoridades responsables³.

4. Condénese igualmente a la Parte [sic] demandada a pagar los gastos del presente proceso, así como las sumas que por costas deban erogar mis representados judiciales para hacer efectiva la protección de sus derechos, incluidas agencias en derecho, sumas que se liquidaran de acuerdo a las tarifas de honorarios aplicables para estas actuaciones por los colegios de abogados y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la ley 446.

5. Las sumas a las que resulte condenada la parte demandada serán actualizadas de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C.C.A y se reconocerán los intereses legales liquidados conforme a la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha de la ocurrencia de los hechos hasta cuando se de cumplimiento de la sentencia, es decir, al pago efectivo de esta suma por parte de las autoridades responsables. Igual tratamiento se dará a las sumas acordadas en acuerdo conciliatorio, desde la ocurrencia de los hechos hasta el cumplimiento del mismo[...]"⁴ [fls.13 y 14 ambas caras c1].

ALEJANDRO RAMIREZ LOZANO, MARIA EVA LOZANO MORENO, cien salarios mínimos legales mensuales vigentes a cada uno de ellos. A su cuñado, **IVAN ALEJANDRO FAJARDO BERNAL**, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales" [fl.20 ambas caras c1].

³ En la estimación de los perjuicios materiales argumentó: "[...] El ciudadano ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO, para la época de su desaparición y muerte se desempeñaba como mecánico automotriz, devengaba ingresos mensuales de \$500.000, suma que destinaba a su propio sostenimiento, al de su progenitora y sobrino", llegando a liquidar el lucro cesante de la siguiente manera: (1) a favor de Fanny Garzón Lozano la suma \$17.195.938 por concepto de lucro cesante consolidado, y la suma de \$331.661.897 por concepto de lucro cesante futuro; (2) a favor Juan José Turriago Garzón la suma de \$17.195.938 por concepto de lucro cesante consolidado, y la suma de \$331.661.897 por concepto de lucro cesante futuro [fls.21 cara posterior y 21 c1].

⁴ Así mismo, en la demanda se reclamaron como otros daños o perjuicios extrapatrimoniales: "[...] En el caso presente encontramos que la muerte injusta de que fue víctima [sic] ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO, causó graves daños de orden extrapatrimonial, constituidos como derechos fundamentales por nuestra Carta Política que deben ser reparados independientemente, por lo tanto solicitamos el pago de 100 salarios mínimos legales mensuales por cada uno de los derechos vulnerados. A su progenitora, hermanos, sobrino, tía y primos, por la vulneración a sus derechos fundamentales de la Honra [sic] y buen nombre, familia, intimidad personal y familiar un total de 800 salarios mínimos legales mensuales a cada uno" [fl.20 cara posterior c1].

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

- [...] 1. El joven ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO es hijo de la unión de FANNY LOZANO MORENO y JOSE AGUSTÍN GARZÓN QUINTERO, de la cual también nacieron sus otros hermanos SONIA LILIANA GARZÓN LOZANO y JORGE GARZÓN LOZANO.
2. ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO se dedicaba a labores de mecánica automotriz, oficio que últimamente desempeñó en Yopal (Casanare). El fruto de su trabajo lo destinaba a sus gastos, los de su pequeño hijo y ayuda a su progenitora y sobrino.
3. El día 28 de marzo de 2007, supuestamente se desarrolló un combate del Ejército Nacional contra un grupo armado ilegal, que al escuchar la "proclama de identificación" respondieron con fuego.
4. El Ejército supuestamente "reaccionó a dicha agresión" y después de terminada se ordenó el registro sobre el sector, hallando los cuerpos de dos personas sin vida.
5. Dentro del registro que se hizo, presuntamente se encontraron una pistola, un revolver [sic] y dos granadas de mano.
6. La misión táctica MISIL, se realizó "según informaciones por inteligencia humana, red de cooperantes. Se encuentran delinquiendo un grupo de 04 sujetos aproximadamente" (sic).
7. Esta operación se presentó, según los informes oficiales, en la finca "El Carajo" situada en la vereda El Viso del municipio de Maní (Casanare).
8. Una de las personas muertas por el ejército nacional, fue ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO, quien fue sepultado como N.N., al igual que su compañero de infortunio [...]
9. La familia de ANDRÉS FABIÁN se enteró de su desaparición forzada por los días en que ocurrió la misma y de su muerte, **se enteró el 17 de noviembre de 2010**, fecha en que acudieron al Juzgado 13 de Instrucción Penal Militar con el fin de realizar reconocimiento fotográfico y rendir declaración. No obstante, a la fecha su cuerpo continúa desaparecido.
10. Inicialmente la investigación se adelantó en el Juzgado 13 de Instrucción Penal Militar Batallón de Infantería N° 44 "Ramón Nonato Pérez" con sede en Tauramena – Casanare, bajo el radicado 191.
11. Posteriormente la investigación fue remitida a la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la ciudad de Villavicencio.
12. A la fecha de presentación de esta demanda, los restos de ANDRÉS FABIÁN, presumiblemente inhumados en el cementerio de Maní (Casanare) no han sido localizados[...]”⁵ [fl.14 ambas caras c1].

3 Según constancia aportada con la demanda por el apoderado de la parte actora se celebró audiencia de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 53 Judicial II para Asuntos Administrativos, según Acta número 011 [fl.32 c1], el 5 de febrero de 2003 sin haberse logrado ningún acuerdo.

2. Actuación procesal en primera instancia.

4 La demanda fue inadmitida por el Tribunal por providencia de 6 de marzo de 2013 [fl.34 c1]. La demanda fue subsanada por el apoderado de la parte actora por escrito de 19 de marzo de 2013, con el que allegó copia de registros civiles de

⁵ Se invocó en las normas aplicables tanto del ordenamiento jurídico interno, como convencionales [fl.15 c1].

nacimiento, declaración extrajudicial y medio magnético contentivo de la demanda [fls.38 a 44ª c1].

5 El Tribunal Administrativo de Casanare admitió la demanda mediante auto de 2 de abril de 2013 [fl.46 c1], la que fue notificada a las entidades demandadas el 2 de abril de 2013⁶, y se remitieron copias de la demanda, de sus anexos, del auto inadmisorio, de la subsanación de la demanda y del auto admisorio el 12 de abril de 2013 al Ministro de Defensa Nacional [fl.53 c1], al Comandante de la Décimo Sexta Brigada del Ejército Nacional [fl.54 c1], al Procurador Judicial 53 Delegado [fl.55 c1], y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado [fl.56 c1].

6 La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, oportunamente contestó la demanda [fls.57 a 74 c1] en la siguiente forma: (1) propuso las excepciones de caducidad⁷ y de falta de legitimación en la causa por activa⁸; (2) se opuso a todas las pretensiones de la demanda, argumentando: (2.1) de “los

⁶ Por correo electrónico al Ministerio de Defensa-Ejército Nacional y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, según certificaciones expedidas el 11 de abril de 2013 por la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Casanare [fls.51 y 52 c1].

⁷ En cuanto a esta excepción argumentó: “[...] podemos determinar que la muerte del señor **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, ocurrió el 28 de marzo de 2010 [...] la señora FANNY LOZANO MORENO madre del señor **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, tuvo conocimiento de la muerte de su hijo el **17 de noviembre de 2010**, se tenía hasta el día 17 de noviembre de 2012, para presentar la demanda respectiva en busca de la indemnización de perjuicios que le pudieron haber sido ocasionados con éste hecho [...] teniendo en cuenta que en el caso del señor **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, no se han cumplido los elementos que según la Jurisprudencia [sic] del Consejo de Estado permiten determinar que nos encontramos frente a un delito de Desaparición Forzada [sic] a saber: i) No hay certeza que Agentes [sic] del Estado Hayan [sic] detenido o privado de la libertad al señor **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, pues si bien hay miembros de la Fuerza Pública detenidos, no hay sentencia ejecutoriada, lo cual los cubre con la presunción de inocencia. ii) Como se dijo anteriormente, de no existir la certeza de si hubo o no detención o privación de la libertad, y si fueron o no agentes del Estado. iii) Tampoco está probado que haya existido ocultamiento y la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayendo a la persona del amparo de la ley, toda vez que la fecha de fallecimiento del señor **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, ocurrió el 28 de marzo de 2007, y su compañera reconoció su cadáver el día 17 de noviembre de 2010, adicionalmente no obra prueba de que el señor **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, hubiera sido detenido y mucho menos que hubiera requerido al Ejército [sic] Nacional y éste se reusara a dar información sobre el mismo. En este orden de ideas, teniendo en cuenta que el inciso segundo del literal i) del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, prevé que en los eventos de desaparición forzada el término de caducidad de dos (2) años se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima, 17 de noviembre de 2010, o en su defecto, desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal. Cabe destacar que la demanda fue presentada el año de 2013, cuando ya había operado el fenómeno de la caducidad de la acción, puesto que el término para interponer la acción fenecía el día 17 de noviembre de 2012, presentó la solicitud de conciliación ante la procuraduría 53 Judicial para Asuntos Administrativos, el día 15 de noviembre de 2012, y se celebró la audiencia el día 5 de febrero de 2013, lo que nos indica que debió presentar la demanda el día 7 de febrero de 2013 [...]” [fls.58 a 62 c1].

⁸ Excepción que sustentó de la siguiente manera: “[...] Frente al caso de la señora **MARÍA EVA LOZANO MORENO**, Tía [sic], los señores **DIEGO ALEJANDRO RAMÍREZ MORENO** y **JUAN DAVID LOZANO MORENO**, primos, **JUAN JOSÉ TURRIAGO GARZÓN**, sobrino del señor **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, y, **IVÁN ALEJANDRO FAJARDO BERNAL** de quien se desconoce el parentesco o grado de afinidad con el señor **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**; [sic] encontramos que no obra prueba idónea que determine las relaciones de afinidad, convivencia socorro, o dependencia económica con el fallecido. Aparte de la calidad de parientes en tercer o más grados de consanguinidad, por lo cual considero carecen de legitimación para concurrir en el presente juicio” [fl.63 c1].

elementos probatorios aportados al proceso, permiten demostrar, que el día **28 de marzo de 2007**, falleció el señor **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, en circunstancias que son materia de investigación por parte de la Fiscalía Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y de la Jurisdicción Penal, sin que haya sentencia debidamente ejecutoriada, lo cual permite la aplicación de la presunción de inocencia [...] mal se puede asumir la culpabilidad de los mismos y menos la responsabilidad de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército [sic] Nacional [...] Así las cosas, aceptar la responsabilidad de la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército [sic] Nacional, en el presente proceso, sin tener la certeza de que los miembros de la Fuerza Pública actuaron al margen de la ley, estaríamos dando aplicación a la teoría de la imputación objetiva sin límite alguno, proscrita por la Sección Tercera del Consejo de Estado” [fls.66 y 67 c1]; y, (3) con relación a los perjuicios morales afirmó que en “el caso concreto, teniendo en cuenta que la parte actora probó [sic] la legitimación por activa en relación con los señores FANNY LOZANO MORENO, SONIA LILIANA y JORGE AGUSTIN GARZÓN LOZANO, a través de sus Registros Civiles de Nacimiento, pruebas que permiten establecer la presunción del dolor o aflicción, pues como es sabido es válido presumir la aflicción moral padecida en su calidad de madre y hermanos de quien en vida respondía al nombre de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** (Q.E.P.D.) debido al fallecimiento del mismo” [fl.68 c1].

7 De las excepciones propuestas en la contestación de la demanda se corrió traslado a la parte actora, fijándose el 24 de julio de 2013 por el término de tres [3] días, lo que vencieron el 29 de julio de 2013 sin pronunciamiento alguno [fl.94 c1].

8 El 30 de julio de 2013 el Tribunal [fl.95 c1] fijó como fecha para celebrar la audiencia inicial el 12 de septiembre de 2013. En esta última fecha se realizó la mencionada audiencia, según el acta que obra en el expediente [fls.101 a 110 c1, corroborada con el medio magnético que obra a fl.111 c1], de la que se debe tener en cuenta: (1) se constató que obró memorial del apoderado de la parte actora anunciando la inasistencia a la audiencia por razones médicas, respecto a lo que el *a quo* consideró que en “providencia separada y transcurrido el término legal que tienen los sujetos procesales para acreditar las excusas, el despacho declarará si es justificada o no y si hay lugar a la imposición de sanción, atendiendo a las prescripciones del artículo 180 numeral 3 del CPACA”, procediendo a realizar la audiencia sin asistencia del apoderado de la parte actora; (2) como medida de

saneamiento de la contestación se solicitó al apoderado de las entidades demandadas manifestarse respecto a los hechos⁹; (3) revisada la actuación no se encontraron irregularidades que invalidaran total o parcialmente; (4) hubo el siguiente pronunciamiento respecto a las excepciones propuestas en la contestación de la demanda: (4.1) respecto a la legitimación en la causa por activa se consideró: “[...] c.- La demanda es incoada por familiares de Andrés Fabián Garzón Lozano dentro del primer, segundo y tercer grado de consanguinidad y tercero [sic] grado de afinidad, por su presunta desaparición forzada y posterior muerte. d.- Por ende, existe legitimidad de hecho o procesal en cabeza de todos los demandantes. Lo relacionado con los perjuicios que pudieron haber sufrido con los hechos señalados será materia de debate y de prueba, pero en la oportunidad procesal destinada para ello, no en esta audiencia inicial, motivo por el cual se declarará impróspera” [fl.103 c1]; (4.2) con relación a la caducidad se argumentó: “[...] 2.2.3.3.- De la demanda y su respuesta se colige que: a) Estamos en presencia del medio de control de reparación directa en la cual se controvierte la responsabilidad de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional por la presunta desaparición forzada y posterior muerte del señor Andrés Fabián Garzón Lozano en hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007 cuyo deceso fue conocido por su familia y hoy demandantes el 17 de noviembre de 2010, a través de un reconocimiento fotográfico que se hizo, por cuanto los restos de él no han sido localizados (hechos 3, 10 y 12 de la demanda- fls.14 y 14 vuelto). b) La solicitud de conciliación se presentó el 15 de noviembre de 2012, la cual se llevó a cabo el 5 de febrero de 2013 declarándose fallida (fl.32) y la demanda fue presentada el 4 de marzo de 2013 (fl.23 vuelto) [...] f. De acuerdo a los planteamientos hechos en la demanda y su respuesta la víctima que dio lugar a la presente acción desapareció desde el 28 de marzo de 2007 y aún no ha aparecido y tampoco ha concluido el proceso penal que se adelanta por esos hechos. Lo que existe es un reconocimiento fotográfico por parte de la madre de la persona fallecida y hoy demandante, pero se reitera, Andrés Fabián Garzón Lozano aún no ha aparecido ni tampoco ha finalizado el proceso penal que se adelanta por esos hechos contra miembros de la fuerza pública, algunos de los cuales están detenidos. En consecuencia, el término para iniciar el medio de control que nos ocupa no ha caducado y así se declarará” [fls.105 y 106 c1]; (5) no se impuso costas a la

⁹ Afirmando: “[...] Al primero hecho: manifestó que no le constaba. Al segundo hecho: expresó que no le constaba y que debía probarse. Al tercer hecho: adujo que se atenía a lo que se probara dentro del proceso. Al cuarto hecho: dijo que se atiende a lo que se prueba. Al quinto, sexto y séptimo: señaló que por tratarse de un combate ello depende de lo que se pruebe dentro del proceso. Al octavo y noveno: señaló que se atenía a lo que probara. Al décimo hecho: expresó que se atenía a lo que se probara. Al décimo primer hecho: señaló que se atenía a lo que se probara. Al duodécimo hecho: dijo que se atenía a lo que se probara” [fl.102 c1].

demandada; (6) en la fijación del litigio se determinó como problema jurídico: “[...] ¿Es administrativamente responsable la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, por los perjuicios materiales y morales ocasionados a los demandantes por la presunta desaparición forzada y posterior muerte de Andrés Fabián Garzón Lozano?” [fl.107 c1]; (7) se declaró fracasada la oportunidad de conciliar ante la inasistencia del apoderado de la parte actora; (8) se abrió el proceso al pruebas¹⁰, fijándose el 23 de octubre de 2013 como la fecha para celebrar la audiencia de pruebas [fl.109 c1]; y, (9) se negó la solicitud del Ministerio Público de vincular al Comandante del Batallón de Tauramena o a las personas que intervinieron en la misión táctica¹¹ [fls.109 y 110 c1].

9 El 23 de octubre de 2013 ante el Tribunal se celebró la audiencia de pruebas [como consta en el acta correspondiente fls.144 a 150 c1, y constatado el medio magnético en que se soporta fl.151 c1], de la que se tiene: (1) asistieron los apoderados de las partes; (2) se corrió traslado a los sujetos procesales del oficio a folio 135 remitido por el Comandante del Batallón de Infantería No.44 del Ejército

¹⁰ “[...] acorde con el artículo 180 numeral 10 del CPACA y por resultar pertinentes y conducentes para determinar el objeto del litigio decretó la práctica e incorporación de las que se indica a continuación: **5.1.- Parte demandante:** a.- Documentales: - **TUVO** como tales las aportadas con la demanda. – **DECRETÓ** la incorporación de los siguientes documentos a través de oficios librados a: i. La Fiscalía 95 de la Unidad de Derechos Humanos y DIH con sede en Villavicencio con el fin de que remita copia íntegra, legible y auténtica del proceso radicado bajo el número 8822. ii) A la Registraduría Nacional del Estado Civil de Maní – Casanare con el fin de que remita copia íntegra, legible y auténtica de los registros civiles de defunción de Andrés Fabián Garzón Lozano inscrito inicialmente como N.N con el indicativo serial número 5312686 y posteriormente bajo el indicativo serial 5312793. Allegados los documentos indicados en los primeros numerales anteriores a este Tribunal deberá darse el traslado por el término y para los efectos señalados en el artículo 289 del C.P.C. iii) Al batallón de Infantería No. 44 “Ramón Nonato Pérez” con sede en Tauramena-Casanare con el fin de que remita copia íntegra, legible y auténtica de la investigación disciplinaria interna, adelantada por la muerte de Kemel Mauricio Arteaga Cuartas y Andrés Fabián Garzón Lozano. iv) A la Procuraduría General de la Nación, Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos con el fin de que remita copia íntegra, legible y auténtica de la investigación disciplinaria IUS-2010-404715-Indagación preliminar. Como las pruebas indicadas en los numerales iii y iv puede [sic] tener reserva legal, dependiendo de las circunstancias (artículo 95 Ley 734 de 2002), una vez allegadas las copias, la Secretaría dispondrá lo pertinente para que solo puedan ser conocidas por los apoderados de las partes, el Ministerio Público y el Tribunal. Esta medida incluye el traslado que deberá darse por el término y para los efectos señalados en el artículo 289 del C.P.C. [...] b.- Testimoniales: **DECRETÓ** la recepción de las declaraciones de María Lilia Torres, Jimmy Turriago, Luz Marina González, Melba Ortensia Parrado, Beatriz Helena Díaz Rincón [...] **5.2.- Parte demandada (00:34.54)** a.- Documentales: - **TUVO** como tales las aportadas con la contestación de la demanda [...] Teniendo en cuenta lo anterior y como quiera que no puede afectarse el derecho de solicitar y aportar pruebas por la negligencia de algunos funcionarios el Magistrado **ORDENÓ** oficiar al comandante del batallón de infantería No. 44 “Ramón Nonato Pérez” para que aporte copia íntegra, legible y auténtica: - Del informe del operativo militar rendido por el comandante de la misma, el cual fue llevado a cabo el 28 de marzo de 2007 en la finca “El Carajo” situada en la vereda El Viso, jurisdicción del municipio de Maní- Casanare, en desarrollo de una misión táctica en la cual resultaron muertos los señores Kemel Mauricio Arteaga Cuartas y Andrés Fabián Garzón Lozano. – Y de la orden de operaciones correspondiente a dicha misión táctica” [fls.108-109 c1].

¹¹ Para tomar esta decisión el Tribunal argumentó: “[...] 1.- Debía estarse a la espera de los documentos decretados como pruebas para así determinar qué personas intervinieron en esa misión táctica y 2).- Que quien tenía la facultad [sic] de llamar a estas personas a las que hace referencia el Agente [sic] del Ministerio Público era la parte demandada y ella no lo hizo” [fl.110 c1].

Nacional¹², y luego de escuchar a las partes y al agente del Ministerio Público el Magistrado sustanciador “**ORDENÓ** requerir al comandante de [sic] Batallón de Infantería número 44 del Ejército Nacional para que remita copia de la actuación disciplinaria surtida hasta el momento con destino al presente proceso, so pena de incurrir en desacato a orden judicial y la emisión de copias a la Procuraduría General de la Nación por perturbación a la administración de justicia”¹³ [fl.146 c1]. No obstante, y ante el pronunciamiento del apoderado de las entidades demandadas y del agente del Ministerio Público, se revocó la anterior decisión, pero se determinó que como lo falta es el informe “del operativo militar aducido por la parte demandada le concedió a esa parte el término de **cinco días** para que los aporte al proceso” [fl.146 c1]; y, (3) luego, el apoderado de la parte actora presentó a los testigos presentes María Lilia Torres Sánchez, Jimmy Eudoro Turriago Chavarro y Luz Marina González Robayo, renunciado al testimonio que debía rendir Melba Ortensia Parrado y Beatriz Helena Díaz Rincón al no haber comparecido, lo que fue aceptado por el Magistrado sustanciador, sin haberse interpuesto recurso alguno [fls.146 a 149 c1].

10 Vencida esta instancia procesal, por auto de 14 de febrero de 2014 se corrió traslado a las partes por el término común de diez [10] días para que presentaran sus alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera el concepto de rigor [fl.172 c1].

11 La parte actora, dentro de la oportunidad procesal, presentó los alegatos de conclusión [fls.175 a 185, 191 a 206, 208 a 218 c1], ratificando lo expresado en la demanda¹⁴, concluyendo que con base en su valoración de la prueba recaudada

¹² Las partes y el Ministerio Público con relación a dicho documento se pronunciaron de la siguiente manera: “[...] la parte demandante manifestó que una vez hecha la lectura de dicho oficio solicitó que se insistiera en la petición de envío de copias que aunque allí se habla de una violación de la reserva de la investigación hay que tener en cuenta que las copias que se solicitan tienen por destino una instancia judicial. La parte demandada adujo que dichas copias ya fueron aportadas al expediente y reposan en un cuaderno adicional pero después de revisado el plenario por orden del magistrado sustanciador y al no encontrar dichos documentos manifestó el togado que hubo una confusión frente al tema del envío de esos documentos pero que se reiterará la petición de esos documentos. El agente del Ministerio Público manifestó que no existe reserva legal de los documentos solicitados y agregó que era un deber de la entidad demandada aportar con la contestación de la demanda todos los documentos que se tengan en su poder, por ende y guardando la debida reserva legal deben allegarse dichas copias para que puedan ser incorporadas al presente medio de control” [fl.145 c1].

¹³ Notificada esta decisión por estrados el apoderado de la parte actora no interpuso recurso alguno, el apoderado de la entidad demandada “manifestó que debía aclarar que el expediente disciplinario ya reposaba en el plenario y que lo faltante era el informe de operación”; y, finalmente el agente del Ministerio Pública “manifestó que el oficio sobre el cual se hizo pronunciamiento hace referencia es a la copia del proceso disciplinario” [fl.146 c1].

¹⁴ Y agregando lo siguiente de acuerdo con su valoración de las pruebas: “[...] **IV. ANÁLISIS DEL CASO 1. El daño 1.1.** Está debidamente acreditado que el joven ANDRES FABIÁN GARZÓN LOZANO es hijo de FANNY LOZANO MORENO, hermano de JORGE y SONIA GARZÓN LOZANO; sobrino de MARIA

debía declararse la responsabilidad de las entidades demandadas y condenarlas a pagar la indemnización por los perjuicios solicitados.

12 El apoderado de las entidades demandadas, dentro de la oportunidad procesal, presentó los alegatos de conclusión [fls.186 a 195 c1], ratificando lo expresado en la contestación de la demanda.

13 El Ministerio Público en esta instancia procesal guardó silencio.

3. Sentencia de primera instancia.

EVA LOZANO MORENO, primo de DIEGO ALEJANDRO RAMIREZ LOZANO Y [sic] JUAN DAVID LOZANO MORENO; tío de JUAN JOSÉ TURRIAGO GARZÓN y cuñado de IVÁN ALEJANDRO FAJARDO BERNAL, pues así consta en los certificados de registro civil de nacimiento aportados al proceso en copia auténtica. 1.2. De igual forma, se encuentra probado que el 27 de marzo de 2007, el joven ANDRES FABIÁN GARZÓN LOZANO estuvo bebiendo hasta la media noche con unos amigos, entre ellos KEMEL MAURICIO ARTEAGA CUARTAS, en la ciudad de Yopal, y el 28 de marzo de 2007 fue reportado como “dado de baja” en el municipio de Maní (Casanare) por tropas del Batallón de Infantería N° 44 “Ramón Nonato Pérez” con sede en Tauramena – Casanare. 1.3. Se halla probado que ANDRES FABIÁN GARZÓN LOZANO fue muerto por efectivos militares, servidores públicos, adscritos al Batallón de Infantería N° 44 “Ramón Nonato Pérez” con sede en Tauramena – Casanare. Así obra en los reportes de dicho organismos en los que presentan a las víctimas como “delincuentes dados de baja”. 1.4. Está demostrada la desaparición forzada de ANDRÉS FABIÁN, a partir de la denuncia formulada por la señora MARIA EVA LOZANO MORENO y su posterior asesinato por parte de miembros del ejército nacional y en tanto su cadáver no ha sido recuperado, la conducta criminal de desaparición forzada persiste [...]. **2. El nexo de causalidad** [...] No obstante, considerando en gracia de discusión que dicha orden gozara de legalidad, ello no implica de contera que la ejecución de la orden, de la operación, sea legal. En el presente caso existe una orden de operaciones de carácter general, denominada MISIL, pero no la orden de la misión específica que dispuso el traslado de la patrulla militar en la fecha cierta de la medianoche del 27 y madrugada del 28 de marzo de 2007, al área en la cual fueron asesinados ANDRES FABIÁN GARZÓN LOZANO y KEMEL MAURICIO ARTEAGA CUARTAS [...] Así las cosas, en el caso objeto de estudio [...] me he permitido resaltar toda una serie de inconsistencias constitutivas de indicios que nos permiten develar la verdad oculta en el disfraz de la versión e informes oficiales. A manera de ejemplo: - El hecho de que las víctimas hubiesen sido inhumadas como N.N. - El hecho de que las víctimas vistieran prendas inusuales para sus gustos y manera habitual de vestirse, teniendo en cuenta su condición de seguidores de la cultura PUNK. - El hecho de que, de acuerdo con la declaración rendida por los familiares de las víctimas, estos fueron objeto de cambio de sus prendas de vestir que portaban horas antes de ser desaparecidas y asesinadas. - Ausencia de una orden específica de la operación llevada a cabo entre el 27 y el 28 de marzo de 2007. - Utilización de *informes de inteligencia* de hechos acaecidos en 2005 como presunto soporte legal de la MISION TACTICA N° 33 MISIL. Aunado a que tales hechos nunca fueron demostrados, es decir los supuestos secuestros y extorsiones y particularmente que la propietaria de la finca hubiese retirado del banco suma alguna de dinero o hubiese denunciado extorsiones. - La denuncia por desaparición forzada instaurada por MARIA EVA LOZANO MORENO el 3 de abril de 2007 y el hecho de que las víctimas fueron vistas a la medianoche del 27 de marzo de 2007, ingiriendo licor, en un bar de Yopal, distante 81.3 kilómetros del sitio en que fueron asesinados en el fantasioso enfrentamiento. - El hecho de que las víctimas y en particular ANDRES FABIÁN hubiese sido retenido por la policía, dos días antes de su desaparición y le hubieran advertido que “hay de que se vuelva a dejar ver”, temor que expresó a sus familiares. - La condición de ANDRÉS FABIÁN, de fanático de la cultura PUNK y consumidor de sustancias alucinógenas, que lo convertían en blanco de conductas criminales e injustificadas desde todo punto de vista, mal llamadas de “limpieza social”. - La trayectoria de los disparos y análisis de piezas procesales tales como fotografías, actas de inspección a cadáver, protocolos de necropsia y anexos de heridas por proyectil de arma de fuego, permiten inferir que ANDRÉS FABIÁN y KEMEL MAURICIO no recibieron disparos en actitud de ataque a la patrulla militar sino que, en el caso de ANDRÉS FABIÁN se encontraba tendido de espalda. - Según las fotografías anexas al expediente 191 (ahora 8822) ANDRÉS FABIÁN no está empuñando la pistola supuestamente portaba. - El lugar en que fue muerto ANDRÉS FABIÁN corresponde a “campo abierto, potrero sin maleza”, extraño lugar para enfrentarse a la tropa, con una pistola con cinco cartuchos y en condiciones totalmente desventajosas. - La relación ilógica entre el tiempo que supuestamente duró el “combate” (10 minutos) y el gasto de munición por parte de las víctimas (4 cartuchos) y de los militares (102 cartuchos)” [fls.182 a 184 ambas caras c1].

14 El Tribunal Administrativo de Casanare el 8 de mayo de 2014 profirió sentencia en la que resolvió:

[...] PRIMERO: **DECLARAR** probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa en cabeza del señor Iván Alejandro Fajardo Bernal propuesta por la entidad accionada.

SEGUNDO: **DECLARAR** administrativamente responsable a la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional por la muerte de Andrés Fabián Garzón Lozano ocurrida por falla del servicio, acorde con lo señalado en la parte motiva.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** a Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional a pagar a los demandantes los siguientes perjuicios morales:

| Demandante | Daño morales |
|---------------------------------------|------------------|
| Fanny Lozano Moreno (madre) | 150 SMLMV |
| Sonia Liliana Garzón Lozano (hermana) | 75 SMLMV |
| Jorge Garzón Lozano (hermano) | 75 SMLMV |
| María Elvia Lozano Moreno (tía) | 50 SMLMV |
| TOTAL | 350 SMLMV |

[...]

CUARTO: **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa.

QUINTO: **NO CONDENAR** en costas”.

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

[...] **PROBLEMAS JURÍDICOS**

[...]

¿Existe responsabilidad en cabeza de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional por la desaparición y posterior muerte del señor Andrés Fabián Lozano, por las razones esgrimidas en el libelo demandatorio, o por el contrario no hay lugar a dicha responsabilidad por los motivos aducidos por la parte demandada?

¿En caso de que haya responsabilidad del Estado, hay lugar o no al pago de las condenas solicitadas en la demanda?

[...]

2.- VALORACIÓN PROBATORIA

[...]

a.- Declaración extraproceso para demostrar la convivencia entre Sonia Liliana Garzón Lozano e Iván Alejandro Fajardo Bernal [...]

[...]

[...] tiene el Despacho que es indebido dar valor probatorio alguno a esta declaración rendida ante notario sin intervención de la contraparte, pues la ley es absolutamente clara en señalar que cuando tales pruebas van destinadas a procesos judiciales, necesariamente, para que tengan validez, deben practicarse con citación de la contraparte. Y si no se cumplió con ese requisito, para poderlos tener como prueba deben decretarse y practicarse dentro del proceso respectivo a fin de escuchar el relato directo de los hechos que dicen conocer y garantizar los principios de inmediación y contradicción.

Por tales razones, no tiene ninguna validez probatoria esta prueba, lo que permite establecer que no está demostrada la relación parental entre la víctima, Andrés Fabián, e Iván Alejandro Fajardo Bernal, lo cual conlleva a declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa en cabeza de este sujeto procesal.

b.- Los registros civiles incorporados son documentos públicos y además no fueron tachados de falsos; en consecuencia, demuestran los siguientes vínculos de parentesco entre el occiso Andrés Fabián y los demandantes [...]

[...]

Como quiera que no se dio el procedimiento anterior por parte de la entidad demandada para tachar de falso al testigo, esta Corporación hará un análisis de la

declaración rendida por Jimmy Turriago Chavarro, para establecer si existe o no interés en su dicho que conlleve a no tenerla como prueba [...]

[...]

Los testimonios de las señoras María Lilia Nohora Torres Sánchez y Luz Marina González Robalo fueron espontáneos y señalaron lo que les constaba cuando Andrés Fabián vivía en Villavicencio relacionadas con su familia, el trabajo que desempeñaba [...]

2.2.- Analizadas una a una y en conjunto las demás pruebas portadas al proceso se encuentra [sic] demostrados los siguientes hechos relevantes:

a.- El señor Andrés Fabián Garzón Lozano, para la fecha de su muerte, era un joven de 23 años de edad. Su familia nuclear estaba conformada por su madre, señora Fanny Lozano Moreno; y sus hermanos Sonia Liliana Garzón Lozano y Jorge Agustín Garzón Lozano; tenía un sobrino de nombre Juan José Turriago [...]

b.- El lugar de residencia de Andrés Fabián para el 28 de marzo de 2007 era la ciudad de Yopal Casanare por cuanto trabajaba en esta capital como mecánico automotriz. Se afirma que en esta labor devengaba \$500.000 pesos mensuales, pero ello no está demostrado.

c.- Andrés Fabián tenía una tía de nombre María Eva Lozano Moreno, quien vive en Yopal – Casanare, fue la persona que instauró la denuncia penal por su desaparición e hizo el reconocimiento fotográfico de su cuerpo. María Eva Lozano Moreno, es madre de Diego Alejandro Ramírez Lozano y Juan David Lozano Moreno.

d.- La muerte de Andrés Fabián se dio el 28 de marzo de 2007 en la finca “El Carajo” ubicada en la vereda El Viso del municipio de Maní (Casanare), a [sic] consecuencia de unos disparos que recibió en su humanidad, por miembros del Ejército Nacional.

e.- El cuerpo de Andrés Fabián fue enterrado en el cementerio de Maní- Casanare como N.N y a la fecha no ha sido encontrado.

f.- Por la muerte de Andrés Fabián se han iniciado actuaciones penales y disciplinarias contra los militares que participaron en los hechos que conllevaron su muerte y a la fecha solo ha culminado la investigación disciplinaria iniciada por el Batallón de Infantería 44 “CR. Ramón Nonato Pérez”. La actuación penal y la disciplinaria iniciada por la Procuraduría General de la Nación Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos para resolver si era o no procedente ordenar el archivo de esa investigación disciplinaria están en curso.

[...]

3.- DE LA DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS

[...]

4.- De la responsabilidad patrimonial del Estado

[...]

4.1.- El daño

[...]

4.1.2- Cuando se analizan las pruebas aportadas en forma regular y oportuna, en relación con el daño en el presente caso, tenemos:

[...]

b).- Andrés Fabián falleció el 28 de marzo de 2007 a [sic] consecuencia de disparos propinados por miembros del Ejército en la finca “El Carajo” [...]

[...]

d).- En la demanda se solicitaron perjuicios materiales, morales y extrapatrimoniales.

➤ [...]

Lo normal, lo que ordinariamente ocurre es que una persona ayuda en los quehaceres del hogar colabora con parte de sus ingresos hasta los 25 años aproximadamente, después de esa edad se van, se casan y sus obligaciones le permiten seguir prestando colaboración a sus padres y demás familiares.

Es un hecho notorio que en Yopal nadie vive con \$100.000; Andrés Fabián estaba residiendo en Yopal desde hacía tres meses aproximadamente; además, el acervo probatorio allegado no demuestra esos ingresos, tampoco su destinación.

En consecuencia, los perjuicios materiales reclamados no están demostrados.

➤ Frente al daño **moral** debe señalarse que las reglas de la experiencia permiten inferir que cuando un familiar cercano fallece genera dolor, angustia, sufrimientos para su círculo más cercano (padres, hijos y hermanos) [...]

En el caso específico, la tía de Andrés Fabián, señora María Eva Lozano Moreno, según las pruebas, fue quien estuvo pendiente de su desaparición, de su reconocimiento, de formular la correspondiente denuncia penal. Ello demuestra su interés en que se esclarezcan los hechos y permite deducir dolor, angustia congoja y sufrimiento. Es decir, respecto de ella, están probados también los perjuicios morales.

Con relación a los demás demandantes: Juan David Lozano Moreno y Diego Alejandro Ramírez Lozano (primos) y Juan José Turriago (sobrino), los perjuicios morales no se presumen y tampoco están demostrados.

[...]

- Respecto otros perjuicios **extrapatrimoniales**, que también fueron reclamados en la demanda, sólo están mencionados pero no hay prueba que los acredite.

4.2. La imputación del daño

[...]

a).- La muerte de Andrés Fabián se produjo a causa de disparos propinados en su humanidad por agentes del estado en la madrugada del día 28 de marzo de 2007.

[...]

Las actas de levantamiento de los cadáveres números 005 y 006 permiten constatar que:

- El sitio donde ocurrieron los hechos era un campo abierto, potrero sin maleza, aproximadamente a 20 metros de una vía privada de ingreso a una finca; además, según tales informes, el supuesto combate ocurrió en las horas de la madrugada, a eso de las 4:30 a.m. Por lo tanto, los militares podían ver la ubicación de los sujetos con los cuales supuestamente se enfrentaban, sus movimientos. Así mismo, los supuestos delincuentes, por la misma razón, tenían la posibilidad de ver a la tropa que venía a pie, pudiendo constatar que eran bastantes, que estaban bien armados y que nunca saldrían gananciosos en un combate. Ello descarta un ataque por parte de los dos fallecidos y descarta también la existencia de otros sujetos, pues si ello hubiera ocurrido los miembros del ejército los habrían visto, hubieran sido capturados o hubieran perecido como sus dos compañeros. Tales situaciones también descartan el dicho de los miembros del ejército, según el cual, los fallecidos dispararon después de escuchar la proclama que hizo su guía.
- [...] solo [sic] se encontró una vainilla. Tal circunstancia también descarta el supuesto combate, si se tiene en cuenta la pistola era un arma automática y de haber querido dispararla Andrés Fabián no hubiera quedado un solo tiro en la recámara y seguramente uno o más miembros del ejército hubieran resultado heridos, pero todos quedaron ilesos [...]
- [...] La vainilla ubicada a 26 metros del cuerpo de la víctima, resulta normal en un combate, pero es inexplicable la existencia de las demás vainillas a una distancia que oscila entre 90 cms y 2.94 metros del occiso, pues ello indica que los militares dispararon prácticamente a boca de jarro, y en el mejor de los casos, que hubo exceso de fuerza, si se tiene en cuenta la clase de armas que portaban los militares, el número de disparos que hicieron según el informe del ejército y el número de militares que participaron en la operación, con relación a los supuestos delincuentes.
- [...] **[...] no entiende esta Corporación que si Andrés Fabián sufría de Anquilosis en dedo, cómo disparó el arma que le fue encontrada ni resultan ajustadas a la lógica las afirmaciones que hacen los militares sobre el supuesto ataque de que fueron objeto**
- [...] Así las cosas, no está probado que Andrés Fabián era uno de los delincuentes que azotaba la región con secuestros y extorsiones y de serlo ello tampoco justificaba su muerte porque la pena capital está prohibida terminantemente en Colombia [...] está acreditado que no podía disparar porque un defecto físico se lo impedía y por lo tanto debe concluirse que no disparó la pistola que se encontró junto a su cadáver; por ende, no murió en un supuesto combate, en

los hechos y circunstancias que relatan los militares que participaron en la misión. Y se reitera, en el mejor de los casos, la muerte de Andrés Fabián es imputable a título de exceso de fuerza, por la clase de armas, el número de disparos, el número de militares y demás circunstancias a las que se hizo referencia al analizar las pruebas, motivo por el cual el Estado debe responder ya que la muerte de esta persona ocurrió con armas de dotación oficial y por miembros del ejército nacional, sin que aparezca demostrada ninguna de las eximentes de responsabilidad o que se haya desvirtuado la relación de causalidad entre la conducta dañosa y el daño.

4.3.- La cuantía de los perjuicios

[...]

c.- El Honorable Consejo de Estado, en circunstancias excepcionales ha reconocido más de 100 SMLMV por concepto de perjuicios morales para los padres y en forma proporcional para los demás familiares respecto de quienes se presume o demuestran este tipo de perjuicios. Aquí Andrés Fabián murió, sus familiares ni siquiera se enteraron, después de una larga búsqueda y de poner en conocimiento de la Procuraduría y de otras autoridades finalmente supieron que había sido muerto por miembros del ejército nacional y su cadáver ni siquiera ha sido encontrado¹⁵ [fls.224 cara posterior, 234 cara posterior a 242 ambas caras cp].

4. El recurso de apelación.

16 El apoderado de la parte actora oportunamente presentó [fls.246, 247 y 250 cp] y sustentó el recurso de apelación [fls.251 a 256, 268 a 273 cp], con el siguiente objeto centrado en el reconocimiento y liquidación de los perjuicios realizado por el Tribunal: (1) reconocer y liquidar otros perjuicios extrapatrimoniales ya que en “el presente caso, el joven ANDRÉS FABIÁN, además de haber sido asesinado por el ejército nacional, es decir habérsele violentado su derecho a la vida, su intimidad personal y familiar, también su buen nombre se vieron expuestos y afectados de manera negativa como consecuencia directa del hecho dañoso”¹⁶; (2) no debía

¹⁵ Obra aclaración de voto en el siguiente sentido: “[...] cuestionar la omisión de la mayoría de considerar apenas una condena por perjuicios morales en suma de 150 s.m.l.m.v para la progenitora, cantidad que si bien es cierto supera lo que tradicionalmente en esta instancia se ha reconocido, tenidas en cuenta las circunstancias en que ocurrieron los hechos, la participación en la desaparición y posterior muerte de la víctima a manos de miembros del Estado, las argucias esgrimidas por los involucrados en pretender ante las diferentes instancias judiciales desviar las pesquisas, confundir los funcionarios investigadores, retorcer torticeramente sus indebidas actuaciones atropellando la verdad y negando evidencias e indicios inobjetables de su delincencial actuación, desdiciendo de la autoridad y funciones de les invistió la sociedad, etc., no se compadece con los perjuicios sufridos por los familiares, tanto en su aflicción y dolor por el mero hecho del asesinato de su pariente, sino por la afectación de otros derechos fundamentales afectados como el honor, la honra, el libre desarrollo de la personalidad, derechos que también deben ser resarcibles a causa del daño injustificado y aleve, producto de un delito de lesa humanidad como es la muerte de civiles ajenos al conflicto que vive el País [sic]” [fl.248 cp].

¹⁶ Se agregó: “[...] El joven ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO fue un joven [sic] dedicado al oficio de mecánico automotriz que en sus ratos libres y al amparo del derecho al libre desarrollo de la personalidad había optado por la cultura punk como una manera de expresión cultural y personal que bajo ningún pretexto, autoridad o personal [sic] alguna pueda cercenar y menos con la muerte; ANDRÉS FABIÁN, de la noche a la mañana pasó a ser señalado, después de muerto, como miembro de una banda delincencial dedicada a la extorsión. Así aparece en los informes oficiales, de manera pues que sí está evidenciada la injusta afectación de otros derechos fundamentales, propios del individuo en tanto ser humano y ciudadano. La honra y el buen nombre del ciudadano ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO, se vieron ultrajadas con su desaparición forzada y muerte injusta y los señalamientos que se hicieron de pertenecer a un grupo armado ilegal, los cuales afectan igualmente a sus familiares y les genera un daño injusto, por lo que se hace indispensable se indemnice y repare integralmente. Expuesto su cuerpo abaleado y ultrajado por el ejército nacional, inhumado

negarse el reconocimiento de los perjuicios materiales¹⁷; (3) plantea su desacuerdo con la tasación de los perjuicios morales y su no reconocimiento a ciertos demandantes¹⁸; y, (4) se debió tener en cuenta medidas de reparación integral¹⁹.

17 El apoderado de las entidades demandadas oportunamente presentó y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia [fls.257 a 266 cp], con el siguiente objeto: (1) reiterar que operó la caducidad para el ejercicio del medio de control de la reparación directa ya que la madre de la víctima Fanny Lozano Moreno conoció de su muerte el 17 de noviembre de 2010; (2) que operó la falta de legitimación en la causa por activa respecto de María Eva Lozano Moreno, Diego Alejandro Ramírez Moreno, Juan David Lozano Moreno y de Juan José Turriago Garzón; (3) no se tiene certeza que los miembros de la fuerza pública actuaron por fuera de la ley; y, (4) sólo debe reconocerse perjuicios morales a los padres, hermanos, cónyuge e hijos.

18 El *a quo* mediante auto de 6 de junio de 2014 concedió el recurso de apelación presentado por las partes contra la sentencia de 8 de mayo de 2014 [fl.275 c1].

5. Actuación en segunda instancia.

luego como N.N junto con otro *extorsionista dado de baja en combate*, según versión del ejército, a ojos y oídos de los pobladores de Maní o de Yopal, ¿en dónde quedó la honra y el buen nombre de ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO? [...] No puede afirmarse, como se hace en la sentencia, que la vulneración de los derechos extrapatrimoniales, invocados en la demanda, no está demostrada. Su violación se deriva del mismo atropello de que fue objeto la integridad de ANDRÉS FABIÁN” [fls.252 cara posterior y 253 cp].

¹⁷ En relación con el reconocimiento de los perjuicios materiales argumentó: “[...] Como prueba trasladada obra certificación de trabajo de ANDRÉS FABIÁN, expedida en febrero de 2005 por Taxi Express. Igualmente, declaración de ISMAEL SALAZAR MANRIQUE, último empleador de ANDRÉS FABIÁN. Se firma en la sentencia que los ingresos no están demostrados y que nadie vive en Yopal con \$100.000, sin tener en cuenta que ANDRÉS FABIÁN vivía en la casa de su hermano JORGE AGUSTÍN, como él mismo lo afirmó en declaración que obra en el expediente penal 8822 [...] Si la condición de trabajador de ANDRÉS FABIÁN está plenamente demostrada por los diversos testimonios que obran en este proceso como en el de la investigación de la Fiscalía 95 de la Unidad de Derechos Humanos no puede negarse el reconocimiento de los perjuicios materiales. El Consejo de Estado de manera reiterada ha determinado que ante la dificultad para establecer el valor de los ingresos, se toma como base el salario mínimo mensual legal vigente, para la época, en este caso marzo de 2007 y que era de \$433.700” [fls.253 cara posterior y 254 cp].

¹⁸ Lo que sustenta en la siguiente argumentación: “[...] En el caso particular no se tuvo en cuenta esa cercanía afectiva de DIEGO ALEJANDRO RAMIREZ LOZANO, ni el grado de afectación que le produjo la muerte de ANDRÉS FABIÁN, con quien solía departir [...] Téngase en cuenta que DIEGO ALEJANDRO estuvo con KEMEL y ANDRÉS FABIÁN en el bar Monguitos el día de su desaparición y posterior asesinato [...] Así las cosas, resulta injusto que la tasación de los perjuicios morales hecha por el Juez de primera instancia no haya alcanzado los máximos niveles posibles, en el caso de los hermanos de ANDRÉS FABIÁN y en el caso de sus primos se haya negado su reconocimiento [...] De otra parte, el Juez administrativo tiene la facultad discrecional de establecer el monto de los perjuicios morales y, jurisprudencialmente, se ha tomado como tope máximo la suma de 100 smlmv, pero sin que ello constituya un límite infranqueable, máxime tratándose de graves violaciones de los derechos humanos, como ocurre en el presente caso” [fls.254 cara posterior y 255 cp].

¹⁹ Sostuvo: “[...] Si bien es cierto que en la demanda no se hizo tal petición, teniendo en cuenta que se trata de una grave violación de los derechos humanos, ruego disponer tales medidas [...]” [fl.255 cp].

19 Recibido el expediente en esta Corporación, por auto de 15 de julio de 2014 se admitieron los recursos de apelación presentados por las partes [fl.280 cp]. Luego, mediante auto de 4 de noviembre de 2014 se fijó el 11 de diciembre de 2014 como la fecha para llevar a cabo la audiencia de alegatos consagrada en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [fl.298 cp]. Con posterioridad, por auto de 3 de diciembre de 2014 se fijó como nueva fecha para la mencionada audiencia el 11 de junio de 2015 [fl.303 cp].

20 Las entidades demandadas mediante apoderado radicaron el 11 de diciembre de 2014 escrito de alegaciones de conclusión [fls.307 a 316 cp], reiterando lo afirmado en la contestación de la demanda, los alegatos en primera instancia y el recurso de apelación.

21 A su vez, el apoderado de la parte actora radicó el 14 de noviembre de 2014 escrito de alegaciones de conclusión [fls.318 a 324 cp], reiterando lo sostenido y solicitado en el recurso de apelación²⁰.

22 Por providencia de 4 de mayo de 2015 el despacho fijó nueva fecha para realizar la audiencia de alegatos, fijándose el 6 de julio de 2015 [fl.341 cp].

23 El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado presentó el concepto 053/2015 [fls.344 a 354 cp], solicitando “confirmar parcialmente la sentencia apelada y modificarla en cuanto a reducir la tasación de los perjuicios morales de conformidad con los parámetros de las sentencias de unificación”²¹.

²⁰ De acuerdo con lo consignado en el medio magnético argumentó: (1) la sentencia del a quo niega las pretensiones relacionadas con los perjuicios materiales; (2) tampoco accede a las pretensiones por perjuicios extrapatrimoniales (bienes constitucionales como honra, buen nombre, intimidad, libre desarrollo de la personalidad); (3) se discrepa con relación a la tasación de los perjuicios morales. En cuanto a los primeros obra certificación laboral expedida por Taxi Express y testimonio de Ismael Salazar Manrique quien fue el último empleador de la víctima en Yopal.

²¹ Para lo que argumentó: “[...] 2.1. LEGITIMACIÓN [...] Para el Ministerio Público no se cuenta con medios de prueba que prueben [sic] el dolor y aflicción padecida por el señor Fajardo Bernal por el hecho de la muerte de Andrés Fabián Garzón Lozano y por ello se carece de prueba que permita tenerlo como tercero damnificado para efecto del posible reconocimiento de perjuicios. En la audiencia inicial se concluyó la “legitimidad (sic.) de hecho o procesal en cabeza de todos los demandantes” [...] 2.3. CADUCIDAD [...] En la audiencia inicial fue definido el asunto relacionado con la excepción de caducidad bajo la previsión contenida en el literal i) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA [...] 2.4. IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL A LA ADMINISTRACIÓN [...] En concepto del Ministerio Público las circunstancias en que se produjo el deceso de Andrés Fabián Garzón Lozano, muerte que se reconoce y atribuye a miembros del Batallón de Infantería No. 44 de la Brigada XVI del Ejército Nacional, no es admisible que se haya producido en combate, ya que riñe contra toda razón lógica el enfrentamiento de los dos civiles que fueron dados de baja con los militares, quienes se encontraban en condiciones de inferioridad pues era mayor el número de militares y además estos contaban con armas de largo alcance. Aún eliminando la duda sobre el porte de dos armas cortas, al parecer en manos de las víctimas según se dice en informe de los militares, las circunstancias serían indicativas de una actuación desmedida por parte de la tropa. La anterior conclusión lleva a que sea pertinente predicar la responsabilidad de la administración en cabeza de la entidad pública demandada y por ello debe condenarse a indemnizar los perjuicios ocasionados a los demandantes. 2.5. De la tasación de perjuicios. 2.5.1. Lucro cesante La tía de la víctima al presentar su denuncia aludió a

24 El 6 de julio de 2015 se celebró la audiencia de alegatos según el acta correspondiente [fls.357 y 358 cp y constatado el medio magnético fl.358 cp].

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

1 Corresponde a la Sala decidir los recursos de apelación presentados por las partes contra la sentencia de 8 de mayo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, que declaró la responsabilidad patrimonial y administrativa de las entidades demandadas, las condenó a pagar la indemnización por concepto de perjuicios morales, la que será objeto de confirmación, revocación parcial, y modificación.

La Sala es competente para resolver el asunto *sub judice*, teniendo en cuenta que según lo establecido por el artículo 157 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el valor de los perjuicios causados según se invoca en la demanda por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante consolidado y futuro [a favor de Fanny Lozano Moreno y Juan José Turriago Garzón] asciende a la suma de \$697.715.671.00 [fl.22 c1], lo que supera la cuantía para que el asunto haya sido de conocimiento en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Casanare en la fecha del 4 de marzo de 2013 cuando se presentó el libelo introductorio, a tenor de lo consagrado por el artículo 152.6 y en concordancia con lo fijado por el artículo 150 de la misma codificación citada²².

que trabajaba en un taller, que era mecánico especializado en frenos hidráulicos y boster. También se refiere que se hospedaba donde “Kemel” y no vivía con sus familiares [...] y no se acreditaba la dependencia económica de la madre o demás demandante y en tal virtud no es viable el reconocimiento del perjuicio material solicitado por el apelante [...] 2.5.2. Perjuicio moral [...] Respecto de los primos, que están en el Nivel [sic] 4, para que fuera procedente la indemnización del perjuicio moral además de la relación de parentesco se requería de la prueba de la relación afectiva lo que no fue acreditado en el proceso. 2.5.3. Perjuicios extrapatrimoniales – Alteración grave de las condiciones de existencia – Daño moral por grave violación de derechos humanos [...] Como no se probó la magnitud de la afectación alegada, el Ministerio Público considera que debería ser confirmada la decisión del a quo en cuanto no accede a decretar dicha indemnización” [fls.347 a 354 cp].

²² De acuerdo con lo consagrado por el artículo 152.6 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia del medio de control de reparación directa cuando la cuantía exceda los quinientos [500] salarios mínimos legales mensuales vigentes, que para la fecha de presentación de la demanda, 2013, ascendía a la suma de \$294.750.000.00 [el salario mínimo de 2013 según el Decreto 2738 de 28 de diciembre de 2012 era de \$589.500.00]. Dicha cuantía se excedía con lo pretendido en la demanda por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante consolidado y futuro [a favor de Fanny Lozano Moreno y Juan Jose Turriago Garzón], ya que ascendía a la suma de \$697.715.671.00 [fl.22 c1].

2 Determinada la competencia, la Sala aborda en primer lugar ciertos aspectos procesales que deben ser resueltos previo al análisis de fondo.

2. Aspectos procesales previos.

3 La Sala previo a abordar el estudio y análisis de fondo, se pronuncia acerca de las siguientes cuestiones procesales: (1) valor probatorio de los documentos aportados en copia simple; (2) valor probatorio de la prueba trasladada; (3) valor probatorio de los recortes o informaciones de prensa; (4) falta de legitimación en la causa por activa; y, (5) caducidad del medio de control de reparación directa.

3.1 Debe tenerse en cuenta que en el espíritu y la comprensión estrictamente legal del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no existe restricción alguna para que en la sentencia la Sala se pronuncie respecto de estas cuestiones procesales, sin perjuicio de la fijación y saneamiento operado en la audiencia inicial, a tenor del artículo 180 de la misma codificación, por el a quo, pese a lo cual se reprocha que la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Casanare no haya realizado un mínimo examen a estas cuestiones.

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

4 La parte actora con la demanda aportó los siguientes documentos en copia simple: (1) registro civil de defunción de un N.N., con indicativo serial número 5312686 [fl.24 c1]; (2) registro civil de defunción de Andrés Fabián Garzón Lozano, con indicativo serial 5312793 [fl.25 c1]; y (3) registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 15220946, de Diego Alejandro Ramírez Lozano [fl.31 c1].

4.1 Como premisa inicial, la Sala como juez de convencionalidad y contencioso administrativo tiene en cuenta que por la naturaleza del asunto, esto es, por haber serio compromiso en la vulneración de ciertos derechos humanos y la violación del derecho internacional humanitario, su valoración de los elementos probatorios no puede agotarse sólo en la comprensión de las normas del ordenamiento jurídico interno, sino que debe propender por garantizar aquellas que convencionalmente son exigibles, especialmente las relacionadas con la plenitud del acceso a la administración de justicia y las garantías judiciales²³ efectivas para todos los

²³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Responsabilidad del Estado por daños antijurídicos derivados de la actividad de la administración de justicia. Análisis a la luz de los Precedentes Convencionales*,

extremos de la litis [como aplicación integrada de los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁴ y 2, 29 y 229 de la Constitución Nacional].

4.2 Ahora bien, cuando se trata de debatir la vulneración de derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, o la violación de normas del Derecho Internacional Humanitario, de cualquier otra norma convencional internacional, empleando piezas procesales documentales en copia simple su valoración no puede quedar sujeta a estrechos rigorismos procesales, de ahí que en su jurisprudencia [que se acoge como elemento de orientación para la decisión de la Sala] la Corte Interamericana de Derechos Humanos admite que lo esencial para valorar medios probatorios como los mencionados, cabe afirmar que “aquellos documentos que se encuentren completos o que, por lo menos, permitan constatar su fuente y fecha de publicación, los valorará tomando en cuenta el conjunto del acervo probatorio, los alegatos del Estado y las reglas de la sana crítica”²⁵, llegando a establecer que cuando se trata de documentos comprendidos en enlaces electrónicos el juez interamericano establece “que si

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

²⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Responsabilidad del Estado por daños antijurídicos derivados de la actividad de la administración de justicia. Análisis a la luz de los Precedentes Convencionales, Constitucionales y del Consejo de Estado*, ob., cit., p.21. “Se destaca, a este respecto, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la exigencia de garantías judiciales en un proceso se materializa siempre que “se observen todos los requisitos que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial” [Opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987]. 16.1.- En su jurisprudencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde los casos Velásquez Rodríguez [sentencia de 29 de julio de 1988] y Godínez Cruz [sentencia de 20 de enero de 1989] considera que la eficacia de las garantías judiciales consagradas en el artículo 25 no se limitan a existencia de los recursos judiciales, sino que por virtud de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos estos deben ser efectivos [Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantos, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párrafo 52. La garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”, esto es, adecuarse y dotarse de la eficacia para la finalidad de justicia material para los que fueron concebidos, de manera que pueda resolver la situación jurídica de cada persona con las plenas garantías democráticas. Lo anterior significa que en el marco de todos los procedimientos, jurisdiccionales o no, que se adelanten por las autoridades estatales es deber indiscutible la preservación de las garantías procesales, de orden material, que permitan, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, la defensa de las posiciones jurídicas particulares de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos [Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002. Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Páez vs Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997].

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Furlán y familiares vs. Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012, párrafo 65. Puede verse también: caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, párrafo 146; caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs Ecuador, párrafo 36.

una parte proporciona al menos el enlace electrónico directo del documento que cita como prueba y es posible acceder a éste, no se ve afectada la seguridad jurídica ni el equilibrio procesal, porque es inmediatamente localizable por el Tribunal y por las otras partes”²⁶.

4.3 Si bien la Sección Tercera²⁷ ha sostenido que las copias simples carecen de valor probatorio por cuanto no cumplen con las exigencias establecidas en los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil²⁸. No obstante, la Sala para el presente caso debe tener en cuenta la regulación vigente a tenor de lo consagrado en el Código General del Proceso [Ley 1564 de 2012] en su inciso 2º del artículo 244 según el cual los “*documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso*”; así como en el inciso 1º del artículo 246 que establece que las “*copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia*”²⁹. Se trata de preceptos normativos cuya aplicación opera por remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [Ley 1437 de 2011], y en los que el legislador consolida como tendencia la *presunción de autenticidad* tanto de los documentos aportados en original, como en copias³⁰. Se trata de una tendencia que cuenta con el refuerzo dado tanto por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que admite la valoración de los documentos presentados por las partes “*que no*

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

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

²⁸ Según las cuales los documentos públicos y privados aportados en fotocopia simple por personas que no los suscriben no pueden ser tenidos en cuenta, en consideración a que únicamente tienen valor probatorio aquellos aportados en original o en copia autorizada por notario, director de oficina administrativa o de policía, secretario de oficina judicial o autenticada por notario, previa comparación con el original o con la copia autenticada que se le presente.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-774 de 2014. Según esta sentencia: “[...] En principio, se estableció la presunción de autenticidad de los documentos públicos mediante el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, la tendencia legislativa ha estado encaminada a afirmar la presunción de autenticidad tanto de los públicos como de los privados. La Ley 1395 de 2010, modificó el inciso cuarto de la citada norma procesal, señalando que se presumen auténticos los documentos privados *manuscritos, firmados o elaborados por las partes*. En idéntico sentido se pronuncia el artículo 244 del Código General del Proceso (ley 1564 de 2012)”.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-774 de 2014. “[...] La distinción entre el valor probatorio de los documentos originales y las copias se ha ido disolviendo en el desarrollo legislativo. El citado artículo 11 de la ley 1395 de 2010 señaló que con independencia de si el documento es allegado en original o en copia éstos se presumen auténticos, hecho que como se explicó, permite que sean valorados”.

fueron controvertidos ni objetados, ni cuya autenticidad fue puesta en duda, en la medida en que sean pertinentes y útiles para la determinación de los hechos y sus eventuales consecuencias jurídicas³¹, como por la jurisprudencia constitucional en la sentencia de unificación [que representó un cambio a la línea jurisprudencia sostenida en la sentencia SU-226 de 2013] SU-774 de 2014, en la que se argumenta que en el caso de aportarse documentos públicos en copia simple [v.gr., registros civiles], el juez contencioso administrativo “*debe decretar las pruebas de oficio con el fin de llegar a la certeza de los hechos y la búsqueda de la verdad procesal*”³².

4.4 La mencionada tendencia de la “*presunción de autenticidad tanto de los documentos en original como en copia*” fijada por el legislador y apoyada por la jurisprudencia constitucional, como se señaló en el anterior apartado, encuentra total respaldo en la jurisprudencia contencioso administrativa de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera, que en la sentencia de 28 de agosto de 2013 [expediente 25022]³³, consolidó que “[...] *el criterio jurisprudencial que se prohíja*

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Argüelles y otros vs. Argentina, sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrafo 60. Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 140; caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela, sentencia de 27 de agosto de 2014, párrafo 34; caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014, párrafo 54.

³² Corte Constitucional, sentencia SU-774 de 2014. “[...] *Exigir esta actuación en nada afecta la autonomía judicial para la valoración probatoria toda vez que el hecho de que solicite pruebas de oficio, en particular originales de documentos públicos, no implica necesariamente que se le otorgue pleno valor probatorio a estos. Lo que se pretende es que el juez cuente con los mayores elementos posibles para que dentro de las reglas de la sana crítica valore en su conjunto la totalidad de las pruebas y pueda llegar a un fallo de fondo con la máxima sustentación jurídica y fáctica posible. Evitar el exceso de ritualismo y garantizar la efectividad del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, fueron dos objetivos reafirmados por el legislador al expedir el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El artículo 11 del CGP expresamente señaló que “al interpretar la ley procesal el juez procesal deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial (...) El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidad innecesarias”. Así mismo ambas normas señaladas al igual que los antiguos Código de Procedimiento Civil y Código de lo Contencioso Administrativo, reconocen el deber del juez de acudir a sus potestades oficiosas para verificar las alegaciones de las partes y el esclarecimiento de la verdad*”.

³³ La cual, para estos efectos, y por la importancia las consideraciones y razonamientos efectuados en ella, se cita *in extenso*: “Como se aprecia, las disposiciones contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., resultan aplicables a los procesos de naturaleza contencioso administrativa en curso, de conformidad con la regla de integración normativa contenida en el artículo 267 del C.C.A. De otro lado, es necesario destacar la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, que cambió el inciso cuarto del artículo 252 del C.P.C., para señalar que los documentos privados elaborados o suscritos por las partes, incorporados al proceso en original o copia se presumen auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los que provienen de terceros que revisten la condición de dispositivos. No obstante, con la promulgación de la ley 1437 de 2011 –nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo– se profirió una disposición especial aplicable a los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción, precepto cuyo contenido y alcance era el siguiente: “ARTÍCULO 215. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. **Se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tendrán el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas de falsas**, para cuyo efecto se seguirá el trámite dispuesto en el Código de Procedimiento Civil. “La regla prevista en el inciso anterior no se aplicará cuando se trate de títulos ejecutivos, caso en el cual los documentos que los contengan deberán cumplir los requisitos exigidos en la ley.” De allí que la citada disposición resultaba aplicable a los procesos contencioso administrativos que estuvieran amparados por la regla de transición contenida en el artículo 308 de la misma ley 1437 de 2011. Lo

en esta providencia, está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible

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

el requisito de las copias auténticas como por ejemplo el artículo 141 del C.C.A., norma reproducida en el artículo 167 de la ley 1437 de 2011 –nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–³⁴.

4.5 Luego la Sala con fundamento en una comprensión, convencional, constitucional, sistemática, garantística y contencioso administrativa, en la que se inspira la aplicación de los artículos 244 y 246 del Código General del Proceso, aplicable por expresa remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y como afirmación a tutela judicial efectiva consagrada en los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 29 y 229 de la Carta Política y 11 del Código General del Proceso, y en aras de garantizar la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, como premisa básica debe proceder a valorar [lo que no implica su constatación que será sometida al contraste bajo las reglas de la sana crítica con los demás medios probatorios que obran en el expediente para determinar la certeza, verosimilitud y credibilidad del contenido de cada documento] los documentos aportados en copia simple en este proceso.

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

³⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-774 de 2014. “[...] La jurisprudencia debe estar a tono con los cambios normativos y decisiones legislativas que se han planteado. No resulta acorde mantener una tesis jurisprudencial en la cual se pueda interpretar una ponderación mayor hacia las formas procesales en relación con el valor probatorio de las pruebas documentales. Así mismo es indispensable tener en cuenta la reciente jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo en tanto es el órgano encargado de establecer las reglas jurisprudenciales que se deben seguir en dicha jurisdicción”.

aportación, sino durante el trascurso del debate procesal [ya que con base en el registro civil de defunción se planteó el sustento de la posición actora y la defensa de las entidades demandadas, así como con el registro civil de nacimiento de Diego Alejandro Ramírez Lozano la parte demandante procuró establecer su legitimación en la causa, y con base en la misma la demandada cuestionó ésta], por lo tanto serán valorados por la Subsección para decidir el fondo del asunto³⁵; y, (5) el registro civil de defunción de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** luego fue aportado en copia auténtica y se encuentra recaudado debidamente en los procesos penal ordinario, penal militar, disciplinario ordinario y disciplinario militar, razón más que consolida la procedencia de su valoración dentro del presente proceso.

4.7 Luego, la Sala como juez de convencionalidad y contencioso administrativo procederá a valorar el (1) registro civil de defunción de un N.N., con indicativo serial número 5312686 [fl.24 c1]; (2) registro civil de defunción de Andrés Fabián Garzón Lozano, con indicativo serial 5312793 [fl.25 c1]; y (3) registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 15220946, de Diego Alejandro Ramírez Lozano [fl.31 c1], de manera conjunta, contrastada y en aplicación de las reglas de la sana crítica con los demás medios probatorios que obran en el expediente en debida forma.

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

2.2. Valor probatorio de la prueba trasladada.

6 Después de examinar el expediente, la Sala encuentra que al proceso en primera instancia fueron trasladadas: (1) copia de diversas piezas procesales [documentos, testimonios, indagatorias, dictámenes periciales e informes técnicos] del proceso penal ordinario con número de radicado 8822 que cursa ante la Fiscalía 95 de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, y con número de radicado IP-106638 cursado ante la Fiscalías Treinta y Uno [31] de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Circuito de delitos contra la vida e integridad personal; (2) copia de diversas piezas procesales [documentos, testimonios, indagatorias, dictámenes periciales e informes técnicos]

³⁵ Posición reiterada en: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920.

del proceso disciplinario militar con radicado 005 de 2012, adelantado por el Batallón de Infantería No. 44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” de Tauramena, Casanare; (3) copia de diversas piezas procesales [documentos, testimonios, indagatorias, dictámenes periciales e informes técnicos] del proceso penal militar adelantado por los Juzgados Cuarenta y Cinco [45] y Trece [13] de Instrucción Penal Militar; y, (4) copia de diversas piezas procesales [documentos, testimonios, indagatorias, dictámenes periciales e informes técnicos] del proceso disciplinario ordinario adelantado por la Procuraduría Regional de Casanare y por la Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos de la Procuraduría General de la Nación. Por ser excesiva su cita, y como se hará el listado pertinente con posterioridad de las pruebas trasladadas que serán objeto de valoración, la Sala por economía planteará su examen respecto a cuatro medios probatorios: (i) documentos; (ii) prueba testimonial; (iii) indagatorias y versiones libres; (iv) inspecciones judiciales, dictámenes periciales e informes técnicos; y, (v) fotografías.

6.1 Se trasladaron los medios probatorios recaudados y piezas procesales desde el proceso penal ordinario radicado con el número 8822 como consta en el Oficio, de 22 de septiembre de 2013, del Fiscal 95 Especializado de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, con el que se aportó “copia íntegra, legible y auténtica [sic] del proceso radicado bajo el número 8822 que se adelante actualmente en este despacho fiscal” [fl.437 c2]. Así mismo, se trasladaron los medios probatorios recaudados y piezas procesales desde el proceso penal con número de radicado IP-106638 que por desaparición forzada adelantó la Fiscalía Treinta y Uno [31] de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Circuito de delitos conrea la vida e integridad personal.

6.2 A su vez, se trasladaron medios probatorios recaudados dentro de la investigación disciplinaria número 005/2012 adelantada por el Batallón de Infantería No.44 “Coronel Ramón Nonato Pérez de Tauramena, Casanare, de la Décimo Sexta Brigada del Ejército Nacional. Tanto en esta investigación, como en el proceso penal ordinario que adelanta la Fiscalía 95 de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario se cuenta con el traslado de diferentes medios probatorios practicados en el proceso penal militar adelantado por los Juzgados Cuarenta y Cinco [45] y Trece [13] de Instrucción Penal Militar.

6.3 Finalmente, se trasladaron los medios probatorios recaudados dentro de la investigación disciplinaria adelantada por la Procuraduría Regional de Casanare y por la Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos de la Procuraduría General de la Nación, dentro del radicado IUS 2010-404715.

6.4 Para determinar la procedencia de la valoración de la abundante prueba trasladada desde los diferentes procesos judiciales y disciplinarios que por los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007 han cursado y cursan en la actualidad, la Sala debe fijar los fundamentos para su valoración.

2.2.1. Fundamentos para la valoración de la prueba trasladada.

7 La jurisprudencia de los últimos años del Consejo de Estado, con relación a la eficacia probatoria de la prueba trasladada, sostiene que cabe valorarla a instancias del proceso contencioso administrativo, siempre que se cumpla con los presupuestos generales siguientes³⁶: (i) los normativos del artículo 185³⁷ del C.P.C., esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional en la medida en que el [los] proceso [s] del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia de ella³⁸, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción. Así como con lo consagrado por el artículo 168 del C.C.A³⁹ [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”⁴⁰; (iii) la ratificación de la prueba

³⁶ 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.

³⁷ “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”.

³⁸ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2011, expediente 19969.

³⁹ 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.

⁴⁰ Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989, expediente 5573.

trasladada se suple con la admisión de su valoración⁴¹; y, (iv) la prueba trasladada de la investigación disciplinaria puede valorarse ya que se cuenta con la audiencia de la parte contra la que se aduce, por ejemplo la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional⁴².

7.1 A su vez, como presupuestos para la valoración de la prueba testimonial que se traslada desde un proceso administrativo disciplinario, penal ordinario o penal militar se tiene en cuenta las siguientes reglas especiales [debiéndose tener en cuenta tanto las generales como estas]: (i) no necesitan de ratificación cuando se trata de personas “que intervinieron en dicho proceso disciplinario, o sea el funcionario investigado y la administración investigadora (para el caso la Nación)”⁴³; (ii) las “pruebas trasladadas de los procesos penales y, por consiguiente, practicadas en éstos, con audiencia del funcionario y del agente del Ministerio Público, pero no ratificadas, cuando la ley lo exige, dentro del proceso de responsabilidad, en principio, no pueden valorarse. Se dice que en principio, porque sí pueden tener el valor de indicios que unidos a los que resulten de otras pruebas, ellas sí practicadas dentro del proceso contencioso administrativo lleven al juzgador a la convicción plena de aquello que se pretenda establecer”⁴⁴; (iii) puede valorarse los testimonios siempre que solicitados o allegados por una de las partes del proceso, la contraparte fundamenta su defensa en los mismos⁴⁵, 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 disciplinaria⁴⁶; 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.

7.2 En cuanto a las declaraciones rendidas ante las autoridades judiciales penales ordinarias [Fiscalía, Jueces Penales, Jueces de Instrucción Penal Militar], la Sala

⁴¹ Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004, expediente 15088.

⁴² 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.

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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.

Plena de la Sección Tercera en la sentencia de 11 de septiembre de 2013 [expediente 20601] considera que “es viable apreciar una declaración rendida por fuera del proceso contencioso administrativo, sin audiencia de la parte demandada o sin su citación, cuando se cumpla con el trámite de ratificación, o cuando por acuerdo común entre las partes –avalado por el juez- se quiso prescindir del aludido trámite. Este último puede manifestarse como lo dispone el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil –verbalmente en audiencia o presentando un escrito autenticado en el que ambas partes manifiesten expresamente que quieren prescindir de la ratificación-, o extraerse del comportamiento positivo de las partes, cuando los mismos indiquen de manera inequívoca que el querer de éstas era prescindir de la repetición del interrogatorio respecto de los testimonios trasladados, lo que ocurre cuando ambos extremos del litigio solicitan que el testimonio sea valorado, cuando la demandada está de acuerdo con la petición así hecha por la demandante, o cuando una parte lo solicita y la otra utiliza los medios de prueba en cuestión para sustentar sus alegaciones dentro del proceso [...] Ahora bien, en los casos en donde las partes guardan silencio frente a la validez y admisibilidad de dichos medios de convicción trasladados, y además se trata de un proceso que se sigue en contra de una entidad del orden nacional, en el que se pretenden hacer valer los testimonios que, con el pleno cumplimiento de las formalidades del debido proceso, han sido recaudados en otro trámite por otra entidad del mismo orden, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de afirmar que la persona jurídica demandada –La Nación- es la misma que recaudó las pruebas en una sede procesal diferente, lo que implica que, por tratarse de testimonios recopilados con la audiencia de la parte contra la que se pretenden hacer valer en el proceso posterior, son plenamente admisibles y susceptibles de valoración [...] La anterior regla cobra aún mayor fuerza si se tiene en cuenta que, en razón del deber de colaboración que les asiste a las diferentes entidades del Estado, a éstas les es exigible que las actuaciones que adelanten sean conocidas por aquellas otras que puedan tener un interés directo o indirecto en su resultado, máxime si se trata de organismos estatales que pertenecen al mismo orden, de tal manera que las consecuencias de una eventual descoordinación en las actividades que los estamentos del Estado, no puede hacerse recaer sobre los administrados, quienes en muchas ocasiones encuentran serias dificultades para lograr repetir nuevamente dentro del proceso judicial contencioso administrativo, aquellas declaraciones juramentadas que ya reposan en los trámites administrativos que han sido adelantados por las entidades correspondientes”⁴⁷.

⁴⁷ Sección Tercera, sentencia de 11 de septiembre de 2013, expediente 20601; de la Sub-sección C, sentencia

7.3 Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia de la Sub-sección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia avanza y considera que cuando no se cumple con alguna de las anteriores reglas o criterios, se podrán valorar las declaraciones rendidas en procesos diferentes al contencioso administrativo, especialmente del proceso penal ordinario, como indicios cuando “establecen las circunstancias de tiempo, modo y lugar [...] ya que pueden ser útiles, pertinentes y conducentes para determinar la violación o vulneración de derechos humanos y del derecho internacional humanitario”⁴⁸. Con similares argumentos la jurisprudencia de la misma Sub-sección considera que las indagatorias deben contrastadas con los demás medios probatorios “para determinar si se consolidan como necesarios los indicios que en ella se comprendan”⁴⁹ con fundamento en los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

7.4 De otra parte, para el caso de la prueba documental, la regla general que aplica la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia es aquella según la cual en “relación con el traslado de documentos, públicos o privados autenticados, estos pueden ser valorados en el proceso contencioso al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289⁵⁰ del Código de Procedimiento Civil. Conforme a lo anterior, es claro que sin el cumplimiento de los requisitos precitados las pruebas documentales y testimoniales practicadas en otro proceso no pueden ser valoradas para adoptar la decisión de mérito”⁵¹. No obstante, a dicha regla se le reconocieron las siguientes excepciones: (i) puede valorarse los documentos que son trasladados desde otro proceso [judicial o administrativo disciplinario] siempre que haya estado en el expediente a disposición de la parte demandada, la que pudo realizar y agotar el ejercicio de su

de 3 de diciembre de 2014, expediente 45433.

⁴⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 45433.

⁴⁹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 45433.

⁵⁰ “Artículo 289. Procedencia de la tacha de falsedad. La parte contra quien se presente un documento público o privado, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a ésta, y en los demás casos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerlo como prueba, o al día siguiente al en que haya sido aportado en audiencia o diligencia. Los herederos a quienes no les conste que la firma o manuscrito no firmado proviene de su causante, podrán expresarlo así en las mismas oportunidades. No se admitirá tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión o se trate de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica”.

⁵¹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607. Además, en otra jurisprudencia se sostiene que “se trata de una prueba documental que fue decretada en la primera instancia, lo cierto es que pudo ser controvertida en los términos del artículo 289 [...] por el cual se reitera, su apreciación es viable”. Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009, expediente 16727. Cfr. también Sección Tercera, sentencia de 30 de mayo de 2002, expediente 13476. “Se exceptúa respecto de los documentos públicos debidamente autenticados en los términos del art. 254 CPC y los informes y peritaciones de entidades oficiales (art. 243 CPC)”. Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 14 de abril de 2011, expediente 20587.

oportunidad de contradicción de la misma⁵²; (ii) cuando con base en los documentos trasladados desde otro proceso la contraparte la utiliza para estructura su defensa jurídica⁵³; (iii) cuando los documentos se trasladan en copia simple operan las reglas examinadas para este tipo de eventos para su valoración directa o indirecta; (iv) puede valorarse la prueba documental cuando la parte contra la que se aduce se allana expresa e incondicionalmente a la misma; y, (v) puede valorarse como prueba trasladada el documento producido por una autoridad pública aportando e invocado por el extremo activo de la litis⁵⁴.

7.5 Finalmente, si se trata de inspecciones judiciales, dictámenes periciales e informes técnicos trasladados desde procesos penales ordinarios o militares, o administrativos disciplinarios pueden valorarse siempre que hayan contado con la audiencia de la parte contra la que se aducen⁵⁵, o servirán como elementos indiciarios que deben ser contrastados con otros medios probatorios dentro del proceso contencioso administrativo.

7.6 Debe tenerse en cuenta que el Código General del Proceso en su artículo 174, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagra que las *“pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas [...] La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan”*. A dicha norma se integran los criterios anteriormente fijados, por lo que se puede afirmar una completa correspondencia del análisis realizado por la Sala con todo el universo normativo convencional, constitucional y legal de los medios probatorios que fueron trasladados.

7.7 Por las especiales y específicas características de los hechos en los que se sustenta este caso, la Sala define las condiciones de valoración de la prueba

⁵² Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de abril de 2011, expediente 20374.

⁵³ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 9 de diciembre de 2004, expediente 14174.

⁵⁴ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920.

⁵⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 5 de junio de 2008, expediente 16398.

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

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

8 Cuando se trata de eventos, casos o hechos en los que se encuentra comprometida la violación de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, por afectación de miembros de la población civil [desaparecidos, forzosamente, desplazados forzosamente, muertos, torturados, lesionados, o sometidos a tratos crueles e inhumanos] inmersa en el conflicto armado, por violación de los derechos fundamentales de los niños, por violación de los derechos de los combatientes, por violación de los derechos de un miembro de una comunidad de especial protección, o de un sujeto de especial protección por su discapacidad o identidad social [como en el caso que se estudia de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**] la aplicación de las reglas normativas procesales [antes Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso] “debe hacerse conforme con los estándares convencionales de protección”⁵⁶ de los mencionados ámbitos, “debiendo garantizarse el acceso a la justicia”⁵⁷ en todo su contenido como garantía convencional y constitucional [para lo que el juez contencioso administrativo obra como juez de convencionalidad, sin que sea ajeno al respeto de la protección de los derechos humanos, dado que se estaría vulnerando la Convención Americana de Derechos Humanos ⁵⁸ , debiendo

⁵⁶ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737.

⁵⁷ ABREU BURELLI, Alirio, “La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en [http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/8.pdf; www.juridicas.unam.mx; p.115; Consultado el 20 de abril de 2012]. “Si bien el derecho procesal disciplina las formas, ello no impide que contenga normas de carácter sustancial, al desarrollar principios constitucionales sobre la administración de justicia, la tutela del orden jurídico, la tutela de la libertad y dignidad del hombre y de sus derechos fundamentales. El acceso a la justicia, el derecho a la defensa, el derecho de petición, la igualdad de las partes, derivan de mandatos constitucionales”.

⁵⁸ “La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Reglamento aprobado en su XXXIV período ordinario de sesiones, celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996, y en vigor desde el 1° de enero de 1997, concentró en el Capítulo IV, todo lo relativo a la prueba (admisión; iniciativa probatoria de la Corte; gastos de la prueba; citación de testigos y peritos; juramento o declaración solemne de testigos y peritos; objeciones contra testigos; recusación de peritos; protección de testigos y peritos; incomparecencia o falsa deposición), en un intento de sistematizar la materia que en Reglamentos anteriores se resolvía en disposiciones dispersas. Por su parte, el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su sesión 660ª., de 8 de abril de 1980, con modificaciones en 1985, 1987, 1995 y 1996, actualmente en vigor, contiene disposiciones sobre presunción (artículo 42); solicitud de cualquier información pertinente al representante del Estado (artículo 43.2); investigación in loco (artículo 44); fijación de la oportunidad para la recepción y obtención de las pruebas (artículo 45.5); examen de las pruebas que suministren el Gobierno y el peticionario, las que recoja de testigos de los hechos o que obtenga mediante documentos, registros, publicaciones, etc. (artículo

garantizarse el acceso a la justicia⁵⁹ en todo su contenido como derecho humano reconocido constitucional y supraconstitucionalmente (para lo que el juez contencioso administrativo puede ejercer el debido control de convencionalidad), tal como en la sentencia del caso Manuel Cepeda contra Colombia se sostiene:

“[...] 140. En lo que concierne al acceso a la justicia, valga destacar que en este caso los tribunales contencioso administrativos no establecieron responsabilidad institucional por acción de funcionarios estatales en la ejecución del Senador Cepeda Vargas, que considerara la transgresión de sus derechos a la vida y la integridad personal, entre otros, a pesar de que al momento de sus decisiones se contaba ya con los resultados parciales del proceso penal e incluso del disciplinario. En este sentido, no contribuyeron de manera sustancial al cumplimiento del deber de investigar y esclarecer los hechos [...]. Llama la atención que en uno de los procesos el Consejo de Estado no valoró los resultados parciales de las investigaciones penales y disciplinarias en las que constaba la responsabilidad de los dos sargentos del Ejército Nacional, por considerar que la documentación fue remitida en copia simple⁶⁰. Si bien no correspondía a esta vía establecer responsabilidades individuales, al determinar la responsabilidad objetiva del Estado las autoridades jurisdiccionales deben tomar en cuenta todas las fuentes de información a su disposición. Por ende, las autoridades encargadas de estos procedimientos estaban llamadas no sólo a verificar las omisiones estatales, sino a determinar los alcances reales de la responsabilidad institucional del Estado”.

8.1 Lo que implica, interpretada la Convención Americana de Derechos Humanos, en especial los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25 y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que es esencial que en la valoración de las pruebas trasladadas se infunde como presupuesto sustancial la convencionalidad, de manera que en eventos, casos o hechos en los que se discuta la violación de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario se emplee “como principio básico la llamada prueba racional o de la “sana crítica”, que tiene su fundamento en las reglas de la *lógica y de la experiencia*, ya que la libertad del juzgador no se apoya exclusivamente en la íntima convicción, como ocurre con el

46.1). Además de las disposiciones de su Reglamento, la Corte Interamericana ha establecido, a través de su jurisprudencia, desde los primeros casos contenciosos –Viviana Gallardo, Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz, Fairén Garbí y Solís Corrales, entre otros–, los criterios rectores del proceso y, especialmente, de la prueba, en fecunda y reconocida creación del Derecho, no solo para suplir vacíos normativos, sino también para afirmar la naturaleza especial de su competencia y desarrollar los principios sustantivos del derecho internacional de los derechos humanos. La jurisprudencia de la Corte Interamericana –al igual que su Estatuto y su Reglamento– ha utilizado como fuente inmediata en materia probatoria, la experiencia de la Corte Internacional de Justicia. Esta, a su vez, tuvo como antecedentes el Proyecto de Disposiciones sobre Procedimiento para el Arbitraje Internacional, preparado en 1875 por el Instituto de Derecho Internacional; las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales y la práctica reiterada durante muchos años de las Cortes Internacionales de Arbitraje”: ABREU BURELLI, Alirio, “La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en [<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/8.pdf> Disponible en www.juridicas.unam.mx p. 113 Consultado el 20 de abril de 2012].

⁵⁹ ABREU BURELLI, Alirio, “La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit, p.115. Si bien el derecho procesal disciplina las formas, ello no impide que contenga normas de carácter sustancial, al desarrollar principios constitucionales sobre la administración de justicia, la tutela del orden jurídico, la tutela de la libertad y dignidad del hombre y de sus derechos fundamentales. El acceso a la justicia, el derecho a la defensa, el derecho de petición, la igualdad de las partes, derivan de mandatos constitucionales”.

⁶⁰Cfr. sentencia de apelación emitida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, rad. 250002326000199612680-01 (20.511), 20 de noviembre de 2008, fls. 4524 a 4525.

veredicto del jurado popular, ya que por el contrario, el tribunal está obligado a fundamentar cuidadosamente los criterios en que se apoya para pronunciarse sobre la veracidad de los hechos señalados por una de las partes y que no fueron desvirtuados por la parte contraria”⁶¹.

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

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

Asimismo la Corte Internacional de Justicia ha señalado que en materia probatoria ella no tiene un papel pasivo y debe tomar la iniciativa de traer al proceso las pruebas que considere pertinentes si estima que las existentes no son suficientes para cumplir sus finalidades. Así lo dispone el artículo 48 de Estatuto, al ordenar que “la Corte dictará las providencias necesarias para el curso del proceso, decidirá la forma y los términos a que cada parte debe ajustar sus alegatos y adoptará las medidas necesarias para la práctica de la pruebas”. En el mismo sentido el artículo 49 *eiusdem* dispone que, “aun antes de empezar una vista, puede pedir a los agentes que produzcan cualquier documento o den cualesquiera explicaciones. Si se negaren a hacerlo, se dejará constancia formal del hecho”. Igualmente puede la Corte (artículo 34, parágrafo 2) “solicitar de organizaciones internacionales públicas información relativa a casos que se litiguen en la Corte y recibirá la información que dichas organizaciones envíen por iniciativa propia”⁶².

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

2.2.3. Valoración de la prueba trasladada desde el proceso penal ordinario que se adelanta ante la Fiscalía 95 de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, y adelantado ante la Fiscalía 31 de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Jueces del Circuito de delitos contra la vida e integridad personal.

⁶¹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Orden y valoración de las pruebas en la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en [<http://www.corteidh.org.cr/tablas/a11690.pdf>; Consultado 20 de abril de 2012].

⁶² ABREU BURELLI, “La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., pp. 114 y 115.

9 De acuerdo con los fundamentos anteriores, la Sala valora cada tipología de medios probatorios que fueron objeto de traslado desde el proceso penal ordinario radicado con el número 8822 como consta en el Oficio, de 22 de septiembre de 2013, del Fiscal 95 Especializado de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, y del proceso penal con número de radicado IP-106638 que por desaparición forzada adelantó la Fiscalía Treinta y Uno [31] de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Juzgados del Circuito de delitos contra la vida e integridad personal.

9.1 En cuanto a la prueba documental allegada al proceso, la Sala encuentra que la prueba trasladada consistente en el proceso penal ordinario fue solicitada por la parte demandante sin que haya sido objeto de petición expresa o coadyuvancia por parte de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional. Sin perjuicio de lo anterior, se cumple con dos de los supuestos para su valoración: (1) la prueba documental estuvo a disposición de las partes una vez allegada durante el período probatorio, con lo que hubo lugar a la contradicción de la misma, sin que hubiere sido objeto de tacha alguna por parte de las entidades demandadas, garantizándose con ello el derecho de contradicción y publicidad de la prueba [cumpliendo con ello los mandatos constitucionales y convencionales]. De igual forma, el precedente de la Sala sostiene que las pruebas recaudadas podrán ser valoradas ya que se puede considerar contrario a la lealtad procesal “que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, bien sea por petición expresa o coadyuvancia pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión”⁶³; y, (2) se trata de medios probatorios que puede ser conducentes, pertinentes y útiles para establecer la vulneración de derechos humanos y violaciones al derecho internacional humanitario, en las condiciones en las que acaecieron los hechos.

9.2 Ahora bien, respecto a las declaraciones, si bien fueron aportadas al proceso en copia auténtica, son varias las premisas a tener en cuenta en su valoración: (1) inicialmente, no cumple con ninguno de los presupuestos adicionales que se fijan en las reglas que legal y jurisprudencialmente se han establecido: de una parte, no se practicaron con audiencia de la parte contra la cual se aducen [de acuerdo con los elementos de prueba que obran en el expediente la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional en ningún momento fue convocado, o se tuvo su

⁶³ Sección Tercera, sentencia de 21 de febrero de 2002, expediente 12789; sentencia de 9 de junio de 2010, expediente 18078.

audiencia para la práctica de las declaraciones rendidas ante la Fiscalía competente]; [2] por otro lado, no se cumplió con el procedimiento de ratificación al interior del proceso contencioso administrativo de ninguno de los testimonios, ni de la declaración objeto de traslado, con lo que no se cumple lo exigido en el artículo 222 del Código General del Proceso [Ley 1564 de 2012]; (3) sin perjuicio de lo anterior, y de acuerdo con la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera, de 11 de septiembre de 2013 [expediente 20601], se debe tener en cuenta:

[...] Para tal efecto, será necesario determinar cuál es el sentido de las formalidades que establece el artículo 229 del C. de P.C., lo que se elucidará atendiendo al tenor literal de la disposición y a los derechos sustanciales cuya protección persiguió el legislador procesal con su estipulación, aspectos en los que se pondrá de presente que no es necesario cumplir al pie de la letra la ritualidad normada para la ratificación de testimonios extraprocesales, sino que es suficiente con que se satisfagan las garantías que se prohíjan con la misma, tal como se ha hecho en parte de la jurisprudencia citada para fundamentar algunas de las excepciones antes señaladas [...] Así, en lo que tiene que ver con el sentido de las reglas procedimentales consagradas en el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil –y preceptos concordantes-, la Sala considera que una interpretación literal de tales normas, arroja como resultado la tesis que ha sido sostenida por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia en las sentencias referidas al inicio del presente acápite, en el sentido de afirmarse que las declaraciones juramentadas trasladadas al proceso contencioso desde otro trámite judicial –o recopiladas de forma extraprocesal-, sólo son apreciables si se ratifican o cuando las partes han tenido la oportunidad de controvertirlas en el momento de su recopilación [...] Ahora bien, la Sala recuerda que no todos los casos en los que se discuta la posibilidad de valorar testimonios practicados en otro proceso, pueden solucionarse con base en una interpretación literal de los requisitos procesales que están siendo comentados, pues es posible que existan supuestos de hecho en los cuales la aplicación rígida de una formalidad ritual podría conducir a consecuencias que son contrarias a las finalidades queridas por el legislador, lo cual es una de las mayores críticas que se han formulado en contra de la escuela gramatical de intelección de los preceptos normativos⁶⁴ .

[...]

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

⁶⁴ La elucidación gramatical del sentido de las palabras a partir de las cuales se forjan las leyes, es apenas una etapa inicial en el proceso de interpretación de los textos jurídicos y, en la mayoría de los casos, el cumplimiento de dicha etapa no agota el proceso que debe seguirse para interpretar sentido de un mandato normativo. Al respecto dice Arturo Valencia Zea que *“La deficiencia más grave del método de los glosadores o de los exégetas consiste en haber creído que la sola interpretación gramatical era suficiente para conocer el derecho. Los métodos modernos no condenan la exégesis, pues toda ley consta de palabras y proposiciones gramaticales que es necesario conocer en primer término; simplemente sostienen que la sola exégesis no es suficiente, y que de las palabras debemos remontarnos hasta los principios esenciales del sistema jurídico”* (Valencia Z., Arturo, Ortiz M., Álvaro, *Derecho Civil, Tomo I: Parte General y Personas*, decimoquinta edición, Bogotá-2002, p. 115).

una parte lo solicita y la otra utiliza los medios de prueba en cuestión para sustentar sus alegaciones dentro del proceso.

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

12.2.19. La anterior regla cobra aún mayor fuerza si se tiene en cuenta que, en razón del deber de colaboración que les asiste a las diferentes entidades del Estado⁶⁵, a éstas les es exigible que las actuaciones que adelanten sean conocidas por aquellas otras que puedan tener un interés directo o indirecto en su resultado, máxime si se trata de organismos estatales que pertenecen al mismo orden, de tal manera que las consecuencias de una eventual descoordinación en las actividades de los estamentos del Estado, no puede hacerse recaer sobre los administrados, quienes en muchas ocasiones encuentran serias dificultades para lograr repetir nuevamente dentro del proceso judicial contencioso administrativo, aquellas declaraciones juramentadas que ya reposan en los trámites administrativos que han sido adelantados por las entidades correspondientes”.

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

9.4 De otra parte, las indagatorias rendidas por el Sargento Viceprimero Oscar Edmundo Gaviria Pachajoa, los Cabos Segundos Leandro Mona Cano y Robinson Eduardo Bastidas Nasamuez, los soldados profesionales Fredy Gonzalo Zamora, Marco Obdulio Vaca Sánchez, Eder Fabián Briñez Álvarez, Gonzalo Antonio

⁶⁵ Tal como lo ordena el artículo 113 de la Constitución Política al decir que “*Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines*”.

López Sutachán, Fernando Barrera Cachay, Eliseo Ibáñez Riaño, José Abel Pedraza Amaya, Diego Armando Martínez Vega, Julio César Sierra, Alex Mario García Cruz, y Raúl Antonio López Urbano ante el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar y trasladadas inicialmente al proceso penal ordinario y luego al presente, la Sala de Subsección no puede valorarla “en ningún caso, como prueba testimonial ni someterse a ratificación”⁶⁶, teniendo en cuenta que “siempre que se quiera hacer valer la declaración del respectivo agente estatal, dentro de este tipo de procesos, debe ordenarse la práctica de su testimonio”⁶⁷ y bajo el apremio del juramento.

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

9.6 En relación con la valoración de las actas de las diligencias de inspección judicial, de los dictámenes periciales y de los informes técnicos practicados en el proceso penal trasladado, la premisa jurisprudencial⁶⁸ es que las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquéllos en los que fueron practicados, salvo que lo hayan sido con audiencia de la parte contra la que se aducen⁶⁹.

9.6.1 Para el caso en concreto obra: (1) Acta de la inspección judicial realizada el 2 de febrero de 2011 por la Fiscalía Ochenta y Ocho [88] Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario al Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar [fls.712 y 713 c2; 1314 y 1315 c4];

⁶⁶ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11898.

⁶⁷ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11898.

⁶⁸ Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334; Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 22 de octubre de 2012, expediente 24070.

⁶⁹ Sección Tercera, sentencia de 5 de junio de 2008, expediente 16398. Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11898. Finalmente, las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquéllos en los que fueron practicados, cuando ello no se hizo a petición o con audiencia de la parte contra la cual se aducen. En efecto, para garantizar el derecho de contradicción, estas pruebas deben practicarse, en todo caso, dando oportunidad a las partes de estar presentes, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 237 y 246 del Código de Procedimiento Civil, lo que, obviamente, no podrá lograrse con el simple traslado posterior del acta o del informe respectivos. Por lo anterior, la inspección o el peritazgo (sic) deberán practicarse nuevamente en el nuevo proceso”.

(2) Acta de la inspección judicial realizada el 23 de febrero de 2011 por los Investigadores Criminalísticos del CTI adscritos a la Unidad Nacional de Fiscalías contra los Delitos de Desaparición y Deslazamientos Forzados de Santa Rosa de Viterbo al sumario número 191 que cursa en el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar [fls.1014 y 1015 c3]; (3) Acta de la inspección judicial realizada el 21 de septiembre de 2012 por el funcionario de instrucción del proceso disciplinario que cursa en el Batallón de Infantería No. 44, a la Fiscalía Especializada de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Coordinación, en la ciudad de Villavicencio, Meta [fls.222 y 223 c5]; (4) Acta de la inspección judicial realizada el 1 de noviembre de 2012 por el funcionario de instrucción del proceso disciplinario que cursa en el Batallón de Infantería No. 44, en la carrera 21 con calle 25 esquina [fls.124 y 125 c6]; y, (5) Acta de la diligencia de exhumación, realizada los días 18 y 19 de marzo de 2011 en el cementerio de Maní, Casanare, por el Juzgado 13 de Instrucción Penal Militar, donde se consignó “que se realizaron varias excavaciones en lugares donde la señora Marly Méndez Guzmán, funcionaria de la funeraria La Paz, y el señor Jairo Unda Unda manifestaron se habían inhumado dos cuerpos de sexo masculino y aunque se encontraron varios cuerpos ninguno de los mismos coincide con los protocolos de necropsia números 005 y 006” [fls.1028 a 1032 c3; 234 a 238 c5]. En las mencionadas inspecciones judiciales la Sala puede constatar que fueron practicadas con audiencia o participación directa de miembros de las entidades demandadas ya que fue a instancias del proceso disciplinario militar, o en instalaciones del Juzgado Trece [sic] de Instrucción Penal Militar donde se surtieron, con pleno conocimiento de la parte demandada tanto al momento de su práctica, como durante todo el presente proceso, por lo que serán objeto de valoración.

9.6.2 En cuanto a los dictámenes, informes y experticios técnicos como (1) el contenido en el Oficio SCAS.GOPE.APJ.C. no. 404127-1, de 13 de agosto de 2007, del DAS [fls.499 a 503 c2; 761 a 765 c3]; (2) en el Oficio SCAS.GOPE.APJ.C., de 27 de febrero de 2008, del DAS [fls.506 y 507 c2; 768 y 769 c3]; (3) y, los Informes técnicos médicos legales, de 19 de marzo de 2011, con los que se procedió a adelantar la muestra de ADN para identificación del cadáver de Andrés Fabián Garzón Lozano a partir de muestra tomada a su hermana Sonia Liliana Garzón Lozano y a su madre Fanny Lozano Moreno [fls.1074 y 1075; 1078 y 1079 c3], la Sala puede constatar que fueron practicadas con audiencia o participación directa de miembros de las entidades demandadas ya que fue a

instancias del proceso disciplinario militar y penal militar adelantados por el Batallón de Infantería No.44 "Coronel Ramón Nonato Pérez" de la Décimo Sexta Brigada del Ejército Nacional, cuyas acciones, omisiones o inactividades son juzgadas en el presente proceso, lo que implica que en su práctica no sólo se surtió la contradicción en el presente proceso, sino que en su valoración hubo intervención de miembros de las entidades demandadas por lo que serán objeto de valoración.

9.7 Finalmente, en cuanto a las fotografías que se encuentran incorporadas a la necropsia y a otros documentos aportados con las pruebas trasladadas desde el proceso penal ordinario, entre ellas cómo aparece el cadáver de Andrés Fabián Garzón Lozano, la Sala considera: (1) para valorar su autenticidad la Sala tiene en cuenta lo previsto en los artículos 243 y 244 y 246 del Código General del Proceso [norma aplicable para la época de presentación de la demanda], a cuyo tenor se establecía que: (a) que se consideran documentos a las fotografías; y, (b) los "documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso"; (2) la presunción de autenticidad de las fotografías no ofrece el convencimiento suficiente, ni define las situaciones de tiempo, modo y lugar de lo que está representado en ellas, ya que se debe tener en cuenta que su fecha cierta, consideradas como documento privado, con relación a terceros se cuenta, conforme al artículo 253 del Código General del Proceso, "desde que haya ocurrido un hecho que le permita al juez tener certeza de su existencia [v.gr., la fecha de realización del acta de levantamiento del cadáver número 005, esto es, 28 de marzo de 2007]"; y, (3) la valoración, por lo tanto, de las fotografías se sujetará a su calidad de documentos, que en el marco del acervo probatorio, serán apreciadas como medios auxiliares, y en virtud de la libre crítica del juez⁷⁰, advirtiéndose que como su fecha cierta es el 28 de marzo de 2007, y deba ser apreciado en conjunto y bajo las reglas de la sana crítica con los demás medios probatorios que obran en el expediente, para poder establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar⁷¹.

⁷⁰ Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004, expediente 14688.

⁷¹ En este aspecto se da continuidad a la reciente jurisprudencia de la Sub-sección C, de la Sección Tercera, según la cual En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que, se trata de documentos privados "pues la demanda es indicadora indirecta de que tienen origen en la propia parte que las allegó (art. 251 C. P. C.); de todas maneras tienen dicha calidad porque en ellos no consta el funcionario que las tomó o filmó. Para cuando se aportaron dichos elementos probatorios regía el artículo 25 del decreto ley 2.651 de 1991 según el cual "Los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial,

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

9.9 Como al proceso penal ordinario que adelanta la Fiscalía 95 de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, especialmente, se trasladaron inicialmente los mismos medios probatorios que fueron recaudados dentro del proceso penal militar adelantado por los Juzgados Cuarenta y Cinco [45] y Trece [13] de Instrucción Penal Militar, y dentro de la investigación disciplinaria número 005/2012 adelantada por el Batallón de Infantería No.44 "Coronel Ramón Nonato Pérez" de la Décimo Sexta Brigada del Ejército Nacional, serán aplicables los mismos criterios aquí afirmados para la procedencia de su valoración desde estos últimos al presente proceso contencioso administrativo. En similares condiciones se hará con los medios probatorios que obra en la investigación disciplinaria que adelanta la Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos de la Procuraduría General de la Nación con número de radicado IUS 2010-404715, sin perjuicio de considerar que las declaraciones practicadas en dicha instancia al no haber sido ratificadas en el contencioso se tendrán como indicios ante las revelaciones de elementos

tuvieron o no como destino servir de prueba se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación ()" lo cierto es que la sola presunción de autenticidad de los mismos no define las situaciones de tiempo y modo de lo que ellas representan. Esto por cuanto la fecha cierta de un documento privado, respecto de terceros, se cuenta a partir de uno de los siguientes hechos: o por el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado, o desde el día en que ha sido inscrito en un registro público o en que conste haberse aportado al proceso, o en que haya tomado razón de él un funcionario competente en su carácter de tal, o desde que haya ocurrido otro hecho que le permita al juez adquirir certeza de su existencia (art. 280 C. P. C). Desde otro punto de vista, la doctrina se ha pronunciado sobre el valor probatorio de las fotografías como documentos representativos que son; dice que las fotografías de personas, cosas, predios, etc. sirve para probar el estado de hecho que existía al momento de haber sido tomadas, de acuerdo con la libre crítica que de ellas haga el juez y que son un valioso auxiliar de la prueba testimonial, cuando el testigo reconoce en ella o en ellas el lugar o la cosa que dice haber conocido. Por consiguiente y para el caso como la fecha cierta de las fotografías es la de presentación de la demanda, porque se aportaron con ésta, el 26 de julio de 1995, de nada sirve para la eficacia probatoria que se reputen auténticas" [Sección Tercera, expedientes 19630, 20498, 19901 y 18229]. En ese orden y comoquiera que en el caso concreto los hechos ocurrieron, según lo afirma el demandante, el 19 de febrero de 1999 y que se reputa como fecha cierta de las fotografías la de la presentación de la demanda, esto es el 7 de abril de 1999, las mismas carecen de toda eficacia probatoria". Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 1 de febrero de 2012, expediente 22464.

sustanciales para la constatación de la vulneración de derechos humanos, de violaciones al derecho internacional humanitario o a otras normas convencionales.

10 Con fundamento en lo anterior, la Sala como juez de convencionalidad y contencioso administrativo tendrá, valorará y apreciará los medios probatorios [documentos, testimonios, indagatorias, inspecciones judiciales, experticios e informes técnicos y fotografías] trasladados desde los procesos penales ordinarios y las investigaciones disciplinarias militares y ordinarias que cursan, o cursadas, por la desaparición y el homicidio en persona protegida de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, con las limitaciones y en las condiciones señaladas.

11 Después de analizado el valor probatorio de los medios probatorios objeto de traslado al presente proceso contencioso administrativo, la Sala debe examinar el valor probatorio de los recortes o informaciones de prensa que obran en el expediente de los anteriores procesos.

2.3. Valor probatorio de los recortes o informaciones de prensa.

12 En el expediente la Sala encuentra que dentro del proceso penal ordinario se aportó cierto recorte e información de prensa, esto es, copia del artículo o reporte de prensa del diario “El Espectador” de 13 de agosto de 2011 titulado ¿Otro falso positivo? [Elespectador.com, fls.146 a 149 c5; 304 a 307 c8].

12.1 Al respecto, para la Sala es necesario pronunciarse acerca del valor probatorio que podría o no tener tales informaciones de prensa, ya que la jurisprudencia de la Sección Tercera se orienta a no reconocer dicho valor⁷². En ese sentido:

“Sin embargo, los reportes periodísticos allegados al expediente carecen por completo de valor probatorio, toda vez que se desconoce su autor y su contenido no ha sido ratificado y, adicionalmente, por tratarse de las informaciones publicadas en diarios no pueden ser consideradas dentro de un proceso como prueba testimonial, como que [sic] adolecen de las ritualidades propias de este medio de prueba; no fueron rendidas ante funcionario judicial, ni bajo la solemnidad del juramento, ni se dio la razón a su dicho (art.227 CPC).

Estos recortes de prensa tan sólo constituyen evidencia de la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido, por lo que no ostentan valor probatorio eficaz merced a que se limitan a dar cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial. De modo que el relato de los hechos no resulta probado a través de las publicaciones periodísticas a que se alude en la demanda,

⁷² Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 20 de junio de 2003, expediente 23603.

habida consideración que no configura medio probatorio alguno de lo debatido en el proceso, pues tan sólo constituyen la versión de quien escribe, que a su vez la recibió de otro desconocido para el proceso”⁷³.

12.2 Pese a lo anterior, la Sección Tercera y la Sub-sección en su jurisprudencia viene considerando que “las informaciones publicas en diarios no pueden ser consideradas dentro de un proceso como una prueba testimonial porque carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio probatorio, en particular porque no son suministradas ante un funcionario judicial, no son rendidos bajo la solemnidad del juramento, no el comunicador da cuenta de la razón de la ciencia de su dicho [artículos 176 y 225 del Código General del Proceso], pues por el contrario, éste tiene el derecho a reservarse sus fuentes. Los artículos de prensa pueden ser apreciados como prueba documental y por lo tanto, dan certeza de la existencia de las informaciones, pero no de la veracidad de su contenido. Debe recordarse que el documento declarativo difiere de la prueba testimonial documentada. Por lo tanto, si bien el documento puede contener una declaración de tercero, el contenido del mismo no puede ser apreciado como un testimonio, es decir, la prueba documental en este caso da cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, per las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial”⁷⁴.

12.3 A lo que se agrega que en “cuanto a los recortes de prensa, la Sala ha manifestado en anteriores oportunidades que las informaciones publicadas en diarios no pueden ser consideradas pruebas testimoniales porque carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio probatorio –artículo 228 del C.P.C-, por lo que sólo pueden ser apreciadas como prueba documental de la existencia de la información y no de la veracidad de su contenido”⁷⁵.

12.4 Y si bien no puede considerarse a la información de prensa con la entidad de la prueba testimonial, sino con el valor que puede tener la prueba documental, no puede reputarse su no conducencia, o su inutilidad, ya que en su precedente la Sección Tercera y la Sub-sección C considera que le "asiste razón al actor en

⁷³ Sección Tercera, sentencias de 27 de junio de 1996, expediente 9255; de 18 de septiembre de 1997, expediente 10230; de 25 de enero de 2001, expediente 3122; de 16 de enero de 2001, expediente ACU-1753; de 1 de marzo de 2006, expediente 16587; Sub-sección C, de 20 de junio de 2013, expediente 23603.

⁷⁴ Sección Tercera, sentencia de 10 de noviembre de 2000, expediente 18298; Sub-sección C, sentencia de 20 de junio de 2013, expediente 23603.

⁷⁵ Sección Tercera, sentencias de 15 de junio de 2000, expediente 13338; de 25 de enero de 2001, expediente 11413; de 10 de noviembre de 2000, expediente 18298; de 19 de agosto de 2009, expediente 16363; Sub-sección C, sentencia de 20 de junio de 2013, expediente 23603.

argumentar que los ejemplares del diario "El Tiempo" y de la revista "Cambio" no resultan inconducentes, ya que por regla general la ley admite la prueba documental, y no la prohíbe respecto de los hechos que se alegan en este caso, Asunto distinto será el mérito o eficacia que el juez reconozca o niegue a dichos impresos, Así, se revocara la denegación de la prueba a que alude el actor respecto de los artículos del Diario y Revista indicados, por encuadrar como pruebas conforme al artículo 251 del Código de Procedimiento Civil y en su lugar se decretará la misma para que sea aportada por el solicitante de ella, dada la celeridad de este proceso"⁷⁶.

12.5 Para llegar a concluir, según el mismo precedente, que la información de prensa puede constituirse en un indicio contingente, En ese sentido, se ha pronunciado la Sección Tercera y la Sub-sección C manifestando que en "otras providencias ha señalado que la información periodística solo en el evento de que existan otras pruebas puede tomarse como un indicio simplemente contingente y no necesario"⁷⁷.

12.6 Así las cosas, es necesario considerar racionalmente su valor probatorio como prueba de una realidad de la que el juez no puede ausentarse, ni puede obviar en atención a reglas procesales excesivamente rígidas, Tanto es así, que la Sala valorará tales informaciones allegadas en calidad de indicio contingente que, para que así sea valorado racional, ponderada y conjuntamente dentro del acervo probatorio⁷⁸.

12.7 En este análisis la Sala agrega que actuando como juez de convencionalidad y contencioso-administrativo la valoración de los recortes e informaciones de prensa tiene en cuenta que de forma consolidada la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos en los casos que conoce de vulneraciones a los derechos humanos tiene como criterios definidos que aquellos pueden apreciarse en cuanto recojan "*hechos públicos y notorios o declaraciones de funcionarios del Estado, o cuando corrobore aspectos relacionados con el caso*"⁷⁹, agregándose

⁷⁶ Sección Tercera, auto de 20 de mayo de 2003, expediente PI-059; Sub-sección C, sentencia de 20 de junio de 2013, expediente 23603.

⁷⁷ Sección Tercera, sentencia de 30 de mayo de 2002, expediente 1251-00; Sub-sección C, sentencia de 20 de junio de 2013, expediente 23603.

⁷⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, aclaración de voto del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa a la sentencia de 31 de enero de 2011, expediente 17842; Sub-sección C, sentencia de 20 de junio de 2013, expediente 23603.

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Argüelles y otros vs. Argentina, sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrafo 61. Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez

que serán admisibles para su valoración “los documentos que se encuentren completos o que, por lo menos, permitan constatar su fuente y fecha de publicación”⁸⁰.

13 Examinado el valor probatorio del recorte e información de prensa aportada desde la prueba trasladada al presente contencioso administrativo, la Sala logra establecer reporte de prensa del diario “El Espectador” de 13 de agosto de 2011 titulado “¿Otro falso positivo?” recoge hechos públicos y notorios, puede permitir corroborar aspectos relacionados con los hechos del caso, está completo y se conoce su fuente y fecha de publicación, por lo que se considera procedente, útil y pertinente su valoración, quedando su constatación sujeta al contraste con los demás medios probatorios.

14 Determinada la valoración probatoria a la que hay lugar del recorte de prensa, debe la Sala pasar a estudiar la cuestión de la legitimación en la causa por activa, teniendo en cuenta que es objeto en cada una de las apelaciones de las partes. En la de la parte actora afirmando que esta se encuentra acreditada tanto procesal, como materialmente respecto de los primos Diego Alejandro Ramírez Moreno y Juan David Lozano Moreno, como del esposo de su hermana Sonia Liliana, esto es, Iván Alejandro Fajardo Bernal. Por su parte, la parte demandada cuestionó la falta de legitimación en la causa por activa de María Eva Lozano Moreno, Diego Alejandro Ramírez Moreno, Juan David Lozano Moreno y Juan José Turriago Garzón.

2.4. Legitimación en la causa por activa.

15 La demanda fue presentada el 4 de marzo de 2013 por los siguientes familiares de la víctima Andrés Fabián Garzón Lozano: (1) Fanny Lozano Moreno en calidad de madre; (2) Sonia Liliana Garzón Lozano en calidad de hermana; (3) Jorge Agustín Garzón Lozano en calidad de hermano; (4) Juan José Turriago Garzón en calidad de sobrino; (5) María Eva Lozano Moreno en calidad de tía; (6) Diego Alejandro Ramírez Lozano en calidad de primo; (7) Juan David Lozano Moreno en calidad de primo; e, (8) Iván Alejandro Fajardo Bernal en calidad de cuñado.

Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 146; caso *Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*, párrafo 35.

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Espinosa González vs. Perú*, sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrafo 41. Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Rochac Hernández y otros, vs. El Salvador*, sentencia de 14 de octubre de 2014, párrafo 40.

16 En la audiencia inicial realizada en primera instancia, el a quo al fijar el proceso determinó que respecto de todos los demandantes existía y se demostró la legitimación de hecho o procesal.

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

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

18 En la verificación de los presupuestos procesales materiales o de fondo, dentro de los cuales se encuentra la legitimación en la causa, compete a la Sala, antes de considerar las pretensiones planteadas en el libelo introductorio, analiza la legitimidad para obrar dentro del proceso de la parte actora o de quien acude como demandado y su interés jurídico en la pretensión procesal, pues la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o a las demandadas⁸¹.

18.1 En primer lugar, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, la jurisprudencia constitucional se ha referido a la legitimación en la causa, como la “calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”⁸², de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas⁸³.

18.2 Dentro del concepto de legitimación en la causa, se vislumbra la legitimación de hecho, originada en la simple alegación de esa calidad en la demanda, como lo prevé el artículo 86 del C. C. A., al señalar “*la persona interesada podrá*”, siendo entonces ese interés mínimo, suficiente para accionar y para proponerlo en la instancia procesal de inicio del juicio⁸⁴. La legitimación material se concreta en el

⁸¹ Sección Tercera, sentencias del 22 de noviembre de 2001, expediente 13356; Sub-sección C, de 1 de febrero de 2012, expediente 20560. Constituye postura sólidamente decantada por la jurisprudencia de esta Sala aquella consistente en excluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado.

⁸² Corte Constitucional, sentencia C- 965 de 2003.

⁸³ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 25 de julio de 2011, expediente 20146.

⁸⁴ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de agosto de 2011, expediente 19237.

evento en que se pruebe realmente la calidad de damnificado para así obtener una sentencia favorable a las pretensiones de la demanda⁸⁵.

18.3 En la jurisprudencia de la Sección Tercera se ha establecido que “se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda [...] la legitimación material en la causa, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño [...]”⁸⁶.

18.4 En consecuencia previo al análisis de fondo de las pretensiones reclamadas por los mencionados demandantes, la Sala verificará que se encuentre plenamente acreditado el parentesco aducido en la demanda, pues conforme al artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incumbe a las partes probar los presupuestos de hecho o la calidad en que fundamenta sus pretensiones, sin perjuicio que el juez contencioso administrativo de oficio o a petición de parte, según las particularidades de cada caso pueda “*distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorables para aportar evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares*” [artículo 167 inciso 2º del Código General del Proceso].

⁸⁵ Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2005, expediente 13444.

⁸⁶ Sección Tercera, sentencias de 11 de noviembre de 2009, expediente: 18163; de 4 de febrero de 2010, expediente 17720.

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

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

19 Para el caso en concreto es necesaria la acreditación del parentesco de quienes se presentaron como demandantes con la víctima Andrés Fabián Garzón Lozano, se debe partir de la premisa según la cual lo primero que debe establecerse es la relación de parentesco entre la víctima y quien afirma ser su madre, Fanny Lozano Moreno, para de allí poder determinar la relación filial con quienes afirmaron la calidad de hermanos, de su tía, sus primos y su sobrino⁸⁷, no siendo indispensable y necesario respecto de quien afirma su calidad de cuñado en atención a que no lo ligan vínculos de consanguinidad, sino de carácter civil.

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

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

19.3 A partir de la vigencia de la ley 92 de 15 de junio de 1938, los documentos referidos pasaron a ser supletorios y se determinó en el artículo 18 ibídem que solo tendrían el carácter de pruebas principales del estado civil respecto de los nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos y adopciones, que se verifiquen con posterioridad a la señalada fecha, las copias auténticas de las partidas del registro del estado civil, expedidas por los notarios, el alcalde municipal, los funcionarios consulares de Colombia en el Exterior y los

⁸⁷ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 1 de febrero de 2012, expediente 20560.

corregidores e inspectores de policía, quienes quedaron encargados de llevar el registro del estado civil de las personas. Finalmente con el Decreto Ley 1260 de 1970, se estableció como prueba única del estado civil, para los nacimientos, matrimonios y defunciones ocurridos después de su vigencia, las copias auténticas de los registros civiles.

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

“En vigencia del artículo 347 del C.C., y la Ley 57 de 1887, el estado civil respecto de personas bautizadas, casadas o fallecidas en el seno de la Iglesia, se acreditaba con los documentos tomados del registro del estado civil, o con las certificaciones expedidas por los curas párrocos, pruebas que, en todo caso, tenían el carácter de principales. Para aquellas personas que no pertenecían a la Iglesia Católica, la única prueba principal era la tomada del registro del estado civil. Con la entrada en vigencia de la Ley 92 de 1.938 se estableció la posibilidad de suplir la falta de las pruebas principales por supletorias. Para acudir a éstas últimas, era necesario demostrar la falta de las primeras. Esta demostración consistía en una certificación sobre la inexistencia de la prueba principal, expedida por el funcionario encargado del registro civil, que lo era el notario, y a falta de éste, el alcalde. Por su parte, el Decreto 1260 de 1.970 estableció como prueba única para acreditar el estado civil de las personas, el registro civil de nacimiento”⁸⁸.

19.5 En tanto que en la reciente jurisprudencia la Sala argumentó:

“Sobre el particular, al ocuparse de regular los asuntos atinentes a las “PRUEBAS DEL ESTADO CIVIL”, el Decreto - ley 1260 de 1970, en su artículo 105, determina: “Artículo 105.- Los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos. En caso de pérdida o destrucción de ellos, los hechos y actos se probarán con las actas o los folios reconstruidos o con el folio resultante de la nueva inscripción, conforme a lo dispuesto en el artículo 100”. Para eliminar cualquier duda en relación con el alcance y el carácter imperativo de la norma transcrita, el mismo estatuto en cita determina, a la altura de su artículo 106: “Artículo 106.- Ninguno de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil y la capacidad de las personas, sujetos a registro, hace fe en proceso ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en la presente ordenación, salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro”. Sobre el punto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en sentencia del 22 de enero del 2008, señaló: “Así pues, cuando el estado civil se aduce como fuente de derechos y de obligaciones (artículo 1º Decreto 1260 de 1970) es necesario acudir a su régimen probatorio establecido en los artículos 101 y siguientes del Decreto 1260 de 1970”. Con fundamento en lo anterior puede concluirse entonces que el registro civil de nacimiento constituye el documento idóneo para acreditar de manera idónea, eficaz y suficiente la relación de parentesco con los progenitores de una persona, comoquiera que la información consignada en dicho documento público ha sido previamente suministrada por las personas autorizadas y con el procedimiento establecido para tal efecto”⁸⁹.

⁸⁸ Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2009, expediente 16694.

⁸⁹ Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 7 de abril de 2011, expediente 20750.

19.6 En el *sub judice* para acreditar la relación de consanguinidad y parentesco con la víctima Andrés Fabián Garzón Lozano se puede afirmar: (1) se aportó el registro civil de nacimiento de la víctima; (2) se aportó el registro civil de nacimiento sus hermanos Sonia Liliana Garzón Lozano y Jorge Agustín Garzón Lozano, hijos de Fanny Lozano Moreno; (3) se aportó el certificado de registro civil de nacimiento de su madre Fanny Lozano Moreno y de el registro civil de nacimiento de su tía María Eva Lozano Moreno; (4) se aportaron los registros civiles de nacimiento de sus primos Diego Alejandro Ramírez Lozano y Juan David Lozano Moreno, hijos de María Eva Lozano Moreno; y, (5) se aportó el registro civil de nacimiento de su sobrino Juan José Turriago Garzón, hijo de Sonia Liliana Garzón Lozano⁹⁰. Con base en los anteriores elementos probatorios se acredita el parentesco en la calidad afirmada por cada uno de los demandantes para de tal manera presentar sus pretensiones indemnizatorias.

19.7 Por otra parte se aportó el Acta de declaración juramentada con fines extraprocesales surtida por Iván Alejandro Fajardo Bernal y Sonia Liliana Garzón Lozano ante la Notaría Cincuenta [50] del círculo de Bogotá [fl.44 c1], según la cual declararon: “[...] QUE SOMOS CASADOS Y CONVIVIMOS COMO MARIDO Y MUJER DESDE HACE SIETE (7) AÑOS, CONVIVENCIA QUE HA SIDO EN FORMA PERMANENTE CONTINUA Y BAJO UN MISMO TECHO” [fl.44 c1].

⁹⁰ Copia autenticada del registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 8232896, de Andrés Fabián Garzón Lozano [fl.26 c1], según el cual nació el 15 de marzo de 1984 en Villavicencio [Meta], y era hijo de Fanny Lozano Moreno y José Agustín Garzón Quintero [fl.26 c1]. Copia autenticada del registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 11299694, de Sonia Liliana Garzón Lozano [fl.27 c1], según el cual nació el 10 de febrero de 1986 en Villavicencio [Meta], y es hija de Fanny Lozano Moreno y José Agustín Garzón Quintero [fl.27 c1]. Certificado del registro civil de nacimiento, con número 6585868, correspondiente a María Eva Lozano Moreno [fl.28 c1], según el cual nació el 21 de agosto de 1966 en Cumaral [Meta], y es hija de Ana Beatriz Moreno y de Pedro Ezequiel Lozano [fl.28 c1]. Copia autenticada del registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 6692003, de Jorge Agustín Garzón Lozano [fl.29 c1], según el cual nació el 30 de enero de 1982 en Villavicencio [Meta] el 30 de enero de 1982 en Villavicencio [Meta], y es hijo de Fanny Lozano Moreno y de José Agustín Garzón Quintero [f.29 c1]. Copia autenticada del registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 16760347, de Juan David Lozano Moreno [fl.30 c1], según el cual nació el 15 de octubre de 1991 en Villavicencio [Meta], y es hijo de María Eva Lozano Moreno [fl.30 c1]. Copia simple del registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 15220946, de Diego Alejandro Ramírez Lozano [fl.31 c1], según el cual nació el 25 de septiembre de 1986 en Villavicencio [Meta], y es hijo de María Eva Lozano Moreno y de Jaime Ramírez Rodríguez [fl.31 c1]. Copia autenticada del registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 35143657, de Juan José Turriago Garzón [fl.39 c1], según el cual nació el 15 de agosto de 2002 en Villavicencio [Meta], y es hijo de Sonia Liliana Garzón Lozano y Jimmy Eudoro Turriago Chavarro [fl.39 c1]. Copia autenticada del registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 16760347, de Juan David Lozano Moreno [fl.40 c1], según el cual nació el 15 de octubre de 1991 en Villavicencio [Meta], y es hijo de María Eva Lozano Moreno [fl.40 c1]. Copia autenticada del registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 15220946, de Diego Alejandro Ramírez Lozano [fl.41 c1], según el cual nació el 25 de septiembre de 1986 en Villavicencio [Meta], y es hijo de María Eva Lozano Moreno y Jaime Ramírez Rodríguez [fl.41 c1]. Certificado del registro civil de nacimiento, con número 5298003, de María Eva Lozano Moreno [fl.42 c1], según el cual nació el 28 de enero de 1977, y es hija de Ana Beatriz Moreno y de Pedro Ezequiel Lozano [fl.42 c1]. Certificado del registro civil de nacimiento, con número 5298004, de Fanny Lozano Moreno [fl.43 c1], según el cual nació el 15 de diciembre de 1961, y es hija de Beatriz Moreno y de Pedro E. Lozano [fl.43 c1].

Como se allegó este medio probatorio que será apreciado por la Sala, es suficiente para establecer la relación de parentesco o de afinidad que Iván Alejandro Fajardo Bernal podía, y pueda tener, con la víctima Andrés Fabián Garzón Lozano para hacerse reconocer como reclamante de las pretensiones indemnizatorias en el presente proceso, razón para revocar en este aspecto la decisión del a quo de declarar probada la falta de legitimación en la causa por activa de Iván Alejandro Fajardo Bernal, y tenerlo por tanto legitimado.

20 Finalmente, debe examinar la Sala si operó el fenómeno de la caducidad del medio de control de reparación directa.

2.5. Determinación de la caducidad del medio de control de la reparación directa.

21 En su apelación como objeto las entidades demandadas formularon que había operado el fenómeno de caducidad respecto del medio de control de la reparación directa ejercido por los demandantes.

21.1 El *a quo* en la audiencia inicial decidió que no había operado la caducidad de la acción teniendo en cuenta los siguientes criterios: (1) los hechos datan del 28 de marzo de 2007; (2) el deceso de Andrés Fabián Garzón Lozano fue conocido por su madre Fanny Lozano Moreno y sus hermanos Sonia Liliana y Jorge Agustín Garzón Lozano el 17 de noviembre de 2010; (3) la solicitud de conciliación fue presentada el 15 de noviembre de 2012 ante la Procuraduría Delegada ante el Tribunal Administrativo de Casanare; (4) la audiencia de conciliación pre-judicial se celebró el 5 de febrero de 2013 declarándose fallida; (5) la demanda fue presentada el 4 de marzo de 2013; y, (6) el proceso penal que cursa por los hechos bajo el radicado 8122 ante la Fiscalía 95 de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, aún no ha finalizado.

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

2.5.1. El alcance y la determinación de la caducidad en el ejercicio de la acción contencioso administrativa de reparación directa⁹¹.

22 La caducidad de la acción contenciosa administrativa como instituto procesal obtiene soporte y fundamento en el artículo 228 de la Constitución Política. Dicho fundamento constitucional determina la aplicación de los términos procesales en el ordenamiento jurídico, buscando ante todo la protección material de los derechos y la resolución definitiva de los conflictos que surgen a diario en el complejo tejido social⁹²⁻⁹³.

22.1 Conforme a la estructuración conceptual de nuestra legislación, la figura de la caducidad de la acción es de estricto orden público y de obligatorio cumplimiento, innegociable e irrenunciable en cuanto implica el reconocimiento normativo de un lapso habilitador para el ejercicio de ciertas acciones judiciales⁹⁴. En esta perspectiva el legislador ha considerado que la no materialización del término límite establecido para la correspondiente caducidad constituye otro de los presupuestos para el debido ejercicio de las acciones contencioso administrativas que estuvieren condicionadas para estos efectos por el elemento temporal⁹⁵.

22.2 Desde este punto de vista, la caducidad se institucionaliza como un concepto temporal, perentorio y preclusivo de orden, estabilidad, interés general y seguridad

⁹¹ Argumentación tomada del auto de ponente [C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa] de 17 de septiembre de 2013, expediente 45092.

⁹² Corte Constitucional, SC-165 de 1993. “Desde esta perspectiva, es claro que la justicia, entendida como la resultante de la efectiva y recta mediación y resolución con carácter definitivo de los conflictos surgidos en el transcurso del devenir social, se mide en términos del referente social y no de uno de sus miembros”.

⁹³ Corte Constitucional, SC-351 de 1994. “El derecho de acceso a la administración de justicia, sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia. Implícitamente supondría además la exoneración del individuo de toda ética de compromiso con la buena marcha de la justicia, y con su prestación recta y eficaz. Y, en fin (sic), el sacrificio de la colectividad, al prevalecer el interés particular sobre el general. En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual sí resultaría francamente contrario a la Carta”.

⁹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-832 del 8 de agosto de 2001, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL: “La caducidad es una institución jurídico procesal a través del cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público, lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia”.

⁹⁵ Corte Constitucional, SC-351 de 1994. “Para nadie es desconocido que la sociedad entera tiene interés en que los procesos y controversias se cierren definitivamente, y que atendiendo ese propósito, se adoptan instituciones y mecanismos que pongan término a la posibilidad de realizar intemporal o indefinidamente actuaciones ante la administración de justicia, para que las partes actúen (sic) dentro de ciertos plazos y condiciones, desde luego, con observancia plena de las garantías constitucionales que aseguren amplias y plenas oportunidades de defensa y de contradicción del derecho en litigio”.

jurídica para los asociados y la administración desde la perspectiva procesal, generando certidumbre en cuanto a los tiempos de las personas para hacer valer sus derechos ante las autoridades judiciales⁹⁶. En este sentido, las consecuencias del acaecimiento de la condición temporal que es manifiesta en toda caducidad implica la pérdida de oportunidad para reclamar por la vía judicial los derechos que se consideren vulnerados por causa de la actividad de la administración pública⁹⁷.

22.3 De acuerdo con el artículo 164.2, literal i) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando se ejerza el medio de control de la reparación directa deben tenerse en cuenta los siguientes supuestos para que opere la caducidad: (1) *“al día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño”*; (2) *“de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia”*; y, (3) cuando la pretensión de reparación directa deriva del delito de desaparición forzada *“se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la*

⁹⁶Corte Constitucional. Sentencia C-781 del 13 de octubre de 1999, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ: “De otro lado, resulta necesario dotar de firmeza a las determinaciones oficiales estableciendo un momento a partir del cual ya no es posible controvertir algunas actuaciones. De lo contrario, el sistema jurídico se vería avocado a un estado de permanente latencia en donde la incertidumbre e imprecisión que rodearían el quehacer estatal entorpecerían el desarrollo de las funciones públicas. Ha dicho la Corte: ‘La caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusas algunas para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado’. Ahora bien: los términos de caducidad no pueden interpretarse como una forma de negar el acceso a la justicia, precisamente porque la limitación de plazo para impugnar ciertos actos –y es algo en lo que se debe insistir– está sustentada en el principio de seguridad jurídica y crea una carga proporcionada en cabeza de los ciudadanos para que se interesen y participen prontamente en el control de actos que vulneran el ordenamiento jurídico. Ha añadido la Corte: ‘El derecho de acceso a la administración de justicia sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, éste pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia. Implícitamente supondría además la exoneración del individuo de toda ética de compromiso con la buena marcha de la justicia, y con su prestación recta y eficaz. Y, en fin, el sacrificio de la colectividad, al prevalecer el interés particular sobre el general. En suma, esa concepción impediría su funcionamiento eficaz, y conduciría a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. Todo lo cual sí resultaría francamente contrario a la Carta”

⁹⁷Corte Constitucional. Sentencia C-115 de 1998: “La ley establece un término para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas (art. 136 CCA), de manera que al no promoverse la acción dentro del mismo, se produce la caducidad. Ello surge a causa de la inactividad de los interesados para obtener por los medios judiciales requeridos la defensa y el reconocimiento de los daños antijurídicos imputables al Estado. Dichos plazos constituyen entonces una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado”.

ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que la demanda con tal pretensión pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición”.

22.4 El tratamiento legislativo a la caducidad en la acción de reparación directa es claro: el legislador ha establecido una evidente e inobjetable regla general en la materia, permitiéndole a quien alegue ser víctima de daños antijurídicos imputables al Estado, hacer uso de la acción dentro de los 2 años siguientes (*Día siguiente*) de la ocurrencia del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal por obra pública o por cualquier otra causa de la propiedad ajena, o también, según el caso y las circunstancias, es procedente su invocación a partir del día siguiente a aquel en que la persona interesada tenga conocimiento del hecho, operación, omisión u ocupación, etc⁹⁸. Así las cosas, se ha distinguido que el cómputo de dicho término principia i) al día siguiente a cuando ha sucedido la conducta generadora del daño antijurídico, o ii) a partir de cuando ésta es conocida por quien la ha padecido⁹⁹.

⁹⁸ Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2000, expediente 12200: “Por regla general, la fecha para la iniciación del conteo de ese término es el del día siguiente al del acaecimiento del hecho, omisión y operación administrativa. Excepcionalmente, esta Sala en su jurisprudencia ha tenido en cuenta que el término de caducidad, por alguna de esas conductas administrativas, se cuenta a partir del conocimiento del hecho dañino y no a partir de su ocurrencia, precisamente, porque el hecho no se hizo visible. Si en este caso el hecho ocurrió el día 5 de octubre de 1988 el término venció al fenecimiento del bienio, contado a partir del día siguiente al señalado. El caso planteado no se ubica en la situación relativa a que un hecho administrativo pasado se conoce cuando el daño causado aparece (caso médico de práctica de cirugías en las cuales se le deja al paciente un instrumento el cual se descubre cuando el paciente se enferma y se reinterviene)”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 10 de noviembre de 2000, expediente 18805: “La providencia de fecha 30 de abril de 1997, exp. 11350, ciertamente alude al tema de la caducidad de la acción y refiere que no puede extremarse el rigor para verificar el término de la misma, pero debe advertirse que se trata de un caso clínico en el cual la víctima directa sufrió una lesión irreversible en el oído, la cual no le fue diagnosticada al momento de ser dado de baja sino cuando la Junta Médica Laboral rindió su concepto. Sin embargo, la Sala ha sido flexible y ha garantizado el acceso a la administración de justicia en eventos en los que no se tiene certeza sobre cuándo se inicia el cómputo del término de caducidad, para que dentro del proceso se demuestren las condiciones que permitan determinar si operó o no dicho fenómeno. En este sentido se pronunció en providencia del 7 de mayo de 1998 proferida dentro del proceso 14.297 adelantado por W. A. L. contra el Instituto de Seguro Social. En el mismo sentido se pronunció la Sala en sentencia del 7 de septiembre de 2000, exp. 13126, dentro del proceso adelantado por J. A. R. A. contra Nación-Ministerio de Obras Públicas, exp. 12090 y del 10 de abril de 1997, exp. 10954”.

⁹⁹ Al respecto la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado: “En el caso sub examine, al estar en presencia de las anteriores circunstancias, el término de caducidad debe ser el dispuesto en el inciso 2° del numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. Debemos precisar que dicho artículo, al ser adicionado por la Ley 589 de 2000, en el sentido de establecer en su inciso segundo una variación en relación con el momento en que se inicia el conteo del término para intentar la acción, no hizo otra cosa que permitir el acceso a la justicia para aquellas personas víctimas de este cruel delito, debido a que, como ya se mencionó, el delito de desaparición forzada continúa en el tiempo hasta tanto ocurra uno de estos eventos: que aparezca la víctima, o desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición. Luego entonces, el plazo de los dos (2) años se empieza a contabilizar a partir del acaecimiento de cualquiera de los sucesos ya indicados. Del estudio del material probatorio allegado al proceso, es posible establecer que el soldado Gildardo Pabón Perdomo se encuentra desaparecido desde 1998, sin que a la fecha se tenga conocimiento de su paradero, y por cuanto dicha conducta no ha cesado, no puede considerarse caducada la acción de reparación directa, toda vez que éste no ha recobrado su libertad, ni tampoco se ha proferido sentencia dentro del proceso penal que se adelanta ante la Fiscalía General de la Nación Unidad Nacional de Derechos

22.5 El primero de estos supuestos se encuentra consagrado expresamente en el artículo 164.2 literal i), primer inciso “a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño”, por lo cual se constituye en la regla general sobre la materia.

22.6 Por otra parte, el segundo evento de cómputo de la caducidad ha sido estructurado a partir de un criterio de *cognoscibilidad*, y tiene lugar cuando el hecho dañoso pudo haberse presentado en un momento determinado, pero solamente hasta una ulterior oportunidad sus repercusiones se manifestaron de manera externa y perceptible para el afectado, entonces, el término de caducidad inicia a partir de cuándo el daño se hizo cognoscible para quien lo padeció^{100 101}, como lo consagra el artículo 164.2 literal i) inciso primero, “cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia”.

22.7 La acción de reparación directa tiene también por objeto las reparaciones derivadas de los delitos de *lesa humanidad*, sin embargo tan solo para uno de esos hechos punibles, el de *desaparición forzada*, el legislador le estableció al ejercicio de la acción reglas especiales de caducidad conforme se desprende de lo dispuesto en el artículo 164.2 literal i) 2º inciso.

22.8 En este sentido el término de caducidad tiene tres posibles eventos para su conteo: a partir del día de aparición de la víctima, lo cual se convierte en un dato histórico cierto y objetivo, del cual se puede predicar los postulados generales para la caducidad de la simple acción de reparación directa: (1) a partir de la fecha en que aparezca la víctima; (2) a partir del día de la firmeza por ejecutoria del fallo penal que declare la desaparición forzosa, caso en el cual podría aplicarse las reglas jurisprudenciales respecto de la caducidad por daños a partir de detención arbitraria; y, por último, (3) a partir del momento de ocurrencia de los hechos, que en la práctica constituye también una fecha cierta.

Humanos y Derecho Internacional Humanitario.” Sección Tercera, Subsección C. Auto de 21 de febrero de 2011, expediente 39360.

¹⁰⁰ Sección Tercera. Sentencia de 11 de mayo de 2000, expediente 12200.

¹⁰¹ Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 2004, expediente 18273. “No obstante, esta Corporación ha expresado, en diferentes ocasiones, que si bien el término de caducidad empieza a correr a partir de la ocurrencia del hecho o la omisión, cuando no puede conocerse, en el mismo momento, cuáles son las consecuencias de éstos, debe tenerse en cuenta la fecha en la que se determina que el perjuicio de que se trata es irreversible y el paciente tiene conocimiento de ello. Con mayor razón, entonces, debe entenderse que el término de caducidad no puede comenzar a contarse desde una fecha anterior a aquélla en que el daño ha sido efectivamente advertido”.

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

22.10 En este marco, es claro que la tutela constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva [acceso a la administración de justicia] en el que está inmersa la consideración del término de caducidad no puede dar lugar a considerar que se ampare la “inacción o negligencia del titular” de la acción¹⁰². El ejercicio del medio de control de la reparación directa dentro de los términos fijados por el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, representa una manifestación clara del principio de seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general, por lo que la jurisprudencia constitucional considera que la caducidad se constituye en el, “[...] límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado”¹⁰³.

22.11 Las reglas y fundamentos anteriores deben, por garantía imperativa del artículo 93 de la Carta Política, de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos [incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 16 de 1972], y del principio de derecho internacional del *ius cogens*, deben armonizarse cuando se demanda la responsabilidad patrimonial del Estado por actos de lesa humanidad, ya que en estos eventos [en una perspectiva adjetiva, no individual] debe examinarse cómo en dichos eventos no puede mantenerse un excesivo rigorismo que represente el incumplimiento de

¹⁰² Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2001. Puede verse también sentencias C-394 de 2002, C-1033 de 2006, C-410 de 2010. “La caducidad es una institución jurídico procesal a través del cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso”.

¹⁰³ Corte Constitucional, Sentencia C-115 de 1998.

principios y mandatos normativos de derecho internacional público [de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario] a los que está sujeto el Estado colombiano.

2.5.2. Delimitación de la caducidad cuando de los hechos se puede configurar un acto de lesa humanidad como supuesto fáctico para encuadrar la responsabilidad patrimonial del Estado¹⁰⁴.

23 Ahora bien, la Sala encuentra que conforme a los hechos expuestos tanto en la demanda y en la sentencia del *a quo*, la hipótesis de la sujeción del juzgamiento de las conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad que comprometan la responsabilidad del Estado a la regla general de caducidad de los dos (2) años establecida en el artículo 164.2 literal i) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo resulta insuficiente y poco satisfactoria, sobre todo cuando se hace manifiesta la presencia de situaciones fácticas que se enmarcan en hipótesis constitutivas de delitos que comprometen intereses y valores sustancialmente diferentes a los simplemente individuales; intereses y valores vinculados materialmente a la suerte de la humanidad misma, y que por lo tanto trascienden cualquier barrera del ordenamiento jurídico interno que fundada en razones de seguridad jurídica pretenda establecer límites temporales para el juzgamiento de los mismos, sea en el ámbito de la responsabilidad penal o de cualquier otro, como el de la responsabilidad del Estado.

23.1 Se hace preciso, pues, abordar el tema a partir de una hipótesis particular que tiene por fundamento el derecho a una tutela judicial efectiva, en aplicación del artículo 229 constitucional en armonía con el ordenamiento jurídico internacional [obligaciones convencionales consagradas en los artículos 1.1, 2 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y en sus Protocolos Adicionales] y con los compromisos internacionales del Estado colombiano, que parten de la premisa de que las hipótesis de daño antijurídico acaecidos con ocasión de actos de lesa humanidad no tienen caducidad de ninguna clase y su tratamiento procesal no puede hacerse con sujeción a las reglas limitativas de la caducidad propias del ordenamiento jurídico interno de los países en cuanto entrañan situaciones de

¹⁰⁴ Argumentación tomada del auto de ponente [C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa] de 17 de septiembre de 2013, expediente 45092.

interés para la humanidad, en relación con los cuales los argumentos de seguridad jurídica deben ceder en aras de una adecuada ponderación a favor de esos intereses superiores que los delitos en mención involucran.

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

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

23.4 La Sala entiende que cuando se está en presencia de actos de lesa humanidad [configurados como crímenes de lesa humanidad] como aquellos actos ominosos que niegan la existencia y vigencia imperativa de los Derechos Humanos en la sociedad, al atentar contra la dignidad humana por medio de acciones que llevan a la degradación de la condición de las personas, generando no sólo una afectación a quienes físicamente han padecido tales actos, sino también agrediendo a la conciencia de toda la humanidad.

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

23.6 En cuanto a lo primero, valga señalar que, como se deja claro en las definiciones estatutarias del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, de la Corte Penal Internacional, e inclusive la propia jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia –en contra de su Estatuto–, como crimen el delito de lesa humanidad no requiere, para su configuración, que se ejecute dentro de un contexto de un conflicto armado internacional o interno, basta, a diferencia del crimen de guerra, que se compruebe la configuración de una modalidad específica de ejecución cual es en el marco de una actuación masiva o sistemática¹⁰⁵.

23.7 En cuanto a la segunda característica, la *imprescriptibilidad*, debe señalarse que la Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968 estableció en el artículo I que “*Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido*”¹⁰⁶, enlistándose en el literal b) el delito de lesa humanidad, conforme a la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. Esta tesis es refrendada por amplia jurisprudencia sobre la materia, como la arriba citada, en donde se pone de presente que dada la gravedad que comporta el delito de lesa humanidad, la acción penal no prescribe¹⁰⁷, tal como se expone con meridiana claridad en la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano vs Chile, en donde el Tribunal consideró que la regla de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, consagrada en la Convención de 1968, reviste la connotación de ser una norma de *ius cogens*, de manera que aunque el estado chileno, demandado en el caso, no había suscrito tal tratado, éste le resultaba aplicable, por ser disposición de derecho público internacional inderogable por parte de los Estados. La Corte expuso lo anterior en los siguientes términos:

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

¹⁰⁵ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. 1996. Volumen II Segunda Parte. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo periodo de sesiones, p.52.

¹⁰⁶ [http://www2.ohchr.org/spanish/law/crimenes_guerra.htm; consultado el 18 de marzo de 2013].

¹⁰⁷ Ver: En el caso colombiano auto de 27 de noviembre de 2009 proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá; autos de 21 de septiembre de 2009 y 13 de mayo de 2010 proferidos por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal exp. 32033. También en el caso de Argentina el fallo de 8 de marzo de 2005 en el caso Arancibia Clavel, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la decisión de 17 de enero de 2006 proferida en el caso Kolk y Kislyiy vs Estonia; entre otros.

idem, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables.

152. En efecto, por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad¹⁰⁸ claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”.

153. Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa” [subrayado fuera de texto].

23.8 En consecuencia, pese a que no se haya ratificado la Convención sobre la imprescriptibilidad de estos delitos internacionales, conforme al razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es claro que ello resulta intrascendente dado que por ser norma de *ius cogens* la misma está inmersa y presente dentro del derecho internacional público consuetudinario y es de imperiosa observancia por parte de los Estados, siendo nulo cualquier tratado internacional encaminado a desconocerla¹⁰⁹⁻¹¹⁰.

23.9 De otra parte, la Sala advierte que la configuración de un delito de lesa humanidad no se agota simplemente en la ocurrencia de alguna de las conductas

¹⁰⁸ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.

¹⁰⁹ Convención de Viena. Artículo 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“*ius cogens*”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

¹¹⁰ Puede verse en el ordenamiento jurídico colombiano: Corte Constitucional, Sentencia C-620/2011 donde se dijo: “77. O sea, que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, frente al reclamo sobre la prescripción de la acción de delitos que representan graves violaciones de derechos humanos y en su caso delitos de lesa humanidad que se investigan, ha estimado que la misma no es predicable porque así lo imponen tanto la atrocidad de los actos y la afectación sobre las víctimas y la humanidad misma, como los máximos niveles posibles de protección de que pueda disponer el Estado, el legislador o en su defecto el juez de la causa. Consideraciones dentro de las que se incluyen no sólo el delito de genocidio que aparece individualizado en dicho proceso, sino todos los delitos atroces y estimados como graves violaciones de derechos humanos, dentro de los que se encuentra el de desaparición forzada”. Por su parte, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en auto de 13 de mayo de 2010, dentro del caso César Pérez García, radicado: 33118. Ha dicho: “En conclusión, al tratarse de uno de los Principios del Derecho Internacional y que debe ser ejecutado por todos los Estados, independientemente de su adhesión o no al Convenio referido, es inadmisibles predicar la operancia de la prescripción como mecanismo de salvamento para detener, terminar o evitar el inicio de una investigación relacionada con la comisión de crímenes graves contra los Derechos Humanos y la humanidad en sí, como es el caso del genocidio de lesa humanidad. Razón por la cual, aunque el Estado Colombiano no ratificó el Tratado mencionado, ello no es óbice para reconocer que respecto de los delitos de lesa humanidad -como el pluricitado genocidio- no opera la prescripción, esto es, deben ser investigables en cualquier tiempo”.

puntualmente tipificadas como tal [v. gr. asesinato, tortura, etc.], pues se trata de delitos comunes reconocidos de antaño por las disposiciones penales en el derecho interno, sino que es exigencia *sine qua non* acreditar los elementos *contextuales* que cualifican y hacen que tal crimen derive en uno de lesa humanidad¹¹¹, a saber: que se ejecute (i) contra la población civil y (ii) en el marco de un ataque generalizado o sistemático

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

23.11 Sobre esto debe indicarse que el sustento normativo de la atemporalidad para juzgar conductas que se enmarquen como constitutivas de lesa humanidad no es algo que se derive de un sector propio del ordenamiento jurídico común como lo es el derecho penal, sino que, por el contrario, surge del corpus iuris de derechos humanos, de la normativa internacional en materia de derechos humanos así como de la doctrina y jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales sobre la materia, como se ha visto; de manera que el eje central del cual se deriva la imprescriptibilidad de la acción judicial en tratándose de una conducta de lesa humanidad se sustenta en la afrenta que suponen dichos actos para la sociedad civil contemporánea, razón por la cual, en virtud de un efecto de irradiación, las consecuencias de la categoría jurídica de lesa humanidad se expanden a las diversas ramas del ordenamiento jurídico en donde sea menester aplicarla, esto es, surtirá efectos en los diversos ámbitos del ordenamiento jurídico en donde surja como exigencia normativa abordar el concepto de lesa humanidad a fin de satisfacer las pretensiones de justicia conforme al ordenamiento jurídico supranacional, constitucional y legal interno; pues, guardar silencio, en virtud del argumento de la prescripción de la acción, respecto de una posible

¹¹¹ El TPIY ha sostenido al respecto: “271. La Sala de Primera Instancia reconoció correctamente que los delitos que no están relacionados con ataques generalizados o sistemáticos contra una población civil no deben ser enjuiciados como crímenes contra la humanidad. Crímenes de lesa humanidad son delitos de carácter especial a que un mayor grado de depravación moral que atribuye a un delito común. Así, para condenar a un acusado de crímenes contra la humanidad, debe probarse que los crímenes estaban relacionados con el ataque contra una población civil (que ocurre durante un conflicto armado) y que el acusado sabía que sus crímenes eran tan relacionados entre sí” [subrayado fuera de texto]. Sentencia proferida por la Sala de apelaciones del TPIY el 15 de julio de 1999, en [<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>].

responsabilidad del Estado en esta clase de actos que suponen una violación flagrante y grave de Derechos Humanos equivaldría a desconocer la gravedad de los hechos objeto de pronunciamiento –y sus nefastas consecuencias-.

23.12 Puede sostenerse, sin duda alguna, que la ocurrencia de actos de lesa humanidad respecto de los cuales se demande la responsabilidad del Estado exige comprender, siguiendo la precedente argumentación, que el estudio de la caducidad de la acción de reparación directa no puede quedar limitada sólo al tenor literal del artículo 164.2 literal i) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [Ley 1437 de 2011], sino que es esta norma es la base para operar una debida y ponderada aplicación de tal fenómeno procesal. Se trata, pues, de la afirmación del principio de integración normativa que implica la aplicación de normas de diferentes ordenamientos como forma de colmar las lagunas, o vacíos normativos en los que nada se expresa acerca de la caducidad de la mencionada acción cuando se trata de demandar la responsabilidad del Estado por actos de lesa humanidad.

23.13 En este orden de ideas, si hoy por hoy la premisa aceptada en punto de la responsabilidad penal de individuos es la imprescriptibilidad por la ocurrencia de actos de lesa humanidad, admitiendo matizaciones de garantías liberales clásicas en esta materia, no habrían mayores complicaciones para que en sede de la jurisdicción contenciosa administrativa se predique similares consideraciones, dado que resultaría paradójico que se atribuya responsabilidad penal a un individuo que ha actuado en su condición [o prevalido de la misma] de agente del Estado y se guarde silencio respecto de la responsabilidad del Estado por las mismas circunstancias, siendo posible que ese agente haya empleado recursos logísticos, técnicos y humanos del Estado para llevar a cabo estos crímenes o, por el contrario, teniendo el deber normativo de actuar a fin de evitar un resultado lesivo éste se abstuvo de ejecutar tal acción.

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

23.15 Debe sostenerse que se justifica un trato diferenciado en relación con el régimen ordinario de caducidad de las acciones contencioso administrativas¹¹², en razón al fundamento jurídico que sustenta la petición indemnizatoria, pues no se persigue solamente la satisfacción de un interés particular de los demandantes, sino que plantea también la protección del interés público y de los derechos de la humanidad, considerada como un todo, pues esta clase de actos de lesa humanidad repudiados no sólo vulneran a quien padece directamente tales actos sino que, en virtud de su perversión moral, representan una afrenta grave a toda la sociedad civil organizada al cuestionar la vigencia imperativa de los Derechos Humanos y del concepto de humanidad¹¹³, con independencia del contexto nacional al que pertenezcan los afectados directos, disposiciones éstas que constituyen los cimientos estructurales de todo Estado de Derecho¹¹⁴, en virtud del sustrato axiológico que le es inherente a todo ordenamiento jurídico contemporáneo

¹¹² Al respecto es valioso el comentario de Schmidt-Assmann en torno a considerar la cada vez más creciente vinculación del derecho internacional dentro del derecho administrativo. “13. En el futuro también el Derecho Internacional incidirá con mayor frecuencia en la actuación administrativa. La eficacia vinculante de las normas generales del Derecho Internacional, que conforme al art 25 GG es fuente de derechos y obligaciones individuales, apenas si ha tenido relevancia práctica en muy concretos ámbitos administrativos con trascendencia internacional, pero no en las tareas cotidianas de la mayoría de los órganos administrativos [...] En esta línea, el derecho internacional convencional irá aumentando progresivamente su importancia como fuente de vinculación de la administración [...] Por lo demás, allí donde los Tratados internacionales –como, por ejemplo, CEDH- cuentan con instrumentos propios de protección, de los que puede resultar una interpretación uniforme de los tratados, las Administraciones nacionales están sin duda vinculadas a aquella jurisprudencia.”. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid, Marcial Pons, 2003, p.59.

¹¹³ Sentencia de 29 de noviembre de 1996 TPIY caso *Fiscal vs Erdemovic*. “28. Los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, lo que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima.” [subrayado fuera de texto].

¹¹⁴ Al respecto Pérez Luño afirma: “c) El estado social de derecho implica también la superación del carácter negativo de los derechos fundamentales que dejan, de este modo, de ser considerados como una autolimitación del poder soberano del Estado para devenir (en) límites que el principio democrático de la soberanía popular impone a los órganos que de ella dependen. Por tanto, el papel de los derechos fundamentales deja de ser meros límites de la actuación estatal para transformarse en instrumentos jurídicos de control de su actividad positiva, que debe estar orientada a posibilitar la participación de los individuos y los grupos en el ejercicio del poder. Lo que trae como consecuencia la necesidad de incluir en el sistema de los derechos fundamentales no sólo las libertades clásicas, sino también a los derechos económicos, sociales y culturales como categorías accionables y no como meros postulados programáticos.”. PEREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid. Cuarta edición, 1991. p. 227-228.

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

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

23.17 Por el contrario, no es de recibo este criterio tratándose de asuntos en los que la acción persigue la satisfacción de intereses públicos intersubjetivamente relevantes para la humanidad, considerada como un todo, siendo sustraída de esta sanción perentoria por el transcurso del tiempo, pues, en estos eventos, el ejercicio de una acción dentro de un término específico debe ceder frente a principios o valores superiores esenciales para la humanidad, al decir de Radbruch: *"la seguridad jurídica no es el valor único ni decisivo, que el derecho ha de realizar. Junto a la seguridad encontramos otros dos valores: conveniencia (Zweckmäßigkeit) y justicia"*¹¹⁵.

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

¹¹⁵ RADBRUCH, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Abeledo-Perrot, 1962, p.36. Sobre la tesis de Radbruch Alexy sostiene lo siguiente: *"Si los mejores argumentos a favor de una prioridad estricta de la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social sobre la corrección material se pronunciasen, la famosa frase de Kelsen "[d]e ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho"*³⁰ *sería correcta desde cualquier punto de vista. Con posterioridad a 1945 Radbruch adujo contra esto que el conflicto entre la justicia, esto es, la corrección material, y la seguridad jurídica podría resolverse en principio a favor de la seguridad jurídica; esto, sin embargo, no resultaba válido sin restricción. La prioridad de lo legal y lo eficaz sobre lo correcto llegaba a un límite cuando la contradicción entre una ley positiva con la justicia alcanzaba una "medida insoportable Esto puede reducirse a la breve fórmula:*

*La extrema injusticia no es Derecho*³².

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

23.19 Estas consideraciones sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, se corresponde plenamente con los principios y valores constitucionales establecidos por el constituyente en 1991, tanto en el preámbulo en donde se expresa como fines “asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz”, norma con eficacia jurídica¹¹⁶, así como en el artículo 2º superior que establece que:

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

23.20 De estas disposiciones se derivan mandatos normativos dirigidos al Estado para que materialice los principios y valores constitucionales que, en últimas, justifican la existencia del Estado colombiano, de donde se resalta la prosecución de la justicia y la efectividad de los principios y derechos; así, se observa que la regla de la imprescriptibilidad se aviene con esta normativa constitucional y, más aun, la misma es necesaria para entender que en casos donde han ocurrido actos constitutivos de lesa humanidad se está cristalizando la teleología constitucional, pues la impunidad de hechos de tal envergadura constituyen una negación del Estado Social de Derecho; aunque se advierte que la obligación del Estado de juzgar tales conductas no surge por la pertenencia a un determinado sistema político local o regional sino invocando la universalidad de la protección de los Derechos Humanos, es decir, actuando como garante principal del respeto y realización efectiva de los derechos de la humanidad dentro de su respectiva circunscripción territorial¹¹⁷.

¹¹⁶ Sobre el valor normativo del preámbulo la jurisprudencia constitucional ha sostenido: “Considera la Corte que la preceptiva constitucional ha sido enderezada por el propio Constituyente a la realización de unos fines, al logro de unos cometidos superiores ambicionados por la sociedad, que cabalmente son los que plasma el Preámbulo y que justifican la creación y vigencia de las instituciones. Quitar eficacia jurídica al Preámbulo, llamado a guiar e iluminar el entendimiento de los mandatos constitucionales para que coincida con la teleología que les da sentido y coherencia, equivale a convertir esos valores en letra muerta, en vano propósito del Constituyente, toda vez que al desaparecer los cimientos del orden constitucional se hace estéril la decisión política soberana a cuyo amparo se ha establecido la Constitución. Juzga la Corte Constitucional que el Preámbulo goza de **poder vinculante** en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios”. Corte Constitucional, Sentencia C-479 de 1992.

¹¹⁷ Como lo anota Yasemin Soysal. “En el periodo de posguerra el Estado-nación, como estructura de organización formal, se desvincula cada vez más del locus de legitimidad, el cual se ha trasladado al nivel global trascendiendo las identidades y las estructuras territorializadas. En este nuevo orden de la soberanía, el sistema principal asume la labor de definir las reglas y los principios, otorgando a los Estados-nación la responsabilidad de garantizar su respeto y aplicación (Meyer, 1980, 1994). Los Estados-nación siguen siendo los principales agentes de las funciones públicas, aunque la naturaleza y los parámetros de estas funciones son determinadas cada vez más en el nivel global.”. SOYSAL, Yasemin. Hacia un modelo de pertenencia

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

23.22 La Sala llega a esta conclusión, además, invocando el control de convencionalidad obligatorio¹¹⁸, el cual se entiende como el juicio de revisión de la adecuación del ordenamiento interno a la luz de los postulados convencionales, a cargo de los jueces ordinarios, a fin de velar por la regularidad y armonía de las normas del derecho interno frente a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos al momento de su aplicación, acatando la interpretación que de las primeras ha efectuado la Corte Interamericana; no es más que un instrumento para garantizar la efectividad de las disposiciones convencionales en el marco de las decisiones judiciales ordinarias¹¹⁹. Esto lleva a que adicional a las

posnacional, en *Ciudadanía Sin Nación*. (Yasemin Soysal, Rainer Bauböck y Linda Bosniak) Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar. Bogotá, 2010, pp.138-139.

¹¹⁸ Fundamentado en los artículos 8.1 “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.” y 25 “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.” de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹¹⁹ Esta doctrina surgió en los casos *Almonacid Arellano vs Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, en donde se dijo: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de

normas internas que rigen el trámite de los procedimientos contenciosos administrativos, la Sala de Sección precisa que al momento de su interpretación y aplicación el funcionario judicial no sólo debe remitirse a ellas sino que en su razonamiento debe acudir a las normas constitucionales y de orden supraconstitucional, donde se enfatiza en la Convención Americana de Derechos Humanos y la doctrina desarrollada a partir de ella por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

23.23 Lo anterior en razón a que ya es un lugar común sostener que el Juez Administrativo no es un mero ejecutor formal de las normas legales sino que en razón al rol funcional que desempeña dentro del Estado Social de Derecho, es su obligación, antes que nada, ser garante de la corrección constitucional en la interpretación y aplicación de las normas legales, al igual que ejercer, *ex officio*, el control de convencionalidad que se le impone en razón a la fuerza vinculante de los tratados de Derechos Humanos y su doctrina.

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

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

25 La Sala después de analizar la demanda, la contestación de la demanda, y todo el abundante acervo probatorio considera que no operó el fenómeno de caducidad en el presente caso, confirmándose la decisión adoptada por el a quo en la audiencia inicial por las siguientes razones: (1) se encuentra demostrado que el hecho de la muerte de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** ocurrió el 28 de marzo de 2007 en la vereda El Viso del municipio de Maní, Casanare; (2) dicho hecho como tal no fue posible conocer a los demandantes, especialmente a su

convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana." y Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú de 24 de noviembre de 2006, apuntándose en esta decisión lo siguiente: "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones".

madre Fanny Lozano Moreno y a sus hermanos Sonia Liliana y Jorge Agustín Garzón Lozano hasta el 17 de noviembre de 2010 cuando fueron contactados por miembros del Ejército Nacional a instancias de los procesos penal militar y disciplinario que estaban en curso; (3) que si bien la solicitud de conciliación se presentó el 15 de noviembre de 2012, esto es dentro del término para ejercer la acción de reparación en los términos del antiguo artículo 136.8 del Código Contencioso Administrativo, y esta se celebró el 5 de febrero de 2013 declarándose fallida, presentándose la demanda sólo hasta el 4 de marzo de 2013, no puede comprenderse que opera el cómputo de los términos de caducidad como lo consagra el artículo 164.2 literal i) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ya que la muerte de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** debe estudiarse como un acto de lesa humanidad ya que hace parte de una acción sistemática que ciertos agentes del Estado en los últimos años vienen practicando contra miembros de la población civil, que para el caso en concreto se materializó en la muerte violenta de dos personas Andrés Fabián Garzón Lozano y Kemel Mauricio Arteaga; (4) de ahí, pues, que existe y está en curso ante la Fiscalía 95 de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario el proceso penal identificado con el número de radicado 8822, de cuyas pruebas se desprende una serie de factores para llegar a su calificación como acto de lesa humanidad, especialmente por la planificación previa que de las conductas como las que se juzga ha venido operando en los últimos años en las fuerzas militares del Estado colombiano; por lo tanto, (5) la Sala concluye que en el presente caso si bien se presentó la demanda el 4 de marzo de 2013, cuando debió haberse hecho dentro del término que quedó suspendido a la presentación de la solicitud de conciliación pre-judicial, la interpretación convencional, constitucional y ponderada exige comprender que al tratarse de un acto que puede configurarse como de lesa humanidad el fenómeno de caducidad no ha operado.

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

3. Análisis de las impugnaciones.

27 El análisis de las impugnaciones se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por las partes en sus escritos de apelación oportunamente presentados [siguiendo la sentencia de Sala Plena de Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, expediente 21060]. Específicamente, se analizará por la Sala el juicio de imputación, en sus ámbitos fáctico y jurídico, y la liquidación de los perjuicios morales, precisándose su estudio de la siguiente manera: (1) no hay certeza que los miembros del Ejército Nacional que participaron en los hechos hayan actuado por fuera de ley; (2) los perjuicios morales o sólo deben reconocerse y liquidarse a favor de la madre y hermanos, o debe hacerse respecto de todos los demandantes; (3) los perjuicios morales deben incrementarse ante la violación de los derechos humanos de la víctima; (4) debe reconocerse los perjuicios extrapatrimoniales por vulneración de los derechos a la vida, intimidad personal y familiar y buen nombre de la víctima; (5) al haberse demostrado la condición de trabajador de la víctima debe reconocerse los perjuicios materiales; y, (6) debe tenerse en cuenta las medidas de reparación integral.

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

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

4.1. Aportadas con la demanda.

1 Copia simple del registro civil de defunción de un N.N., con indicativo serial número 5312686 [fl.24 c1].

2 Copia simple del registro civil de defunción de Andrés Fabián Garzón Lozano, con indicativo serial 5312793 [fl.25 c1].

3 Copia autenticada del registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 8232896, de Andrés Fabián Garzón Lozano [fl.26 c1].

4 Copia autenticada del registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 11299694, de Sonia Liliana Garzón Lozano [fl.27 c1].

5 Certificado del registro civil de nacimiento, con número 6585868, correspondiente a María Eva Lozano Moreno [fl.28 c1].

6 Copia autenticada del registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 6692003, de Jorge Agustín Garzón Lozano [fl.29 c1].

7 Copia autenticada del registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 16760347, de Juan David Lozano Moreno [fl.30 c1].

8 Copia simple del registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 15220946, de Diego Alejandro Ramírez Lozano [fl.31 c1].

4.2. Aportadas con la subsanación de la demanda.

9 Copia autenticada del registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 35143657, de Juan José Turriago Garzón [fl.39 c1].

10 Copia autenticada del registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 16760347, de Juan David Lozano Moreno [fl.40 c1].

10 Copia autenticada del registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 15220946, de Diego Alejandro Ramírez Lozano [fl.41 c1].

11 Certificado del registro civil de nacimiento, con número 5298003, de María Eva Lozano Moreno [fl.42 c1].

12 Certificado del registro civil de nacimiento, con número 5298004, de Fany Lozano Moreno [fl.43 c1].

13 Acta de declaración juramentada con fines extraprocesales surtida por Iván Alejandro Fajardo Bernal y Sonia Liliana Garzón Lozano ante la Notaría Cincuenta [50] del círculo de Bogotá [fl.44 c1].

4.3. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda.

14 Oficio número 0019 MDNSGDALGCC-CAS 2013, del apoderado de las demandadas y dirigido al Comandante del Batallón de Infantería No.44 "Ramón Nonato Pérez" de Tauramena, Casanare [fl.85 c1].

15 Oficio número, del apoderado de las demandadas y dirigido al Comandante del Batallón de Infantería No.44 "Ramón Nonato Pérez" de Tauramena, Casanare [fl.85 c1].

16 Oficio número 13-001917 MDNSGDALGCC-41, de 22 de abril de 2013, de la Coordinadora del Grupo Contencioso Constitucional y dirigido a la Jefatura de Derechos Humanos del Ejército Nacional [fl.87 c1].

4.4. Medios recaudados dentro del período probatorio

17 Oficio número 4059/MDN-CGFM-CE-DIV08-JEM-CJM-38.10, de 28 de junio de 2013, del Oficial de Desarrollo Humano de la Octava División [fl.134 c1].

18 Oficio número 1634/MDN-CGFM-CE-DIV08-BR16-BIRN044-CJM-27.3, de 6 de mayo de 2013, del Comandante del Batallón de Infantería No. 44 "Cr. Ramón Nonato Pérez" [fl.135 c1].

19 Declaraciones rendidas por María Lilia Nohora Torres Sánchez, Luz Marina González Robalo y Jimmy Eudoro Turriago Chavarro [fls.147 a 149 c1, 151 c1 en medio magnético].

4.5. Prueba trasladada desde el proceso penal ordinario.

20 Oficio, de 22 de septiembre de 2013, del Fiscal 95 Especializado de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario [fl.437 c2].

20.1 Oficio número 217, de 29 de marzo de 2007, del Asistente Judicial III de la Fiscalía Sexta Delegada ante el Juez Promiscuo Municipal de Maní, Casanare [fl.440 c2].

20.2 Informe de operaciones suscrito por el Sargento Segundo Wilson Burgos Jiménez y el Sargento Viceprimero Oscar Gaviria Pachajoa [fl.225 cp].

20.3 Acta de inspección a cadáver número 005 de 28 de marzo de 2007 según la cual "a las 10:30 a.m., practicada por la Fiscalía Sexta de Maní – Casanare" [fls.446 a 452 c2]:

20.4 Copia de álbum fotográfico y toma de huellas dactilares de dos personas fallecidas de sexo masculino [fls.450 a 452, 457 a 459 c2 y 733 a 735 c3].

20.5 Apertura de investigación preliminar, en fase de averiguación, por el delito de homicidio, de 18 de mayo de 2007 adelantada por el Juzgado 45 de Instrucción Penal Militar de Yopal, Casanare [fls.460 y 461 c2].

20.6 Declaración rendida ante el Juzgado Cuarenta y Cinco [45] de Instrucción Penal Militar por el soldado profesional Fredy Gonzalo Zamora [fls.463 y 464 c2; 744 y 745 c3].

20.7 Declaración rendida ante el Juzgado Cuarenta y Cinco [45] de Instrucción Penal Militar por el C3 Robinson Bastidas Nasamuez [fls.465 y 466 c2; 746 y 747 c3].

20.8 Declaración rendida ante el Juzgado Cuarenta y Cinco [45] de Instrucción Penal Militar por el soldado profesional Alix Mario García Cruz [fls.467 y 468 c2; 748 y 749 c3].

20.9 Protocolo de necropsia número 07-04N, realizada el 29 de marzo de 2007 [fls.469 a 472 c2].

20.9.1 Descripción topográfica: ojos: enucleación ojo izquierdo; nariz: orificio entrada 1x1 cm al lado izquierdo y de salida a la derecha; cuello: simétrico

orificio de 2x3 cm lado derecho de 1 cm lado izquierdo; abdomen: orificio de 5x5 cm flanco izquierdo; extremidades superiores; orificio en dorso de mano izquierdo [sic] de 1x1 cm, orificio de palma de 2 x 2 cm, inferiores quemadura lineal en brazo derecho.

- 20.9.2 Lesiones con PAF localizadas en columna cervical con lesión visceral.
- 20.9.3 Análisis: muerte debido a lesión de grandes vasos con posterior shock hipovolémico, falla respiratoria por lesiones céricas.
- 20.10 Formato de personas N.N. de la Red Nacional Centralizada de Información de Cadáveres No identificados y No Reclamados [fls.473 a 479 c2].
- 20.11 Carta odontológica [fl.480 c2].
- 20.12 Ratificación y ampliación del informe presentado por el Sargento Segundo Wilson Salvador Burgos Jiménez, rendida ante el Juez Cuarenta y Cinco [45] de Instrucción Penal Militar [fls.493 a 495 c2; 752 y 754 c3].
- 20.13 Oficio número 404, de 9 de julio de 2007, del Registrador Municipal de Maní, Casanare [fl.496 c2].
- 20.14 Oficio SCAS.GOPE.APJ.C. no. 404127-1, de 13 de agosto de 2007, del DAS [fls.499 a 503 c2; 761 a 765 c3].
- 20.15 Oficio SCAS.GOPE.APJ.C., de 27 de febrero de 2008, del DAS [fls.506 y 507 c2; 768 y 769 c3].
- 20.16 Según acta del Juzgado 13 de Instrucción Penal Militar, el 28 de febrero de 2008 fueron destruidas las granadas [fls.508 c2 y 770 c3].
- 20.17 Oficio número 2369/MD-CE-DIV4-BR16-BIRNO44-S3-OP, de 24 de junio de 2008, del Comandante del Batallón de Infantería No.44 "CO. Ramón Nonato Pérez" del Ejército Nacional [fls.510 c2; 773 c3].
 - 20.17.1 Oficio número 0344/DIV4-BR16-BIRNO44-S3-OP-375, de 16 de marzo de 2007, del Comando del Batallón de Infantería No.44 "CO. Ramón Nonato Pérez" de Tauramena , Casanare [fls.511 a 518 c2; 774 a 777 c3],
 - 20.17.2 Radiograma del Sargento Segundo Wilson Burgos Jiménez de la unidad Guerrero 3 dirigido al Comando del Batallón de Infantería No.44 del Ejército Nacional [BIRNO 44] el 28 de marzo de 2007 [fls.519 c2; 778 c3].
- 20.18 Oficio número 6123/DIV04-BR16-SCCA-420, de 18 de junio de 2009, del Segundo Comandante y Jefe del Estado Mayor de la Décima Sexta Brigada del Ejército Nacional [fl.520 c2].
- 20.19 Oficio número 554, de 10 de junio de 2009, del CTI de la Fiscalía General de la Nación [fls.528 a 530 c2].
- 20.20 Copia del informe de verificación de identidad, de 23 de julio de 2009, de la División de Criminalística, Sección Nacional de Identificación, del Cuerpo

- Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación [fls.528 a 536 c2].
- 20.21 Providencia de 19 de enero de 2010, proferida por Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar adscrito a la Décima Sexta Brigada de Tauramena, Casanare [fls.539 a 541 c2; 785 a 787 c3].
- 20.22 Oficio SCAS-GOPE-AI-62181-1, de 26 de enero de 2010, del responsable del Área de Identificación del DAS [fls.549 c2; 803 c3].
- 20.23 Oficio número 104 SIJIN-CICRI-38.10, de 26 de enero de 2010 [fl.801 c3].
- 20.24 Oficio con número de radicado 20105540066251, de 29 de enero de 2010, del Jefe de Atención al usuario de la Dirección de Personal del Ejército Nacional [fl.552 c2].
- 20.25 Oficio, de 9 de junio de 2010, del Jefe de Recursos Humanos del Batallón de Infantería No. 44 "CR. Ramón Nonanto Pérez", de la Décimo Sexta Brigada del Ejército Nacional [fls.562 c2; 810 c3].
- 20.26 Indagatoria rendida ante el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar por el Cabo Segundo Leandro Mona Cano [fls.576 a 582 c2; 832 a 838 c3].
- 20.27 Indagatoria rendida ante el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar por el soldado profesional Fredy Gonzalo Zamora [fls.583 a 590 c2; 839 a 843 c3].
- 20.28 Indagatoria rendida ante el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar por el soldado profesional Marco Obdulio Vaca Sánchez [fls.591 a 596 c2; 844 a 849 c3].
- 20.29 Indagatoria rendida ante el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar por el soldado profesional Eder Fabián Briñez Álvarez [fls.597 a 602 c2; 850 a 855 c3].
- 20.30 Indagatoria rendida ante el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar por el soldado profesional Gonzalo Antonio López Sutachán [fls.603 a 608 c2; 856 a 860 c3].
- 20.31 Indagatoria rendida ante el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar por el soldado profesional Fernando Barrera Cachay [fls.609 a 615 c2; 861 a 866 c3].
- 20.32 Indagatoria rendida ante el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar por el soldado profesional Eliseo Ibáñez Riaño [fls.616 a 618 c2; 867 a 869 c3].
- 20.33 Indagatoria rendida ante el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar por el soldado profesional José Abel Pedraza Amaya [fls.619 a 625 c2; 870 a 875 c3].

- 20.34 Indagatoria rendida ante el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar por el soldado profesional Diego Armando Martínez Vega [fls.626 a 629 c2; 876 a 879 c3].
- 20.35 Indagatoria rendida ante el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar por el SV. Oscar Edmundo Gaviria Pachajoa [fls.630 a 637 c2; 880 a 887 c3].
- 20.36 Indagatoria rendida ante el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar por el soldado profesional Julio César Sierra [fls.653 a 659 c2; 921 a 927 C3].
- 20.37 Indagatoria rendida ante el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar por el soldado profesional Alex Mario García Cruz [fls.660 a 666 c2; 928 a 934 c3].
- 20.38 Indagatoria rendida ante el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar por el Cabo Segundo Robinson Eduardo Bastidas Nasamuez [fls.721 a 727 c2; 1006 a 1013 c3].
- 20.39 Indagatoria rendida ante el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar por el soldado profesional Raúl Antonio López Urbano [fls.1050 a 1057 c3].
- 20.40 Oficio, de 30 de agosto de 2010, del Comandante de la Décima Sexta Brigada del Ejército Nacional [fls.641 c2; 907 c3].
- 20.41 Oficio número 0104/MD-CG-CE-DIV8-BR16-BIRNO-S3, de 1 de septiembre de 2010, del Comandante del Batallón de Infantería No.44 "Ramón Nonato Pérez" [fls.642 c2; 909 c3].
- 20.42 Anexo de inteligencia a la misión táctica número 033 "MISIL" [fls.643 a 649 c2; 910 a 916 c3].
- 20.43 Oficio número 910-463-RM, de 30 de agosto de 2010, del Registrador Municipal de Maní del Estado Civil [fl.650 c2].
- 20.44 Oficio número 586/MDN-CGFM-CE-DIV08-BR16-B2-INT, de 21 de septiembre de 2010, del Comandante de la Décima Sexta Brigada del Ejército Nacional [fl.667 c2].
- 20.45 Oficio con número de radicado 20105540711971, de 3 de septiembre de 2010, del Jefe de Atención al Usuario de la Dirección de Personal del Ejército Nacional [fls.669 c2; 935 c3].
- 20.46 Declaración rendida ante el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar por María Eva Lozano Moreno el 17 de noviembre de 2010 [fls.677 a 682 c2; 942 a 945 c3; 1316 a 1321 c4].
- 20.47 Denuncia penal número 4073, de 3 de abril de 2007, presentada por la presunta desaparición forzada de Andrés Fabián Garzón Lozano ante el CTI de la Fiscalía en Yopal por María Eva Lozano Moreno [fls.683 a 685 c2; 1241 a 1243, 1306 a 1308, 1323 a 1325, 1366 a 1368, c4; 225 a 227 c5].

- 20.48 Ampliación de denuncia penal, de 18 de abril de 2007, rendida ante la Fiscalía Treinta y Tres [33] de la Unidad Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Yopal, por María Eva Lozano Moreno [fls.686 a 688 c2; 1244 a 1246, 1309 a 1311, 1326 a 1328, 1369 a 1371 c4; 228 a 231 c5].
- 20.49 Declaración rendida ante el Juzgado trece [13] de Instrucción Penal Militar por Claudia Margarita Arteaga Cuartas [fls.689 a 693 c2; 1329 a 1333 c4].
- 20.50 Declaración rendida ante el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar por Fredy Wilson Díaz Condia [fls.994 y 995 c3].
- 20.51 Oficio, de 6 de septiembre de 2010, de la Seccional Casanare, Sede Yopal, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Regional Oriente [fl.919 c3].
- 20.52 Comunicación, de 16 de noviembre de 2010, de Fanny Lozano Moreno dirigida al Personero Municipal de Tauramena, Casanare [fl.946 c3].
- 20.53 Solicitud, de 17 de noviembre de 2010, dirigida por Fanny Lozano Moreno al Juez Trece [13] de Instrucción Penal Militar [fl.696 c2].
- 20.54 Comunicación, de 21 de febrero de 2011, de Fanny Lozano Moreno dirigida al Juez Trece [13] de Instrucción Penal Militar solicitando la entrega del cuerpo de su hijo Andrés Fabián Garzón Lozano [fl.1019 c3].
- 20.55 Oficio 910, de 30 de noviembre de 2010, de los Registradores Especiales del Estado Civil de Villavicencio, Meta, con el que se allegaron copias de las tarjetas alfabéticas de preparación de cédula correspondientes a Andrés Fabián Garzón Lozano, con número 86.083.147 [fls.708 a 710 c2].
- 20.56 Acta de la inspección judicial realizada el 2 de febrero de 2011 por la Fiscalía Ochenta y Ocho [88] Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario al Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar [fls.712 y 713 c2; 1314 y 1315 c4].
- 20.57 Acta de la inspección judicial realizada el 23 de febrero de 2011 por los Investigadores Criminalísticos del CTI adscritos a la Unidad Nacional de Fiscalías contra los Delitos de Desaparición y Deslazamientos Forzados de Santa Rosa de Viterbo al sumario número 191 que cursa en el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar [fls.1014 y 1015 c3].
- 20.58 Informes técnicos médicos legales, de 19 de marzo de 2011, con los que se procedió a adelantar la muestra de ADN para identificación del cadáver de Andrés Fabián Garzón Lozano a partir de muestra tomada a su hermana Sonia Liliana Garzón Lozano y a su madre Fanny Lozano Moreno [fls.1074 y 1075; 1078 y 1079 c3].

- 20.59 Acta de visita especial practicada al Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar del Batallón de Infantería No.44 "Ramón Nonato Pérez" de Tauramena, Casanare, el 16 de mayo de 2011, por el Personero Municipal [fl.1083 c3].
- 20.60 Oficio, de 23 de febrero de 2011, con el que la Policía Nacional informó que consultada la información sistematizada de antecedentes penales y contravencionales, como órdenes de captura, se registran anotaciones respecto de las siguientes personas: Marco Obdulio Vaca Sánchez, Eliseo Ibáñez Riaño y Julio César Sierra [fl.1023 c3].
- 20.61 Demanda de parte civil presentado por el apoderado de Fanny Lozano Moreno y Sonia Liliana Garzón Lozano dentro del proceso con el radicado 191 que cursa ante el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar [fls.1084 a 1088 c3].
- 20.62 Acta de la diligencia de exhumación, realizada los días 18 y 19 de marzo de 2011 en el cementerio de Maní, Casanare, por el Juzgado 13 de Instrucción Penal Militar, donde se consignó "que se realizaron varias excavaciones en lugares donde la señora Marly Méndez Guzmán, funcionaria de la funeraria La Paz, y el señor Jairo Unda Unda manifestaron se habían inhumado dos cuerpos de sexo masculino y aunque se encontraron varios cuerpos ninguno de los mismos coincide con los protocolos de necropsia números 005 y 006" [fls.1028 a 1032 c3; 234 a 238 c5].
- 20.63 Oficio número 169172-1 SCAS-GOPE-GIDE, de 23 de febrero de 2011 [fls.1058 a 1060 c3].
- 20.64 Informe técnico médico legal realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, según el cual el 19 de marzo de 2011 tomó muestras de ADN a los familiares de Andrés Fabián Garzón Lozano [fls.1072 a 1079 c3].
- 20.65 Oficio, de 23 de mayo de 2007, por medio del cual el INPEC certificó que Andrés Fabián Garzón Lozano no tenía ningún registro de ingreso a establecimiento carcelario [fl.1169 c4].
- 20.66 Providencia de 27 de mayo de 2011 proferida por el Juez Trece [13] de Instrucción Penal Militar con la que se admitió la demanda de parte civil presentada [fls..1093 y 1094 c3].
- 20.67 Oficio número 351 GRUVI SIJIN DECAS, de 20 de junio de 2007, de la Seccional de Policía Judicial de Casanare, de la Policía Nacional [fls.1156 a 1165 c4].
- 20.68 Acta número 497 [fls.1165 a 1166 c4].

- 20.69 Informe número 061, de 27 de noviembre de 2007, del CTI donde se consignaron las diligencias realizadas por dicha entidad para establecer la ubicación de Andrés Fabián Garzón Lozano, desaparecido el 27 de marzo de 2007 en Yopal, Casanare [fls.1147 a 1175 c4].
- 20.70 Informe número 061, de 27 de noviembre de 2007, del CTI donde se consignaron las diligencias realizadas por dicha entidad para establecer la ubicación de Andrés Fabián Garzón Lozano, desaparecido el 27 de marzo de 2007 en Yopal, Casanare [fls.1147 a 1175 c4].
- 20.71 Oficio, de 5 de julio de 2011, del Personero Municipal de Tauramena, Casanare [fls.1116 a 1121 c3].
- 20.72 Providencia de 22 de julio de 2011 proferida por el Juez Trece [13] de Instrucción Penal Militar [fls.1122 a 1132 c3].
- 20.73 Auto de 11 de marzo de 2011, de la Fiscalía 13 Nacional para la Desaparición y el Desplazamiento Forzado de Santa Rosa de Viterbo [fls.1277 y 1278 c4].
- 20.74 Oficio número 021 F-88 UNDH-DIH, de 3 de enero de 2011, del Fiscal Coordinador de la Unidad de Derechos Humanos [fls.1294 a 1296 c4].
- 20.75 Auto de 6 de marzo de 2013, de la Fiscalía 95 de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario [fls.1344 y 1345 c4].
- 20.76 Diligencias de exhumación realizadas en el cementerio de Maní, Casanare, los días 7 y 8 de mayo de 2013, y sus informes judiciales, resaltándose que no fueron encontrados los restos óseos de Andrés Fabián Garzón Lozano [fls.1376 a 1383 c4 y 1389 a 1394 c4].

4.6. Pruebas trasladadas del proceso penal IP-106638 que por desaparición forzada adelanta la Fiscalía 31 de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Circuito de delitos contra la vida e integridad personal

- 21 Denuncia penal número 4073, de 3 de abril de 2007, presentada por la presunta desaparición forzada de Andrés Fabián Garzón Lozano ante el CTI de la Fiscalía en Yopal por María Eva Lozano Moreno [fls.1138 a 1140 c4].
- 22 Ampliación de denuncia penal, de 18 de abril de 2007, rendida ante la Fiscalía Treinta y Tres [33] de la Unidad Delegada [fls.1150 a 1152 c4].
- 23 Oficio número 351 GRUVI SIJIN DECAS, de 20 de junio de 2007, del funcionario investigador SIJIN DECAS, con el que rindió informe de actuaciones realizadas dentro del sumario 106638 [fls.1156 a 1160 c4].

- 24 Declaración rendida por Flabio Ernesto Bravo Forero ante la Seccional de Policía Judicial de Casanare [fls.1161 y 1162 c4].
- 25 Declaración rendida por Oscar Leonardo Segura Barrera ante la Seccional de Policía Judicial de Casanare [fls.1163 y 1164 c4].
- 26 Acta número 457, de 25 de marzo de 2007, de la Estación Yopal de la Policía Nacional relacionada con la medida correctiva de retención aplicada a Andrés Fabián Garzón, por encontrarse en alto grado de excitación, formando riña y portando sustancias alucinógenas [fl.1165 c4].
- 27 Acta, de 24 de marzo de 2007, a las 17:10, por la que se puso a disposición del Comandante de la Estación Yopal de la Policía Nacional a Andrés Fabián Garzón Lozano [fl.1166 c4].
- 28 Oficio, de 21 de abril de 2008, de Asistente del Fiscal III de la Fiscalía Treinta y Tres [33] dirigida al Defensor del Pueblo de Casanare [fl.1179 c4].
- 29 Oficio número 2519, de 9 de julio de 2009, de la Procuraduría General de la Nación con el que se allegó copia de la queja presentada por Fanny Lozano Moreno donde informa de la desaparición de Andrés Fabián Garzón Lozano [fls.1211, 1212, 1218, 1373 c4].
- 30 Informe FGUAH 041, de 28 de febrero de 2011, del Investigado Criminalístico VII del CTI [fls.1265 a 1270 c4].
- 31 Providencia, de 11 de marzo de 2011, del Fiscal 13 Nacional para la desaparición y el desplazamiento forzados de Santa Rosa de Viterbo dentro del radicado 106638 [fls.1277 a 1278 c4].
- 32 Informe de policía judicial número 50-33765, de 16 de marzo de 2013 [fls.1347 a 1352 c4].
- 33 Acta de la diligencia de exhumación realizada en el cementerio del municipio de Maní, Casanare el 7 de marzo de 2013, por la Fiscal 95 de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario [fls.1376 y 1377 c4].
- 34 Acta de la diligencia de exhumación realizada en el cementerio del municipio de Maní, Casanare el 8 de mayo de 2013, por la Fiscal 95 de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario [fls.1378 y 1379 c4],
- 35 Informe de policía judicial número 50-39143, de 14 de mayo de 2013 de las actividades realizadas de fijación fotográfica y topográfica en el cementerio del municipio de Maní, Casanare [fls.1389 1394 c4].
- 36 Oficio 3698/MDN-CGFM-CE-DIV8-BR16-BIRNO44-CJM-27.3, de 1 de octubre de 2013, del Coordinador Jurídico de la Batallón de Infantería No. 44 "Coronel

Ramón Nonato Pérez” [fl.1395 c4], con el que se remitió (1) copia de la orden de operaciones relacionada en el oficio 00771/DIV4-BR16-BIRNO44-S3-OP-375, “MISIÓN TÁCTICA no 033 MISIL” [fls.1397 a 1403, 1410 a 1416 c4]; y, (2) informe de patrullaje [fls.1404, 1417 y 1418 c4].

4.7. Pruebas trasladadas desde la investigación disciplinaria número 005 de 2012 adelantada por el Batallón de Infantería No.44 “CR. Ramón Nonato Pérez”.

- 37 Oficio 00771/DIV4-BR16-BIRNO44-S3-OP-375, que contiene la “MISIÓN TÁCTICA no 033 MISIL” [fls.9 a 13 c5; 186 a 194 c8].
- 38 Informe de patrullaje [fls.16, 17, 62, 63 c5; 195, 196, 230, 231 c8].
- 39 Acta de inspección a cadáver número 005 de 28 de marzo de 2007 según la cual “a las 10:30 a.m., practicada por la Fiscalía Sexta de Maní – Casanare” [fls.21 a 24, 64 a 70 c5; 200 a 203, 232 a 238 c8].
- 40 Auto de 28 de marzo de 2007 por el que se abrió la investigación previa por el delito de homicidio y se decretaron pruebas [fl.18 c5].
- 41 Oficio 061, del Batallón de Infantería No.44 “Ramón Nonato Pérez, con el que se dejó a disposición de la Fiscalía 66 Local de Maní, Casanare, los cadáveres y el material incautado en los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007 [fls.35 a 40 c5].
- 42 Diligencia de ratificación y ampliación de informe presentado por Oscar Gaviria Pachajoa [fls. 744 a 749 c3, 46 a 48 c5, 224 a 226 c8].
- 43 Declaración rendida por el soldado profesional Alex Mario García Cruz [fls.49 y 50 c5; 227 y 228 c8].
- 44 Declaración rendida por el soldado profesional Gonzalo Antonio López Sutachán [fls.51 y 52 c5; 229 y 230 c8].
- 45 Declaración rendida por el soldado profesional Fredy Gonzalo Zamora [fls.53 y 54 c5; 231 y 232 c8].
- 46 Declaración rendida por el C3. Robinson Eduardo Bastidas Nasamuez [fls.55 y 56 c5; 233 y 234 c8].
- 47 Declaración rendida ante el Juzgado Cuarenta y Cinco [45] de Instrucción Penal Militar por el soldado profesional Fredy Gonzalo Zamora [fls.89 y 90 c5; 257 y 258 c8].
- 48 Declaración rendida ante el Juzgado Cuarenta y Cinco [45] de Instrucción Penal Militar por el C3. Robinson Eduardo Bastidas Nasamuez [fls.91 y 92 c5; 259 y 260 c8].

- 49 Declaración rendida ante el Juzgado Cuarenta y Cinco [45] de Instrucción Penal Militar por el soldado profesional Alex Mario García Cruz [fls.93 y 94 c5; 261 y 262 c8].
- 50 Declaración rendida ante el Juzgado Cuarenta y Cinco [45] de Instrucción Penal Militar por el Sargento Segundo Wilson Salvador Burgos Jiménez [fls.117 a 119 c5].
- 51 Protocolo de necropsia número 07-04N, realizada el 29 de marzo de 2007 [fls.97 a 104 c5; 265 a 272 c8], correspondiente al acta de levantamiento número 005, solicitada por la Fiscalía Sexta Delegada y se relaciona con el certificado de defunción número 1267770.
- 52 Carta odontológica [fls.105 c5; 273 c8].
- 53 Radiograma, de 28 de marzo de 2007, de Cobrino 44 para COMBR 16 B2 [fls.7 y 8 c5].
- 54 Misión táctica número 33 "Misil", identificada con la orden de operaciones número 00771 DIV4-BR16-BIRNO44-S3.OP.375 [fls.9 a 15 c5].
- 55 Informe táctico de la anterior misión [fls.16 y 17 c5].
- 56 Auto de 19 de abril de 2007 mediante el que se ordenó la apertura de la indagación preliminar disciplinaria [fls.41 y 42 c5].
- 57 Copias de la actuación preliminar número 317 seguida ante el Juzgado 45 de Instrucción Penal Militar por el delito de homicidio en dos N.N de sexo masculino en la vereda El Viso, Mate Piña, jurisdicción del municipio de Maní, Casanare, el 28 de marzo de 2007, iniciado el 14 de mayo de 2007 [fls.58 a 119 c5].
- 58 Auto de cierre de indagación preliminar número 026/07, de 24 de agosto de 2007, proferido por el Comandante del Batallón de Infantería No.44 "Coronel Ramón Nonato Pérez" [fls.122 a 131 c5; 280 a 289 c8].
- 59 Auto, de 9 de septiembre de 2011, del Comandante del Batallón de Infantería No. 44 "Coronel Ramón Nonato Pérez", por medio del cual se revocó el auto de archivo proferido el 24 de agosto de 2007 [fls.135 a 145 c5; 293 a 303 c8]
- 60 Copia del artículo o reporte de prensa del diario "El Espectador" de 13 de agosto de 2011 titulado ¿Otro falso positivo? [Elespectador.com, fls.146 a 149 c5; 304 a 307 c8].
- 61 Auto, de 5 de marzo de 2012, del Comandante del Batallón de Infantería No. 44 "Coronel Ramón Nonato Pérez" [fls.168 y 174 c5; 326 a 332 c8].
- 62 Declaración rendida por Claudia Margarita Arteaga Cuartas [fls.202 a 206 c5; 363 a 364 C8].

- 63 Declaración rendida por Fanny Lozano Moreno [fls.207 y 208 c5; 367 y 368 C8].
- 64 Declaración rendida por Sonia Liliana Garzón Lozano [fls.209 y 210 c5; 369 y 370].
- 65 Acta de la inspección judicial realizada el 21 de septiembre de 2012 por el funcionario de instrucción del proceso disciplinario que cursa en el Batallón de Infantería No. 44, a la Fiscalía Especializada de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Coordinación, en la ciudad de Villavicencio, Meta [fls.222 y 223 c5].
- 66 Acta de la inspección judicial realizada el 1 de noviembre de 2012 por el funcionario de instrucción del proceso disciplinario que cursa en el Batallón de Infantería No. 44, en la carrera 21 con calle 25 esquina [fls.124 y 125 c6].
- 67 Declaración rendida por Graciela Díaz Figueroa [fls.165 a 167 c6].
- 68 Declaración rendida por Fredy Wilson Díaz Condia [fls.169 y 170 c6].
- 69 Declaración rendida por María Luisa Condia Alvarado [fls.171 y 172 c6].
- 70 Auto de archivo definitivo de la investigación disciplinaria 005-2012, de 1 de marzo de 2013, expedido por el Comandante del Batallón de Infantería No.44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” [fls.185 a 199 c6].

4.8. Pruebas trasladadas desde la investigación disciplinaria adelantada por la Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos de la Procuraduría General de la Nación dentro del radicado IUS 2010-404715.

- 71 Oficio DDDD HH -10, de 24 de enero de 2014, de la Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, con el que se remitió la copia autenticada de la investigación disciplinaria número IUS 2010-404715” [fl.1 c7].
- 71.1 Queja presentada por Claudia Margarita Arteaga el 3 de diciembre de 2010 [fl.4 c7].
- 71.2 Solicitud de designación de Fiscal Especial de Derechos Humanos realizada por Fany Lozano Moreno [fls.7 a 10 c7].
- 71.3 Auto, de 11 de abril de 2011, del Procurador Regional de Casanare con el que se resolvió iniciar la indagación preliminar contra los “funcionarios responsables del Batallón de Infantería No. 44 del Ejército Nacional”, por los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007 [fls.13 a 15 c7].
- 71.4 Declaración rendida por Federico Arteaga Cuartas [fls.30 a 32, 38 y 39 c7].
- 71.5 Declaración rendida por Claudia Margarita Arteaga Cuartas [fl.33 c7].

- 71.6 Declaración rendida por Margarita Cuartas de Arteaga [fls.34 a 37 c7].
- 71.7 Declaración de Fanny Lozano Moreno [fls.52 a 55 c7].
- 71.8 Queja presentada el 10 de diciembre de 2008 por Fanny Lozano ante la Procuraduría Regional de Casanare, contra los patrulleros de la Policía Nacional Zamir Herrera Sibó, Edwin Fernando Suárez Molina, Edinson Alba Quijano y Fredy Rodríguez Ortiz [fls.60 a 63 c7].
- 71.9 Ampliación de denuncia presentada por María Eva Lozano Moreno [fls.61 a 63 c7].
- 71.10 Certificado laboral, de 7 de febrero de 2005, expedido en Villavicencio, Meta, por Taxi Express Ltda, donde constaba que Andrés Fabián Garzón Lozano laboraba en dicha empresa con el cargo de técnico de frenos desde el 19 de enero de 2005 y hasta el 7 de febrero de ese mismo año [fl.65 c7].
- 71.11 Acta de visita especial practicada al Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar del Batallón de Infantería No.44 "Ramón Nonato Pérez" de Tauramena, Casanare, el 16 de mayo de 2011, por el Personero Municipal [fls.81 y 82 c7].
- 71.12 Oficio número 2115/MD-CGFM-CE-DIV8-BR16-BIRNO44-CJM-27.3, de 25 de mayo de 2011 del Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón de Infantería No. 44 "Coronel Ramón Nonato Pérez" del Ejército Nacional [fl.83 c7], con el que se le remitieron al Personero Municipal de Tauramena, Casanare, los siguientes documentos:
- 71.12.1 Copia de la misión táctica número 033 Misil [fls.84 a 87 c7].
- 71.12.2 Copia del INSITOP [fls.95 a 97 c7].
- 71.12.3 Copia del anexo de inteligencia [fls.88 a 94 c7; 400, 401 c9].
- 71.12.4 Copia del informe de patrullaje de 28 de marzo de 2007 suscrito por el Comandante de la patrulla "Guerrero 3" Sargento Viceprimero Oscar Gaviria Pachajoa [fls.98 y 99 c7].
- 71.12.5 Se informó que el personal que integraba la unidad era: Sargento Viceprimero Oscar Gaviria Pachajoa, Sargento Segundo Wilson Burgos Jiménez, Cabo Segundo Leandro Mona Cano, Cabo Tercero Robinson Eduardo Bastidas Nasamuez [fl.100 c7].
- 71.13 Auto de 30 de mayo de 2013, de la Procuraduría Regional de Casanare, con el que se abrió la investigación disciplinaria en contra de Oscar Gaviria Pachajoa y Wilson Burgos Jiménez [fls.109 a 112, 119 c7].
- 71.14 Auto de 30 de septiembre de 2013, de la Procuraduría Regional de Casanare, con el que se ordenó remitir las diligencias en el estado en que se

- encontraban a la Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos de la Procuraduría General de la Nación [fls.175 a 178 c7].
- 71.15 Acta de la inspección judicial realizada el 21 de septiembre de 2012 por el funcionario de instrucción del proceso disciplinario que cursa en el Batallón de Infantería No. 44, a la Fiscalía Especializada de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Coordinación, en la ciudad de Villavicencio, Meta [fls.409 y 410 c9].
- 71.16 Denuncia penal número 4073, de 3 de abril de 2007, presentada por la presunta desaparición forzada de Andrés Fabián Garzón Lozano ante el CTI de la Fiscalía en Yopal por María Eva Lozano Moreno [fls.412 a 414 c9].
- 71.17 Ampliación de denuncia penal, de 18 de abril de 2007, rendida ante la Fiscalía Treinta y Tres [33] de la Unidad Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Yopal, por María Eva Lozano Moreno [fls.415 a 418 c9].
- 71.18 Acta de la diligencia de exhumación, realizada los días 18 y 19 de marzo de 2011 en el cementerio de Maní, Casanare, por el Juzgado 13 de Instrucción Penal Militar [fls.421 a 425 c9].
- 71.19 Inspección judicial realizada el 1 de noviembre de 2012 a la carrera 21 con calle 25 esquina de Yopal con el fin de verificar la información suministrada por Fanny Lozano Moreno [fls.502 y 503 c9].
- 71.20 Declaración rendida por Graciela Díaz de Figueroa [fls.543 a 545 c9].
- 71.21 Declaración rendida por Fredy Wilson Díaz Condia [fls.546 y 547 c9]
- 71.22 Declaración rendida por María Luisa Condia Alvarado [fls.548 y 549 c9].
- 71.23 Auto de 1 de marzo de 2013 por el que se ordenó la terminación de la actuación disciplinaria número 005-2012 y su archivo definitivo [fls. 563 a 577 c9].
- 71.24 Certificado de antecedentes expedido el 25 de julio de 2012 por la Procuraduría General de la Nación, según el cual Andrés Fabián Garzón Lozano no registraba sanciones, ni inhabilidades vigentes [fls.416 c6, 383 c9].
- 71.25 Certificado de antecedentes judiciales expedido el 25 de julio de 2012 por la Policía Nacional, según el cual Andrés Fabián Garzón Lozano no registraba antecedentes [fls.417 c6, 384 c9].

29 Los anteriores medios probatorios serán valorados por la Sala para resolver los problemas jurídicos que se pueden plantear con base en el objeto de las impugnaciones presentadas por las partes, radicada en el juicio de imputación, y en la liquidación y reconocimiento de los perjuicios inmateriales [morales y a bienes constitucionales] y materiales, en la modalidad de lucro cesante.

5. Problemas jurídicos.

30 Se pueden plantear tres problemas jurídicos: (1) ¿cabe imputar fáctica y jurídicamente la responsabilidad a las entidades demandadas por el daño antijurídico padecido por **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, como consecuencia de su desaparición y muerte violenta en los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007 en la vereda El Viso, jurisdicción del municipio de Maní, Casanare?; (2) si cabe imputar el daño antijurídico, ¿procede el reconocimiento y liquidación de los perjuicios inmateriales [morales y por vulneración a bienes convencionales y constitucionales] y materiales [en la modalidad de lucro cesante]; o, (3) ¿sólo cabe confirmar los perjuicios inmateriales que en la modalidad de perjuicios morales fueron reconocidos y liquidados en primera instancia, o cabe incrementarlos?

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

6. Control oficioso de convencionalidad¹²⁰.

32 El control de convencionalidad¹²¹ es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión como el “control difuso de convencionalidad,” e implica el deber de todo juez nacional de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”¹²²

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

¹²¹ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”, en BREWER CARÍAS, Allan R., SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (Autores). Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, 1 ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Págs. 175-181

¹²² “Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014].

32.1 Si bien, como construcción jurídica, el control de convencionalidad parece tener su origen en la sentencia proferida en el “caso Almonacid Arellano y otros vs Chile,”¹²³ lo cierto es que desde antes del 2002,¹²⁴ e incluso en la jurisprudencia de los años noventa de la Corte Interamericana de Derechos, ya se vislumbraban ciertos elementos de este control de convencionalidad.

32.2 Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado,¹²⁵ aunque en su formulación inicial se señalaba que eran los jueces los llamados a ejercerlo.

32.3 Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar cómo en el “caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,” la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, pues allí se afirma que constituye una obligación en cabeza del poder judicial ya que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma¹²⁶ y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.”¹²⁷

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

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

¹²⁴ “[...] El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, v.gr., en los casos Myrna Mack Chang (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y Tibi (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4)”. SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

¹²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123: “El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”.

¹²⁶ “[...] El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente”. CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

¹²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.¹²⁸

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

“[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”¹²⁹.

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

¹²⁸ “[...] Se trata de un estándar “mínimo” creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad” otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales”. FERRER MACGREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

¹²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En opinión de Ferrer MacGregor: “Si observamos los alcances del “control difuso de convencionalidad”, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de “bloque de constitucionalidad” derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un “deber” de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un “bloque de convencionalidad” para establecer “estándares” en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014].

32.7 Esta afirmación se fundamenta no sólo en la prohibición que tiene todo Estado parte de un tratado de no oponer su derecho interno para incumplir los acuerdos internacionales,¹³⁰ sino también en la pretensión de justicia que intrínsecamente encierran las disposiciones convencionales, comoquiera que el *telos* de ésta y de su interprete último es el de privilegiar la vigencia de los Derechos Humanos y del principio democrático en cada uno de los países firmantes de la Convención.

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

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

“[...] El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicarlas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”¹³¹

32.10 En tanto que en el derecho europeo de los derechos humanos, se encuentra que la Corte Europea de Derechos Humanos ha venido aplicando el control de convencionalidad, operándolo tanto frente Constituciones, como respecto de leyes de los Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos. En ese sentido se puede citar los siguientes casos: a) *Partie communiste unifié de Turquie*, sentencia de 20 de noviembre de 1998; b) caso *Zielinski et Pradal et*

¹³⁰ Se trata del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que establece: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

¹³¹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso “administration des finances italiennes c. Simmenthal”, sentencia de 9 de marzo de 1978, en FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, p.1207.

Gonzalez et autres, sentencia de 28 de octubre de 1999¹³²; c) caso Open Door y Dublin Well Woman¹³³

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

32.12 Y justamente esta Corporación ya ha hecho eco de la aplicabilidad oficiosa e imperativa del control de convencionalidad conforme a la cual ha sostenido el deber de los funcionarios en general, y en particular de los jueces, de proyectar sobre el orden interno y dar aplicación directa a las normas de la Convención y los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; tales cuestiones han sido abordadas en aspectos tales como los derechos de los niños, la no caducidad en hechos relacionados con actos de lesa humanidad, los derechos a la libertad de expresión y opinión, los derechos de las víctimas, el derecho a la reparación integral, el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho a la protección judicial, entre otros asuntos¹³⁴.

33 Así mismo, cabe examinar que por las circunstancias en que ocurrió la desaparición y muerte violenta de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** el 28 de marzo de 2007 en la vereda El Viso del municipio de Maní, Casanare, y por las condiciones en las que este tipo de eventos se viene produciendo en el Estado

¹³² Puede verse en: SUDRE, Frédéric, Droit européen et international des droits de l'homme, 8eme ed, Paris, PUF, 2006, p.191-2.

¹³³ Puede verse: RUIZ MIGUEL, Carlos, La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Madrid, Tecnos, 1997, p.42.

¹³⁴ Véase, entre otras, las siguientes providencias: sentencia de 25 de mayo de 2011 (expediente 15838), sentencia de 25 de mayo de 2011 (expediente 18747), sentencia de 8 de junio de 2011 (expediente 19772), sentencia de 31 de agosto de 2011 (expediente 19195), sentencia de 1° de febrero de 2012 (expediente 21274), sentencia de 18 de julio de 2012 (expediente 19345), sentencia de 22 de octubre de 2012 (expediente 24070), sentencia de 19 de noviembre de 2012 (expediente 25506), sentencia de 27 de febrero de 2013 (expediente 24734), sentencia de 20 de junio de 2013 (expediente 23603), sentencia de 24 de octubre de 2013 (expediente 25981), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 40802), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 26013), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 25813), sentencia de 3 de marzo de 2014 (expediente 47868), sentencia de 26 de marzo de 2014 (expediente 29129), sentencia de 8 de abril de 2014 (expediente 28330), sentencia de 8 de abril de 2014 (expediente 28318), sentencia de 14 de mayo de 2014 (28618), sentencia de 9 de julio de 2014 (expediente 30823), sentencia de 9 de julio de 2014 (expediente 28318), sentencia de 12 de julio de 2014 (expediente 28433), sentencia de 28 de agosto de 2014 (expediente 26251), sentencia de 20 de octubre de 2014 (expediente 31250), sentencia de 12 de noviembre de 2014 (expediente 28505). Auto de 24 de septiembre de 2012 (expediente 44050), Auto de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de diciembre de 2012 (expediente 45679), Auto de 17 de septiembre de 2013 (expediente 45092), Auto de Sala Plena de Sección de 17 de octubre de 2013 (expediente 45679), Auto de 26 de septiembre de 2013 (expediente 42402), entre otras providencias.

colombiano en el marco del conflicto armado interno, los fundamentos para su encuadramiento como un caso constitutivo de una grave vulneración de los derechos humanos, violación del derecho internacional humanitario, y configuración como acto de lesa humanidad.

7. La particularidad de los hechos del caso implican una grave vulneración de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y constitutivo de un acto de lesa humanidad¹³⁵.

34 Así las cosas, una vez precisado el alcance del control de convencionalidad en el ordenamiento jurídico interno, la Sala debe destacar que los hechos objeto de la presente sentencia implican una clara y grave violación de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario, y puede ser constitutivo de un acto de lesa humanidad. En cuanto a este último aspecto, cabe afirmar que bajo un análisis contextual las denominas “falsas acciones de cumplimiento” de los mandatos constitucionales y legales por parte de agentes estatales, específicamente de miembros de las fuerzas militares en Colombia desde los años ochenta, pero con mayor frecuencia y rigurosidad a partir del año 2004 se viene presentando como una actividad sistemática, dirigida contra personas de la población civil y, con la participación directa o la aquiescencia de los mencionados miembros de las fuerzas militares, por lo que los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007 en los que murió violentamente **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** en la vereda El Viso, del municipio de Maní [Casanare], cabe encuadrarlo dentro de esta categoría de acto de lesa humanidad, integrándose a un conjunto de casos sobre los que esta Sala y las demás Sub-secciones vienen pronunciándose y que han acaecido en los diferentes puntos cardinales del país.

34.1 En este sentido, la Sala retoma el criterio ya expuesto con anterioridad según el cual, en tales eventos, la pretensión declarativa de responsabilidad excede el interés particular o individual y se ve revestida de una relevancia jurídica colectiva que involucra a la humanidad en su conjunto¹³⁶.

34.2 En consecuencia, tomando como punto de partida los hechos expuestos en la demanda debidamente acreditados y habiendo motivado suficientemente la razón por la cual el litigio que ocupa el conocimiento de la Sala se enmarca dentro

¹³⁵ Puede verse: Sección Tercera, Sala de Sub-sección C en la sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 35413.

¹³⁶ Sección Tercera, Sub-sección C. Auto de 17 de septiembre de 2013, expediente 45092.

del concepto de grave violación de Derechos Humanos y como acto de lesa humanidad, surge para el juez administrativo, como juez de convencionalidad, la competencia para pronunciarse, oficiosamente, sobre el contexto amplio que involucra esta situación, lo que implica la declaratoria de responsabilidad del Estado respecto de aquellos daños antijurídicos que le sean atribuibles, siempre que guarden relación o vínculo con este contexto.

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

34.4 Por consiguiente, mal haría la Sala en guardar silencio respecto de unos hechos constitutivos de la desaparición y muerte violenta de una persona de la población civil, como **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, apoyándose en un argumento de raigambre procedimental. Ello, a más de prohijar una visión miope de la realidad que se juzga e impedir la estructuración de una completa dimensión contextual en la cual se desarrollaron los hechos objeto de juicio, no se ajusta a los postulados ideales del juez administrativo en el ámbito del Estado Social y Democrático de Derecho y conforme al control de convencionalidad, comprometido con la obtención del derecho sustancial y la búsqueda de la verdad, en tanto manifestaciones de la justicia material¹³⁷ conforme a las normas convencionales¹³⁸ y constitucionales.

¹³⁷ Corte Constitucional sentencia SU-768/2014. In extenso, este punto fue desarrollado por la Corte en los siguientes términos: “El Juez del Estado social de derecho es uno que ha dejado de ser el “frio funcionario que aplica irreflexivamente la ley”, convirtiéndose en el funcionario –sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material.”

¹³⁸ “es común sostener que el Juez Administrativo no es un mero ejecutor formal de las normas legales, sino que en consideración al rol funcional que desempeña dentro del Estado Social de Derecho, es su obligación, antes que nada, ser garante de la corrección constitucional en la interpretación y aplicación de las normas legales, al igual que ejercer, ex officio, el control de convencionalidad que se le impone en razón a la fuerza vinculante de los tratados de Derechos Humanos y su doctrina.” Sección Tercera, Subsección C. auto de 17 de septiembre de 2013, expediente 45092.

34.5 El juez administrativo, en estos casos, debe apoyarse tanto en los mandatos normativos convencionales contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos [recordando que se encuentra incorporada al ordenamiento jurídico colombiano por la ley 16 de 1972], las demás normas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos [v.gr., el Protocolo Adicional a la Convención de San Salvador], la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las normas de derecho internacional humanitario [como los Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo Adicional II a estos Convenios de 1977] y otras normas para la protección contra la discriminación o la tutela de los discapacitados, a efectos de evitar que se concrete una circunstancia de impunidad¹³⁹⁻¹⁴⁰ en un caso constitutivo de lesa humanidad; de modo que está habilitado para pronunciarse sobre la configuración de la responsabilidad del Estado respecto del todo el contexto en que sucedieron los hechos, dado que está frente a un caso de tal magnitud en donde el interés en determinar la responsabilidad no es una cuestión de estirpe netamente individual sino que, como se dijo, tiene relevancia colectiva al afectar a la humanidad en su conjunto.

35 Con base en los anteriores fundamentos es necesario establecer bajo un estudio de contexto que la desaparición y muerte violenta de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** ocurrida el 28 de marzo de 2007 en la vereda El Viso, del municipio de Maní [Casanare] hace parte de un conjunto sistemático de actividades, contra la población civil y realizadas o con la aquiescencia de los miembros de las fuerzas militares, por lo que cabe examinar fundamentos en los que se sustenta el concepto de lesa humanidad.

¹³⁹ Conforme al concepto amplio de impunidad desarrollado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que incluye allí la inexistencia de responsabilidad administrativa, en los siguientes términos: “Impunidad Por impunidad se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas.”. Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2005/102/Add.1 8 de febrero de 2005.

¹⁴⁰ La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha comprendido un concepto amplio de impunidad, entendiéndolo por tal **“la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana**, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares” (Resultado propio). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) c. Guatemala, sentencia de 8 de marzo de 1998. Criterio reiterado, entre otros, en el Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000; Caso del Tribunal Constitucional c. Perú, sentencia de 31 de enero de 2001; Caso Ivcher Bronstein c. Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001; Caso Las Palmeras c. Colombia, sentencia de reparaciones de 6 de diciembre de 2001; Caso Juan Humberto Sánchez c. Honduras, sentencia de 7 de junio de 2003; Caso 19 Comerciantes c. Colombia, sentencia de 5 de julio de 2004; Caso de los Hermanos Paquiyauri c. Perú, sentencia de 8 de julio de 2004; Caso de las Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador, sentencia de 1° de marzo de 2005; Caso de la Comunidad Moiwana c. Suriname, sentencia de 1° de marzo de 2005; Caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005.

8. El concepto de lesa humanidad para el caso.

36 Así, se tiene que los de lesa humanidad se comprenden como “aquellos actos ominosos que niegan la existencia y vigencia imperativa de los Derechos Humanos en la sociedad al atentar contra la dignidad humana por medio de acciones que llevan a la degradación de la condición de las personas, generando así no sólo una afectación a quienes físicamente han padecido tales actos sino que agrediendo a la conciencia de toda la humanidad”¹⁴¹; siendo parte integrante de las normas de jus cogens de derecho internacional¹⁴², razón por la cual su reconocimiento, tipificación y aplicación no puede ser contrariado por norma de derecho internacional público o interno¹⁴³.

36.1 Dicho lo anterior, en lo que es de interés para la responsabilidad del Estado, se entiende que los elementos estructuradores del concepto de lesa humanidad son: i) que el acto se ejecute o lleve a cabo en contra de la población civil y que ello ocurra ii) en el marco de un ataque que revista las condiciones de generalizado o sistemático¹⁴⁴.

36.2 Así, en cuanto al primero de estos elementos, se debe acudir a la normativa del Derecho Internacional Humanitario, específicamente al artículo 50 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, norma que establece, por exclusión, a quienes se les considera población civil, en los siguientes términos:

"1. Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de

¹⁴¹ Sección Tercera, Sub-sección C, Auto de 17 de septiembre de 2013, exp. 45092.

¹⁴² Tal como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente, en el caso *Almonacid Arellano c. Chile*, fallo de 26 de septiembre de 2006, en los siguientes términos:

“152. En efecto, por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad¹⁴² claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”.

153. Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (ius cogens), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa”. (Subrayado fuera de texto).

¹⁴³ “[...] el jus cogens internacional va más allá que el derecho de los tratados, extendiéndose al derecho de la responsabilidad internacional del Estado, y a todo el corpus juris del Derecho Internacional contemporáneo, y abarcando, en última instancia, a todo acto jurídico. Al abarcar todo el Derecho Internacional, se proyecta también sobre el derecho interno, invalidando cualquier medida o acto incompatible con él. El jus cogens tiene incidencia directa en los propios fundamentos de un Derecho Internacional universal, y es un pilar básico del nuevo jus Gentium”. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “La ampliación del contenido del ius cogens”, en [<http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.DM.MR.1-16.pdf>]

¹⁴⁴ Cfr. Auto de 17 de septiembre de 2013, exp. 45092.

personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil.”, constituye, entonces, población civil todas las personas que no se encuadran dentro de las categorías de miembros de las fuerzas armadas y prisioneros de guerra.

36.3 Este punto debe ser complementado con lo establecido por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, en el caso *Fiscal vs Dusko Tadic*, en donde se dejó claro que el criterio de la población civil no se aplica desde una perspectiva individual sino colectiva o grupal: *“el acento no es puesto en la víctima individual, sino, ante todo, en la colectiva. La victimización del individuo no deriva de sus características personales, sino de su pertenencia a un determinado grupo de población civil que es tomada como blanco”*¹⁴⁵.

36.4 Por otra parte, en segundo elemento estructurador del acto de lesa humanidad hace referencia al tipo de ataque, debiendo ser éste generalizado o sistemático, en tanto supuestos alternativos. Así, por generalizado se entiende un ataque que causa una gran cantidad de víctimas o dirigido contra una multiplicidad de personas, es decir, se trata de un criterio *cuantitativo*. A su turno, el carácter sistemático pone acento en la existencia de una planificación previa de las conductas ejecutadas¹⁴⁶, de manera que, siguiendo a la Comisión de Derecho Internacional, *“lo importante de este requisito es que excluye el acto cometido al azar y no como parte de un plan o una política más amplios.”*¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Sentencia de 7 de mayo de 1997. Caso Fiscal vs. Dusko Tadic. El aparte citado es del siguiente tenor en francés: “Ainsi, l’accent n’est pas mis sur la victime individuelle mais plutôt sur la collectivité, la victimisation de l’individu ne tenant pas à ses caractéristiques personnelles mais plutôt à son appartenance à une population civile ciblée.” [http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/fr/tad-tj970507f.pdf; consultado el 18 de marzo de 2013].

¹⁴⁶ En el caso Tadic el TIPY sostuvo esta diferencia en los siguientes términos: “648. Por lo tanto, el deseo de excluir los actos aislados o aleatorios de la noción de crímenes contra la humanidad que dio lugar a la inclusión de la exigencia de que los actos deben ser dirigidas contra una población civil” población “, y, o bien una constatación de ser generalizado, que se refiere a el número de víctimas, o sistematicidad, lo que indica que un patrón o plan metódico es evidente, cumple con este requisito.”, en inglés la redacción es la siguiente: “648. It is therefore the desire to exclude isolated or random acts from the notion of crimes against humanity that led to the inclusion of the requirement that the acts must be directed against a civilian “population”, and either a finding of widespreadness, which refers to the number of victims, or systematicity, indicating that a pattern or methodical plan is evident, fulfils this requirement.”. Sentencia de 7 de mayo de 1997. Caso Fiscal vs. Dusko Tadic. [http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf; consultado 1 de abril de 2013].

¹⁴⁷ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. 1996. V.II Segunda Parte. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo periodo de sesiones, p.51.”

36.5 Para determinar que se trata de un acto de lesa humanidad la Sala ha debido analizar bajo un criterios contextuales¹⁴⁸ los hechos del presente caso¹⁴⁹ y los de las otras tres decisiones judiciales que se producen en esta misma fecha, de las que se desprenden los elementos singulares siguientes: (1) se trata de acciones desplegadas por diferentes unidades y miembros de las fuerzas militares con ocasión del conflicto armado; (2) se realizan bajo la cobertura de órdenes o misiones militares y con conocimiento de los altos mandos militares de cada zona en donde se despliegan; (3) presuntamente se identifican a miembros de grupos armados insurgentes, de bandas criminales o de narcotraficantes; (4) involucran a personas de la población civil que responden a ciertas características: (4.1) son jóvenes [edades que oscilan entre 19 y 26 años]; (4.2) algunos campesinos, otros personas que llegaron a las ciudades y que tenían un oficio, en determinados casos personas que se realizan actividades ilícitas menores, y alguno con una elección de vida social, como ser “punkero”, o con discapacidades mentales o sensoriales reconocibles exteriormente; (5) son presentados como dados de baja

¹⁴⁸ WOLFFHÜGEL G., Christian, “El elemento contextual del crimen de lesa humanidad: una visión en el marco de las decisiones de la corte penal internacional”, en [<https://www.upeace.org/OKN/collection/cortepenal/Wolffhuegelformatted.pdf>; consultado 16 de agosto de 2015]. “Será entonces, con ocasión de las órdenes de arresto en contra de Jean Pierre Bemba Bombo –en la situación de la República Centro Africana- y Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) y Ali Muhammad Ali Abd-Rahman (“Ali Kushayb”) – en la situación de Darfur, Sudán-, donde se puede encontrar la primera evaluación, contenida en una orden de arresto, respecto de los elementos contextuales del crimen de lesa humanidad [...] Así mismo, la SCP I en el caso contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo – situación de la República Democrática del Congo, formuló un análisis del elemento contextual del crimen de lesa humanidad a cuyo efecto tuvo en cuenta los hechos sucedidos entre enero de 2001 y enero de 2004, en los cuales los grupos armados Mendu y Ngiti conocidos como las FNI –Fuerzas Nacionales Integracionistas- y las FRPI –Fuerzas Revolucionarias Patrióticas de Ituri-, llevaron a cabo más de diez ataques, en los cuales se causó el asesinato de civiles en un número importante”. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Directiva NO. 0001 de 4 de octubre de 2012, “Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación”, en [<http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-N%C2%B0-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf>; consultado 16 de agosto de 2015]. “**Contexto:** Marco de referencia contentivo de aspectos esenciales, acerca de elementos de orden geográfico, político, económico, histórico y social en el cual se han perpetrado delitos por parte de grupos criminales, incluidos aquellos en los que servidores públicos y particulares colaboran con aquéllos. Debe igualmente comprender una descripción de la estrategia de la organización delictiva, sus dinámicas regionales, aspectos logísticos esenciales, redes de comunicaciones y mantenimiento de redes de apoyo, entre otros. No bastará con la descripción de la estructura criminal o una enunciación de sus víctimas, sino que se deberá analizar su funcionamiento. La creación de contextos persigue: (i) conocer la verdad de lo sucedido; (ii) evitar su repetición; (iii) establecer la estructura de la organización delictiva; (iv) determinar el grado de responsabilidad de los integrantes del grupo y de sus colaboradores; (v) unificar actuaciones al interior de la Fiscalía con el fin de esclarecer patrones de conducta, cadenas de mando fácticas y de *iure*; y (vi) emplear esquemas de doble imputación penal, entre otros aspectos. A efectos de construir los contextos, se deberán recaudar y valorar en su conjunto, de forma ponderada y sistemática, diversas fuentes de información, incluida aquella que quieran suministrar las víctimas. De igual manera, se deberán adoptar las medidas procesales necesarias para que los elementos que permitan construir el contexto puedan servir, a su vez, como material probatorio y evidencia física en las respectivas indagaciones o procesos penales que surjan a partir de los casos o situaciones priorizados, o en otros. No constituye contexto el simple recuento anecdótico de acontecimientos ni tampoco el relato de hechos inconexos”.

¹⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, sentencia de 20 de noviembre de 2013, párrafos 81 a 94. En especial se analizó contextualmente la situación de orden público y los actos de violencia contra las comunidades del Cacarica.

en presuntos combates entre las fuerzas militares y miembros de grupos armados insurgentes o bandas criminales; (6) en la escena de los hechos a las personas de la población civil muertas violentamente les encuentran armas de fuego de corto alcance [revólveres y pistolas] que fueron accionadas en pocas ocasiones o no lo fueron; (7) por el contrario los miembros de cada unidad militar dispara en el evento un abundante número de proyectiles de sus armas de dotación oficial]; (8) siempre se trataba de acciones en las que las unidades militares contaban con mayoría respecto de los presuntos insurgentes o de los miembros de bandas criminales; (9) los hechos ocurren en la noche, en zonas de difícil acceso y sin presencia de viviendas; y, (10) las investigaciones iniciales son adelantadas por la justicia penal militar con cierres, archivos y envío a la jurisdicción ordinaria después de enfrentar serias dificultades para lograr establecer la veracidad de los hechos.

36.6 Determinados los anteriores conceptos y los criterios contextuales, la Sala conforme al acervo probatorio revisado en el expediente, encuentra que los hechos objeto de esta sentencia se corresponden con la categoría de acto de lesa humanidad, pues, por una parte (1) los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007 concretan una práctica que está siendo dirigida por algunas unidades y miembros de las fuerzas militares de Colombia contra la población civil en diferentes lugares del territorio nacional, que como en este caso de concretaron el Departamento del Casanare, municipio de Maní, vereda El Viso; (2) comprende un ataque sistemático ya que se trata de una práctica que las unidades militares como el Pelotón “Guerrero 3” del Batallón de Infantería No. 44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” de Tauramena, Casanare viene realizando en esta zona y en otras a lo largo del territorio nacional, y que ha tenido como objetivo presentar a personas de la población civil que son abatidas en presuntos enfrentamientos armados como miembros de grupos armados insurgentes, de bandas criminales o de grupos ilegales al servicio del narcotráfico, produciéndose las denominadas “falsas acciones para el cumplimiento de los mandatos constitucionales de las fuerzas militares”; y, (3) los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007 no pueden considerarse aislados de toda una problemática que tanto en el orden internacional las Naciones Unidas [por medio de sus Relatores Especiales para los Derechos Humanos], la Corte Penal Internacional [por medio de los informes del Fiscal Especial de ese organismo nombrado para estudiar la situación de Colombia], y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [en sus informes], como en el orden jurídico interno las autoridades judiciales de nuestro país [Corte

Suprema, Tribunales Superiores, Juzgados y Fiscalía General de la Nación] vienen documentando, informando, denunciando e investigando la comisión de múltiples vulneraciones a los derechos humanos y violaciones al derecho internacional humanitario con este tipo de prácticas realizadas por unidades militares en diferentes zonas del territorio nacional, arrojando como resultado registros que pueden comprender cientos o miles de personas de la población civil que resultaron afectadas.

36.7 En suma, la Sala encuentra que los hechos sucedidos en la noche del 28 de marzo de 2007 se configuran como un acto de lesa humanidad, al obedecer a un ataque dirigido en contra de la población civil, en el marco de una práctica sistemática de las unidades militares como el Pelotón “Guerrero 3” del Batallón de Infantería No.44 “Coronel Ramón Nonato Pérez”, de la Décima Sexta Brigada del Ejército Nacional, y cuyo resultado era la muerte en presunto combate de personas jóvenes de la población civil que nunca estuvieron ligados a grupos insurgentes, a bandas criminales o grupos ilegales al servicio del narcotráfico pese a haber sido presentados como tales por las fuerzas militares.

36.8 Es decir, la Sala está ante un acto que ofende y niega profundamente la dignidad humana y que ataca los principios de humanidad y democrático en los que se sustenta la sociedad moderna actual [en la que se ha construido la identidad de todas las sociedades a lo largo de la historia], en atención a la perversión moral y desprecio que envuelven este tipo de actuaciones siniestras, pues, como lo ha precisado el Tribunal Penal Internacional para la antigua ex - Yugoslavia “*los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima*”¹⁵⁰.

37 Con base en los anteriores argumentos, la Sala parte de la premisa que los hechos del 28 de marzo de 2007 en la vereda El Viso, municipio de Maní, Departamento del Casanare, en los que murió violentamente **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** pueden constituir un acto de lesa humanidad de manera tal que el estudio tanto del daño antijurídico, como de la imputación y de la reparación

¹⁵⁰ Tribunal Penal Internacional Para la Antigua Yugoslavia. TPIY. Sentencia de 29 de noviembre de 1996, caso Fiscal vs Erdemovic.

se hará teniendo en cuenta esta naturaleza del acto que pudo haber sido desplegado por el Estado.

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

6. Presupuestos del daño antijurídico.

6.1. La noción de daño en su sentido general.

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

“Es un principio fundamental del derecho francés, aun cuando no esté formulado en ningún texto legal, que, para proceder judicialmente, hay que tener un interés: «Donde no hay interés, no hay acción». Una vez establecido el principio, ha surgido el esfuerzo para calificar ese interés que es necesario para dirigirse a los tribunales: debe ser cierto, debe ser personal. Pero se agrega: debe ser «legítimo y jurídicamente protegido» [...]”¹⁵¹.

40 Ahora bien, los elementos constitutivos del daño son: (1) la certeza del daño; (2) el carácter personal, y (3) directo. El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual¹⁵². En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto¹⁵³⁻¹⁵⁴, esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio:

“[...] tanto doctrinal como hipotéticamente ha sido suficientemente precisado que dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales, es indispensable que el daño sea cierto; es decir, que no puede

¹⁵¹ MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil*. Parte primera. Volumen I. Introducción al estudio del derecho privado, derecho objetivo y derechos subjetivos. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p.510.

¹⁵² CHAPUS. “Responsabilité Publique et responsabilité privée”, ob., cit., p.507.

¹⁵³ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

¹⁵⁴ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente 4333.

ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas; aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. Lo que se exige es que no exista duda alguna sobre su ocurrencia¹⁵⁵.

41 La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto, pero, si la existencia del daño es la singularidad de su certeza no se debe sin embargo confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su indemnización¹⁵⁶. De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual¹⁵⁷.

6.2. La noción de daño antijurídico.

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

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

42.2 El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual¹⁵⁸ y del Estado, impone considerar dos

¹⁵⁵ Salvamento de voto del Consejero de Estado Joaquín Barreto al fallo del 27 de marzo de 1990 de la Plenaria del Consejo de Estado, expediente S-021.

¹⁵⁶ CHAPUS. "Responsabilité Publique et responsabilité privée", ob., cit., p.403. En el mismo sentido el profesor CHAPUS ha manifestado "lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y dimensión del perjuicio son la medida de la indemnización. Pero bien puede reconocer que la responsabilidad se compromete cuando la existencia del perjuicio se establece, sin importar las dudas que se tengan acerca de su extensión exacta".

¹⁵⁷ HENAO, Juan Carlos, El Daño- Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.131

¹⁵⁸ PANTALEON, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en *Anuario de Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No.4, 2000, p.185. "[...] el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe

componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”¹⁵⁹; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”¹⁶⁰; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable” ¹⁶¹, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos¹⁶²; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general¹⁶³, o de la cooperación social¹⁶⁴.

soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). *Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA)*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”.

¹⁵⁹ LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

¹⁶⁰ SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

¹⁶¹ PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186. “[...] que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”.

¹⁶² MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, 1ª reimp, Alianza, Madrid, 2001, pp.152 y 153. “Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? [...] el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus miembros de todo daño o vejación”.

¹⁶³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

¹⁶⁴ RAWLS, John, *Liberalismo político*, 1ª ed, 1ª reimp, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279. Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: “la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado [...] El otro elemento corresponde a “lo racional”: se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su

42.3 En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”¹⁶⁵. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado “que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”¹⁶⁶.

42.4 De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”¹⁶⁷.

propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas”.

¹⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.168. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)”.

¹⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, ob., cit., p.297. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”.

¹⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere”.

42.5 Se precisa advertir que en la sociedad moderna el instituto de la responsabilidad extracontractual está llamada a adaptarse, de tal manera que se comprenda el alcance del riesgo de una manera evolutiva, y no sujeta o anclada al modelo tradicional. Esto implica, para el propósito de definir el daño antijurídico, que la premisa que opera en la sociedad moderna es aquella según la cual a toda actividad le son inherentes o intrínsecos peligros de todo orden, cuyo desencadenamiento no llevará siempre a establecer o demostrar la producción de un daño antijurídico. Si esto es así, sólo aquellos eventos en los que se encuentre una amenaza inminente, irreversible e irremediable permitirían, con la prueba correspondiente, afirmar la producción de un daño cierto, que afecta, vulnera, aminora, o genera un detrimento en derechos, bienes o intereses jurídicos, y que esperar a su concreción material podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece¹⁶⁸.

42.6 Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”¹⁶⁹. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro,

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, ob., cit., p.298.

¹⁶⁸ HENAO, Juan Carlos, “De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés”, en VVAA, *Daño ambiental*, T.II, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.194, 196 y 203. “[...] el daño que se presenta a partir de la simple amenaza que permite inferir el agravamiento de la violación del derecho, sin que suponga su destrucción total, no se incluye en los estudios de la doctrina sobre el carácter cierto del perjuicio. Y sin embargo, esta situación también se expresa en el carácter cierto del perjuicio. La única diferencia radica en que la proyección en el futuro se hará a partir de la amenaza y hasta la lesión definitiva y no respecto de las consecuencias temporales de esta última. Por esta razón es necesario tener en cuenta esta nueva situación y hacer una proyección en el futuro partiendo de la amenaza del derecho que implicará un agravamiento de la lesión del mismo [...] Se parte, en acuerdo con C. THIBIERGE cuando expone las carencias actuales de la responsabilidad civil, de tener en cuenta “el desarrollo filosófico del principio de responsabilidad y la idea de una responsabilidad orientada hacia el futuro que le permitiría al derecho liberarse de la necesidad de un perjuicio consumado y de crear una responsabilidad sólo por la simple amenaza del daño, con la condición de que éste último sea suficientemente grave” [...] La alteración del goce pacífico de un derecho es un perjuicio cierto. Aunque se pudiere reprochar que la amenaza de un derecho es por definición contraria a su violación, y por consecuencia, es contraria (sic) a la noción de daño, se reitera que la mera amenaza de violación es de por sí un daño cierto y actual. En efecto, el sentido común indica que el uso alterado de un derecho no es un goce pleno y pacífico de este, precisamente porque supone que se encuentra disminuido [...] La necesidad de estudiar la amenaza de agravación del derecho en la certeza del daño. Los desarrollos de esta primera parte nos permiten concluir que la amenaza de daño pertenece al ámbito del régimen jurídico del daño y por ende de la responsabilidad civil. Excluirlo de la materia deja una parte esencial del daño sin estudio, permitiendo que se instauren concepciones en las cuales el derecho procesal limita el derecho sustancial”.

¹⁶⁹ Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550. Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirse al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”.

determinado o determinable¹⁷⁰, anormal¹⁷¹ y que se trate de una situación jurídicamente protegida¹⁷².

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

43 En aquellos especiales y singulares eventos donde la producción de daños antijurídicos comprende la vulneración de derechos humanos y la violación de normas y obligaciones del derecho internacional humanitario¹⁷³, convencionalmente y constitucionalmente [por virtud de los artículos 2, 29, 93 y 229 de la Carta Política; 1.1, 2 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 12 del Convenio I de Ginebra de 1949 “para aliviar la suerte

¹⁷⁰ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

¹⁷¹ Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166. “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”.

¹⁷² Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

¹⁷³ Entendido el derecho internacional humanitario como un conjunto de normas que “por razones humanitarias, trata de *limitar los efectos de los conflictos armados*. Protege a las personas que no participan o que ya no participan en los combates y limita los medios y métodos de hacer la guerra. El DIH se suele llamarse también “derecho de la guerra” y “derecho de los conflictos armados” [...] El DIH se aplica en situaciones de conflicto armado [...] El origen del DIH se remonta a las normas dictadas por las antiguas civilizaciones y religiones. La guerra siempre ha estado sujeta a ciertas leyes y costumbres. La codificación del DIH a nivel universal comenzó en el siglo XIX. Desde entonces, los Estados han aceptado un conjunto de normas basado en la amarga experiencia de la guerra moderna, que mantiene un cuidadoso equilibrio entre las preocupaciones de carácter humanitario y las exigencias militares de los Estados [...] El DIH se encuentra esencialmente contenido en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en los que son parte casi todos los Estados. Estos Convenios se completaron con otros dos tratados: los Protocolos adicionales de 1977 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados. Hay asimismo otros textos que prohíben el uso de ciertas armas y tácticas militares o que protegen a ciertas categorías de personas o de bienes. Son principalmente: - la Convención de la Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y sus dos Protocolos; - la Convención de 1972 sobre Armas Bacteriológicas; - la Convención de 1980 sobre Ciertas Armas Convencionales y sus cinco Protocolos; - la Convención de 1993 sobre Armas Químicas; - el Tratado de Ottawa de 1997 sobre las Minas Antipersonal; - el Protocolo facultativo de la Convención de sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Ahora se aceptan muchas disposiciones del DIH como derecho consuetudinario, es decir, como normas generales aplicables a todos los Estados. El DIH sólo se aplica en caso de conflicto armado. No cubre las situaciones de tensiones internas ni de disturbios interiores, como son los actos aislados de violencia. Sólo es aplicable cuando se ha desencadenado un conflicto y se aplica por igual a todas las partes, sin tener en cuenta quien lo inició. El DIH distingue entre conflicto armado internacional y conflicto armado sin carácter internacional [...] En los conflictos armados sin carácter internacional se enfrentan, en el territorio de un mismo Estado, las fuerzas armadas regulares y grupos disidentes, o grupos armados entre sí. En ellos se aplica una serie más limitada de normas, en particular las disposiciones del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional II. Es importante hacer distinción entre derecho internacional humanitario y derecho de los derechos humanos. Aunque algunas de sus normas son similares, estas dos ramas del derecho internacional se han desarrollado por separado y figuran en tratados diferentes. En particular, el derecho de los derechos humanos, a diferencia del DIH, es aplicable en tiempo de paz y muchas de sus disposiciones pueden ser suspendidas durante un conflicto armado [...] En particular, está prohibido matar o herir a un adversario que haya depuesto las armas o que esté fuera de combate. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos por la parte beligerante en cuyo poder estén. Se respetarán el personal y el material médico, los hospitales y las ambulancias [...] El DIH prohíbe, entre otras cosas, los medios y los métodos militares que: - no distinguen entre las personas que participan en los combates y las personas que no toman parte en los combates, a fin de respetar la vida de la población civil, de las personas civiles y los bienes civiles; - causan daños superfluos o sufrimientos innecesarios; causan daños graves y duraderos al medio ambiente” COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “¿Qué es el derecho humanitario?”, en [<https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih.es.pdf>; consultado 25 de junio de 2015].

que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña”, y el artículo 4.2 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, “relativa a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional” de 1977] el juez administrativo debe y puede pronunciarse sobre tal vulneración y hacerla parte del daño tanto por su despliegue directo en las víctimas, como en sus familiares.

44 La muerte de personas en el marco de un conflicto armado interno no puede tener como unívoca lectura la constatación del fallecimiento material, sino que exige asociarlo al respeto de la dignidad humana, como principio democrático sustancial, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo, el derecho constituir una familia y el derecho a la libertad. Se trata de afirmar que todo ciudadano que fallece en el marco del conflicto armado, sin perjuicio de su situación frente al mismo, encuentra cercenados los anteriores derechos humanos, porque (1) la forma violenta en que fallece puede en sí misma comprender una vulneración de tal tipo que se ofende el principio de humanidad y de dignidad; (2) se desprende como efecto inmediato e indiscutible que se entorpece cualquier elección del sujeto que fallece en tales condiciones, desde la perspectiva de vida personal, familiar, social y económica¹⁷⁴; (3) se hace extinguir, abruptamente, cualquier capacidad laboral, productiva o económica de la persona, que en condiciones normales las podría haber desplegado; (4) se niega la posibilidad de constituir una familia, o se limita la posibilidad de disfrutar de la misma y de todas las virtudes y obligaciones que en dicha figura existe; (5) la persona se somete arbitrariamente a la limitación absoluta de la libertad como expresión plena de la entidad de la persona, y, (6) los familiares de las personas sometidas a la tal cercenamiento de derechos, también padecen un impacto en la

¹⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012. “[...] 143. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad [caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile]. La protección a la vida abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad”. Puede verse: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, case Dudgeon vs. United Kingdom, sentencia de 22 de octubre de 1981, asunto 7525/76; case X and Y vs. Netherlands, sentencia de 26 de marzo de 1985, asunto 8978/80; case Niemietz vs. Germany, sentencia de 16 de diciembre de 1992, asunto 13710/88; case Peck vs. United Kingdom, sentencia de 28 de abril de 2003, asunto 44647/98; case Pretty vs United Kingdom, sentencia de 29 de julio de 2002, asunto 2346/02.

dignidad colectiva¹⁷⁵, al encontrar que sus hijos, hermanos o nietos fueron objeto de actos que violentaron todos los mínimos de respeto que esto produce una limitación o restricción indebida en la esfera de sus propios derechos, de su calidad de vida, de su identidad social, y de su posibilidad de superación como individuos de la sociedad democrática.

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

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

6.4. El daño antijurídico en el caso concreto.

47 De acuerdo con la demanda el daño antijurídico se hizo consistir en la desaparición y muerte violenta del joven ciudadano **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, en hechos ocurridos en la madrugada del 28 de marzo de 2007 en la vereda El Viso del municipio de Maní, Casanare. Este ámbito material del daño, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente se encuentra demostrado, ya que se cuenta con (1) el registro civil de defunción de un N.N., con indicativo serial número 5312686 [fl.24 c1], según el cual falleció el 28 de marzo de 2007 [fl.24 c1]; (2) el registro civil de defunción de Andrés Fabián Garzón Lozano, con indicativo serial 5312793 [fl.25 c1], según el cual falleció el 28 de marzo de 2007 [fl.25 c1]; (3) el acta de levantamiento de cadáver No.005; y, el (4) protocolo de necropsia número 07-04N, realizada el 29 de marzo de 2007 [fls.469 a 472 c2], correspondiente al acta de levantamiento número 005, solicitada por la Fiscalía Sexta Delegada y se relaciona con el certificado de defunción número 1267770, de la que se extrae: (1) los hechos ocurrieron el 28 de marzo de

¹⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, sentencia de 25 de octubre de 2012, párrafo 351.

2007 en la vereda Matepiña; (2) se trataba del cuerpo de una persona vestido con camiseta verde, pantalón jean negro, pantaloncillos azul leo, medias negras gris negra y botas de caucho negras venus; (3) en la descripción general se señaló que se trataba de un cadáver de una persona de sexo masculino, de aproximadamente 25 a 30 años, y que presentaba enucleación del ojo izquierdo; (4) como señales particulares presentaba dos tatuajes en los brazos; (5) presentaba fractura de la cervical C4 y lesión en aorta abdominal; y, (6) como análisis se señaló: “muerte debido a lesión de grandes vasos con posterior shock hipovolémico, falta respiratoria por lesión cervical” [fls.469 a 72 c2]. En este último se establece la: (a) descripción topográfica: ojos: enucleación ojo izquierdo; nariz: orificio entrada 1x1 cm al lado izquierdo y de salida a la derecha; cuello: simétrico orificio de 2x3 cm lado derecho de 1 cm lado izquierdo; abdomen: orificio de 5x5 cm flanco izquierdo; extremidades superiores; orificio en dorso de mano izquierdo [sic] de 1x1 cm, orificio de palma de 2 x 2 cm, inferiores quemadura lineal en brazo derecho; (b) las lesiones con PAF localizadas en columna cervical con lesión visceral; y, (c) como análisis se concluyó muerte debido a lesión de grandes vasos con posterior shock hipovolémico, falla respiratoria por lesiones céricas.

47.1 La muerte violenta del joven ciudadano **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** en los hechos ocurridos en la madrugada del 28 de marzo de 2007 en desarrollo de una operación y acción militar de miembros del Ejército Nacional del Batallón de Infantería No.44 “Coronel Ramón Nonato Pérez, representó en la esfera de la víctima, de sus familiares y de la comunidad una carga no soportable al haberse suprimido anticipada, arbitraria y absolutamente su derecho a la vida, lo que no puede comprenderse como una carga normal y soportable, atendiendo a las circunstancias especiales y singulares en las que ocurrió su fallecimiento.

47.2 Ahora bien, la Sala estudia si concretó la desaparición forzada de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, ya que de demostrarse este hecho habría lugar a consideración de la vulneración de diversos derechos humanos en su cabeza, dada la pluriofensividad de aquella acción. Estudiada y analizada la prueba la Sala encuentra:

(1) Que la tía de la víctima, María Eva Lozano Moreno, al momento de rendir su declaración ante el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar, el 17 de noviembre de 2010, allegó copia de la denuncia que por desaparición forzada ella rindió ante el CTI de Yopal, Casanare, y la ampliación dada ante la Fiscalía con

posterioridad [fls.686 a 688 c2; 1244 a 1246, 1309 a 1311, 1326 a 1328, 1369 a 1371 c4; 228 a 231 c5].

(2) Se cuenta con la denuncia penal número 4073, de 3 de abril de 2007, presentada por la presunta desaparición forzada de la víctima ante el CTI de la Fiscalía de Yopal, Casanare, por María Eva Lozano Moreno [fls.683 a 685 c2; 1241 a 1243, 1306 a 1308, 1323 a 1325, 1366 a 1368, c4; 225 a 227 c5], en la que manifestó “[...] el jueves veintinueve de marzo a las ocho y treinta de la noche me enteré que habíadesaparecido [sic], me lodijo [sic] el hermano JORGE [...] La noche que desapareció mi sobrino y KEMEL comenta la esposa que untio [sic] de ella los vió [sic] cuando los subieron a unacamioneta [sic] blanca no dio detalles que él estaba”.

(3) La Fiscalía Treinta y Uno [31] de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Juzgados del Circuito, de delitos contra la vida e integridad personal una vez recibida la denuncia penal anterior cursó el proceso penal IP – 106638 por la presunta desaparición forzada de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, del que se tienen los siguientes elementos probatorios:

(3.1) Oficio número 351 GRUVI SIJIN DECAS, de 20 de junio de 2007, del funcionario investigador SIJIN DECAS, con el que rindió informe de actuaciones realizadas dentro del sumario 106638 [fls.1156 a 1160 c4].

“[...] se estuvo ubicando a la señora MARIA EVA LOZANO MORENO [...] quien manifestó que para la fecha no ha tenido conocimiento de los hechos de la desaparición de ANDRES FABIAN GARZON LOZANO y KEMEL MAURICIOARTEAGA CUARTAS que un [sic] unos policías lo tenían amenazado por que [sic] se la pasaba consumiendo sustancias alucinógenas, que SELVA RORIGUEZ sabía de alguna información y que en el bar monguitos fue donde la ultima [sic] vez que lo vieron.

Según lo manifestado por la señora MARIA EVA LOZANO, me desplace [sic] al comando de la Policía Nacional de casanare [sic], estación Yopal donde me pude entrevistar con los patrulleros PT. HERRERA CIVO, PT. SUAREZ MOLINA, PT. ALBA QUIJANO, PT. RODRIGUEZ ORTIZ, quienes manifestaron que para el día 24 de marzo de 2007, se traslado [sic] a las instalaciones del comando al señor ANDRES FABIAN GARZON LOZANO, por encontrarse en alto grado de excitación, fomentando riña y escándalo en vía pública, dirección 15 entre carrera 20 y 21 barrio vello [sic] horizonte, agrediendo a las personas que transitaban por el sector, por otra parte manifestaron que le encontraron en su poder un tubo plástico transparente el cual contenía residuos de una sustancia pulverulenta [sic] color blanco con características similares al clorhidrato de cocaína, esto con el fin de garantizar su integridad física y la de terceros.

Siguiendo en curso con la presente investigación me desplace [sic] al barrio casimena con el fin de ubicar a la señora SELVA RODRIGUEZ [...] quien manifestó que para el día de la desaparición de ANDRES Y [sic] KEMEL, ese día se encontraba trabajando con su tabla de manillas y como ella ofrece las manillas [sic] por todos los establecimientos públicos, que ella iba pasando en bicicleta por la carrera 21 entre calles 09 y 10 en las horas de la noche más o menos como a las 20:00 horas o 21:30 horas no recuerda muy bien se los encontró en la licorera KIWIS y les dijo que dieran tanta boleta con la policía, por que [sic] se encontraban tomando y metiéndose un

pase "sustancias alucinógenas" en plena vía pública por lo cual ellos le contestaron con groserías, que no se metiera que era la vida de ellos y que los dejara tranquilos, al ver esto ella siguió con su ruta dirigiéndose enseguida para su casa y que hay [sic] fue la última vez que los vio, después fue cuando se entero [sic] que estaban desaparecidos y que supuestamente decían que esa noche estaba con ellos en el bar Monguitos.

[...] ANDRUS AVILA [...] quien manifestó que la noche anterior de la desaparición como a las 23:30 horas el paso por el bar monguitos y ellos le ofrecieron una cerveza pero como el dueño de el [sic] establecimiento no lo dejó [sic] entrar por ser menor de edad [...]

Por otra parte, se estuvo ubicando a los señores que estuvieron tomando en el bar monguitos [...] se pudo ubicar a los señores [sic] **OSCARLEONARDO** [sic] **SEGURA BARRERA** [...] quien manifestó; [sic] El 27 de Marzo [sic], yo me trabajando [sic] con mi compañero FLAVIO BRAVO, nos encontrábamos por el parque principal, nos encontramos con KEMEL que venía del parque RAMONONATO, KEMEL nos dijo que trabajáramos los tres que ese día se quería farria que se quería descontrolar, nosotros de [sic] dijimos que si bajamos a la licorera KIWIS Y [sic] compramos media de blandí [sic], de hay [sic] empezamos a trabajar por la carrera 20, por los bares de la zona rosa de hay [sic] nos fuimos para el parque la iguana, nos fumamos un bareto, saliendo de la iguana nos encontramos a DIEGO el primo de ANDRES FABIAN GARZON Y [sic] volvimos a fumar un bareto con el, KEMEL le mando [sic] una plata con DIEGO para que le compraran pañales a la hija de el [sic], de hay [sic] terminamos de fumar y salimos de nuevo a trabajar por los bares, llamamos a ANDRES la celular nos encontramos como a las 20:30 horas en la carrera 22 con calle 09 al frente de cocoloco, KEMEL quería seguir tomando y nosotros le dijimos que no. al momento llegó [sic] ANDRES Y [sic] KEMEL le dijo que trabajaran esa noche y que amanecía en la casa de el [sic] para que no se fuera para donde el hermano por que [sic] la casa del hermano le quedaba muy lejos, de hay [sic] ellos se fueron a trabajar por su lado y yo con FLABIO [...]

Los vimos como a las 21:30 en la licorera KIWIS comprando chorro mas [sic] largo [...]

Terminamos de trabajar como a las 24:00 aproximadamente en el bar MONGUITOS y paramos a tomarnos una cerveza, ANDRES Y [sic] KEMER [sic] ya estaban hay [sic] tomando cerveza, nosotros nos [sic] unas cervezas y nos fuimos para mi casa. Ellos se quedaron hay [sic] siguieron tomando no sabemos hasta que [sic] horas.

FLABIO ERNESTOS BRAVO FORERO [...] El 27 de Marzo [sic], yo me trabajando [sic] con mi compañero OSCAR, nos encontrábamos por el parque principal nos encontramos con KEMEL que venía del parque RAMONONATO, KEMEL nos dijo que trabajáramos los tres que ese día se quería farria que se quería descontrolar, nosotros de [sic] dijimos que si bajamos a la licorera KIWIS Y [sic] compramos media de blandí [sic], de hay [sic] empezamos a trabajar por la carrera 20, por los bares de la zona rosa de hay [sic] nos fuimos para el parque la iguana, nos fumamos un bareto, saliendo de la iguana nos encontramos a DIEGO el primo de ANDRES FABIAN GARZON Y [sic] volvimos a fumar un bareto con el [sic], KEMEL le mando [sic] una plata con DIEGO para que le compraran pañales a la hija de el [sic], de hay [sic] terminamos de fumar y salimos de nuevo a trabajar por los bares.

Yo lame [sic] a ANDRES al celular 3125696204 nos encontramos a las 20:30 horas en la carrera 22 con calle 09 al frente de cocoloco, KEMEL quería seguir tomando y nosotros le dijimos que no. al momento llegó [sic] ANDRES Y [sic] KEMEL le dijo que trabajaran esa noche y que amanecía en la casa de el [sic] para que no se fuera para donde el hermano por que [sic] la casa del hermano le quedaba muy lejos, de hay [sic] ellos se fueron a trabajar por su lado y yo con OSCAR

Los vimos como a las 21:30 en la licorera KIWIS comprando chorro mas [sic] largo [...]

Los vimos como a las 21:30 en la licorera KIWIS comprando chorro mas [sic] trago, nosotros seguimos caminando no nos quedamos hay [sic] ni hablamos con ellos, seguimos trabajando juiciosos como dos horas por que [sic] no teníamos [sic] casi plata.

Los volvimos a ver en el bar MONGUITOS después de que ya habíamos terminado de trabajar aproximadamente como a las 23:30 horas, como yo llevaba la maleta de

ANDRES me pregunto [sic] que si yo tenia [sic] el tablero de el [sic], yo le dije que si y se lo entregue [sic] hay [sic] fue cuando nos despedimos y bajamos con OSCAR para la casa de el [sic]" [fls.1156 a 1159 c4, subrayado fuera de texto].

(3.2) Declaración rendida por Flabio Ernesto Bravo Forero ante la Seccional de Policía Judicial de Casanare [fls.1161 y 1162 c4].

(3.3) Declaración rendida por Oscar Leonardo Segura Barrera ante la Seccional de Policía Judicial de Casanare [fls.1163 y 1164 c4].

(3.4) Acta número 457, de 25 de marzo de 2007, de la Estación Yopal de la Policía Nacional relacionada con la medida correctiva de retención aplicada a Andrés Fabián Garzón, por encontrarse en alto grado de excitación, formando riña y portando sustancias alucinógenas [fl.1165 c4].

(3.5) Acta, de 24 de marzo de 2007, a las 17:10, por la que se puso a disposición del Comandante de la Estación Yopal de la Policía Nacional a Andrés Fabián Garzón Lozano [fl.1166 c4].

(3.6) Oficio, de 21 de abril de 2008, de Asistente del Fiscal III de la Fiscalía Treinta y Tres [33] dirigida al Defensor del Pueblo de Casanare [fl.1179 c4], informándole del adelantamiento de la investigación 106638 por el delito de desaparición forzada siendo una de las víctimas Andrés Fabián Garzón Lozano [fl.1179 c4].

(3.7) Oficio número 2519, de 9 de julio de 2009, de la Procuraduría General de la Nación con el que se allegó copia de la queja presentada por Fanny Lozano Moreno donde informa de la desaparición de Andrés Fabián Garzón Lozano [fls.1211, 1212, 1218, 1373 c4].

(3.8) Informe FGNUAH 041, de 28 de febrero de 2011, del Investigado Criminalístico VII del CTI [fls.1265 a 1270 c4, según el cual con "la información recopilada hasta el momento, es claro ver que a hoy el ciudadano ANDRES FABIAN GARZON LOZANO no se encuentra desaparecido, por el contrario éste señor fue dado de bajo al parecer en un supuesto combate con tropas del ejército [sic] Nacional adscritos al batallón Birno 44 de Tauramena Casanare, en donde se adelanta el proceso 191 y donde a la vez fue dado de baja otro individuo NN masculino u los cuerpos fueron sepultados como NNS, pero posteriormente según se observa [...] se halla informe donde mediante cotejo se establece la plena identificación del desaparecido GARZON LOZANO ANDRES FABIAN con cc No. 86.083147" [fl.1270 c4].

(3.9) Providencia, de 11 de marzo de 2011, del Fiscal 13 Nacional para la desaparición y el desplazamiento forzados de Santa Rosa de Viterbo dentro del radicado 106638 [fls.1277 a 1278 c4], en la que se consideró que para el caso denunciado y relacionado con la desaparición, entre otros, de Andrés Fabián Garzón Lozano "no se reúnen los requisitos establecidos en el Art. 165 del C.P

para predicar que estamos frente al delito de Desaparición Forzada y por lo tanto este despacho pierde competencia para seguir con la presente investigación”. A lo que agrega, que por “el lugar de la ocurrencia de los hechos, la ciudad de Yopal Casanare, y por las circunstancias que rodearon los mismos, probablemente estemos frente al posible punible de Homicidio en Persona Protegida” [fl.1278 c4].

(3.10) Informe de policía judicial número 50-33765, de 16 de marzo de 2013 [fls.1347 a 1352 c4], relacionado con el desplazamiento realizado hasta las instalaciones del cementerio del municipio de Maní, Casanare.

(3.11) Acta de la diligencia de exhumación realizada en el cementerio del municipio de Maní, Casanare el 7 de marzo de 2013, por la Fiscal 95 de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario [fls.1376 y 1377 c4], sin haber logrado encontrar el cuerpo de Andrés Fabián Garzón Lozano.

(3.12) Acta de la diligencia de exhumación realizada en el cementerio del municipio de Maní, Casanare el 8 de mayo de 2013, por la Fiscal 95 de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario [fls.1378 y 1379 c4], sin haber logrado encontrar el cuerpo de Andrés Fabián Garzón Lozano.

(3.13) Informe de policía judicial número 50-39143, de 14 de mayo de 2013 de las actividades realizadas de fijación fotográfica y topográfica en el cementerio del municipio de Maní, Casanare [fls.1389 1394 c4].

(3.14) Oficio 3698/MDN-CGFM-CE-DIV8-BR16-BIRNO44-CJM-27.3, de 1 de octubre de 2013, del Coordinador Jurídico de la Batallón de Infantería No. 44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” [fl.1395 c4], con el que se remitió (1) copia de la orden de operaciones relacionada en el oficio 00771/DIV4-BR16-BIRNO44-S3-OP-375, “MISIÓN TÁCTICA no 033 MISIL” [fls.1397 a 1403, 1410 a 1416 c4]; y, (2) informe de patrullaje [fls.1404, 1417 y 1418 c4].

(4) Se cuenta, así mismo, con el Auto de 11 de marzo de 2011, de la Fiscalía 13 Nacional para la Desaparición y el Desplazamiento Forzado de Santa Rosa de Viterbo, en el que declaró la incompetencia para continuar conociendo de la actuación por haberse configurado el delito de desaparición forzada sino el de homicidio en persona protegida, ordenando remitir las actuaciones a la Fiscalía de Yopal, Casanare [fls.1277 y 1278 c4].

47.2 Pero la dignidad humana y la vida no fueron las esferas de derechos y principios esenciales vulnerados y que son objeto del daño antijurídico ocasionado a **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, sino que el hecho que en la noche del 27 de marzo de 2007 haya desaparecido de las calles de Yopal, Casanare, en

cercanías al bar “Monguitos”, tal como queda demostrado, sin conocerse su paradero y aparecer en la madrugada del día siguiente, 28 de marzo, muerto en la zona rural del municipio de Maní, Casanare, permite concretar hecho material la desaparición forzada de la que fue objeto el joven **GARZÓN LOZANO**, provocándose su aislamiento prolongado y su incomunicación con sus familiares quienes sólo hasta el 17 de noviembre de 2010 pudieron tener conocimiento de su lamentable paradero, esto es, que se encontraba reportado como muerto por el Ejército Nacional, ocasionándose una seria limitación de sus derechos a la libertad, a la integridad personal y a la libre circulación, así como la afectación en su seguridad, siendo reducido a una situación de indefensión desde el 28 de marzo de 2007 y hasta el 17 de noviembre de 2010.

47.3 Se trata de la convergencia de un solo curso fáctico con el que se desencadenó un daño antijurídico con múltiples manifestaciones, tanto en la vida y dignidad, como en la libertad e integridad personal, y es lo que ocurre cuando cualquier individuo es sometido a desaparición forzada¹⁷⁶, teniendo en cuenta su carácter pluriofensivo, ya que según el artículo II de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, este tipo de hechos se configura por la privación de la libertad de las personas [en el caso de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**], que representa una limitación, restricción o cercenamiento indebido del derecho a la libertad personal, que pone en cuestión su integridad personal, y que en la posición de sus familiares implica la vulneración del derecho a la información que estos puedan tener de la situación, ubicación o condiciones en que se encuentran las personas que haciendo parte de su núcleo no se tiene noticia de su paradero, ya que el como obrando la Sala como juez de convencionalidad comprende, siguiendo la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, como “factor relevante para que cese una desaparición

¹⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, párrafos 155 a 157. “[...] La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar [...] Además, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano [...] La práctica de desapariciones, en fin, ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida de ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida”. Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párrafo 163; caso Blake vs. Guatemala, sentencia de 24 de enero de 1998, párrafo 65; caso Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala, interpretación de la sentencia de 19 de agosto de 2013, párrafo 64; caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú, sentencia de 26 de noviembre de 2013. En la jurisprudencia europea de derechos humanos puede verse: Corte Europea de Derechos Humanos, caso Loizidou vs. Turquía, asunto 15318/89, sentencia de 18 de diciembre de 1996; caso Cyrus vs. Turquía, asunto 25781/94, sentencia de 10 de mayo de 2001, párrafos 136, 150 y 158.

forzada” la “determinación del paradero o la identificación de sus restos y no la presunción de fallecimiento”¹⁷⁷, como se demuestra en el caso de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** de quien se tuvo conocimiento de su paradero por sus familiares sólo el 17 de noviembre de 2010 cuando fueron contactados a instancias del Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar y reconocido su cuerpo por fotografías vistas por sus familiares.

47.4 Luego, es incuestionable para la Sala que los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007 produjeron más de una manifestación de daño antijurídico, tanto en cabeza de la víctima **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** en su vida y dignidad, sino también en su libertad e integridad personal, desdoblándose en sus familiares en el derecho a la información y al respeto de la dignidad de la familia que se cercenó con ocasión de su desaparición, muerte violenta y sin que hasta la fecha haya sido posible hallar su cadáver, pese a tres diligencias de exhumación realizadas en el cementerio del municipio de Maní, Casanare.

47.5 Así mismo, la muerte violenta de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** se data del 28 de marzo de 2007 ocurrida en la vereda El Viso del municipio de Maní, Casanare, su cadáver a pesar de tres [3] diligencias de exhumación que se han realizado en el cementerio del municipio mencionado aún no ha sido encontrado donde fue depositado, según todos los indicios concluyentes en una fosa común en dicha ubicación pero sin determinación concreta de la misma [desconoce la Sala si para la fecha de esta sentencia han sido encontrados los restos mortales de la víctima y entregados a su familia]. Las condiciones de extrema violencia en las que se dictaminó su muerte por la experticia realizada a su cadáver demuestra que se produjo una muerte atroz, con excesiva violencia al utilizarse en múltiples oportunidades armas de fuego de largo alcance que hicieron blanco en su humanidad segándole la vida de manera inmediata, representando para él en vida una carga no soportable al haber sido suprimida de manera anticipada, arbitraria y desproporcionada su vida, al haber sido vulnerada su dignidad humana y la de sus familiares, en las condiciones específicas y particulares en las que se produjeron los hechos el mencionado día.

¹⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú, sentencia de 26 de noviembre de 2013, párrafo 31. Puede verse también: caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, sentencia de 1 de septiembre de 2010; caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala, sentencia de 20 de noviembre de 2012.

47.6 Desde la perspectiva del respeto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en cabeza del joven ciudadano **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, la Sala de Sub-sección encuentra que representó una carga no soportable al haberse sacrificado, extinguido y suprimido su dignidad humana, sus derechos a la vida, a la integridad personal, a su intimidad personal y familiar, a la libertad personal, a la igualdad, a la garantía judicial mínima, a la honra, a la libre asociación, la personalidad, al libre desarrollo de la personalidad, a todas las posibilidades de desarrollo personal, familiar, profesional y humano, a no ser sometido a desaparición forzada y a la libre circulación, que convencional [artículos 1.1, 3, 4, 5, 7, 8.1, 11,1, 16 de la Convención Americana de los Derechos Humanos; artículos 4.1 y 45 de la Carta de la OEA; artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; artículo 3 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales –Protocolo de San Salvador de 1988- relacionado con la obligación de no discriminación; artículo 9 de la Carta Democrática Interamericana; artículos 1, 2, 7, 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículos 2.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales; artículos 2, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] y constitucionalmente [artículos 11, 12, 14, 15, 16, 21, 24 y 26 de la Carta Política] reconocidos a ellos, teniendo en cuenta que se trataba de una persona de veintitrés [23] años y trece [13] días de edad, que tenía todas las posibilidades de elegir por virtud de su autonomía personal el curso y calidad de su vida, incluyendo su identidad como miembro de un grupo social como los “punkeros” amparado convencional y constitucionalmente a partir de los principios del pluralismo jurídico democrático¹⁷⁸ y de igualdad¹⁷⁹, especialmente por virtud del “mandato de abstención”.

¹⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia T-1023 de 10 de diciembre de 2010. “[...] Este principio no significa la supresión o negación de las distintas nociones ideológicas que perviven en la sociedad, o la imposición arbitraria e injustificada de un tipo de moral o ética mayoritaria sobre las demás sino que pretende la coexistencia, el respeto, la tolerancia y la promoción de las distintas formas de desarrollar cierto proyecto personal o social, cuyo único límite debe ser el respeto del orden jurídico existente. Se trata de la aplicación del principio *pro libertate* que adquiere trascendencia para interpretar en “zonas de penumbra” y que implica que toda interpretación a favor de la libertad debe prevalecer sobre aquella que la restrinja”.

¹⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia T-291 de 2009. “[...] La igualdad es uno de los pilares sobre los que se funda el Estado colombiano. La constitución reconoce la igualdad, como un principio, como un valor, y como un derecho fundamental, que va más allá de la clásica fórmula de igualdad ante la ley, para erigirse en un postulado que apunta a la realización de condiciones de igualdad material. Bajo esta perspectiva, un propósito central de la cláusula de igualdad, es la protección de grupos tradicionalmente discriminados o marginados; protección que en un Estado social de derecho se expresa en una doble dimensión: por un lado, como mandato de abstención o interdicción de tratos discriminatorios (mandato de abstención) y, por el otro, como un mandato de intervención, a través del cual el Estado está obligado a realizar acciones tendentes a superar las condiciones de desigualdad material que enfrentan dichos grupos (mandato de intervención). En relación con el primero, existe un deber de la administración de abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas que conduzcan a agravar o perpetuar la situación de exclusión, marginamiento o

47.7 Los anteriores argumentos y pruebas permiten considerar a la Sala que en los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007, se reitera, se produjo un daño antijurídico que la víctima **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** y sus familiares, no estaban llamados a soportar como carga ordinaria, ni siquiera a una restricción o cercenamiento, en atención al respeto de su dignidad humana y de los derechos señalados, que son incuestionables en un Estado Social de Derecho¹⁸⁰, desde una perspectiva no sólo formal, sino también material de la antijuridicidad¹⁸¹. Es sustancial destacar que para el presente caso la identidad social que había libremente elegido **GARZÓN LOZANO** también se vio vulnerada sustancialmente a partir de la fecha de los hechos, ya que los señalamientos de las fuerzas militares según los cuales era miembro de un grupo armado insurgente, o de una banda criminal contradice gravemente el derecho al igualdad, al haberse sometido a la víctima tanto a medidas tanto materiales, como de información que impactaron con efecto seriamente discriminatorio y desproporcionado¹⁸², agravando y perpetuando la situación de exclusión y marginamiento que personas que como **ANDRÉS FABIÁN** se encuentran en una recurrente y constante desventaja social que no podía ser soportada ni como carga ordinaria, sino

discriminación de grupos tradicionalmente desventajados en la sociedad. Esto se deriva principalmente de la cláusula de igualdad formal o del principio de no discriminación establecido en el inciso primero del artículo 13 [...] el mandato de abstención que se deriva del primer inciso del artículo 13 constitucional, no se dirige exclusivamente a evitar que la administración adopte medidas, programas o políticas, abiertamente discriminatorias. También va encaminado a evitar que medidas, programas o políticas, así éstas hayan sido adoptadas bajo el marco de presupuestos generales y abstractos, impacten desproporcionadamente a grupos marginados o discriminados o, en otras palabras, los coloque en una situación de mayor adversidad”.

¹⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006. “La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración [sentencia C-333 de 1996]. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución [sentencia C-832 de 2001]”.

¹⁸¹ DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.303. Cabe fundarse en la aproximación al derecho penal, de manera que “se admite que al lado de una antijuridicidad formal, definida abstractamente por contraposición con el ordenamiento jurídico, existe una antijuridicidad material que está referida a juicios de valor... sólo desde un punto de vista valorativo se puede explicar que en la antijuridicidad tengan que encontrar su fundamento y su asiento las causas de justificación. En sentido material, la antijuridicidad es un juicio valorativo o juicio de desvalor que expresa... el carácter objetivamente indeseable para el ordenamiento jurídico, de una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y puede ser un juicio de desvalor acerca del resultado o un juicio de desvalor acerca de la conducta cuando ésta pueda ser considerada peligrosa ex ante”.

¹⁸² Corte Constitucional, sentencia T-291 de 2009. “[...] no significa que toda medida que genere un impacto adverso en un grupo marginado o discriminado esté proscrita por la Constitución. Pero sí significa que frente a dicho impacto, a la administración le corresponde demostrar que a pesar de la afectación desproporcionada para un grupo marginado, la medida, programa o política responde a condiciones de razonabilidad y proporcionalidad, y que la misma ha venido acompañada por otras acciones dirigidas a contrarrestar el efecto adverso que ha podido generar en un grupo marginado o discriminado. En tanto están en juego los derechos de grupos de especial protección, en estos casos opera *prima facie* una presunción de discriminación, a la luz de la cual es a la administración a quien le corresponde desvirtuar esta presunción, superando un escrutinio judicial estricto. Es decir, que debe demostrar que su actuación, a pesar de generar un efecto adverso en un grupo marginado o discriminado, obedece i) a una finalidad imperiosa, ii) es necesaria para lograr dicha finalidad y iii) es proporcionada, en el sentido de no sacrificar en exceso otros intereses constitucionalmente específicos en aras de promover la finalidad”.

revistiendo toda la anormalidad, la antijuridicidad y lesividad que se desprende de su muerte y la estigmatización a la que fue sometido. Derivado de la misma sus familiares han tenido que padecer ya no sólo la situación material sino los cruces de dicha estigmatización que condena la dignidad de estos mismos al tener que escuchar y tolerar la discriminación social que impone la asociación de una persona por su identidad cultural, “punkero”, con la delincuencia o la realización de acciones violatorias de la ley.

47.8 En la esfera de los familiares de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** el daño antijurídico se desdobló al tener que soportar la limitación indebida en su derecho a la dignidad y a la familia, que quedó seriamente condicionado por la muerte violenta que padeció su **GARZÓN LOZANO**, y que representan una marca imborrable en toda su vida. Así mismo, con los señalamientos y estigmatización de la que la víctima y familiar fue objeto por pertenecer presuntamente a grupos armados insurgentes o a bandas criminales al servicio del narcotráfico, y que se conectaron con su condición social de “punkero” que socava la integridad personal y familiar al haber sido sometido a un profundo deterioro de la marginación en la que podía encontrarse y que se evidencia en las manifestaciones hechas por su tía María Eva Lozano Moreno y de acuerdo a los informes policiales de días anteriores, así como por lo declarado por su madre Fanny Lozano Moreno y Claudia Margarita Arteaga Cuartas, todos convergentes en señalar que **ANDRÉS FABIÁN** y **KEMEL MAURICIO** eran personas que hacían parte de un grupo de ciudadanos que realizaban artesanías que vendían en las calles, que tenían ciertas costumbres asociadas al consumo de licor y de estupefacientes, y que en ocasiones eran nómadas [se trasladaban con frecuencia a diferentes lugares] que no por ello debía calificárseles como delincuentes, miembros de un grupo armado insurgente o de bandas criminales al servicio del narcotráfico, como ocurrió a partir del 28 de marzo de 2007, ya que lo que hizo el Estado por medio de sus entidades demandadas fue estigmatizar profundamente a estas personas y a sus familiares, generando una lesión imborrable y continuada en sus familiares.

47.9 Desde la perspectiva del derecho internacional humanitario, la Sala de Subsección encuentra que se produjo la violación del principio de humanidad, y de este se vulneraron la dignidad humana y el respeto de la vida humana del joven ciudadano **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, a quien no podía ser tratado de manera alevosa e indiscriminada, como ocurrieron los hechos el 28 de marzo de 2007, al contravenirse las reglas básicas que estaban llamadas a aceptar los

miembros de la población civil, quienes por virtud del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 no pueden ser involucrados deliberadamente en el conflicto armado interno de Colombia, así como con lo consagrado en el artículo 2 del Protocolo adicional II de 1977, relacionado con la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

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

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

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

7. La imputación de la responsabilidad.

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

50 La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado que consagra en la Carta Política colombiana de 1991 viene a reflejar, sin duda alguna, la consolidación del modelo de Estado Social de Derecho, y la superación de la idea de la irresponsabilidad de la administración pública. Se trata de afirmar los

presupuestos en los que se sustenta el Estado moderno, donde la primacía no se agota al respeto de los derechos, bienes e intereses consagrados en las cartas constitucionales, sino que se desdobra de tal manera que implica, también, su reconocimiento, medidas y objeto de protección por parte de las normas de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, con lo que el ámbito de indagación de la responsabilidad se ha venido ampliando de tal manera que permita lograr un verdadero “garantismo constitucional”¹⁸³.

50.1 Lo anterior no debe extrañar a nadie, ya que la responsabilidad como instituto viene a aflorar, frente al ejercicio del poder de la administración pública, “durante la denominada etapa del Estado-policía (Polizeistaat) cuando aparece el reconocimiento de ciertas especies de indemnización debidas a los particulares como consecuencia del ejercicio del poder”¹⁸⁴. Por el contrario, cuando se llega al modelo del Estado Social de Derecho, la premisa nos lleva a la construcción de los clásicos alemanes administrativistas según la cual la administración pública ya no está llamada a “no” reprimir o limitar las libertades, sino a procurar su eficaz, efectiva y proporcional protección, de tal manera que el Estado debe obedecer al cumplimiento de obligaciones positivas con las que se logre dicha procura, de lo contrario sólo habría lugar a la existencia de los derechos, pero no a su protección.

50.2 La premisa inicial para abordar el tratamiento del régimen de responsabilidad del Estado parte de la lectura razonada del artículo 90 de la Carta Política, según la cual a la administración pública le es imputable el daño antijurídico que ocasiona. En la visión humanista del constitucionalismo contemporáneo, no hay duda que en la construcción del régimen de responsabilidad, la posición de la víctima adquirió una renovada relevancia, sin que pueda afirmarse que con ello se llegue a concluir que desde la nueva carta constitucional el régimen se orienta hacia una responsabilidad objetiva¹⁸⁵.

¹⁸³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Régimen de víctimas y responsabilidad del Estado. Una aproximación al derecho de daños desde la convencionalidad y la constitucionalidad”, Ponencia presentada en el Foro Interamericano De Derecho Administrativo, Ciudad de México, 2014.

¹⁸⁴ GARRIDO FALLA, Fernando. “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, en *Revista de Administración Pública*. No.119, mayo-agosto, 1989, p.8. “En la base de la teoría estaba la consideración de que muchas actuaciones del poder no se diferenciaban en absoluto de las que hubiese podido realizar un particular”.

¹⁸⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Régimen de víctimas y responsabilidad del Estado. Una aproximación al derecho de daños desde la convencionalidad y la constitucionalidad”, Ponencia presentada en el Foro Interamericano De Derecho Administrativo, Ciudad de México, 2014.

50.3 En el moderno derecho administrativo, y en la construcción de la responsabilidad extracontractual del Estado lo relevante es la “víctima” y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y de los derechos humanos. Su fundamento se encuentra en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 94 de la Carta Política, y en el ejercicio de un control de convencionalidad de las normas, que por virtud del bloque ampliado de constitucionalidad, exige del juez contencioso observar y sustentar el juicio de responsabilidad en los instrumentos jurídicos internacionales [Tratados, Convenios, Acuerdos, etc.] de protección de los derechos humanos¹⁸⁶ y del derecho internacional humanitario, bien sea que se encuentren incorporados por ley al ordenamiento jurídico nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de “ius cogens”.

¹⁸⁶ Al analizar el caso Cabrera García y Montiel contra México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ferrer Mac-Gregor consideró: “La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió. A su vez, la jurisdicción internacional debe valorar la legalidad de la detención a la luz de la normatividad interna, debido a que la propia Convención Americana remite a la legislación nacional para poder examinar la convencionalidad de los actos de las autoridades nacionales, ya que el artículo 7.2 del Pacto de San José remite a las “Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas” para poder resolver sobre la legalidad de la detención como parámetro de convencionalidad. Los jueces nacionales, por otra parte, deben cumplir con los demás supuestos previstos en el propio artículo 7 para no violentar el derecho convencional a la libertad personal, debiendo atender de igual forma a la interpretación que la Corte IDH ha realizado de los supuestos previstos en dicho numeral”. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No.131, 2011, p.920. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano contra Chile argumentó: “124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párrs. 123 a 125. En tanto que en el caso Cabrera García y Montiel contra México la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 12 a 22.

50.4 Esta visión, en la que el ordenamiento jurídico colombiano [y su jurisprudencia contencioso administrativa] está en el camino de consolidarse, responde al respeto de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y al principio “pro homine”¹⁸⁷, que tanto se promueve en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos¹⁸⁸. Cabe, por lo tanto, examinar cada uno de los elementos con base en los cuales se construye el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, fundado en el artículo 90 de la Carta Política: el daño antijurídico, y la imputación¹⁸⁹.

50.5 Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”¹⁹⁰ de la responsabilidad del Estado¹⁹¹ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados¹⁹² y de su patrimonio¹⁹³, sin distinguir su condición,

¹⁸⁷ En la jurisprudencia constitucional colombiana dicho principio se entiende como aquel que “impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional. Este principio se deriva de los artículos 1º y 2º Superiores, en cuanto en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social de Derecho, y como fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como la finalidad de las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades”. Corte Constitucional, sentencia T-191 de 2009. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencias C-177 de 2001; C-148 de 2005; C-376 de 2010.

¹⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana de Derechos Humanos”, del 13 de noviembre de 1985. Serie A. No.5, párrafo 46. Principio que “impone que siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos”.

¹⁸⁹ Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

¹⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001. En la jurisprudencia constitucional se indica: “*El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente*”.

¹⁹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. La “*responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización*”. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

¹⁹² ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49. Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración. Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.308. La “responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder”.

situación e interés¹⁹⁴. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”¹⁹⁵. Como bien se sostiene en la doctrina, la “responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad¹⁹⁶; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”¹⁹⁷.

50.6 De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”¹⁹⁸. La constitucionalización de la responsabilidad del Estado no puede comprenderse equivocadamente como la consagración de un régimen objetivo, ni permite al juez contencioso administrativo deformar el alcance de la misma.

¹⁹³ Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001. “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”.

¹⁹⁴ Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile* considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

¹⁹⁵ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

¹⁹⁶ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120. “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”.

¹⁹⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

¹⁹⁸ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BENOIT, Francis-Paul. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Administratif*. Fasc. 700, 715, 716, 720, No.1178, 1954, p.1.

50.7 Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado¹⁹⁹ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública²⁰⁰ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo²⁰¹, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012²⁰² y de 23 de agosto de 2012²⁰³.

50.8 En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica²⁰⁴, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico [que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional]. Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o

¹⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. “3- *Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado*”. Puede verse también Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

²⁰⁰ Sección Tercera, sentencia de 21 de octubre de 1999, expedientes 10948-11643. Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “*los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado*”. Sección Tercera, sentencia de 13 de julio de 1993. Es, pues “*menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’*”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “*En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura ‘siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público’*”. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002.

²⁰¹ MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213. “*Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado*”.

²⁰² Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515.

²⁰³ Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

²⁰⁴ SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927. “*La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos*”.

materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado²⁰⁵ según la cláusula social así lo exigen²⁰⁶.

50.9 Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad²⁰⁷, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica²⁰⁸. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”²⁰⁹.

50.10 En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las

²⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7ª ed, Trotta, Madrid, 2010, p.22. “[...] El paradigma del Estado constitucional de derecho –o sea, el modelo garantista- no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la <<racionalidad formal>> y la <<racionalidad material>> weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía Kelsen, únicamente de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una <<racionalidad formal>>; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una <<racionalidad material>> orientada a fines, como lo sería la propia del moderno Estado social. Todos los derechos fundamentales –no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones – equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho” [subrayado fuera de texto].

²⁰⁶ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

²⁰⁷ KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”.

²⁰⁸ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”.

²⁰⁹ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-05-2003 [http://criminet.urg.es/recpc], pp.6 y 7. “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”.

decisiones”²¹⁰. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”²¹¹.

50.11 Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”²¹². Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad²¹³, donde será determinante la magnitud del riesgo²¹⁴ y su carácter permisible o no²¹⁵. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la

²¹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss. “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”.

²¹¹ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

²¹² LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

²¹³ FABRA ZAMORA, Jorge, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, en BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.25 y 26. “[...] Varios factores, como el acelerado desarrollo industrial y la intervención del Estado en la economía, pusieron en jaque a diferentes nociones y conceptos de la sociedad liberal clásica, sin mencionar los cambios en el paradigma filosófico, con la consolidación de la filosofía analítica como la escuela dominante de pensamiento. El problema de la causalidad jugó un papel muy importante en espolear este tipo de visión filosófica. En particular, la obra de H.L.A. HART y ANTHONY HONORÉ sobre la causalidad desde la perspectiva de la filosofía analítica demostró que la “dogmática tradicional (principalmente ocupada de la coherencia y la explicación de la doctrina de la responsabilidad extracontractual) se había agotado así misma”” [subrayado fuera de texto].

²¹⁴ FABRA ZAMORA, Jorge, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, en BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, ob., cit., p.103. “[...] Para una teoría adecuada, entonces, propone conceptualizar el estándar de debido cuidado (en su concepto, el fundamento de la compensación), en términos de una imposición razonable de riesgos, en vez de una imposición racional de riesgos, de una forma que determine estándares de conducta y sea compatible con el contrato social”.

²¹⁵ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten

responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad [no afecte a la calidad de la actividad], sí incide en el nivel de la actividad [incide en la cantidad de actividad] del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad [el nivel óptimo] y, con ello, la causación de un número menor de daños”²¹⁶.

50.12 Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación [desde la perspectiva de la imputación objetiva] a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad²¹⁷ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación²¹⁸ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”²¹⁹.

los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sección Tercera, sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente 14170.

²¹⁶ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

²¹⁷ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62. “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación”.

²¹⁸ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.64. “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”.

²¹⁹ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “[...] la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida

50.13 En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección²²⁰ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible²²¹. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro [situación de peligro generante del deber] y no le presta ayuda [no realización de la acción esperada]; posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano [capacidad individual de acción]. La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”²²².

que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

²²⁰ CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31. Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”.

²²¹ Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

²²² Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. A lo que se agrega por el mismo precedente: “En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del

50.14 En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante²²³.

50.15 Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal²²⁴, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse [...] que su actuación [de la

derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos’Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss)”. JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. 1ª reimpr. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”.

²²³ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

²²⁴ LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*. Madrid, Tecnos, 1997, p.23. “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”.

administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”²²⁵, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho²²⁶.

50.16 Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo criterio de motivación de la imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado²²⁷, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar, en primer lugar, en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos²²⁸, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo [probatoriamente] se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera “*en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto,*

²²⁵ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.204.

²²⁶ MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.308. “[...] el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”.

²²⁷ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

²²⁸ MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, p.211. Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la *conditio sine qua non*, sino *conditio per quam* de la administración”. Para Martín Rebollo: “Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.311.

la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”²²⁹.

50.17 Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo²³⁰ que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

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

²²⁹ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. “En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”.

²³⁰ PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.174. “En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente”. De acuerdo con Martín Rebollo “(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa”.

MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, no.4, 2000, p.307.

militares” que se concretan a un ejecución extrajudicial; y, la realización del juicio de imputación para el caso en concreto.

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

52 Se destaca que el hecho exclusivo de la víctima debe estar revestido de cualidades como la contribución determinante de esta y su relación directa e incuestionable con el daño antijurídico producido. Es acertado que algunas decisiones sostengan que no se requiere que el hecho de la víctima sea culposo para que proceda como eximente, y por otra parte, se tiene como exigencia que la causa [la actuación de la víctima] sea determinante²³¹. También se indica que corresponde a la entidad demandada probar los elementos constitutivos de este eximente de responsabilidad.

52.1 Del análisis conjunto, contrastado y crítico de la prueba obrante en el presente proceso se encuentra que el joven **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** el 27 de marzo de 2007 fue visto por su tía María Eva Lozano Moreno y por dos amigos sin portar arma alguna, ingiriendo alcohol en el bar “Monguitos”, circunstancias que demostradas impiden que este haya querido voluntaria y conscientemente participar en un enfrentamiento armado o combate con unidades del Ejército Nacional como el pelotón “Guerrero Tres” del Batallón de Infantería No. 44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” de Tauramena, y menos que hay accionado el arma encontrada en su mano derecha, ya que en esa misma padecía de una discapacidad identificada en el protocolo de necropsia y aclarado por la perito forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, lo que implica que no podía contarse con ningún tipo de contribución determinante y excluyente de la víctima **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** en la producción

²³¹ SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico-comparado*, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, p.323. “[...] podemos decir que el derecho romano clásico la inactividad del perjudicado negligente constituía *culpa*, en virtud de lo cual su inactividad se elevaba a “causa” del daño no evitado. Tal noción era la consecuencia de un concepto amplio de *culpa*, que no hacía referencia necesariamente a la existencia de un deber jurídico de actuar, sino que estaba referida a una actitud reprochada por la sociedad y, en consecuencia, por el ordenamiento jurídico. En terminología actual, el derecho romano imponía a cada ciudadano una carga de diligencia consigo mismo, cuya inobservancia era calificada de *culpa* y conllevaba el no resarcimiento del daño sufrido por esa causa, incluido el daño que habría podido evitarse. Sin perjuicio de lo anterior, tal visión está seriamente obstaculizada por la mutación que sufrió la noción de *culpa*. En efecto, ya desde el derecho romano posclásico se venía arraigando la idea de que solo hay *culpa* de frente a la violación de un preciso deber jurídico establecido en consideración de los demás, idea que hoy en día está firmemente arraigada en nuestra dogmática civilista. Por tanto, así como no hay causalidad de la omisión sin deber de actuar, tampoco hay culpa sin deber jurídico de comportarse diversamente; éste, se dice, constituye uno de los principios básicos del derecho de daños”.

del daño antijurídico ocurrido el 28 de marzo de 2007, e incluso indiciariamente se tiene que fue privado de su libertad contra su voluntad y en estado de indefensión tal como se encontraba el 27 de marzo de 2007 en la noche.

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

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

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

aceptación de las mismas por parte de actores que no haciendo parte del Estado, no dejan de ser ajenos a la problemática de la responsabilidad extracontractual del Estado; (2) si bien las víctimas, siendo miembros de un grupo armado insurgente, pueden contribuir a la producción del daño antijurídico por sus acciones, no existe licencia convencional, constitucional o legal que le permita al Estado, a los miembros de sus cuerpos y fuerzas de seguridad [militar y policial] para que desborden sus facultades, funciones y obligaciones, de tal manera que realicen actos profundamente lesivos para los derechos de las personas [sea combatiente o no], ya que sería simplemente la ruptura de los principios de dignidad y democrático en los que se soporta el Estado Social y Democrático de Derecho; (3) la víctima no puede contribuir eficiente y adecuadamente a la producción del daño antijurídico cuando su acción se ve respondida con absoluto desbordamiento no sólo de la legalidad, sino de los mínimos principios de humanidad en el trato y protección de aquellos que incurran en la comisión de un ilícito, no pueden simplemente ser aniquilados como fórmula de solución, o suprimidos sus derechos sin ninguna limitación. En este sentido, la concepción del hecho exclusivo de la víctima debe superar como hipótesis la necesidad de determinar un vínculo material u orgánico para que pueda atribuirse la responsabilidad, ya que lo sustancial es el rol que juega la administración pública, su "posición de garante de vigilancia", de la que derivan todos los deberes de actor llamado de evitar, a ofrecer la protección debida a corresponderse con los deberes positivos, y que implica que debe actuar ponderada, razonable y proporcionalmente al alcance de sus funciones, sin permitir que se susciten desbordamientos que ponen en cuestión la legitimidad democrática de la actividad estatal, por lo que es el Estado el llamado a ejercer una intervención mucho más profunda ante fenómenos de violencia, o de insurgencia que tiene plenamente definidos. d. Debe tenerse en cuenta, también, que el "Estado será responsable de los actos de particulares si los órganos del Estado hubieran podido actuar para prevenir o reprimir el comportamiento de éstos, o si existiese una relación de hecho específica entre la persona o entidad que observó el comportamiento y el Estado"²³².

52.5 Las obligaciones de prevención se conciben por lo general como obligaciones de realizar los máximos esfuerzos, es decir, que obligan a los Estados a adoptar todas las medidas razonables o necesarias para evitar que se produzca un acontecimiento determinado, aunque sin garantizar que el acontecimiento no vaya

²³² RODRIGUEZ H, Gabriela. "Normas de responsabilidad internacional de los Estados", en MARTIN, Claudia; RODRIGUEZ-PINZON, Diego; GUEVARA B., José A. (Comp) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 1ª ed. México, Fontamara; Universidad Iberoamericana, 2004, pp.56.

a producirse, la violación de una obligación de prevención puede ser un hecho ilícito de carácter continuo.

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

52.7 Con base en los argumentos y la valoración probatoria anterior, la Sala considera que en el presente caso no operó el hecho o culpa exclusiva de la víctima como eximente plena de responsabilidad, ni cabe afirmarla como elemento concurrencial en las condiciones demostradas anteriormente.

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

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

54 Ahora bien, en el específico caso que se encuentra bajo examen de la Sala se hace necesario valorar la imputación en una doble perspectiva: en primer lugar,

desde la producción del daño antijurídico ocurrido durante una operación militar encaminada a contrarrestar un delito, secuestro extorsivo, que estaba siendo cometido por personas que hacían parte de un grupo armado ilegal, bien sea como consecuencia de la acción, omisión o inactividad, o por exceso, abuso y desproporción en el cumplimiento de los deberes de protección, seguridad y ejercicio de la soberanía en las que hayan podido incurrir las entidades demandadas, y que representen, también, la vulneración de los derechos reconocidos a la vida e integridad, dentro del marco de la dignidad humana, y los derechos humanos, que por el mismo bloque merecen ser objeto de protección en cabeza del joven ciudadano fallecido **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** en los hechos acaecidos el 28 de marzo de 2007 en la vereda El Viso del municipio de Maní, Casanare, como miembro de la población civil²³³.

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

55.1 De otra parte, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, y considerados singularmente dichos derechos, se tiene que cuando “un conflicto asume las dimensiones de una confrontación armada, la vida de la nación se considera inmediatamente en peligro, lo que lleva a invocar las cláusulas derogatorias. En tales casos, todas las normas de derechos humanos cuya derogación está prohibida siguen en pleno vigor. Estas normas están confirmadas

²³³ AMBOS, Kai, *Conceptos básicos del derecho internacional humanitario y el nuevo crimen de agresión*, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp.80 y 81. “Con relación a los *integrantes de grupos armados organizados* (entiéndase grupos paramilitares como las *Autodefensas Unidas de Colombia* [AUC], o grupos guerrilleros como las *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia* [FARC], debe indicarse en primer término que éstos se consideran –a falta del reconocimiento de un estatus de combatiente formal en este tipo de conflicto- básicamente como parte de la población civil. Por este motivo gozan también, en principio, de la correspondiente protección “*ante los peligros desprendidos de las hostilidades*” (“*dangers arising from military operations*”, art. 13 inc.1 PA II”).

o complementadas por la normativa específica de los conflictos armados no internacionales, que forman parte de la normativa humanitaria”²³⁴.

55.2 Dicha protección tiene su base en los derechos constitucionalmente reconocidos a la vida e integridad de las personas, y los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos -artículos 1 [obligación de respetar los derechos²³⁵], 3 [derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica], 4 [derecho a la vida que se corresponde con el deber de no privar la vida arbitrariamente], 5.2 [derecho a la integridad personal que se corresponde con el deber de no someter a las personas a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y si es privado de la libertad a tratarla con el respeto por su dignidad humana], 7 [derecho a la libertad personal], 8.1 [derecho a la garantía judicial], 11 [derecho a la honra y a la dignidad], 15 [derecho de reunión], 16 [libertad de asociación], 22 [derecho de circulación y de residencia] y 25 [derecho a la protección judicial]. Así mismo, cuando se trata de personas que tiene una identidad cultural o social singular, debe tenerse en cuenta la presunción de no discriminación en los términos del artículo 13 de la Constitución Política y los artículos 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; los artículos 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; los artículos 2.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; los artículos 3 y 45 de la Carta de la OEA, el artículo II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969; el artículo 3 del Protocolo Adicional a la

²³⁴ NEWMAN, Frank C; VASAK, Karel. “Derechos civiles y políticos”, en VASAK, Karel (ed) *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. V.I. Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, pp.285 y 286. “Aunque la Declaración universal tuvo influencia en los redactores de las convenciones de Ginebra, la normativa internacional sobre derechos humanos y las normas humanitarias afrontan el problema de los conflictos armados internos de diferentes modos. La primera se encuadra en el marco del ius ad bellum según lo previsto en la Carta de las Naciones Unidas, de acuerdo con la cual queda prohibido el recurso a la fuerza y, en consecuencia, está dirigido a la conservación de la paz. La segunda, por su parte, forma parte (sic) del ius in bello: establece las normas que rigen el uso de la fuerza sin examinar las causas del conflicto de acuerdo a los principios de la Cruz Roja y, en especial, los principios humanitarios”.

²³⁵ “Como se puede observar, de la lectura de este artículo (artículo 1° de la Convención Americana) se desprenden dos obligaciones para los Estados parte, en relación con los derechos consagrados en el texto de la Convención, a saber: i) la obligación de respeto, que exige del Estado una conducta de abstención, denominada también obligación negativa y, por otro lado, ii) se impone una obligación de garantía, que exige a los Estados parte emprender las acciones necesarias tendientes a asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y garantizarlos. Sobre el alcance de esta disposición, (artículo 2° de la Convención Americana) la Corte Interamericana, ha precisado que este deber tiene dos implicaciones: “Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”. Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273.

Convención Americana de Derechos Humanos –Protocolo de San Salvador de 1988-; y, el artículo 9 de la Carta Democrática Interamericana.

55.3 La Sala tiene en cuenta, que el “artículo 1 de la Declaración universal, al resumir los tres grandes principios de la Revolución francesa, establece, entre otras cosas, que “todos los seres humanos (...) deben tratarse unos a otros con un espíritu de hermandad”. El orden social y la comunidad a la que el individuo pertenece son colocados asimismo en la adecuada perspectiva de los derechos humanos en los artículos 28 y 29 de la Declaración universal y en el párrafo quinto del preámbulo de los Convenios internacionales sobre derechos humanos”²³⁶.

56 Desde la perspectiva del derecho internacional humanitario, y específicamente de la aplicación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, la obligación positiva de un Estado como Colombia que se encuentra en una situación de conflicto armado interno respecto de los miembros de la población civil se concreta en varias dimensiones: (1) en el trato basado en el principio sustancial de humanidad a todas las personas “*a todas las personas que no participen en las hostilidades o que caigan en poder del adversario, sin distinción alguna de índole desfavorable*”; y (2) lo anterior implica desde la posición de las fuerzas militares del Estado, que su legitimidad y reconocimiento en la guarda del orden público y la seguridad tiene límites fijados por las reglas de la guerra que derivan de este corpus iuris de derecho internacional humanitario, uno de cuyos principios esenciales es el de distinción que impone no involucrar, vincular o incorporar indebida o ilegalmente a miembros de la población civil en acciones, situaciones o considerar como partícipes del conflicto armado interno a miembros de la población civil sin tener integralmente todos los elementos que puedan demostrar la condición de combatiente, integrante de grupo armado insurgente, o de banda criminal.

56.1 En esa condición de la víctima **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** como miembro de la población civil desde la perspectiva del derecho internacional humanitario, debe observarse lo consagrado en el Convenio IV de Ginebra del 12 de agosto de 1949, “relativo a la protección debida a las personas civiles en

²³⁶ BOVEN, Theodoor C. Van. “Criterios distintivos de los derechos humanos”, en VASAK, Karel (ed) *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. V.I. 1A ed. Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, p.95. La “vida humana en sus múltiples relaciones sociales halla reconocimiento y expresión bajo la tutela de la promoción y protección de los derechos humanos”.

tiempo de guerra” (ratificado por Colombia el 8 de noviembre de 1961), y en el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1977, “relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”.

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

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

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

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

(…)” [subrayado fuera de texto].

56.3 Luego, tratándose de situaciones ocurridas en el marco del conflicto armado interno, el Estado debe orientar su accionar no sólo a cumplir los mandatos constitucionales [artículo 2, especialmente, de la Carta Política] y legales, sino también a dar cabal aplicación y respetar lo consagrado en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra, en especial los siguientes mandatos positivos: i) es aplicable a los conflictos armados “que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo” (artículo 1); ii) será aplicable “a todas las personas afectadas por un conflicto armado” (artículo 2); iii) la invocación de este Protocolo, en los términos del artículo 3.1, no puede hacerse con el objeto de “menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos” (respeto del principio de soberanía en sus dimensiones positiva y negativa); iv) como garantía fundamental se establece que todas “las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor (…) Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes” (artículo 4.1); y, v) se

prohíben los “atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio (...) o toda forma de pena corporal” (artículo 4.2).

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

58 De tal manera, cabe observar la atribución jurídica del daño antijurídico, en principio, a las entidades demandadas por falla en el servicio se hace consistir en el incumplimiento e inobservancia de los deberes positivos derivados de exigencias convencionales [del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos²³⁷], constitucionales, y legales, que pueden ser constitutivos de una falla en el servicio.

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

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

²³⁷ CASSESE, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, 1ª ed, 1ª reimp, Ariel, Barcelona, 1993, p.9. “Los derechos humanos representan el generoso intento (en parte, tal vez, ilusorio) de introducir la racionalidad en las instituciones políticas y en la sociedad de todos los Estados”.

60 Cabe a la Sala formular como premisa inicial que toda autoridad investida de facultades de orden público, seguridad y protección de la soberanía debe respetar las normas convencionales, Constitución, la ley y los principios democráticos²³⁸. Esto implica que bajo la concepción democrática la doctrina militar debe acoger como norma códigos de conducta en los que impere el respeto pleno, integral y eficaz de los mandatos de protección de los derechos humanos y de las reglas del derecho internacional humanitario, especialmente en un conflicto armado interno como el nuestro, donde la relación fuerzas militares – población civil puede ser tanto provechosa para la plena garantía de los derechos y libertades, como conflictiva para el respeto de los mismos, bien sea por uso excesivo y desproporcionado de la fuerza, por desarrollo de prácticas antidemocráticas de ejecuciones extrajudiciales, por planificación de actividades de limpieza o saneamiento social, o similares, en donde la posición de la víctima siempre será cuestionada por sus potenciales relaciones con grupos armados insurgentes, bandas criminales, o por razones de condición social.

61 Para la delimitación de las “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento” de los mandatos constitucionales y legales por parte de los miembros de las fuerzas militares, la Sala debe estudiar dicho fenómeno en su origen desde la consideración de las ejecuciones extrajudiciales²³⁹ en el marco del derecho internacional [a partir de instrumentos de soft y hard law]. Si bien las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias no encuentran su juridificación en el ordenamiento internacional, su base radica en dos pilares: (1) la garantía del derecho a la vida consagrada en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

²³⁸ “Tradicionalmente, la policía ha hecho hincapié en la necesidad de realizar sus deberes de acuerdo con la ley. Sin embargo, el profesionalismo suele ser percibido como un elemento que dificulta esta observancia de la ley por parte de la entidad; para defender esta postura se sostiene que el propósito del trabajo del policía es hacer cumplir la ley, sin tener en cuenta los valores políticos o sociales que van más allá de ella. Esta interpretación del profesionalismo derivan del hecho de que la capacitación de la policía es fundamentalmente legalista. La autoridad de los oficiales sobre sus subordinados y sobre la ciudadanía, así como su inmunidad frente a interferencias indebidas del ámbito político se basan en las leyes existentes. Si se recurre al imperativo del respeto por la ley, puede argumentarse que la policía es una institución profesional que mantiene el orden en cualquier circunstancia, no obstante, no conduce necesariamente al respeto por conceptos como democracia y los derechos humanos. El personal los acepta, en la medida que se trata de ideas respaldadas por la legislación vigente, pero su incorporación en las prácticas de la institución tarde en aparecer. Entonces, debido a que estos conceptos no son vistos como una fuerza motriz, la policía desconfía de los ciudadanos, lo que a su vez, hace que sus estrategias para combatir el crimen le presten poca atención a las preocupaciones ciudadanas”. FRÜHLING, Hugo. “La reforma de la Policía y el proceso de democratización”, en FRÜHLING, Hugo; TULCHIN, Joseph S. *Crimen y violencia en América Latina*. 1ª ed. Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2005, p.36.

²³⁹ HENDERSON, Humberto, “La ejecución extrajudicial o el homicidio en las legislaciones de América Latina”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, V.43, 2006, p.285. “[...] La ejecución extrajudicial es una violación que puede consumarse, en el ejercicio del poder del cargo del agente estatal de manera aislada, con o sin motivación política, o más grave aún, como una acción derivada de un patrón de índole institucional”.

Políticos, el artículo 1.1 de la Declaración American de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1.1, 2 y 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos; (2) por otra parte se comprenden instrumentos de soft law que se integran a las garantías normativas del derecho a la vida tales como el “Código de Conducta para los funcionarios encargados de cumplir la ley” [Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 34/169, de 17 de diciembre de 1979], y los “Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” [Octavo Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento de los delincuentes, de 1990].

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

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

61.3 El 28 de diciembre de 1992 se publicó en el marco de la 49ª sesión de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el “Informe del Relator Especial, Sr. Bacre Waly Ndiaye”, presentado en cumplimiento de la resolución 1992/72 de la Comisión de Derechos Humanos”²⁴⁰, donde se trató lo relacionado

²⁴⁰ NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. 59ª período de sesiones. CUESTION DE LA VIOLACION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES EN CUALQUIER PARTE DEL MUNDO Y EN PARTICULAR EN LOS PAISES Y TERRITORIOS COLONIALES Y DEPENDIENTES. Ejecuciones

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

61.4 El 7 de diciembre de 1993 la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas publicó el “Informe del Relator Especial, Sr. Bacre Waly Ndiaye, presentado en cumplimiento de la resolución 1993/71 de la Comisión de Derechos

extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Informe del Relator Especial, Sr. Bacre Waly Ndiaye, presentado en cumplimiento de la resolución 1992/72 de la Comisión de Derechos Humanos. Documento E/CN.4/1993/46, de 28 de diciembre de 1992, pp.183, en [\[http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G92/149/40/IMG/G9214940.pdf?OpenElement\]](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G92/149/40/IMG/G9214940.pdf?OpenElement); consultado 10 de agosto de 2015].

Humanos”²⁴¹, en cuyo párrafo 221 se manifestó frente a la situación de Colombia en materia de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias lo siguiente: “se afirmó que en las regiones donde las fuerzas de seguridad mantenían una fuerte presencia debido a las operaciones antisubversión del Gobierno se cometieron muchas violaciones del derecho a la vida. Se señalaron al Relator Especial como particularmente afectados los departamentos de Antioquia, Arauca, Cauca, Meta y Santander. Según las informaciones, miembros de las fuerzas armadas, la policía y grupos paramilitares que cooperan con las fuerzas de seguridad fueron responsables de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias”.

61.5 Se tiene en cuenta diferentes Informes tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [de 2004²⁴² y 2005] acerca de la situación en Colombia de los que destaca: (2.1) la justicia penal militar investiga indebidamente los casos de homicidios en persona protegida; y, (2.2) se plantean conflictos de competencia [positivos o negativos] en los que no siempre termina conociendo la jurisdicción ordinaria.

61.6 Se trae el Informe elaborado en el año 2010 por el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas²⁴³, en las que se empleó el concepto de “falsos positivos”, del que se tuvo en cuenta: (3.1) se consideran ejecuciones ilegales de civiles aquellas “*manipuladas por las fuerzas de seguridad para que parezcan bajas legítimas de guerrillero o*

²⁴¹ NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. 50^a período de sesiones. CUESTION DE LA VIOLACION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES EN CUALQUIER PARTE DEL MUNDO Y EN PARTICULAR EN LOS PAISES Y TERRITORIOS COLONIALES Y DEPENDIENTES. Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Informe del Relator Especial, Sr. Bacre Waly Ndiaye, presentado en cumplimiento de la resolución 1993/71 de la Comisión de Derechos Humanos. Documento E/CN.4/1994/7, de 7 de diciembre de 1993, pp.185, en [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/858/12/PDF/G9385812.pdf?OpenElement>; consultado 10 de agosto de 2015].

²⁴² NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. 59^a período de sesiones. Cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Informe provisional de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Sra. Asma Jahangir presentado de conformidad en cumplimiento de la resolución 57/214 de la Asamblea General Documento A/59/319, de 1 de septiembre de 2004, pp.185, en [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/475/57/PDF/N0447557.pdf?OpenElement>; consultado 10 de agosto de 2015].

²⁴³ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, 14^a período de sesiones. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston, Misión Colombia, Documento A/HRC/14/24/Add.2, de 31 de marzo de 2010, pp.185, en [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/132/38/PDF/G1013238.pdf?OpenElement>; consultado 10 de agosto de 2015].

delincuentes ocurridas en combate"; (3.2) se identificaron los siguientes patrones reiterados de conducta: (i) se producen en el "marco de operativos militares anti-insurgentes, aunque los testigos declaran que no hubo combate"; (ii) precede, en la mayoría de los casos, una captura o detención ilegal "en su domicilio o lugar de trabajo, y conducida al lugar de la ejecución"; (iii) la condición social de las víctimas impera ya que "por lo general campesinos, indígenas, trabajadores, jóvenes, personas marginadas o líderes comunitarios" son víctimas de estas prácticas; (iv) la fuerza pública reporta a las víctimas como "insurgentes dados de baja en combate"; (v) las "víctimas aparecen muchas veces uniformadas y con diferentes tipos de armas y equipos militares mientras que, según los testimonios, habían desaparecido con su ropa habitual y desarmadas"; (vi) en "ocasiones las víctimas son previamente señaladas por informantes anónimos, encapuchados o reinsertados, y en otras ocasiones son seleccionadas al azar"; (vii) el "levantamiento del cadáver es realizado por los mismos miembros de la Fuerza Pública que previamente les han dado de 'baja en combate"; (viii) no "se preservan la escena del crimen ni las pruebas existentes"; (ix) con frecuencia "aparecen en los cuerpos signos de tortura"; (x) los "cuerpos son despojados de objetos personales y se hace desaparecer sus documentos de identidad"; (xi) los "cuerpos son trasladados a municipios lejanos del lugar donde se les retuvo originalmente y se constatan serios impedimentos tanto para el acceso de los familiares a los cuerpos como para su reconocimiento"; (xii) los "cuerpos son inhumados como N.N. a pesar de ser identificados por familiares o terceras personas"; (xiii) los "miembros de la Fuerza Pública reciben incentivos económicos, profesionales y premios por la presentación de 'positivos"; (xiv) la "competencia judicial para la investigación de los hechos se atribuye desde el primero momento a juzgados penales militares"; (xv) los "familiares de las víctimas, testigos y defensoras y defensores de derechos humanos dedicados al esclarecimiento de los hechos son objeto de actos de amenaza e intimidación"; y, (xvi) el "porcentaje de condenas a los responsables es ínfimo".

61.7 Cabe destacar el Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias Christof Heys, publicado el 15 de mayo de 2012²⁴⁴, en el que se hicieron las siguientes consideraciones respecto

²⁴⁴ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, 20º período de sesiones. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Christof Heys, Recomendaciones complementarias al país Colombia, Documento A/HRC/20/22/Add.2, de 15 de mayo de 2012, pp.185, en [<http://daccess-dds->

a la situación de los “falsos positivos”, de los homicidios cometidos por las fuerzas de seguridad en Colombia: “En el informe sobre su visita al país, el Relator Especial documentó el fenómeno de los llamados “falsos positivos”, ejecuciones ilegales de civiles manipuladas por las fuerzas de seguridad para que parecieran bajas legítimas de guerrilleros o delincuentes ocurridas en combate. La existencia de falsos positivos no estaba en duda; lo que era cuestionable eran los motivos de la alarmante frecuencia con que se había dado ese fenómeno entre 2004 y 2007. Algunos interlocutores sostenían que era una política de Estado, mientras que el Estado, por su parte, alegaba que había habido numerosas acusaciones infundadas de falsos positivos y que algunas de las víctimas eran, de hecho, guerrilleros o delincuentes. El gobierno señaló que no se trataba de un fenómeno generalizado y que esos homicidios ilegales solo eran casos aislados [...] El Relator Especial concluyó que los miembros de las fuerzas de seguridad de Colombia habían sido responsables de un número considerable de falsos positivos ocurridos en todo el país, y señaló que los casos de Soacha eran solo el ejemplo más conocido de la existencia del fenómeno, como lo habían demostrado, entre otras cosas, sus entrevistas con familiares de la víctimas y las pruebas presentadas [...] El Relator Especial indicó que varios factores contribuían a los homicidios, y mencionó entre ellos la presión que se ejercía en las unidades militares para que se mostraran resultados y se demostrara que se ganaba terreno a la guerrilla y a los delincuentes; las recompensas e incentivos otorgados a las fuerzas militares por los homicidios de guerrilleros; y la falta de rendición de cuentas por las violaciones” [párrafos 8 a 10].

61.8 Se examina el Reporte intermedio de la situación de Colombia que en 2012 presentó el Fiscal de la Corte Penal Internacional ²⁴⁵, según el cual los denominados “falsos positivos” se vienen presentando desde los años ochenta y se agudizaron a partir del año 2004 con las siguientes características identificadas en dicho documento: *“Los civiles ejecutados fueron reportados como guerrilleros muertos en combate tras alteraciones de la escena del crimen. La información disponible indica que estos asesinatos fueron cometidos por miembros de las fuerzas armadas, operando a veces con paramilitares y civiles como parte de un ataque dirigido contra civiles en varias partes de Colombia. En algunos casos, las*

ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/132/38/PDF/G1013238.pdf?OpenElement; consultado 10 de agosto de 2015]

²⁴⁵ Puede consultarse en: [http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP2012035032COLResumenEjecutivoDelReporteIntermed.PDF; consultado 10 de agosto de 2015]

ejecuciones estuvieron precedidas por detenciones arbitrarias, tortura y otras formas de malos tratos". En dicho Reporte el Fiscal de la Corte Penal Internacional sostuvo que la *"gran escala de los ataques, el número de víctimas, las semejanzas entre las denuncias de crímenes presentados en todo el país, la planificación y organización necesarias para cometer los asesinatos y registrarlos posteriormente como bajas en combate, indican que los asesinatos de 'falsos positivos' equivalen a un ataque sistemático y a gran escala contra la población civil"*.

61.9 El Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas para las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, publicado el 6 de agosto de 2014²⁴⁶, se advirtió la tendencia a la reanudación de las ejecuciones como práctica desde el 2012 [párrafos 93 a 98].

61.10 Finalmente, en el Cuarto Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2014²⁴⁷, según el cual los supuestos para la materialización de las ejecuciones extrajudiciales como práctica son los siguientes: *"i) ejecución de miembros de la guerrilla fuera de combate; ii) ejecución de líderes comunitarios acusados de ser colaboradores; iii) transferencia de cuerpos de grupos paramilitares a unidades del Ejército; iv) ejecución de informantes y miembros desmovilizados para encubrir crímenes anteriores, negar vinculaciones y destruir evidencia; v) ejecución de personas que mantienen lazos con organizaciones criminales como resultado de alianzas y corrupciones; vi) ejecución de personas que fueron intencionalmente reclutadas o retenidas (personas vulnerables, personas con discapacidad, adictos, personas en situación de calle y con antecedentes criminales); y vii) 'errores militares' encubiertos por la simulación de un combate"*.

62 Cuando se trata de "falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento" de los mandatos constitucionales y legales en cabeza de las fuerzas militares, la tendencia de la jurisprudencia contencioso administrativa ha sido a su

²⁴⁶ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. 69º período de sesiones. Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Informe del Relator Especial, Sr. Christof Heyns, presentado de conformidad con la resolución 67/168 de la Asamblea. Documento A/69/65, de 6 de agosto de 2014, pp.185, en [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/497/39/PDF/N1449739.pdf?OpenElement>; consultado 10 de agosto de 2015].

²⁴⁷ Puede consultarse en: [<http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf>; consultado 10 de agosto de 2015].

encuadramiento en el ámbito de la atribución jurídico bajo el supuesto de ejecuciones extrajudiciales.

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

62.2 La sentencia de la Sub-sección C de 22 de junio de 2011, expediente 20706, al analizar el caso de la muerte de una persona que fue detenida en un reten militar y luego presentado como abatido en un combate con la guerrilla, tuvo en cuenta que en este tipo de eventos las autoridades públicas están obligadas: (1) a devolver a la personas en las mismas condiciones en que fue retenido, o a entregar ante la autoridad judicial en caso de ser requerido; y, (2) se quiso pasar a la persona como un subversivo dado de baja en combate, pese a que el acta de levantamiento de cadáver y una declaración de un inspector indicaban que el fallecido se encontraba vestido de civil y no le fue encontrado armamento alguno.

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

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

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

62.6 Así mismo, en el año 2013 la Sección Tercera en su Sala Plena profirió la sentencia de 11 de septiembre de 2013 relacionada con la muerte de un campesino presentado como guerrillero dado de baja durante un combate en jurisdicción del municipio de Tello, Huila, en el que se encontró demostrado: (1) se incurrió en falla en el servicio por haber propinado “la muerte a personas no combatientes que se encontraban en estado de indefensión”; (2) lo que se encuadró como una ejecución extrajudicial; (3) no “se adelantó una investigación seria y dedicada para efectos de establecer la verdad sobre las circunstancias en que se produjo su muerte, falencia que a su vez implicó que no fuera posible la reparación adecuada de los familiares del fallecido y la imposición de sanciones y castigos para los agentes estatales involucrados en el hecho”.

62.7 La Sub-sección B en la sentencia de 27 de septiembre de 2013, expediente 19886, relacionado con la muerte de un campesino que fue muerto en la vereda de Aguasal del municipio de Pauna, Boyacá, y presentado como guerrillero de la

cuadrilla XI de las FACR que fue dado de baja en combate, consideró: (1) no se demostró que el campesino muerto perteneciera a un grupo armado insurgente; (2) se encuadró como una ejecución extrajudicial, aunque se empleó el concepto de “falso positivo”; (3) el daño antijurídico encuadraba en la “noción de delitos de lesa humanidad”; (4) la justicia penal militar que conoció del caso mediante sentencia de 15 de mayo de 1996 cesó el procedimiento contra el militar encausado; y, (5) la escena del crimen fue alterada por los miembros del Ejército Nacional que participaron en los hechos.

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

62.9 Ahora bien, la sentencia de unificación de la Sección Tercera de 28 de agosto de 2014 [expediente 32988], relacionado con la muerte de tres [3] jóvenes de la vereda Las Nieves del municipio de Apartadó [Antioquia] quienes fueron presentados por el Ejército Nacional como dados de baja en combate, encontrándose demostrado: (1) los jóvenes estuvieron en poder del Ejército; (2)

respecto de dos ellos se configuraron los elementos de la desaparición forzada, esto es su privación de la libertad, intervención de agentes estatales y la negativa “de reconocer la detención y revelar el paradero de las víctimas a sus familiares”; (3) fueron vestidos con prendas diferentes a las que usaban para el día de los hechos; (4) al haber privado de la libertad a los jóvenes el Ejército nacional “tenía una clara posición de garante, y se le atribuye cualquier resultado dañoso causado por su acción, por cuanto voluntariamente infringió sus funciones en la prevención o evitación del resultado dañoso”; (5) las víctimas no pertenecían a un grupo armado; (6) no existió ni combate, ni enfrentamiento; (7) se incumplió por parte del Ejército el deber de aseguramiento, de conservación y la cadena de custodia de los medios probatorios; (8) no se justificó el traslado de los cuerpos a las instalaciones militares; (9) no se estableció que los jóvenes hayan manipulado o accionado arma alguna; (10) se concretó un homicidio en persona protegida; y, (11) la justicia penal militar se inhibió.

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

64 A lo que cabe agregar, que la Sala encuentra que en Colombia las “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales” se ha convertido una práctica generalizada, con participación o aquiescencia de agentes estatales, contra la población civil más vulnerable [campesinos, personas de la calle, adictos, delincuentes de poca monta, etc.] y con carácter sistemático que puede estar permitiendo su encuadramiento como un típico acto de lesa

humanidad [que a tenor del artículo 7K del Estatuto de Roma], que viene acompañado en muchas ocasiones por la consumación de actos de tortura, desaparición forzada o de otros tratos crueles o inhumanos.

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

7.5. La imputación en el caso en concreto.

66 De acuerdo con el acervo probatorio allegado se encuentra acreditado que **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, para el 28 de marzo de 2007, fecha en la que fue ultimado violenta y cruelmente, tenía veintitrés [23] años y trece [13] días de edad, vivía en la ciudad de Yopal, Casanare, hacia parte de una comunidad de “punkeros” y artesanos, tenía vicios como adicción a los alucinógenos y al alcohol, y realizaba una actividad productiva por sus conocimientos de mecánica automotriz y sus vínculos con artesanos y vendedores ambulantes.

67 Se tiene demostrado que **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** se encontraba en la noche del 27 de marzo de 2007 en compañía del joven **KEMEL MAURICIO ARTEAGA**, quien falleció en los mismos hechos ocurridos en la madrugada del 28 de marzo de 2007.

68 En el presente caso la Sala encuentra que el encuadramiento de la responsabilidad [siguiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, expediente 24392] debe hacerse desde el análisis de las serias fallas en el servicio que se produjeron y que en despliegue, por acción, omisión o inactividad, fueron determinantes y sustanciales para la producción de los daños antijurídicos que se han hecho consistir la desaparición y muerte violenta del joven

ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO, y de los derechos propios y de sus familiares.

69 Cabe examinar para el encuadramiento de la imputación los siguientes aspectos: (1) circunstancias de tiempo, modo y lugar; (2) verificación probatoria según la cual los hechos ocurridos se adecuan a “falsas acciones de cumplimiento”; y, (3) definición de la falla en el servicio en cabeza del Estado.

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

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

70.1 Los hechos ocurrieron temporalmente en la madrugada [entre 4:45 y 5:00 am] del 28 de marzo de 2007, en la vereda El Vizo del municipio de Maní, Casanare. De acuerdo con el Informe elaborado a mano escrita por el SV Oscar Gaviria Pachajoa, comandante de Guerrero 3, dirigido al Comandante del Batallón de Infantería BIRNO No.44 del Ejército Nacional [fls.442 y 443 c2]:

“[...] los echos [sic] ocurridos el día 28 de Marzo [sic] de 2007 aproximadamente alas [sic] 1:45 horas en la vereda el Vizo [sic] jurisdicción del municipio de mani [sic].

Segun [sic] informaciones por inteligencia humana, red de cooperantes se encuentran [sic] delinquiendo un grupo de 04 sujetos aproximadamente, con armas cortas, los cuales bienen [sic] intimidando a los finqueros de la region [sic] secuestrándolos y estorcionandolos [sic] para fortalecer sus finanzas y aumentar su organización. En el año 2005 fue secuestrado el señor Wilson Diaz Amordazado [sic] y atemorizado por un grupo que delinque en ese sector. El señor Luis Alberto Ordoñez propietario la finca las mercedes, fue secuestrado por un grupo el cual pago [sic] su estorcion [sic] fue liverado [sic] y aproximadamente hace 2 2 meses se encuentra secuestrado por no pagar una suma de dinero, el día [sic] 27 de marzo la señora Graciela Diaz retiro [sic] la suma de \$40.000.000 millones de pesos del banco y se dirijio [sic] para su finca con su dinero, Manifiesta [sic] el señor Wilson Diaz el cual es sobrino de la señora según el [sic], habia [sic] personal extraño alrededores de la finca.

Se hace un movimiento motorizado desde San Jose [sic] del buduy [sic] hasta la finca las mercedes el día [sic] 28 alas [sic] 01:00 horas aproximadamente luego se comienza [sic] un movimiento a pie para efectuar un reijstro [sic] y control de area [sic] activo sobre el sector.

Aproximadamente alas [sic] 04:45 horas del dia [sic] 28 de Marzo [sic] el puntero de la contraquerrilla escucho [sic] movimientos estraños [sic] el cual hizo alto manifestó [sic] la proclama de identificacion [sic] “somos tropas del ejercito [sic] nacional” al pasar la proclama nos respondieron con fuego enemigo en el cual se reacciono [sic] a dicha agrecion [sic], se hace un registro y se encuentra 02 sujetos muertes [sic] en combate alias N.N con el siguiente material [...] Revolver [sic], [...] pistola vestidos de civil con botas de caucho en coordenadas 04-51-21 72 * 72-20-09 en la finca el el [sic] carajo vereda el Vizo [sic] municipio de [enmendado] mani [sic]” [fls.442 y 443 c2, obra además gráfica del lugar de los hechos fl.445 c2, subrayado fuera de texto].

70.2 Así mismo, conforme con el Informe de operaciones suscrito por el Sargento Segundo Wilson Burgos Jiménez y el Sargento Viceprimero Oscar Gaviria Pachajoa “donde se refirieron a los hechos acaecidos el 28 de marzo de 2007 aproximadamente a las 1:45 horas en la vereda el Viso jurisdicción del municipio de Maní. Indicaron que por información de la red de cooperantes se encontraron cuatro delincuentes que portaban armas cortas y quienes venían intimidando a los finqueros de la región, secuestrándolos y extorsionándolos para fortalecer sus finanzas y aumentando su organización armada. Con base en esas situaciones el 28 de marzo a las 01:00 horas se hizo un movimiento motorizado desde San José del Bubuy hasta la finca Las Mercedes para luego empezar un registro a pie. Aproximadamente a las 04:45 horas de ese día el puntero de la contraguerilla escuchó movimientos extraños por lo cual hizo la proclama de identificación del ejército nacional a la cual respondieron con fuego enemigo reaccionándose al mismo, una vez finalizada la agresión y en coordenadas 04-51-21, finca El Carajo, se encontraron 2 sujetos muertos en combate alias N.N., a quienes se les encontró un revólver y una pistola, estos estaban vestidos de civil con botas de caucho” [fls.442 a 445 c2, 1404, 1417 c4].

70.3 Los anteriores elementos temporales, espaciales y circunstanciales también aparecen en el Acta de inspección a cadáver número 005 de 28 de marzo de 2007 según la cual “a las 10:30 a.m., practicada por la Fiscalía Sexta de Maní – Casanare” [fls.446 a 452 c2]:

- La inspección se realizó en la finca El Carajo de la vereda Matepiña de Maní-Casanare, Km 8, de propiedad de la señora María Luisa Condía.
- Lugar donde se encuentra el cadáver: campo abierto, potrero sin maleza, aproximadamente a 20 metros de una vía privada, el occiso estaba sobre el pasto.
- En la información de identificación de cadáver se señaló N.N de aproximadamente 25-30 años y sin más registros.
- Fecha del deceso 28 de marzo de 2007 aproximadamente a las 04:45 a.m.
- Circunstancias de la muerte: al parecer dado de baja por tropas del ejército, Ramón Nonato Pérez, en enfrentamiento.
- Orientación del cadáver: cabeza: sur oriente, pies: noroccidente.
- Posición de cadáver: cúbito ventral; cabeza con rotación a la izquierda. Miembros superiores: i).- brazo derecho, en aducción y flexión, ii) brazo izquierdo debajo del abdomen en flexión. Manos: derecha en pronación, dedo índice en extensión, dedo del centro en semi-flexión, anular y meñique en flexión, mano izquierda en pronación, debajo del abdomen. Miembros inferiores: ambas piernas y pies en rotación externa.
- Descripción morfológica: hombre adulto de tez trigueño, peso de 70 a 75 Kg aproximadamente; estatuta: 1,83 metros; contextura delgada, cabello negro, largo al centro y detrás, a los lados mediano.
- Prendas de vestir: camiseta manga negra, color verde militar, pantalón en jean color negro, talla 30, botas en caucho color negro marca venus, medias una gris y otra negra.
- Descripción de las heridas: “*En cara: enucleación (sin ojo) izquierdo, orificio en el dorso de la nariz, parte proximal de la misma, lado izquierdo, parte proximal de la misma, lado izquierdo [sic], en la nuca presenta orificio en zona mediana lado*

izquierdo de forma irregular de 1.5 cm X 1 cm. Herida abierta en cuello, lado derecho, de aproximadamente 6 cm X 2 cm en forma ovalada. En extremidades superiores, presenta herida lineal en el brazo derecho parte media, al parecer por quemadura de 4 cm de largo por 0.5 cm de ancho. En abdomen: presente orificio y extravasación de tejido y músculo en la parte izquierda y baja del abdomen”.

- Evidencias encontradas: 1. Pistola a 20 cm de la cabeza cogida con la mano derecha del occiso y sobre el mismo lado derecho del cuerpo. 2.- una vainilla 9mm sentido oriental del cadáver a 70 cm del mismo. 3.- una vainilla calibre 5.56 a 26 metros del cuerpo al lado oriental del cuerpo. 4.- una vainilla calibre 5.56 a 2.30 metros al lado occidental del cuerpo. 5.- una vainilla calibre 5.56 a 2.80 metros al lado occidental del cuerpo. 6.- una vainilla calibre 5.56 a 2.60 metros al lado occidental del cuerpo. 7.- una vainilla calibre 5.56 a 2.94 metros. 8.- una vainilla calibre 5.56 a 90 cm del cuerpo al lado occidental del cuerpo. 9.- dentro del bolsillo delantero izquierdo del pantalón, se encontró una granada de mano.

- Respecto a los hechos: el soldado profesional Alex Mario García, miembro del Brino 44 de Tauramena, Batallón Ramón Nonato Pérez, señaló según informaciones recibidas de la población, venían entre 4 o 5 sujetos por la vereda Matepeña (sic), y al escuchar unos ruidos extraños, el puntero les hizo la proclama de alto del ejército y los sujetos comenzaron a disparar produciéndose un intercambio o cruce de disparos por 5 minutos y luego al hacer el registro del área se encontraron 2 sujetos muertos. Igualmente se recibió testimonio al sargento segundo del ejército Wilson Salvador Burgos Jiménez, también miembro del Birno 44 de Tauramena, Batallón Ramón Nonato Pérez, señaló que por informaciones de la misma población de la región y ante casos de secuestro y extorsiones que se han presentado se hizo un registro de San José del Bubuy hacia Maní y en predios de la finca El Carajo y como a las 4 a.m., escucharon unos ruidos, la parte de avanzada hizo la proclama del ejército y los sujetos empezaron a disparar, por lo que se abrió fuego y luego al hacer el registro se encontraron dos cadáveres, con sus armas de fuego lo cual fue reportado al batallón”.

70.4 Ahora bien, obra el protocolo de necropsia número 07-04N, realizada el 29 de marzo de 2007 [fls.469 a 472 c2], correspondiente al acta de levantamiento número 005, solicitada por la Fiscalía Sexta Delegada y se relaciona con el certificado de defunción número 1267770, de la que se extrae: (1) los hechos ocurrieron el 28 de marzo de 2007 en la vereda Matepeña; (2) se trataba del cuerpo de una persona vestido con camiseta verde, pantalón jean negro, pantaloncillos azul leo, medias negras gris negra y botas de caucho negras venus; (3) en la descripción general se señaló que se trataba de un cadáver de una persona de sexo masculino, de aproximadamente 25 a 30 años, y que presentaba enucleación del ojo izquierdo; (4) como señales particulares presentaba dos tatuajes en los brazos; (5) presentaba fractura de la cervical C4 y lesión en aorta abdominal; y, (6) como análisis se señaló: “muerte debido a lesión de grandes vasos con posterior shock hipovolémico, falta respiratoria por lesión cervical” [fls.469 a 72 c2].

- Descripción topográfica: ojos: enucleación ojo izquierdo; nariz: orificio entrada 1x1 cm al lado izquierdo y de salida a la derecha; cuello: simétrico orificio de 2x3 cm lado derecho de 1 cm lado izquierdo; abdomen: orificio de 5x5 cm flanco izquierdo; extremidades superiores; orificio en dorso de mano

izquierdo [sic] de 1x1 cm, orificio de palma de 2 x 2 cm, inferiores quemadura lineal en brazo derecho.

- Lesiones con PAF localizadas en columna cervical con lesión visceral.
- Análisis: muerte debido a lesión de grandes vasos con posterior shock hipovolémico, falla respiratoria por lesiones céricas.

70.5 Así mismo, se encuentra el Formato de personas N.N. de la Red Nacional Centralizada de Información de Cadáveres No identificados y No Reclamados [fls.473 a 479 c2], del que se tiene en cuenta: (1) el lugar de los hechos fue la vereda Matepiña; (2) se identificaron tatuajes en los brazos; (3) estaba vestido con camiseta verde, pantalón jean negro, pantaloncillos le azul, medias negras y botas de caucho negras; (4) se consignó "muerte durante enfrentamiento con tropas militares según acta de levantamiento N° 005"; (5) el mecanismo de la muerte fue un shock hipovolémico; (6) presentaba enucleación del ojo izquierdo; (7) de acuerdo con el diagrama del cuerpo aparecen dos disparos en la cara, dos en el cuello, uno en la región abdominal izquierda y uno en la mano; (8) presentaba trauma cervical, lesiones pulmonar, muscular, aorta abdominal, intestinal y de hígado.

70.6 Elementos probatorios que deben contrastarse con lo afirmado en las declaraciones rendidas por los miembros del pelotón "Guerrero 3" del Batallón de Infantería No.44 "Coronel Ramón Nonato Pérez", adscrito a la Décima Sexta Brigada del Ejército Nacional, ante el Juez Cuarenta y Cinco [45] de Instrucción Penal Militar. Se trata de las declaraciones rendidas por los soldados profesionales Fredy Gonzalo Zamora [fls.463 y 464 c2; 744 y 745 c3], Alex Mario García Cruz [fls.467 y 468 c2; 748 y 749 c3]; y el Cabo Tercero Robinson Eduardo Bastidas Nasamuez [fls.465 y 466 c2; 746 y 747 c3]. Así mismo, con la Ratificación y ampliación del informe presentado por el Sargento Segundo Wilson Salvador Burgos Jiménez, rendida ante el Juez Cuarenta y Cinco [45] de Instrucción Penal Militar [fls.493 a 495 c2; 752 y 754 c3]. De lo anterior cabe extraer: (1) la unidad militar recibió información de inteligencia humana y de la red de cooperantes según la cual por la zona había personas armadas extorsionando y secuestrando a los dueños de fincas; (2) sólo el C3. Robinson Bastidas Nasamuez y el Sargento Segundo Wilson Salvador Burgos Jiménez coinciden en relatar que en el año 2005 fue secuestrada una persona en la vereda El Viso y que a Graciela Díaz el 27 de marzo de 2007 la rondaban personas y que había sacada una suma de dinero; (3) que la unidad militar hizo un movimiento motorizado en la

madrugada del 28 de marzo de 2007 desde San José del Buby; (4) cuando los miembros de la unidad militar llegaron en la vereda El Viso a la altura de la finca “El Carajo” el puntero de la misma advirtió de ruidos, hizo la proclama del Ejército momento en el cual recibieron fuego de los presuntos delincuentes, a lo que respondieron todas los miembros del pelotón, todo lo cual ocurrió entre 4:45 y 5:00 a.m.; (5) si bien todos coinciden en afirmar que se encontraban bajo una orden de operaciones, no son coherentes en cuanto a su finalidad y al nombre de la misma: (5.1) de acuerdo con el soldado profesional Fredy Gonzalo Zamora la finalidad “era neutralizar el accionar del enemigo”; (5.2) en tanto que para el C3. Robinson Eduardo Bastidas Nasamuez la misión se denominada “ESTAÑO” y su objeto “era capturar o neutralizar a los sujetos que se encontraban en este sector”; (5.3) a su vez el soldado profesional Alex Mario García Cruz manifestó que la finalidad de la misión “era pues ir a hacer el registro y control de área para verificar las informaciones que habíamos recibido”; y, (5.4) por último, el Sargento Segundo Wilson Salvador Burgos Jiménez afirmó que la misión se denominaba “MISIL” y su objeto era “hacer registros activos sobre las veredas mas [sic] cercanas para brindar protección a la población civil y seguridad”; (6) según todos el contacto armado lo iniciaron los presuntos delincuentes; (7) el soldado profesional Fredy Gonzalo Zamora accionó su arma de dotación oficial en siete u ocho ocasiones; en tanto que el C3. Robinson Eduardo Bastidas Nasamuez la accionó en cuatro a cinco ocasiones; el soldado profesional Alex Mario García Cruz no recordó cuántas veces la accionó; y, el Sargento Segundo Wilson Salvador Burgos Jiménez dijo no haberla accionado.

70.7 Se afirma que producto de la operación realizada por el pelotón “Guerrero 3” a los fallecidos, entre ellos **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** le fue encontrado material de guerra que fue objeto de valoración mediante dictamen practicado por el DAS.

70.7.1 Así pues, Oficio SCAS.GOPE.APJ.C. no. 404127-1, de 13 de agosto de 2007, del DAS [fls.499 a 503 c2; 761 a 765 c3], que contiene el experticio técnico realizado sobre los elementos siguientes:

[...] (1) Una pistola marca Smith & Wesson, calibre 9 mm x 19, número de identificación parcialmente borrado siendo visibles los tres últimos números **144**, modelo 59.

(1) Un proveedor metálico

(5) Cartuchos calibre 9mm x 19

(1) Vainilla percutida calibre 9 mm x 19, y (6) Vainillas calibre 5.56 mm x 45 embaladas en bolsa plástica, con su respectivo registro de cadena de custodia

(1) Un revolver [sic] marca Smith & Wesson, calibre .38 Special, No.**AEW9209**, con numero [sic] **17812**,

(2) Cartuchos calibre .38 Special

(3) Vainillas percutidas calibre .38 Special.

NOTA: (2) Dos vainillas percutidas calibre 5.56 mm x 45 las cuales se encuentran embaladas en bolsas plásticas individuales pero relacionadas como calibre 7.65 mm por lo tanto no se envían para su estudio al sistema integrado de balística IBIS ya que por esta clase de inconsistencias este laboratorio se abstiene de recibir estos elementos mal embalados o con denominación equivocada.

Por lo tanto se devuelven al Juzgado 45 de Instrucción Penal Militar para lo pertinente en este caso.

LO SOLICITADO

... se les practique experticio técnico con el objeto de establecer sus características, identificación, estado de conservación, estado de funcionamiento, recuperar vainillas patrón con el objeto de ser cotejadas con vainillas incriminadas para establecer si fueron percutidas con las mismas armas, se tomen muestras de residuo de disparo e incluir en el sistema IBIS

CARACTERISTICAS GENERALES DE LOS ELEMENTOS

ARMA (1)

CLASE : Pistola
MARCA : Smith & Wesson
CALIBRE : 9 mm x 19
MODELO : 59
FABRICACION : Original USA
No. IDENTIFICACION : Se encuentra parcialmente borrada siendo visibles los tres últimos dígitos **144**.
No. INTERNO : No presenta
FUNCIONAMIENTO : Semiautomático, en buen estado, comprobado mediante disparos de prueba.
CAPACIDAD DE CARGA : Mediante proveedor doble carril con capacidad para alojar (15) cartuchos del mencionada calibre
LONGITUD CAÑÓN : Cañón de (5) estrías con rotación sentido derecho, y una longitud de (10) centímetros
ACABADO : Niquelada, cachas de pasta color negro grafiladas con emblema de Smith & Wesson, en regular estado de conservación.
GRABADOS : Los de la casa de fabricación.

PROVEEDOR

CANTIDAD : (1) Uno
CALIBRE : 9 mm x 19
FABRICACION : USA
TIPO : Doble carril
CONSTITUCION : Acero Inoxidable [sic], base en pasta color negro.
GRABADOS : Smith & Wesson, Springfield MA. RESTRICTED: EPORT, LAW ENFORCEMENT GOVERNMENT [sic] USE ONLY S/N 91394 estampado parte anterior

UTILIDAD

: Este proveedor es generalmente empleado en armas de funcionamiento semiautomático, como es el caso de pistolas marca Smith & Wesson del mismo calibre y modelo.

ARMA (2)

CLASE : Revólver
MARCA : Smith & Wesson
CALIBRE : .38 Special
MODELO : 60
FABRICACION : Original USA
No. IDENTIFICACION : **AEW9309**, Impreso [sic] parte externa interior de la base metálica.
No. INTERNO : 17812- Impreso [sic] parte interna de la grúa sostén del tambor

FUNCIONAMIENTO : Mecánico de repetición, en buen estado, comprobado mediante disparos de prueba en acción simple y acción doble
CAPACIDAD DE CARGA : Mediante tambor giratorio con capacidad para alojar (5) cartuchos del mencionado calibre
LONGITUD CAÑÓN : Cañón de (5) estrías con rotación sentido derecho, y una longitud de (4.5) centímetros
ACABADO : Acero inoxidable, cachas en pasta color blanco grafiladas con emblema de Smith & Wesson en regular estado de conservación.
GRABADOS : Los de la casa de fabricación
CARTUCHOS CALIBRE .9 MM X 19
CANTIDAD : (5) Cinco
CALIBRE : 9mm x 19
FABRICACION : USA y Colombia
TIPO : Convencional
CONSTITUCION : Proyecto blindado o encamisado, vainilla latón.
FULMINANTE : De fuego central, sin percutir
GRABADOS : "WIN 9 mm LUGER". "WCC 01" INDUMIL 9 mm NATO" estampados en las bases o culotes
UTILIDAD : Estos cartuchos son generalmente empleados en armas de funcionamiento semiautomático y/o automático, como es el caso de pistolas y/o subametralladoras del mismo calibre
CARTUCHOS CALIBRE .38 SPECIAL
CANTIDAD : (2) Dos
CALIBRE : .38 Special
FABRICACION : Colombia
TIPO : Convencional
CONSTITUCION : Proyecto en plomo desnudo, vainilla en latón.
FULMINANTE : De fuego central, sin percutir
GRABADOS : "INDUMIL [sic] .38 SPECIAL" estampados en las bases o culotes
UTILIDAD : Estos cartuchos son generalmente empleados en armas de funcionamiento mecánico, como es el caso de revólveres del mismo calibre
OBSERVACIONES : Se observó [sic] el interior de los tubos cañones de las armas, se extrajeron partículas halladas, luego de analizadas físicamente se comprobó que se trata de residuos de disparo, esto nos permite determinar que dichas armas fueron disparadas, sin ser posible establecer el tiempo exacto por no existir en la actualidad un método técnico científico que nos permita confirmarlo. La pistola y el revólver motivo de experticio no presentan aditamentos o modificaciones que les haga mas [sic] letales balísticamente. Para comprobar el estado de funcionamiento y recoger muestras patrón para estudio y cotejo con vainillas incriminadas, con su respectivo registro de cadena de custodia y ser enviadas al laboratorio de Balística Forense del DAS EN Bogotá, para ser ingresadas en el sistema integrado de balística IBIS en busca de correlación en otros casos, se utilizaron los

cartuchos puestos a disposición junto con las armas, cuyo resultado se hará llegar una vez se obtenga respuesta.

MATERIAL TECNICO UTILIZADO

Textos Especializados [sic], Cinta Métrica [sic], Calibrador Pie de Rey [sic].

CADENA DE CUSTODIA

En cumplimiento al artículo 288 de la ley 600 de 2000, los elementos recibidos para experticio en estas instalaciones el 07 de junio de 2007, conservo [sic] su debida cadena de custodia durante la llegada, estadía, estudio y devolución de los mismos al Juzgado 45 de Instrucción Penal Militar de la Decimosexta [sic] Brigada con sede en Yopal (Casanare).

CONCLUSION:

Acorde a los resultados obtenidos dentro del estudio a los elementos recibidos descritos en el presente informe, se concluye:

La pistola marca Smith & Wesson, calibre 9 mm x 19, modelo 59, numero [sic] de identificación parcialmente borrado siendo visibles los tres últimos dígitos **144**, sin numero [sic] Interno [sic], modelo 59, se encuentra en buen estado de funcionamiento y **“ES APTA”** para realizar disparos.

- El revolver [sic] Smith & Wesson, calibre .38 Especial, modelo 60, numero de identificación **AEW9309**, con numero [sic] Interno [sic] 17812, se encuentra en buen estado de funcionamiento y **“ES APTO”** para realizar disparos
- Los cartuchos calibre 9 mm x 19, se encuentran en buen estado y **“SON APTOS”** para ser percutidos en armas del mismo calibre.
- Los cartuchos calibre .38 Special, se encuentran en buen estado y **“SON APTOS”** para ser percutidos en armas del mismo calibre.
- El proveedor doble carril marca Smith & Wesson con capacidad para alojar 15 cartuchos calibre 9 mm x 19 se encuentra en buen estado y es **“APTO”** para ser utilizado en pistolas del mismo calibre marca y modelo” [fls.499 a 503 c2].

70.7.2 En tanto que el Oficio SCAS.GOPE.APJ.C., de 27 de febrero de 2008, del DAS [fls.506 y 507 c2; 768 y 769 c3], que contiene el experticio técnico realizado sobre los elementos siguientes:

“[...] ELEMENTOS RECIBIDOS

(1-1) Dos (02) granada [sic] para mano de fragmentación M-26.

LO SOLICITADO

... realizar experticio técnico al material de guerra incautado, luego de lo cual se dejara en custodia en las Instalaciones [sic] del Batallón de Servicios N° 16, con sede en la Decimosexta [sic] Brigada, en Yopal (Casanare).

CARACTERISTICAS GENERALES DE LOS ELEMENTOS

(1-1) (02) GRANADA DE MANO DE FRAGMENTACION M26

| | |
|--------------------|---|
| CANTIDAD | : Dos |
| CLASE O TIPO | : Granada de mano de fragmentación |
| MODELO | : M-26 |
| ESPOLETA | : M8524A2 de retardo pirotécnico (4.5 seg.) |
| FABRICACION | : Indumil Colombia |
| PESO TOTAL | : (425) gramos |
| COLOR CUERPO | : Verde Oliva |
| CONSTITUCION CARGA | : Su carga interior esta compuesta por 155 gramos de TNT (Trinitrotolueno) y RDX llamada también composición B, que al explotar despliega una velocidad inicial de (9800) metros por segundo. |
| FUNCIONAMIENTO | : Esta clase de arma arrojadiza funciona mediante ignición por espoleta de contacto |

eléctrico, con retardo pirotécnico de (4.5) segundos que hace detonar la granada, fragmentando su cuerpo elaborado en espiral especialmente diseñado en de [sic] (1000) partes o esquirlas arrojándolo a altas velocidades.

**RADIO MORTAL
OBSERVACIONES**

: Diez (10) metros.
: Esta clase de arma de mano explosiva diseñada para combate, es de uso privativo de la Fuerza Publica [sic], dada su capacidad destructiva, que es dar de baja al cincuenta (50%) por ciento del personal expuesto en su radio de acción. Por carecer de un sitio adecuado para la activación de la granada, esta será próximamente destruida, elaborándose la respectiva acta firmada por el Agente [sic] del Ministerio Público y los que en ella intervengan

CADENA DE CUSTODIA

: Se deja constancia que fue puesta a disposición sin su debido registro de cadena de custodia.

MATERIAL TECNICO UTILIZADO

Cinta métrica, textos especializados, calibrador pie de rey.

CONCLUSIONES

Acorde a los resultados obtenidos dentro del estudio a los elementos recibidos descritos en el presente informe, se concluye:

Las (02) Granadas [sic] para mano de fragmentación, modelo M-26, se encuentran en buen estado de funcionamiento, con regular estado de conservación y “**SON APTAS**” para ser detonada [sic]” [fls.506 y 507 c2].

70.8 Ofrece elementos para establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar el Oficio número 0344/DIV4-BR16-BIRNO44-S3-OP-375, de 16 de marzo de 2007, del Comando del Batallón de Infantería No.44 “CO. Ramón Nonato Pérez” de Tauramena , Casanare [fls.511 a 518 c2; 774 a 777 c3], que contiene la “**MISIÓN TÁCTICA No. 033 MISIL**”, de la que se tiene en cuenta:

“[...] 1. **SITUACIÓN.**

a) ENEMIGO.

Organizaciones armadas al margen de la ley (ONT-AML), FARC-ELN-Bandas Delincuenciales al Servicio del Narcotráfico (BDSN), están en capacidad de ejecutar atentados terroristas, asesinatos, extorsión, secuestros, masacres, saboteos y ataques a patrullas del Ejército [sic] y Policía Nacional, asaltos y quema de Vehículos [sic] causando zozobra e intimidación a la Población Civil [sic] afectando la explotación Petrolera [sic] contra personas e instalaciones igualmente a la Infraestructura Petrolera, a Infraestructura eléctrica, vial y cabeceras municipales [...]

2. MISIÓN.

EL BATALLÓN DE INFANTERÍA No 44 “CO. RAMON NONATO PEREZ” A PARTIR DEL 1600:00 HORAS MARZO 2007 CON PERSONAL DE LA COMPAÑÍA A PELOTON ATILA 1- ATILA 3, COMPAÑÍA C COBRA 2, COMPAÑÍA G GUERRERO 3, GUERRERO 8 [...] EFECTÚAN PATRULLAJES OFENSIVOS DE REGISTRO Y CONTROL MILITAR, SOBRE EL ÁREA GENERAL MUNICIPIOS DE AGUAZUL Y MANÍ, PARA CAPTURAR, CONTRARESTAR Y/O NEUTRALIZAR CON LOS MEDIOS DISPONIBLES QUE DA EL ESTADO INTEGRANTES DE TODOS AGENTES GENERADORES DE VIOLENCIA (FARC-ELN-BDSN-DC-DO), QUE VIENEN REALIZANDO ACCIONES DELINCUENCIALES Y TERRORISTAS CONTRA LA POBLACIÓN CIVIL, INTERESES DE LA NACIÓN TAL Y COMO LO ESTIPULA LA CONSTITUCIÓN, LO PRIMORDIAL ES LA DEFENSA DE LA

SOBERANÍA, LA INDEPENDENCIA, LA INTEGRIDAD DEL TERRITORIO NACIONAL Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL”

3. EJECUCIÓN.

a).INTENCIÓN DEL COMANDANTE.

Mi intención como comandante de Batallón es adelantar misiones tácticas de registro y control militar activo, para neutralizar acciones terroristas de todos los agentes generadores de violencia buscando garantizar la convivencia ciudadana, el restablecimiento del orden público [sic], la economía de la región [sic], el cumplimiento de la misión y la integridad de los hombres.

b).CONCEPTO DE LA OPERACIÓN

Consiste en efectuar misiones tácticas de registro y control militar de área activo de acuerdo a la situación e inteligencia disponible para establecer el contacto con el enemigo, mediante el empleo de los métodos de infiltración, y envolvimiento, aplicando la potencia de combate al enemigo.

c).MANIOBRA

El punto decisivo de la Misión serán las áreas bases de los grupos subversivos, para lo cual se desarrollará en cuatro fases así:

PRIMERA FASE. INTELIGENCIA

En esta fase las unidades comprometidas en la presente misión reajustan el dispositivo, adelantan labores de inteligencia de combate, creación de la red de cooperantes, red de informantes, coordinación e intercambio de información con otros organismos de seguridad del estado (DAS, CTI, PONAL, FISCALIAS); buscando con ello confirmar, desvirtuar redes de apoyo del enemigo, presencias, cabecillas, milicianos, colaboradores, caletas, campamentos y demás actividades tendientes a recolectar el máximo de información posible.

SEGUNDA FASE. PLANEAMIENTO.

En esta fase las Unidades [sic] comprometidas en la presente misión táctica; [sic] realizan las respectivas coordinaciones, en forma detallada buscando mecanismos tendientes a bloquear los corredores de movilidad del enemigo con el fin de contrarrestar su capacidad de movilidad, apoyo y refuerzo, para restringirlo a ciertas áreas, a objetivos rentables, disminuyendo su capacidad logística, creando así el debilitamiento en su capacidad de lucha. De igual forma el comandante colocara en ejecución el procedimiento de Comando, para determinar algunas actividades logísticas que debela [sic] tener en cuenta para el desarrollo de la misión en forma eficiente.

TERCERA FASE. CONDUCCIÓN

Para esta fase los comandantes diseñan las diferentes maniobras a emplear como son emboscadas, golpes de mano, registros ofensivos, así mismo las diferentes técnicas, medidas tácticas de control, fases de la luna, ejes de avance, avenidas de aproximación, rutas de escape, puntos de paso, en esta fase el Comandante tendra [sic] en cuenta todas aquellas medidas tendientes a realizar la conducción de la maniobra con total disciplina y buscando el éxito en la misión asignada, los pelotones cobra2, atila1, atila3 inician movimiento táctico motorizado Tauramena hasta el municipio de maní [sic] para continuar con la cuarta fase.

CUARTA FASE. ACCIÓN EL OBJETIVO.

En esta fase las Unidades [sic] participantes inician infiltración a pie desde el municipio de maní [sic] hacia las veredas santa helena de cusiva, barrancas, el paraíso, morichito, el médano, empleando la máxima contundencia sobre el objetivo, en forma decidida y coordinada.

- Una vez terminada la cuarta fase las unidades comprometidas en la presente misión Táctica [sic] continuaran desarrollando misiones tácticas orientadas por el Comando del Batallón, proporcionando seguridad a la población, facilitando la ejecución de los planes y proyectos del Gobierno relacionados con la desmovilización de las Organizaciones Narcoterroristas [sic] y con la consolidación y recuperación de las zonas afectadas por los grupos al margen de la ley.

[...]

E). MISIONES A UNIDADES DE MANIOBRA

COMPANÍA “G” a partir del 1600.00 horas Marzo [sic] 2007 y hasta nueva orden, con los pelotones GUERRERO 3 Aguzaul GUERRERO 8 Maní en coordinación la Policía Nacional adelante misiones tácticas de seguridad e inteligencia sobre los

cascos urbanos, rural sobre sitios de interes [sic], para neutralizar acciones terroristas de cualquier agente generador de violencia, que pretenda cometer sobre la ciudadanía en general en mencionados municipios.

[...]

4. INSTRUCCIONES DE COORDINACIÓN

- Toda maniobra a realizar, debe ser conocida y autorizada por el Comando del Batallón.
[...]
 - realizar [sic] inteligencia con la población civil del área
- [...]
- **Se debe conservar el secreto de la operación, el personal de soldados debe conocer la información estrictamente necesaria, y solamente al momento de iniciar la operación con el fin de evitar fuga de información, posibles atentados, y éxito en la ejecución final de la misión asignada**
- Las operaciones se desarrollan de acuerdo a la doctrina establecida en el reglamento ejc. 3-10 reservado.
- **El buen trato a la población civil y el respeto por el bien ajeno debe [sic] ser una constante en la persona del batallón de la infantería no 44.**
[...]
- **Es preferible que se vuele un bandido y no que muera un inocente**
- **Se debe tener especial respeto por los DH y las reglas establecidas en el DIH.**
- Si produce capturas o bajas se debe [sic] informar inmediatamente al oficial S-3, comando del batallón, quienes dará las ordenes [sic] pertinentes sobre la acción a seguir.
[...]
- El comandante es el único responsable de lo que hagan o dejen de hacer sus hombres.
- Antes de salir se deben dar ordenes [sic] claras, precisas y concisas al personal de soldados, sobre el procedimiento para el embarque, desembarque, posición del fusil, actuaciones durante las requisas, los desplazamientos urbanos, distancias, trato a la población civil y demás procedimientos legales vigentes
- Ningún soldado esta autorizado para disparar en área rural y/o urbana a convicción, solo se ara [sic] a orden expresa del comandante de patrulla o cuando por situaciones especiales sea atacado con armas de fuego enemigas.
- Cada misión táctica debe obedecer como mínimo a los siguientes aspectos (inteligencia, planeamiento, conducción, acción en el objetivo)
- En caso de presentarse bajas enemigas en combate, se debe informar al Comando superior en forma inmediata, verificar que el cuerpo no sea una trampa, aislar el sector con el fin de evitar la alteración de los posibles EMP (Elementos materiales de prueba), no manipular armas, vainillas y demás material que sirven de EMP. Se debe efectuar la fijación de la escena mediante fotografías, videos y en forma narrativa; si es autorizado, se efectuará la recolección de los EMP, evitando contaminación de los mismos, embalarlos por separado y roturarlos, colocando el nombre de quien los recolecto [sic], embaló y rotuló e igualmente la descripción del contenido con lugar de recolección, fecha y hora de traslado y del hecho y a orden, esperar fiscalía o evacuar previa autorización de la autoridad competente.
- **Toda misión táctica debe regirse dentro del marco legal y los lineamientos del Comando del Ejercito [sic] eficacia con transparencia”.**
- en [sic] los allanamientos y golpes de mano se debe lanzar la proclama, somos tropas del batallón ramón nonato Pérez [sic].
[...]
- Se debe tener en cuenta y aplicar el **SOP** Operacional de la Unidad. En toda actuación, dar estricto cumplimiento a las normas de Derechos Humanos y Derecho Internacional del Conflicto Armado” [fls.511 a 516 c2, subrayado fuera de texto].

70.9 De igual manera, obra el radiograma del Sargento Segundo Wilson Burgos Jiménez de la unidad Guerrero 3 dirigido al Comando del Batallón de Infantería No.44 del Ejército Nacional [BIRNO 44] el 28 de marzo de 2007, en el que se

indicó que en cumplimiento de la misión táctica “MISIL”, se empleó la siguiente munición de calibre 5.56 por sus componentes: (1) Cabo Segundo Leandro Mona Cano siete [7] cartuchos; (2) C3. Bastidas Nasamuez cuatro [4] cartuchos; (3) soldado profesional Gonzalo López Sutachán cinco [5] cartuchos; (4) soldado profesional Eder Briñez Álvarez diez [10] cartuchos; (5) soldado profesional Fernando Barrera Cachay siete [7] cartuchos; (6) soldado profesional Julio César Sierra seis [6] cartuchos; (7) soldado profesional Raúl López Urbano cuatro [4] cartuchos; (8) soldado profesional José Pedraza Amaya cinco [5] cartuchos; (9) soldado profesional Fredy Gonzalo Zamora ocho [8] cartuchos; (10) soldado profesional Diego Vega Martínez tres [3] cartuchos; (11) soldado profesional Eliseo Ibáñez Riaño cuatro [4] cartuchos; (12) soldado profesional Ortulio Vaca Sánchez cinco [5] cartuchos; y, (13) soldado profesional Alex Mario García Cruz treinta y cuatro [34] cartuchos [fls.519 c2; 778 c3]. En total se utilizaron 102 cartuchos del mencionado calibre²⁴⁸.

70.10 En la investigación disciplinaria 005 de 2012 adelantada por el Batallón de Infantería No.44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” se recaudó el Radiograma, de 28 de marzo de 2007, de Cobrino 44 para COMBR 16 B2 donde se indicó que el 28 de marzo de 2007 se desarrolló operación “Escorpión Fragmentaria Misil” por coordenadas 04°54’21”-72°20’09” en la vereda El Viso municipio de Maní-Casanare y allí se dio de baja a 2 bandidos N.N., sexo masculino, pertenecientes a bandas criminales al servicio del narcotráfico y se incautó el siguiente material de guerra: 1 revólver calibre 38 9039, 2 cartuchos calibre 38 mm, 3 vainillas calibre 38 mm, 2 granadas de mano, 1 pistola marca Smith Wesson 9 mm No. 144 m del 59, 1 proveedor para la misma, 5 cartuchos calibre 9 mm, 1 vainilla calibre 9 mm [fls.7 y 8 c5].

70.11 Por estos hechos la justicia penal militar abrió una investigación, como consta con la providencia de 19 de enero de 2010, proferida por Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar adscrito a la Décima Sexta Brigada de Tauramena, Casanare [fls.539 a 541 c2; 785 a 787 c3], con el que se vinculó y declaró abierta la investigación penal por el delito de homicidio, en contra de los

²⁴⁸ “por Mona Cano Leandro: 07 cartuchos de 5.56m; por el C3 Bastidas Nasamuelz [sic] 4 cartuchos de 5.56 mm; por el SLP López Sutachán Gonzalo 5 cartuchos calibre 5.56 mm; por el SLP Briñez Álvarez Eder 10 cartuchos de 5.56 mm; por SLP Barrera Cachay Fernando 7 cartuchos de 5.56 mm; por el SLP Sierra Julio César 6 cartuchos calibre 5.56 mm; por el SLP López Urbano Raúl 4 cartuchos calibre 5.56 mm; por el SLP Pedraza Amaya José 5 cartuchos calibre 5.56 mm; por el SLP Zamora Fredy Gonzalo 8 cartuchos calibre mm; por el SLP Vega Martínez Diego 3 cartuchos calibre 5.56 mm; por el SLP Ibañez Riaño Eliceo 4 cartuchos calibre 5.56 mm; por el SLP Vaca Sánchez Ortulio 5 cartuchos calibre 5.56 mm; SLP García Crua Alex Mario no se determina en forma clara el número de cartuchos calibre 5.56 mm eslabonados para un total de munición se fijó 102 cartuchos calibre 5.56 mm; por el SS Burgos Jiménez Wilson”.

siguientes miembros del Ejército Nacional por los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007 en la finca "El carajo", vereda El Viso del municipio de Maní, Casanare: (1) Cabo Segundo Leandro Mona Cano; (2) C3. Robinson Bastidas Nasamues; (3) soldado profesional Gonzalo López Sutachán; (4) soldado profesional Eder Briñes Álvarez; (5) soldado profesional Fernando Barrera Cachay; (6) soldado profesional Julio César Sierra; (7) soldado profesional Raúl López Urbano; (8) soldado profesional José Pedraza Amaya; (9) soldado profesional Fredy Gonzalo Zamora; (10) soldado profesional Diego Vega Martínez; (11) soldado profesional Eliseo Ibáñez Riaño; (12) soldado profesional Ortulio Vaca Sánchez; y (12) soldado profesional Alex Mario García Cruz.

71 En el marco de dicha investigación penal militar, cursada ante el Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar, fueron recibidas las indagatorias de los Cabos Segundos Leandro Mona Cano y Robinson Eduardo Bastidas Nasamuez, de los soldados profesionales Fredy Gonzalo Zamora, Marco Obdulio Vaca Sánchez, Eder Favián Briñes Álvarez, Gonzalo Antonio López Sutachán, Fernando Barrera Cachay, Eliseo Ibáñez Riaño, José Abel Pedraza Amaya, Diego Armando Martínez Vega, Julio César Sierra, Alex Mario García Cruz, Raúl Antonio López Urbano del Sargento Viceprimero Oscar Eduardo Gaiviria Pachajoa. De las mismas cabe extraer como elementos a valorar: (1) la mayoría de ellos coincide en afirmar que la operación desplegada el 28 de marzo de 2007 desde la vereda de San José del Bubuy se produjo con base en informaciones recibidas de la red de cooperantes y de inteligencia humana que afirmaban (i) que en la zona operaban de tres a cuatro, o cinco o más sujetos, que venían atemorizando, extorsionando y secuestrando a los dueños de fincas de la región; (2) complementario a lo anterior, se afirmó incluso por los Cabos Segundos Bastidas Nasamuez y Mona Cano que en el 2005 hubo una extorsión a un propietario al que le pidieron una suma de dinero; (3) que el día anterior a los hechos una propietaria de una finca había ido a sacar dinero a un banco y que una persona al interior del predio de la misma vio merodear personas; (4) coinciden también en afirmar que los hechos se produjeron en un rango horario entre las 4:00 a.m. y las 6:00 a.m. en la vereda El Viso; (5) así mismo, que a esa hora el puntero del pelotón [Fernando Barrera Cachay] al escuchar ruidos lanzó la proclama del Ejército Nacional, e instantes después se produjo la respuesta armada por los sujetos quienes dispararon contra los miembros del pelotón del Ejército Nacional; (6) como consecuencia de lo anterior los miembros del pelotón en su totalidad respondieron al ataque haciendo uso de sus armas de dotación oficial, fusiles galil

5.56 en repetidas ocasiones, durando el supuesto combate en un rango temporal ente 3 a 7 minutos, en lo que son coincidentes en sus afirmaciones los miembros del pelotón que desarrolló la acción; (7) que dicha actividad, señala en las declaraciones, se desplegó bajo la cobertura de la operación denominada "MISIL" [pese a lo cual algunos no recordaron su nombre], que consistía en realizar un registro y control del área comprendida por las veredas El Viso y Mate Piña por parte del pelotón "Guerrero 3"; (8) que después del supuesto combate o enfrentamiento los miembros del mencionado pelotón permanecieron en la zona hasta la llegada de los funcionarios de la Fiscalía para que realizaran el levantamiento, pese a lo cual cuando amaneció el Sargento Viceprimero Gaviria Pachajoa ordenó realizar un registro en el que encontraron a dos sujetos muertos por el Sargento Burgos Jiménez quien le avisó a Gaviria Pachajoa y este a su vez transmitió la información de los hechos al Comando del Batallón de Infantería No.44 "Coronel Ramón Nonato Pérez"; (9) ninguno de los que declararon pudieron establecer el lugar en donde se encontraba los supuestos "enemigos"; (10) afirmaron, también, que las condiciones del terreno respondían a las siguientes características: (i) despoblado; (ii) a la orilla de un río [algunos señalan que se trataba del río Cusiana]; (iii) estaba oscuro; (iv) había neblina; (v) la visibilidad era poca; (vi) alrededor había matas; y, (vii) para algunos el terreno era quebrado, para otros plano; (11) algunos vieron que los sujetos portaban armas cortas cuando al amanecer hicieron el registro, otros lo dedujeron de la experiencia y el sonido de los disparos; (12) coincidieron en manifestar que ninguno de los miembros del pelotón "Guerrero 3" resultaron muertos o lesionados; (13) no son coincidentes respecto a la distancia en la que se produjo el combate entre la tropa y los supuestos delincuentes, ya que oscilaba como mínimo entre 20 metros, y como máximo 200 metros, dependiendo la posición de cada militar y su visual o perspectiva; (14) algunos aseguraron que el pelotón no rodeó a los supuestos delincuentes; (15) señalaron que a los fallecidos les encontraron dos armas de fuego y dos granadas de fragmentación; (16) manifestaron unánimemente que los fallecidos no emplearon ningún artefacto explosivo en contra de los integrantes del pelotón el día de los hechos; (17) al hacer el registro al día siguiente no encontraron cambuches; (18) o no vieron cómo iban vestidos, o llevaban prendas de civil; y, (19) fueron identificados **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** y **KEMEL MAURICIO ARTEAGA** como miembros de la guerrilla o de bandas criminales al servicio del narcotráfico.

72 En cuanto a las armas encontradas en poder de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** y de **KEMEL MAURICIO ARTEAGA** en el lugar de los hechos, se cuenta con el Oficio número 586/MDN-CGFM-CE-DIV08-BR16-B2-INT, de 21 de septiembre de 2010, del Comandante de la Décima Sexta Brigada del Ejército Nacional [fl.667 c2], con el que se informó que revisados los archivos “se encontró la siguiente anotación de inteligencia así, 28-Marzo-2007 En desarrollo de la Misión Táctica MISIL en la Vereda [sic] El Piso Finca [sic] El carajo del Municipio [sic] de Maní en Coordenadas [sic] 4°51'21” – 72°20'09” el Pelotón Guerrero 3 al mando del señor SS. Burgos Jiménez Wilson dieron Muerte [sic] en Combate [sic] a 02 sujetos: NN Sexo Masculino [sic] y material decomisado: 01 PISTOLA CAL 9MM SMITH WESSON No. 144 M-59, 01 REVOLVER CAL 38C SMITH WESSON No.17812 AEW9308, 02 CARTUCHOS CAL 38MM, 04 VAINILLAS CAL 38MM, 05 cartuchos Cal 9MM, 01 VAINILLA CAL 9MM, 02 granadas de mano IM-26, 02 pares de botas de caucho” [fl.667 c2].

73 La comisión de ciertos delitos, como la extorsión, en la zona aparece señalada en el Oficio, de 30 de agosto de 2010, del Comandante de la Décima Sexta Brigada del Ejército Nacional [fls.641 c2; 907 c3], con el que se informó que revisados los archivos “se encontró la siguiente anotación de inteligencia así:

“19-MAR-07 EXTORSION por parte de un grupo de 04 sujetos al mando de Alias “José Malo” en la vereda Río [sic] Chiquito del Municipio [sic] de Aguazul (Cas) a el [sic] señor JULIO ROBERTO MORENO propietario de la finca Madrid ubicada en la vereda el Viso del Municipio [sic] de Maní. El señor Julio cancelo [sic] la suma de 12 millones de pesos a estos bandidos, en tiempo anterior, éste mismo señor les dio 03 cabezas de ganado exigidas por el mismo criminal” [fl.641 c2]

74 De igual manera, en el anexo de inteligencia a la misión táctica número 033 “MISIL”, se reflejó información de las situaciones, fenómenos y condiciones del orden público en el área objeto del despliegue que debía realizar por el pelotón “Guerrero 3”, en los siguientes términos:

[...] REFERENCIAS: (CARTA GENERAL MUNICIPIO DE MANI)

RESUMEN DE LA SITUACIÓN DEL ENEMIGO

En la jurisdicción del Batallón de Infantería No. 44 Coronel Ramon [sic] Nonato Perez [sic], delinquen terroristas de las cuadrillas 38 de la ONT FARC, cuadrilla JOSÉ DAVID SUAREZ de la ONT ELN y grupos al margen de la ley denominados Bandas Criminales al Servicio [sic] del narcotráfico.

BANDAS CRIMINALES AL SERVICIO DEL NARCOTRAFICO

DISPOSITIVO

Su área de ingerencia [sic] [...] San José del Bubuy [...] vereda El Paraíso, El Viso [...] Por inteligencia humana se ha logrado detectar la intención de consolidar el área dejada por grupo de las ACCU [...]

[...]

ULTIMAS INFORMACIONES

[...]

15-MARZO-07 PRESENCIA Por fuente humana casual se tiene conocimiento de la presencia de 04 sujetos pertenecientes a las Bandas Delincuenciales al servicio del narcotráfico portando armamento de corto alcance, y vistiendo prendas de civil, en la vereda Betania de Maní (Cas) en el sector de la vía que conduce hacia la vereda El Viso, se desconoce las intenciones de estos sujetos en mencionado sector [...]

24-MAR-07. PRESENCIA. Mediante información suministrada por fuente humana se conoció de la presencia de un grupo aproximado de 04 bandidos pertenecientes a las Bandas Delincuenciales al Servicio [sic] del Narcotráfico [sic] "ACC" en la vereda los Limoncillos del municipio de Maní (cas), desplazándose a pie por el lado izquierdo de la vía que conduce hacia la vereda El Viso [...]

26-MAR-07. Se confirma la presencia de un grupo aproximado de 04 bandidos pertenecientes a las Bandas Delincuenciales al Servicio [sic] del Narcotráfico [sic] "ACC", portando armamento de corto alcance y usando prendas civiles, en la finca las Mercedes de la vereda El Viso. Se desconoce sus intenciones [...]

5. ENTRENAMIENTO

[...]

Táctico

Utilizan como avanzadas personas de la región, quienes tienen la finalidad de informar los movimientos de la tropa y de los grupos subversivos, así como del personal extraño a la zona.

En áreas consolidadas mantienen redes de apoyo las cuales colaboran en las actividades de sostenimiento y logísticas.

[...]

6. LOGISTICA

Transporte

En la actualidad, los cabecillas evitan movilizarse en vehículo o salir a los cascos urbanos, envían a terroristas rasos en motos a las poblaciones para la consecución de elementos que necesitan o en su defecto a campesinos oriundos de la región para no levantar sospechas" [fls.643 a 647 c2].

75 De otra parte, de las declaraciones rendidas ante el Juez Trece [13] de Instrucción Penal Militar por María Eva Lozano Moreno y la denuncia que por desaparición forzada presentó esta misma persona, por Claudia Margarita Arteaga Cuartas y por Fredy Wilson Díaz Condia cabe extraer: (1) María Eva y la familia de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** sólo vino a conocer de su muerte a instancias del proceso penal militar, y específicamente el 17 de noviembre de 2010 y cuando le dejaron a disposición unas fotografías de su cadáver²⁴⁹; (2) María Eva tuvo contacto con **ANDRÉS FABIÁN** el 27 de marzo de 2007 en la tarde por donde este paso para dejar una motocicleta; (3) después de la anterior fecha se perdió el contacto y el conocimiento del paradero de la víctima; (4) se presentó una denuncia penal ante el CTI en Yopal; (4) se señaló que la situación de la víctima podía estar relacionada con una retención de la que fue objeto por patrulleros de la Policía Nacional en días anteriores; (5) por algunas versiones

²⁴⁹ Obra también la Comunicación, de 16 de noviembre de 2010, de Fanny Lozano Moreno dirigida al Personero Municipal de Tauramena, Casanare [fl.946 c3], con la que solicitó "se hagan las gestiones y averiguaciones a fin de poder determinar si mi hijo ANDRES FABIAN GARZÓN LOZANO, identificado con C.C No.86.083.147 de Villavicencio, y que en la actualidad se encuentra desaparecido desde marzo de 2007, se verifique ante el Juzgado Trece penal [sic] Militar con sede en el BIRNO 44 de Tauramena, se encuentra dentro de las víctimas muertas a manos de los Miembros [sic] de esa Unidad Militar. Por información o indicios creemos que ANDRES FABIAN GARZON LOZANO falleció en un presunto enfrentamiento en la vereda el VISO del municipio de MANI – Casanare el 28 de marzo de 2007" [fl.946 c3].

María Eva dice que **ANDRÉS FABIÁN** fue ubicado en la noche del 27 de marzo de 2007 en el bar “Honguitos” o “Monguitos”; (6) se aceptó que la víctima consumió estupefacientes y bebía alcohol; (7) su vestimenta habitual era propia a su identificación con la cultura “punk”; (8) se reveló que **ANDRÉS FABIÁN** y **KEMEL MAURICIO** encontrándose en el bar mencionado fueron subidos a una camioneta; (9) Fredy Wilson Díaz Condia como dueño de una finca cercana al lugar de los hechos manifestó que no escuchó nada ya que su vivienda se encontraba ubicada a 1 kilómetro del lugar de los hechos; (10) Díaz Condia no recordó haber informado a alguna autoridad militar o policial la presencia de personas extraños por los predios de su propiedad; y, (11) el mismo declarante anterior señaló que en la zona era frecuente la comisión de robos en contra de los dueños de fincas.

76 De acuerdo con el Oficio, de 6 de septiembre de 2010, de la Seccional Casanare, Sede Yopal, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Regional Oriente [fl.919 c3], con el que contestó a petición del Juzgado 13 de Instrucción Penal Militar, se explicó en que consistía la “ANQUIOSIS ARTICULAR” en los siguientes términos: “[...] es la ausencia completa del ángulo de movimiento en una articulación; puede ser debida a causas articulares o extra articulares ligamentosas, en donde se encuentran fusionados los huesos que constituyen la articulación por daños en los cartílagos (Manual Merck medicina 9 edición). Es un signo patológico en donde está limitada la funcionalidad de la articulación, en el caso de los dedos, se vería afectada la flexo extensión de estos, es decir los movimientos para agarre y formación de la pinza, caso incapacitante dependiendo de cuantas articulaciones y dedos estén comprometidos” [fl.919 c3]. Dicho lesión o discapacidad fue evidenciada en la necropsia realizada al cadáver de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**.

77 De las declaraciones rendidas [por los miembros del Pelotón “Guerrero Tres” del Batallón de Infantería No. 44 “Coronel Ramón Nonanto Pérez” Oscar Gaviria Pachajoa, Alex Mario García Cruz, Gonzalo Antonio López Sutachán, Fredy Gonzalo Zamora, Robinson Eduardo Bastidas Nasamuez] en el marco de la investigación disciplinaria número 005 de 2012 adelantada por el Batallón de Infantería No.44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” de la Décimo Sexta Brigada del Ejército Nacional, cabe extraer: (1) se contradice lo afirmado por los soldados Alex Mario García Cruz y el C3 Robinson Eduardo Bastidas Nasamuez según los cuales la operación de registro y control desarrollada tenía como objetivo capturar

a personas para lograr darle tranquilidad a la población civil, en tanto que los soldados profesionales Gonzalo Antonio López Sutachán y Fredy Gonzalo Zamora asociaron la misma operación a un secuestro y al presunto cobro de una “vacuna” económica que iban a cobrar unos sujetos en la zona donde ocurrieron los hechos; y, (2) tanto el soldado profesional Fredy Gonzalo Zamora, como el C3. Robinson Eduardo Bastidas Nasamuez coincidieron en afirmar que había una vivienda en cercanía al lugar de los hechos.

78 De otra parte, en el marco de la mencionada investigación disciplinaria número 005 de 2012, se recibieron las declaraciones de Graciela Díaz Figueroa, Fredy Wilson Díaz Condia y de María Luisa Condia Alvarado, de las que cabe extraer: (1) Graciela Díaz Figueroa manifestó que continuamente retiraba sumas de dinero para cubrir los gastos de su finca y otras necesidades. Contó que en una ocasión cuatro hombres abordaron a su esposo y le pidieron ocho millones de pesos, y ante las amenazas contra su hija logró acordar que les daba dos millones. Que los robos y amenazas por la zona y en su finca eran constantes así como las extorsiones, desconociéndose de qué grupo u organización; (2) Fredy Wilson manifestó que en el 2005 llegaron cuatro subversivos “que venían del frente jerónimo” a pedirle dinero, pero “la gente se identificaba como de la guerrilla”; y, (3) María Luisa comentó que era frecuente la solicitud de dinero y las extorsiones, y que un paramilitar extraditado “jerónimo” les había mandando a pedir una suma de dinero.

79 Por último, en la investigación disciplinaria ordinaria adelantada por la Procuraduría Delegada de Casanare y por la Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos de la Procuraduría General de la Nación, dentro del radicado IUS 2010-404715, rindió declaración Fanny Lozano Moreno en la que manifestó:

“[...] Mi hijo ANDRES FABIAN GARZON LOZANO toda su vida vivió en Villavicencio en mi casa de habitación, él era mecánico automotriz y laboró en esta ciudad en taxi express limitada en el año 2005 (agrego –sic- copia de la certificación laboral), en igual sentido en Frenos los Rolos y su último trabajo fue en el barrio el Retiro no recuerdo el nombre del taller [...] y se estuvo como a finales del año 2005, se fue a YOPAL a trabajar en el almacén de pinturas “el Mundo del Color” de mi hermana MARIA EVA LOZANO [...] con ella estuvo trabajando unos meses, no recuerdo el tiempo, de ahí como ya sabía mecánica salió a trabajar en el Taller [sic] del señor llamado el Boyaco, y luego con otro señor de nombre Ismael. De allí el 28 de febrero de 2007 estuvo trabajando con el señor ISAMEL [...] El día sábado 24 de marzo de 2007 mi hijo quien al parecer se encontraba embriagado y portaba dosis personal, fue retenido por la Policía Nacional y conducido a la estación de Policía, por los patrulleros HERRERA ISBO ZAMIR, SUAREZ MOLINA EDWIN FERNANDO, ALBA QUIJANO EDISON Y [sic] RODRIGUEZ ORTIZ FREDY [...] los días 26 y 27 de

marzo de 2007 a las siete de la noche (lunes y martes) hablé telefónicamente con mi hijo vía celular, y él para no preocuparme no me contó nada, solo me dijo que tenía un trabajo pendiente por hacer y que se le había quedado pendiente para el otro día, nos despedimos y no supe más de él, sin embargo mi hermana EVA me comentó que ese martes 27 de marzo de 2007 a las siete de la noche mi hijo salió nuevamente a la calle con su amigo KEMEL MAURICIO ARTEAGA CUARTAS, al parecer salieron nuevamente a beber a un bar llamado "MONGUITOS" ahí según declaraciones del propietario del local, de la esposa de él, y de los muchachos con los que compartían esa noche de nombres OSCAR y FLAVIO (hermanos) y la señora SELVA y DIANA (Esposa de Kemel que es conocida como Luna) estaban bebiendo, y no tuvieron problemas con nadie, mi hijo esa noche se desplazaba en una bicicleta, en el bar únicamente quedaron mi hijo y KEMEL esto según la manifestación personal que me hizo el propio dueño del bar, y mi hijo le dijo que iba a dejar la bicicleta y que venía a recogerla más tarde o al otro día, ellos salieron a la una y media de la mañana del 28 de marzo de 2007 embriagados. Según manifestación del tío [sic] de DIANA cuyo nombre no lo sé, el [sic] había visto que a ellos los subieron a una camioneta blanca y que los echaron en el platón, y que se fueron, este testigo esta en San José del Guaviare [...]

Nosotros no supimos nada de ellos, pensamos al comienzo que como el [sic] tenía [sic] una vida de caminante, trabajaba, ahorraba y luego se iba de viaje a conciertos pensábamos que estaba paseando sin embargo al no saber nada de él empezamos a preguntar ante las distintas autoridades y entidades de la región, sin embargo nunca nos dijeron nada, solo hasta el 3 de abril de 2007 [...] mi hermana MARIA EVA LOZANO MORENO colocó la denuncia penal por desaparición forzada, luego esta denuncia la amplió [sic] dando más datos el 18 de abril de 2007, nosotros colocamos las denuncias por este delito y las dirigimos en contra de los uniformados que capturaron y amenazaron, solo hasta el 15 de noviembre de 2010, recibí una llamada al teléfono fijo de un doctor de derechos humanos quien me manifestó que mi hijo había muerto en combate con el ejército nacional, en enfrentamiento ocurrido el 28 de marzo de 2007 a las cuatro de la mañana en Viso Casanare, cerca a Mani [sic] [...] es inaudito que se los tilde de guerrilleros, eran punkeros y el otro jipi, personas que por su formación jamás se unen a esta clase grupos guerrilleros, llevan unas vidas tranquilas solo dedicados a su música, a la artesanía, mi hijo nunca supo manipular armas y mucho menos granadas o metralletas, es ilógico que solo se hayan encontrado dos muertos de esos combate y el grupo militar estaba conformado por 13 personas [...] el cuerpo de mi hijo fue sepultado como NN en Mani [sic] Casanare, a la fecha no me lo han entregado y no he podido hacer sepultura [...] mi hijo fue identificado pues el día del levantamiento se le tomaron fotografías a los dos cuerpos y estas reposan en el ejército nacional [...] fotografías que fueron reconocidas por mis hijos JORGE AGUSTIN Y [sic] SONIA GARZON LOZADA [sic]" [fls.52 a 55 c7].

80 Valoradas conjunta, contrastada, ponderada y críticamente las pruebas anteriores que permiten establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar quedando demostrado: (1) que los hechos ocurrieron el 28 de marzo de 2007 entre las 4:45 y 5:00 a.m.; (2) en la vereda El Viso del municipio de Maní, Casanare, cerca de las fincas "El Carajo" y "Las Mercedes"; (3) fallecieron **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** y **KEMEL MAURICIO ARTEAGA**, el primero de los cuales recibió un disparo en la cara que produjo la "enucleación del ojo izquierdo; otro cerca de la nariz; uno más en el cuello; otro en el flanco izquierdo del abdomen; dos disparos en las extremidades superiores, uno en el dorso de la mano izquierda, y otro en el brazo derecho. Luego, el joven **GARZÓN LOZANO** recibió seis [6] disparos; (4) murieron por disparos realizados por

miembros del pelotón “Guerrero Tres” del Batallón de Infantería No.44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” de Tauramena, Casanare, quienes portaban fusiles galil 5.56 y dispararon en la fecha y hora mencionada; (5) si bien existía una orden de operaciones, se constatan profundas contradicciones en su denominación, conocimiento y finalidad [específicamente por los objetivos o metas buscadas y que se limitaban a la realización de operaciones de registro y control en un área que comprendía el lugar de los hechos, y enfocada a contrarrestar la acción de grupos armados insurgentes o bandas criminales al servicio del narcotráfico, sin que el fallecido se haya ubicado como miembro de alguna de tales organizaciones, o que sobre este se haya producido un informe de inteligencia]; (6) los miembros del pelotón que participaron en los hechos y rindieron declaraciones e indagatorias incumplieron con lo ordenado por la orden de operaciones que contenía la misión táctica número 033 “MISIL” al conocer tantos detalles de la misma; (7) también incumplieron la orden de operaciones respecto a la escena de los hechos; (8) al fallecido **GARZÓN LOZANO** le fue incautada una pistola Smith & Wesson calibre 9 milímetros, un proveedor y cinco proyectiles, así como una granada de fragmentación, no existe una sola prueba que permita demostrar que era de su pertenencia tanto el arma como la granada, y que accionó la primera en la fecha, hora y lugar de los hechos; (9) además del arma encontrada en su mano derecha, cerca de su cuerpo **SÓLO** fue hallada una vainilla correspondiente al calibre de nueve [9] milímetros; (10) cerca de su cuerpo fueron encontradas seis [6] vainillas de calibre 5.56, correspondiente al fusil galil que portaban los miembros de la unidad militar, cinco [5] de las cuales estaban a una distancia que oscilaba entre 2.30 metros y 2.94 metros, y la más lejana a 26 metros, lo que indica que recibió los disparos a muy corta distancia; (11) el supuesto combate o enfrentamiento tuvo una duración entre cinco [5] y siete [7] minutos; (12) no hay explicación razonable para haber sido utilizados ciento dos [102] cartuchos del calibre 5.56 de las armas de dotación oficial de los miembros de la unidad militar, pese a que sus oponentes presuntamente portaban una pistola y un revólver, además de dos granadas; (13) sin que, además, se haya producido lesión alguna en los miembros de la unidad militar como está corroborado; (14) se produjo en un lugar de difícil acceso, sin la cercanía de viviendas [la más cercana estaba a un kilómetro] y contando con las condiciones de oscuridad y climáticas de la zona; (15) las prendas de vestir con las que fue encontrado no coinciden con las que fue visto por última vez, tal como se declara por su tía María Eva Lozano Moreno, por Flabio Ernesto Bravo Forero y Oscar Leonardo Segura Barrera quienes vieron el 27 de marzo de 2007 en el día y en la

noche a **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**; (16) en todo caso la víctima vestía de civil al momento de su fallecimiento como ha quedado corroborado; (17) ni en la orden de operaciones que contenía la misión número 033 "MISIL", ni el anexo de inteligencia, ni en las demás pruebas que obran en este proceso revelan de manera directa o indirecta que **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** perteneciera, o hiciera parte de un grupo armado insurgente, de una banda criminal al servicio del narcotráfico, o de la delincuencia común, sino por el contrario que esta persona no tenía antecedentes penales o judiciales, salvo un proceso por inasistencia alimentaria, pero ninguno relacionado con la comisión de ilícitos; (18) desde el 28 de marzo de 2007 y hasta el 17 de noviembre de 2010 los familiares de **ANDRÉS FABIÁN** no pudieron conocer de su paradero, si bien desde junio de 2009 el Juez Trece [13] de Instrucción Penal Militar tenía conocimiento de la identidad del mismo con base en los registros dactilares, pese a la denuncia presentada por su tía María Eva Lozano Moreno ante el CTI y la Fiscalía en Yopal, Casanare, y por su madre Fanny Lozano Moreno ante la Procuraduría; y, (19) está acreditado que se cercenó a la víctima cualquier oportunidad para la verificación de las acciones o propósitos endilgados, o a su sometimiento ante el sistema judicial colombiano, contradiciendo lo establecido convencionalmente en los artículos 1.1, 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y constitucionalmente en el artículo 29.

81 Después de analizar la Sala las circunstancias de tiempo, modo y lugar, pasa a estudiar las investigaciones adelantadas por la desaparición y muerte violenta de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**.

7.5.2. Las investigaciones adelantadas por la desaparición y muerte violenta de ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO.

82 La Sala tiene en cuenta que la apertura de la investigación preliminar, en fase de averiguación, por el delito de homicidio, se dio por auto de 18 de mayo de 2007 del Juzgado Cuarenta y Cinco [45] de Instrucción Penal Militar de Yopal, Casanare [fls.460 y 461 c2].

83 De las investigaciones adelantadas por la justicia penal militar, especialmente por el Juez Trece [13] Penal Militar, por Oficio, de 5 de julio de 2011, el Personero Municipal de Tauramena, Casanare [fls.1116 a 1121 c3], solicitó al mencionado Juez que teniendo en cuenta que "la muerte de los señores ANDRES FABIAN

GARZON LOZANO y KEMEL MAURICIO ARTEAGA CUARTAS, no guarda relación con el servicio, por lo cual solicito que las diligencias sean remitidas por competencia a la Unidad de Derechos Humanos y DIH de Villavicencio (Meta) y en caso de no compartir o despachar negativamente mi solicitud se dé traslado de la misma ante el Juzgado de Instancia [sic] de su jurisdicción para que se pronuncie proponiendo el conflicto a que haya lugar²⁵⁰ [fl.1121 c3].

84 Como consecuencia de la anterior comunicación, mediante providencia de 22 de julio de 2011 proferida por el Juez Trece [13] de Instrucción Penal Militar [fls.1122 a 1132 c3], se resolvió remitir las diligencias a la Coordinación de Fiscalías de la Unidad de Derechos Humanos y DIH de Villavicencio “quien de acuerdo a inspección del expediente [...] al parecer adelanta investigación por los mismos hechos y en caso de no compartir nuestro planteamiento, así deberá plasmarse mediante colisión negativa de competencia ante el Juzgado Décimo de Instancia, con sede en la Decimosexta Brigada” [fls.1132 y 1133 c3]. De la decisión anterior cabe destacar de la argumentación:

“[...] Lo cierto es que además de las razones expuestas por el señor representante del Ministerio Público, las cuales son de recibo para el despacho por evidenciar serias dudas con respecto a la competencia para seguir conociendo del asunto, apreciamos el testimonio del señor FREDY WILSON DIAZ CONDIA, quien aparece nombrado en el informe de los hechos, quien manifiesta que lo único que sabe es que el ejército [sic] dio de baja a esas personas en la mañana, que ese día estaba en la finca y cuando se levantó de cinco y media a seis de la mañana en [sic] ejército estaba en los predios y no dejaron pasar el ganado porque habían abatido a unos bandidos hasta que no se hiciera el levantamiento. Dice, que no escuchó nada porque la casa queda como a un kilómetro [sic] del lugar de los hechos, que vio a los occisos de lejos pero no los conocía. Asegura, que para esos días no había visto gente armada en sus predios, que por ahí se la pasa mucha gente pescando y que en años anteriores habían tratado de extorsionarlo. Señala, que no recuerda haber informado al Ejército [sic] ni a ninguna otra autoridad sobre la presencia de delincuentes en sus predios, que no estaba enterado que el ejército [sic] iba a realizar esa operación en su finca y que ni él ni ningún miembro de su familia estaba siendo objeto de extorsión.

Como puede apreciarse el declarante niega haber suministrado información al ejército [sic] para la fecha de los hechos, ni estar siendo objeto de extorsión por parte de los delincuentes, lo cual dejaría sin sustento la presencia de las tropas en el lugar, pues él mismo desconocía que se encontraban operando en sus predios.

²⁵⁰ “[...] En el caso que nos ocupa encontramos que el día 28 de marzo de 2007, personal del Batallón de Infantería No.44, reporta la muerte en combate de dos presuntos delincuentes N.N. sexo masculino a quienes se les encontraron dos armas cortas entre otro material, ello no tendría objeción alguna sino fuera porque existe una denuncia formulada pocos días después por la señora MARIA EVA LOZANO, familiar de ANRES FABIAN GARZON LOZANO, quien da cuenta de la desaparición del joven de la ciudad de Yopal cuando presuntamente fueron subidos a una camioneta el día 27 de marzo de 2007 en horas de la noche cuando salía de un bar junto a un amigo de nombre KEMEL, quien resultó ser la otra víctima KEMEL MAURICIO ARTEAGA CUARTAS [...] los obitados no presentaban antecedentes penales, ni anotaciones en los organismos de seguridad del estado, tal vez su único pecado era consumir drogas como lo reconocen sus familiares, pero de acuerdo a testimonios recepcionados a familiares que solo después de tres años de ocurridos los hechos se enteraron que sus parientes habían muerto en circunstancias violentas, estos no eran delincuentes ni pertenecían a grupos al margen de la ley, ambos desarrollaban actividades lícitas, uno como mecánico y el otro como artesano y nunca portaban armas de fuego, como para que hubieran terminado enfrentándose al ejército [sic] pocas horas después de que se produjo su desaparición en un lugar apartado de la ciudad de Yopal y sin ningún documento que los identificara, lo que permitió que sus familiares les perdieran el rastro” [fl.1117 c3].

[...]

Como se puede apreciar con los documentos aportados por los familiares de los occisos, ellos realizaron actividades tendientes a su búsqueda, como formular las denuncias respectivas y elevar derechos de petición, lo cual no fue posible inicialmente por cuanto su fallecimiento se produjo en un lugar diferente al Municipio [sic] de Yopal y fueron encontrados sin ningún tipo de documento que permitiera su identificación.

Además porque resulta extraño, que si el ejercito [sic] se enfrentó a un grupo aproximado de cuatro sujetos, hayan sido precisamente las dos personas reportadas como desaparecidas y no otras las abatidas en el supuesto combate y sin que se hubieran presentado mas [sic] captura [sic] cuando la tropa superaba en varios a los presuntos delincuentes.

El despacho no entrara a efectuar juicios de responsabilidad, porque como lo anota el Ministerio Público, existen serias dudas que hacen desaparecer [sic] la relación funcional entre los hechos investigados con la misión que la Constitución otorga a la Fuerza Pública, ya que los hechos denunciados se muestran de una gravedad tal que nos llevan a desprendernos de la competencia para seguir conociendo del asunto.

Estas pruebas a que hemos hecho referencia, deja en serias dudas la legalidad de la actuación militar en el caso de marras y son las que nos llevan a pronunciarnos respecto a la competencia, pues a juicio del despacho y salvo mejor criterio jurídico, esa conducta imputada a los militares investigados rompe la relación con el servicio, puesto que lo que se avizora, es que aparentemente estas personas fueron retenidas contra su voluntad y muertas en situación irregular y eso es precisamente lo que hace romper el nexo funcional entre los hechos y el servicio” [fls.1124 y 1125 c3, subrayado fuera de texto].

85 Ante la denuncia presentada ante el CTI de Yopal, Casanare, y luego la ampliación rendida ante la Fiscalía por María Eva Lozano Moreno por la desaparición de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** la Fiscalía adelantó dentro del sumario 106638 diferentes diligencias investigativas como se constata con los siguientes elementos probatorios.

85.1 Oficio número 351 GRUVI SIJIN DECAS, de 20 de junio de 2007, de la Seccional de Policía Judicial de Casanare, de la Policía Nacional, con el que se presentó ante el Fiscal 33 Seccional de Yopal el informe relativo a las diligencias investigativas adelantadas dentro del sumario 106638 por el delito de desaparición, siendo denunciantes María Eva Lozano Moreno y Diana Yenifer Rojas Ruiz, y como víctimas a Andrés Fabián Garzón Lozano y Kemel Mauricio Arteaga Cuartas quienes presuntamente murieron en hechos ocurridos el 27 de marzo de 2007 [fls.1156 a 1165 c4].

85.2 De acuerdo con el Informe número 061, de 27 de noviembre de 2007, del CTI donde se consignaron las diligencias realizadas por dicha entidad para establecer la ubicación de Andrés Fabián Garzón Lozano, desaparecido el 27 de marzo de 2007 en Yopal, Casanare [fls.1147 a 1175 c4].

85.3 A su vez, obra el Oficio número 351 GRUVI SIJIN DECAS, de 20 de junio de 2007, del funcionario investigador SIJIN DECAS, con el que rindió informe de actuaciones realizadas dentro del sumario 106638 [fls.1156 a 1160 c4].

"[...] se estuvo ubicando a la señora MARIA EVA LOZANO MORENO [...] quien manifestó que para la fecha no ha tenido conocimiento de los hechos de la desaparición de ANDRES FABIAN GARZON LOZANO y KEMEL MAURICIOARTEAGA CUARTAS que un [sic] unos policías lo tenían amenazado por que [sic] se la pasaba consumiendo sustancias alucinógenas, que SELVA RORIGUEZ sabía de alguna información y que en el bar monguitos fue donde la ultima [sic] vez que lo vieron.

Según lo manifestado por la señora MARIA EVA LOZANO, me desplace [sic] al comando de la Policía Nacional de casanare [sic], estación Yopal donde me pude entrevistar con los patrulleros PT. HERRERA CIVO, PT. SUAREZ MOLINA, PT. ALBA QUIJANO, PT. RODRIGUEZ ORTIZ, quienes manifestaron que para el día 24 de marzo de 2007, se traslado [sic] a las instalaciones del comando al señor ANDRES FABIAN GARZON LOZANO, por encontrarse en alto grado de excitación, fomentando riña y escándalo en vía pública, dirección 15 entre carrera 20 y 21 barrio vello [sic] horizonte, agrediendo a las personas que transitaban por el sector, por otra parte manifestaron que le encontraron en su poder un tubo plástico transparente el cual contenía residuos de una sustancia pulverulenta [sic] color blanco con características similares al clorhidrato de cocaína, esto con el fin de garantizar su integridad física y la de terceros.

Siguiendo en curso con la presente investigación me desplace [sic] al barrio casimena con el fin de ubicar a la señora SELVA RODRIGUEZ [...] quien manifestó que para el día de la desaparición de ANDRES Y [sic] KEMEL, ese día se encontraba trabajando con su tabla de manillas y como ella ofrece las manillas [sic] por todos los establecimientos públicos, que ella iba pasando en bicicleta por la carrera 21 entre calles 09 y 10 en las horas de la noche más o menos como a las 20:00 horas o 21:30 horas no recuerda muy bien se los encontró en la licorera KIWIS y les dijo que dieran tanta boleta con la policía, por que [sic] se encontraban tomando y metiéndose un pase "sustancias alucinógenas" en plena vía pública por lo cual ellos le contestaron con groserías, que no se metiera que era la vida de ellos y que los dejara tranquilos, al ver esto ella siguió con su ruta dirigiéndose enseguida para su casa y que hay [sic] fue la última vez que los vio, después fue cuando se entero [sic] que estaban desaparecidos y que supuestamente decían que esa noche estaba con ellos en el bar Monguitos.

[...] ANDRUS AVILA [...] quien manifestó que la noche anterior de la desaparición como a las 23:30 horas el paso por el bar monguitos y ellos le ofrecieron una cerveza pero como el dueño de el [sic] establecimiento no lo dejó [sic] entrar por ser menor de edad [...]

Por otra parte, se estuvo ubicando a los señores que estuvieron tomando en el bar monguitos [...] se pudo ubicar a los señores [sic] OSCARLEONARDO [sic] SEGURA BARRERA [...] quien manifestó; [sic] El 27 de Marzo [sic], yo me trabajando [sic] con mi compañero FLAVIO BRAVO, nos encontrábamos por el parque principal, nos encontramos con KEMEL que venía del parque RAMON NONATO, KEMEL nos dijo que trabajáramos los tres que ese día se quería farria que se quería descontrolar, nosotros de [sic] dijimos que si bajamos a la licorera KIWIS Y [sic] compramos media de blandí [sic], de hay [sic] empezamos a trabajar por la carrera 20, por los bares de la zona rosa de hay [sic] nos fuimos para el parque la iguana, nos fumamos un bareto, saliendo de la iguana nos encontramos a DIEGO el primo de ANDRES FABIAN GARZON Y [sic] volvimos a fumar un bareto con el, KEMEL le mando [sic] una plata con DIEGO para que le compraran pañales a la hija de el [sic], de hay [sic] terminamos de fumar y salimos de nuevo a trabajar por los bares, llamamos a ANDRES la celular nos encontramos como a las 20:30 horas en la carrera 22 con calle 09 al frente de cocoloco, KEMEL quería seguir tomando y nosotros le dijimos que no. al momento llegó [sic] ANDRES Y [sic] KEMEL le dijo que trabajaran esa noche y que amanecía en la casa de el [sic] para que no se fuera para donde el

hermano por que [sic] la casa del hermano le quedaba muy lejos, de hay [sic] ellos se fueron a trabajar por su lado y yo con FLABIO [...]

Los vimos como a las 21:30 en la licorera KIWIS comprando chorro mas [sic] largo [...]

Terminamos de trabajar como a las 24:00 aproximadamente en el bar MONGUITOS y paramos a tomarnos una cerveza, ANDRES Y [sic] KEMER [sic] ya estaban hay [sic] tomando cerveza, nosotros nos [sic] unas cervezas y nos fuimos para mi casa. Ellos se quedaron hay [sic] siguieron tomando no sabemos hasta que [sic] horas.

FLABIO ERNESTOS BRAVO FORERO [...] El 27 de Marzo [sic], yo me trabajando [sic] con mi compañero OSCAR, nos encontrábamos por el parque principal nos encontramos con KEMEL que venía del parque RAMONONATO, KEMEL nos dijo que trabajáramos los tres que ese día se quería farria que se quería descontrolar, nosotros de [sic] dijimos que si bajamos a la licorera KIWIS Y [sic] compramos media de blandí [sic], de hay [sic] empezamos a trabajar por la carrera 20, por los bares de la zona rosa de hay [sic] nos fuimos para el parque la iguana, nos fumamos un bareto, saliendo de la iguana nos encontramos a DIEGO el primo de ANDRES FABIAN GARZON Y [sic] volvimos a fumar un bareto con el [sic], KEMEL le mando [sic] una plata con DIEGO para que le compraran pañales a la hija de el [sic], de hay [sic] terminamos de fumar y salimos de nuevo a trabajar por los bares.

Yo lame [sic] a ANDRES al celular 3125696204 nos encontramos a las 20:30 horas en la carrera 22 con calle 09 al frente de cocoloco, KEMEL quería seguir tomando y nosotros le dijimos que no. al momento llego [sic] ANDRES Y [sic] KEMEL le dijo que trabajaran esa noche y que amanecía en la casa de el [sic] para que no se fuera para donde el hermano por que [sic] la casa del hermano le quedaba muy lejos, de hay [sic] ellos se fueron a trabajar por su lado y yo con OSCAR

Los vimos como a las 21:30 en la licorera KIWIS comprando chorro mas [sic] largo [...]

Los vimos como a las 21:30 en la licorera KIWIS comprando chorro mas [sic] trago, nosotros seguimos caminando no nos quedamos hay [sic] ni hablamos con ellos, seguimos trabajando juiciosos como dos horas por que [sic] no teniamos [sic] casi plata.

Los volvimos a ver en el bar MONGUITOS después de que ya habíamos terminado de trabajar aproximadamente como a las 23:30 horas, como yo llevaba la maleta de ANDRES me pregunto [sic] que si yo tenia [sic] el tablero de el [sic], yo le dije que si y se lo entregue [sic] hay [sic] fue cuando nos despedimos y bajamos con OSCAR para la casa de el [sic]" [fls.1156 a 1159 c4, subrayado fuera de texto].

85.4 Obra, además, el Oficio, de 21 de abril de 2008, de Asistente del Fiscal III de la Fiscalía Treinta y Tres [33] dirigida al Defensor del Pueblo de Casanare [fl.1179 c4], informándole del adelantamiento de la investigación 106638 por el delito de desaparición forzada siendo una de las víctimas Andrés Fabián Garzón Lozano [fl.1179 c4].

85.5 El Informe FGNUAH 041, de 28 de febrero de 2011, del Investigado Criminalístico VII del CTI [fls.1265 a 1270 c4], según el cual con "la información recopilada hasta el momento, es claro ver que a hoy el ciudadano ANDRES FABIAN GARZON LOZANO no se encuentra desaparecido, por el contrario éste señor fue dado de bajo al parecer en un supuesto combate con tropas del ejército [sic] Nacional adscritos al batallón Birno 44 de Tauramena Casanare, en donde se adelanta el proceso 191 y donde a la vez fue dado de baja otro individuo NN masculino u los cuerpos fueron sepultados como NNS, pero posteriormente según

se observa [...] se halla informe donde mediante cotejo se establece la plena identificación del desaparecido GARZON LOZANO ANDRES FABIAN con cc No. 86.083147” [fl.1270 c4].

85.6 Por medio del auto de 11 de marzo del Fiscal 13 Nacional para la desaparición y el desplazamiento forzados de Santa Rosa de Viterbo dentro del radicado 106638 [fls.1277 a 1278 c4], en la que se consideró que para el caso denunciado y relacionado con la desaparición, entre otros, de Andrés Fabián Garzón Lozano “no se reúnen los requisitos establecidos en el Art. 165 del C.P para predicar que estamos frente al delito de Desaparición Forzada y por lo tanto este despacho pierde competencia para seguir con la presente investigación”. A lo que agrega, que por “el lugar de la ocurrencia de los hechos, la ciudad de Yopal Casanare, y por las circunstancias que rodearon los mismos, probablemente estemos frente al posible punible de Homicidio en Persona Protegida” [fl.1278 c4].

86 Por comunicación de noviembre de 2010, dirigida por Fanny Lozano Moreno al Juez Trece [13] de Instrucción Penal Militar [fl.696 c2], se solicitó ordenar la exhumación del cadáver y cotejo de ADN ante Medicina Legal “para verificar que correspondan con el cuerpo a recibir y así mismo, comedidamente solicito que una vez efectuado este procedimiento, se orden [sic] a quien corresponda se me haga entrega del cadáver de mi hijo [Andrés Fabián Garzón Lozano] en mención, con el objeto de darle cristiana sepultura en la ciudad de Villavicencio” [fl.696 c2]. La anterior solicitud fue atendida y se ordenó la Directora del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Yopal, Casanare, designar un médico legista para la exhumación y toma de muestra de ADN del cuerpo de Andrés Fabián Garzón Lozano, por oficios 1253 de 17 de noviembre de 2010, y 1256 de la misma fecha²⁵¹ [fls.698 y 699 c2]. Así mismo, obra la Comunicación, de 21 de febrero de 2011, de Fanny Lozano Moreno dirigida al Juez Trece [13] de Instrucción Penal Militar solicitando la entrega del cuerpo de su hijo Andrés Fabián Garzón Lozano [fl.1019 c3].

87 En cuanto a la exhumación del cadáver de **ANDRÉS FABIAN GARZÓN LOZANO** en el marco del proceso penal con el radicado mencionado se cuenta

²⁵¹ Obran los Informes técnicos médicos legales, de 19 de marzo de 2011, con los que se procedió a adelantar la muestra de ADN para identificación del cadáver de Andrés Fabián Garzón Lozano a partir de muestra tomada a su hermana Sonia Liliana Garzón Lozano y a su madre Fanny Lozano Moreno [fls.1074 y 1075; 1078 y 1079 c3]. Así como el Informe técnico médico legal realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, según el cual el 19 de marzo de 2011 tomó muestras de ADN a los familiares de Andrés Fabián Garzón Lozano [fls.1072 a 1079 c3].

con: (1) el Informe de policía judicial número 50-33765, de 16 de marzo de 2013 [fls.1347 a 1352 c4], relacionado con el desplazamiento realizado hasta las instalaciones del cementerio del municipio de Maní, Casanare; (2) el Acta de la diligencia de exhumación realizada en el cementerio del municipio de Maní, Casanare el 7 de marzo de 2013, por la Fiscal 95 de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario [fls.1376 y 1377 c4], sin haber logrado encontrar el cuerpo de Andrés Fabián Garzón Lozano; (3) el Acta de la diligencia de exhumación realizada en el cementerio del municipio de Maní, Casanare el 8 de mayo de 2013, por la Fiscal 95 de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario [fls.1378 y 1379 c4], sin haber logrado encontrar el cuerpo de Andrés Fabián Garzón Lozano; y (4) el Informe de policía judicial número 50-39143, de 14 de mayo de 2013 de las actividades realizadas de fijación fotográfica y topográfica en el cementerio del municipio de Maní, Casanare [fls.1389 1394 c4].

88 Debe tenerse en cuenta que por Oficio número 021 F-88 UNDH-DIH, de 3 de enero de 2011, del Fiscal Coordinador de la Unidad de Derechos Humanos con el que informó que existió incertidumbre total en la forma cómo se desarrolló el episodio y la forma cómo fallecieron Andrés Fabián Garzón y Kemel Mauricio Arteaga Cuartas, en consecuencia dichas circunstancias configuraron una clara violación del derecho internacional humanitario [fls.1294 a 1296 c4].

89 Finalmente, por Auto de 6 de marzo de 2013, la Fiscalía 95 de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario avocó conocimiento de la actuación seguida por la muerte de Andrés Fabián Garzón Lozano y Kemel Mauricio Arteaga Cuartas, identificado con el radicado 8822, ordenándose diferentes diligencias, entre ellas la exhumación de sus cuerpos en el cementerio de Maní, Casanare [fls.1344 y 1345 c4].

90 La investigación disciplinaria militar número 005 de 2012 adelantada por el Batallón de Infantería No.44 “Coronel Ramón Nonato Pérez”, adscrito a la Décimo Sexta Brigada del Ejército Nacional, se abrió por Auto de 28 de marzo de 2007 por el que se abrió la investigación previa por el delito de homicidio y se decretaron pruebas [fl.18 c5]. Por Oficio 061, del Batallón de Infantería No.44 “Ramón Nonato Pérez, con el que se dejó a disposición de la Fiscalía 66 Local de Maní, Casanare, los cadáveres y el material incautado en los hechos ocurridos el 28 de marzo de

2007 [fls.35 a 40 c5]. Luego, mediante Auto de 19 de abril de 2007 mediante el que se ordenó la apertura de la indagación preliminar disciplinaria [fls.41 y 42 c5].

90.1 Adelantada la investigación disciplinaria, se produjo el Auto de cierre de indagación preliminar número 026/07, de 24 de agosto de 2007, proferido por el Comandante del Batallón de Infantería No.44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” [fls.122 a 131 c5; 280 a 289 c8], que resolvió “Abstenerse de iniciar Investigación Formal Disciplinaria”, con base en los argumentos siguientes:

“[...] La presencia del personal militar en el lugar de los hechos encuentra sustento documental en la orden de operaciones y que no obedece al libre albedrío ya ha sido previamente coordinada y ordenada por quien corresponde, y en el desarrollo de esta operación en caso de entrar en contacto armado con los bandidos hacer uso legítimo [sic] de las armas de la República [sic] contra terroristas de las ONT FARC.

El personal investigado aduce que se encontraba en desarrollo de la orden de operaciones ESCORPION, la cual tenía [sic] como finalidad confirmar o desvirtuar la información recibida de un habitante de la región sobre la presencia de terroristas pertenecientes al frente 56 de las ONT-FARC-EPL. Según lo anterior y con base en el documento soporte la misión era capturarlos y en caso de resistencia armada hacer uso legítimo [sic] de las armas del Estado. Por otro lado manifiestan los militares que participaron en el combate, que siendo aproximadamente las 04:45 del día 28 DE [sic] Marco [sic] de 2007, fueron atacados por unos sujetos quienes dispararon manifiestan que se reacciono [sic] al ataque y que posteriormente se efectuó un registro encontrando así los cuerpos sin vida, con material de guerra, indican de igual forma los militares que la acción fue en reacción ante el ataque real e inminente del enemigo [...]

Ahora bien el haber encontrado el material de guerra en poder de los sujetos no hace mas [sic] que confirmar que al parecer sería [sic] utilizado para actividades terroristas que tenderían a desquebrajar [sic] el ordenamiento jurídico legal imperante y crear zozobra en la población civil, con su accionar delictivo.

De lo anterior se puede concluir que las Tropas [sic] del Ejército actuaron en ejercicio de un deber legal, atendiendo a los principios de defensa de la Soberanía Nacional y el Orden Constitucional imperante que promulga el Art. 217 de la Constitución Nacional y de acuerdo a esto, se entiende, que la actuación que la tropa realiza bajo la óptica del deber Constitucional [sic], se constituye en una causal de Justificación [sic], que se encuadra en el numeral 1 del Art.34 del Código Penal Militar.

[...]

[...] el personal Militar [sic] que participó en los enfrentamientos hizo uso de sus armas para defenderse de una agresión grave, injusta y actual y que su respuesta fue por demás proporcionada, pues respondieron de la misma forma en que fueron atacados por parte de los delincuentes pertenecientes a las ONT FARC-EP dando como resultado la muerte de un sujeto NN” [fls.127 a 130 c5].

90.2 No obstante, mediante Auto, de 9 de septiembre de 2011, del Comandante del Batallón de Infantería No. 44 “Coronel Ramón Nonato Pérez”, se revocó el auto de archivo proferido el 24 de agosto de 2007 [fls.135 a 145 c5; 293 a 303 c8], con base en los fundamentos siguientes:

“[...] Si bien es cierto al plenario se allegaron prueba [sic], éstas son escasas en testimonios y declaraciones del personal militar tuvo que con el operativo y que no se recibió ninguna de los habitantes del sector donde ocurrieron los hechos” [fl.140 c5].

90.3 Dentro de la investigación disciplinaria militar número 005 de 2012 se allegó copia del artículo o reporte de prensa del diario “El Espectador” de 13 de agosto de 2011 titulado ¿Otro falso positivo? [Elespectador.com, fls.146 a 149 c5; 304 a 307 c8], del que se tiene en cuenta:

[...] El Espectador denuncia el caso de Kemel Mauricio, muerto por miembros del Ejército Nacional en Yopal en 2007 y presentado como guerrillero. Su cadáver no aparece.

La periodista Margarita Arteaga sostiene la foto de su hermano Kemel, hoy desaparecido.

En la primera semana de noviembre de 2010, después de una infructuosa búsqueda de tres años y ocho meses, la periodista Margarita Arteaga fue informada por sus padres que un abogado había llamado de Yopal (Casanare) para que alguien de la familia reconociera unas fotografías incluidas en un expediente a cargo de la justicia penal militar. El 17 del mismo mes, en compañía de su madre, viajó a la región y en un batallón del Ejército recibió la triste noticia: su hermano Kemel Mauricio estaba reportado como N.N dado de baja en combate.

[...]

El último día que llamó a su familia fue el 25 de marzo de 2007 y confirmó que seguía en Yopal con su compañera y su amigo Andrés Fabián Garzón, a quien había llevado a su casa de Manizales para celebrar el año nuevo de 2003. Después empezó a pasar el tiempo y, ante el prolongado silencio, el corazón de su madre puso a todos a sospechar que algo extraño había sucedido. Entonces comenzó la búsqueda. Y la primera sorpresa fue saber que una tía del amigo Andrés ya había denunciado la desaparición de él y de Kemel Mauricio.

La mujer había acudido a la Fiscalía de Yopal para denunciar que ambos estaban desaparecidos desde la madrugada del miércoles 28 de marzo, pero que un tío de ella había visto cómo los sacaban de un establecimiento público y los subían a una camioneta blanca. Además, agregó en su denuncia que tres días antes de su desaparición, Andrés Fabián había llegado a su casa para contarle que por segunda vez lo había retenido la Policía sin justificación, y que el agente que lo hizo le había advertido que no se volviera a dejar encontrar.

Después se supo que Andrés Fabián, mecánico especializado en frenos hidráulicos, horas antes de su desaparición dejó a guardar una bicicleta en el taller donde se estaba ganando unos pesos y salió en compañía de Kemel Mauricio a un bar conocido como “Los Monguitos”, ubicado en la denominada zona rosa de Yopal. Cuando la Fiscalía interrogó a la denunciante acerca de si su sobrino tenía algún vicio, la mujer contestó con sinceridad [...]

[...]

El tiempo siguió pasando hasta la llamada telefónica de noviembre de 2010. Ella y su hija Margarita regresaron al Casanare, y esta vez, en la sede del Batallón de Infantería Número 44 Ramón Nonato Pérez, tuvieron que enfrentar el fatal desenlace. Un juez penal les mostró las fotografías de dos cadáveres. De inmediato lo reconocieron. Eran Kemel Mauricio y Andrés Fabián y estaban reportados como muertos en un supuesto enfrentamiento ocurrido el 28 de marzo de 2007, a las 4 y 45 de la mañana, en la finca El Carajo de Maní (Casanare)” [fls.146 a 148 c5].

90.4 Con posterioridad se profirió el Auto, de 5 de marzo de 2012, del Comandante del Batallón de Infantería No. 44 “Coronel Ramón Nonato Pérez”, mediante el que se dispuso la apertura de la investigación contra el Sargento Viceprimero Oscar Gaviria Pachajoa, el Sargento Segundo Wilson Burgos Jiménez, el Cabo Tercero Robinson Eduardo Bastidas Nasamuez, los soldados profesionales Gonzalo Antonio López Sutachán, y Fredy Gonzalo Zamora “por

presunta comisión de falta disciplinaria GRAVISIMA descrita en el Artículo [sic] 58 Numeral [sic] de la Ley 836 de 2003” [fls.168 y 174 c5; 326 a 332 c8].

90.5 Se profirió Auto de archivo definitivo de la investigación disciplinaria 005-2012, de 1 de marzo de 2013, expedido por el Comandante del Batallón de Infantería No.44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” [fls.185 a 199 c6], con base en los fundamentos siguientes:

“[...] en el caso de la referencia no podría endilgarse una falta al personal militar en el actuar desplegado el 28 de marzo de 2007, mas aun [sic] cuando existe justificación e [sic] su actuar, ello es el amparo constitucional y la reacción ante una agresión injusta propinada por el actuar del enemigo, en este orden de ideas, no existe duda alguna que la operación se adelantó sin extralimitación en el ejercicio de sus funciones y en cumplimiento de los mandatos constitucionales.

De esta forma y de acuerdo a lo que se ha dejado planteado, nos hallamos frente a una duda insuperable en este estadio procesal, puesto que la prueba testimonial aportada al expediente nos permite arribar a la convicción –certeza- que se trató de una reacción justa ante el ataque, toda vez que la Tropa [sic] cumplió con los protocolos establecidos y lanzó la voz de proclame [sic]” [fl.197 c6].

90.6 Finalmente, mediante Auto de 1 de marzo de 2013 se ordenó la terminación de la actuación disciplinaria número 005-2012 y su archivo definitivo [fls. 563 a 577 c9].

91 De otra parte, tanto la Procuraduría de Casanare, como la Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos de la Procuraduría General de la Nación adelanta la investigación identificada con el radicado IUS 2010-404715, a queja presentada por Claudia Margarita Arteaga el 3 de diciembre de 2010 [fl.4 c7]. En efecto, por Auto, de 11 de abril de 2011, el Procurador Regional de Casanare resolvió iniciar la indagación preliminar contra los “funcionarios responsables del Batallón de Infantería No. 44 del Ejército Nacional”, por los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007 [fls.13 a 15 c7]. Luego, mediante el Auto de 30 de mayo de 2013, la Procuraduría Regional de Casanare abrió la investigación disciplinaria en contra de Oscar Gaviria Pachajoa y Wilson Burgos Jiménez [fls.109 a 112, 119 c7]. En tanto que por Auto de 30 de septiembre de 2013, la Procuraduría Regional de Casanare ordenó remitir las diligencias en el estado en que se encontraban a la Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos de la Procuraduría General de la Nación [fls.175 a 178 c7].

92 La Sala no pasa por inadvertida la actuación del Ejército Nacional respecto a la solicitud que en el período probatorio del presente proceso contencioso administrativo se cursó para recabar las copias de la investigación disciplinaria

número 005 de 2012, que fue remisa y dilatoria de entregar las mismas como se desprende del estudio de los siguientes medios probatorios: (1) Oficio número 4059/MDN-CGFM-CE-DIV08-JEM-CJM-38.10, de 28 de junio de 2013, del Oficial de Desarrollo Humano de la Octava División [fl.134 c1], con el que se remitió “copia de la respuesta otorgada por la Décimo Sexta Brigada al requerimiento de la referencia [...] No obstante la respuesta otorgada por la Unidad Operativa Menor se oficiara de nuevo con el fin de ser diligentes en las respuestas siguiendo directrices del Comando Superior y el Ministerio de Defensa en cuanto a la cooperación interinstitucional” [fl.134 c1]; y, (2) Oficio número 1634/MDN-CGFM-CE-DIV08-BR16-BIRN044-CJM-27.3, de 6 de mayo de 2013, del Comandante del Batallón de Infantería No. 44 “Cr. Ramón Nonato Pérez” [fl.135 c1], con el que se informó que “de la investigación N° 005/2012 no se le puede otorgar copia; [sic] toda vez que de acuerdo al artículo 116 de la Ley 836 de 2003, la misma está sometida a reserva”²⁵² [fl.135 c1].

92 Con base en el análisis conjunto, contrastado, ponderado y crítico de los anteriores medios probatorios la Sala concluye: (1) que una vez ocurridos los hechos el 28 de marzo de 2007 la justicia penal militar por medio de los Juzgados Cuarenta y Cinco [45] y Trece [13] de Instrucción Penal Militar adelantaron las investigaciones en contra de los miembros de la unidad militar que participó en los mismos; (2) que se abrió una investigación disciplinaria militar identificada con el número 005 de 2012 adelantada por el Batallón de Infantería No.44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” de Tauramena, Casanare; (3) que la investigación penal militar fue remitida a la justicia ordinaria en el 2010, y la disciplinaria militar fue archivada definitivamente por decisión de 1 de marzo de 2013 adoptada por el Comandante del Batallón mencionado; (4) la remisión de las actuaciones desde el proceso penal militar se dio con base en el argumento que no se trataba de juzgar actos propios del servicio; (5) en los dos casos se tiene como resultado que ninguno de los miembros de la unidad militar fue juzgado íntegramente, ni se determinó si hubo o no responsabilidad, o si procedía condena o no penal, o sanción disciplinaria; (6) con base en la denuncia presentada en abril de 2007 ante el CTI y su ratificación en la Fiscalía, por la tía de la víctima María Eva Lozano Moreno, se inició el proceso penal por la desaparición de **ANDRÉS FABIÁN**

²⁵² Se agregó: “[...] Por lo anterior y por las connotaciones disciplinarias que de estas derivarían y teniendo en cuenta que el suministro de la [sic] copias solicitadas configuran la violación de la reserva, la que se da cuando estando en curso la etapa de investigación, se ponen en conocimiento de personas que no tienen reconocida la calidad de sujeto procesal, hechos puntuales o diligencias o pruebas recaudadas en el curso de la instrucción del proceso” [fl.135 c1].

GARZÓN LOZANO identificado con el número de radicado 106638, respecto del cual la Fiscalía 13 Nacional para la Desaparición y el Desplazamiento Forzado de Santa Rosa de Viterbo por auto de 11 de marzo de 2011 se declaró incompetente para seguir conociendo de la actuación ya que los hechos encuadraban más en un homicidio en persona protegida, por lo que se remitieron las diligencias a la Fiscalía de Yopal, Casanare, sin haber sido establecido si se consumó la desaparición forzada de **ANDRÉS FABIÁN** y sus responsables; y, (7) el 6 de marzo de 2013 la Fiscalía 95 de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario avocó conocimiento bajo el radicado 8822, proceso que está en curso en este momento, desconociéndose si ya se ha radicado escrito de acusación, si se ha celebrado audiencia para la misma y si ha sido condenado alguno de los miembros de la unidad militar que participaron en los hechos el 28 de marzo de 2007.

93 Dilucidado lo anterior, la Sala examina la determinación de la identidad de la víctima **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LÓPEZ**.

7.5.3. Determinación de la identidad de ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO.

94 A instancias del proceso penal militar cursado ante el Juez Trece [13] de Instrucción Penal Militar, y con la colaboración del CTI de la Fiscalía General de la Nación, se logró establecer el 10 de junio de 2009 la identidad de las impresiones dactilares tomadas al cadáver que fue referenciado como N.N. en el acta número 005 de 28 de marzo de 2007, de levantamiento de cadáver. En ese sentido, se cuenta con el Oficio número 554, de 10 de junio de 2009, del CTI de la Fiscalía General de la Nación [fls.528 a 530 c2], dirigido a la Juez Trece [13] de Instrucción Penal Militar, cuya interpretación de resultados de la tarea encomendada registró:

“[...] Confrontadas las impresiones dactilares de los índice derecho e izquierdo de la tarjeta necrodatilia tomada al cadáver N.N., sexo masculino, **Acta No. 005 (2007/03/28)**, con sus similares obrantes en el soporte anexo por la Registraduría Nacional del Estado Civil (**Informe de Verificación AFIS de Validación “HIT”**) a nombre de **GARZON LOZANO ANDRES FABIAN** C.C. 86.083.147 expedida en Villavicencio – Meta, se determina que existe **uniprocedencia** entre estas, por su morfología y topografía, es decir que se identifican entre sí” [fls.530 a 535 c2].

95 Así como obra la copia del informe de verificación de identidad, de 23 de julio de 2009, de la División de Criminalística, Sección Nacional de Identificación, del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación [fls.528 a 536 c2], según el cual “confrontadas las impresiones dactilares de los índice derecho e izquierdo de la tarjeta macrodactila tomada del cadáver N.N., sexo masculino,

Acta No 005 (2007/03/28), con sus similares obrantes en el soporte anexo por la Registraduría Nacional del Estado Civil (**informe de verificación AFIS de Validación "HIT"**) a nombre de **GARZÓN LOZANO ANDRÉS FABIÁN C.C.** 86.083.147 expedida en Villavicencio – Meta, se determina que existe **uniprocedencia** entre estas, por su morfología y topografía, es decir que se identifican entre sí y quien había sido reportada como desaparecido. En el informe de verificación AFIS a nombre de Andrés Fabián se establece como señal particular *ANQUILOSOS DEDO (S) UNA MANO*" [fls.528 a 536 c2].

96 Se cuenta, además, con los Informes técnicos médicos legales, de 19 de marzo de 2011, con los que se procedió a adelantar la muestra de ADN para identificación del cadáver de Andrés Fabián Garzón Lozano a partir de muestra tomada a su hermana Sonia Liliana Garzón Lozano y a su madre Fanny Lozano Moreno [fls.1074 y 1075; 1078 y 1079 c3].

97 Luego, la Sala estudiada la prueba anterior encuentra demostrado que la víctima **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** (1) el 28 de marzo de 2007 fue presentado como N.N.; (2) entre el 10 de junio y el 23 de julio de 2009 con base en la tarjeta macrodactilar tomada al cadáver del acta de levantamiento número 005, de 28 de marzo de 2007, se pudo identificar el mismo con el nombre de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, y con el número de identificación 86.083.147 expedida en Villavicencio, Meta; (3) sólo hasta el 19 de marzo de 2011 se procedió a tomar muestras de ADN con su hermana y su madre para la identificación, pese a tener los resultados de 2009; y, (4) el cadáver de **ANDRÉS FABIÁN** hasta la fecha en la que esta Sala profiere esta sentencia no conoce de su paradero pese a haber sido realizadas tres diligencias de exhumación en el cementerio municipal de Maní, Casanare, luego la plena ubicación del mismo no ha sido posible.

98 Establecido que la víctima fue declarada e inhumada como N.N. en la fecha de los hechos, esto es, el 28 de marzo de 2007, debe examinarse si presentaba antecedentes policiales, judiciales o disciplinarios.

7.5.4. Determinación de los antecedentes policiales, judiciales o disciplinarios del joven ANDRES FABIÁN GARZÓN LOZANO.

99 De acuerdo con el Acta número 497, en la que constaba que **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** indocumentado, fue retenido en Yopal, Casanare, el 25 de marzo de 2007 por encontrarse en algo grado de excitación, formando riña y escándalo en la calle 15 con carrera 20 y 21. Se consignó que era de profesión mecánico, y que fue detenido por un tubito de perika y por estar peleando en la calle. Su detención transcurrió por un período de 15 horas a partir del 24 de marzo de 2007 a las 17:10 horas y hasta el 25 de marzo de 2007 a las 8:10 horas [fls.1165 a 1166 c4].

100 Según el Oficio, de 23 de mayo de 2007, el INPEC certificó que **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** no tenía ningún registro de ingreso a establecimiento carcelario [fl.1169 c4].

101 A su vez, el Oficio SCAS-GOPE-AI-62181-1, de 26 de enero de 2010, del responsable del Área de Identificación del DAS, dirigido al Juzgado Trece [13] de Instrucción Penal Militar, informó que **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** identificado con la cédula de ciudadanía número 86083147 registraba como antecedente proceso cursado en su contra por la Fiscalía Local 20 de Villavicencio, Meta, por inasistencia alimentaria [fls.549 c2; 803 c3].

102 De acuerdo con el Oficio número 104 SIJIN-CICRI-38.10, de 26 de enero de 2010, según el cual “consultado el archivo operacional de esa seccional, así como la base de datos sistematizada de antecedentes y órdenes de captura de la Dirección de Investigación Criminal de la Dijin no se encontraron registros de capturas vigentes hasta la fecha del cupo numérico 86.083.147 perteneciente a Andrés Fabián Garzón Lozano” [fl.801 c3].

103 Obran así mismo, el Certificado de antecedentes expedido el 25 de julio de 2012 por la Procuraduría General de la Nación, según el cual Andrés Fabián Garzón Lozano no registraba sanciones, ni inhabilidades vigentes [fls.416 c6, 383 c9], y el Certificado de antecedentes judiciales expedido el 25 de julio de 2012 por la Policía Nacional, según el cual Andrés Fabián Garzón Lozano no registraba antecedentes [fls.417 c6, 384 c9].

104 Con base en el análisis de los medios probatorios anteriores la Sala concluye que **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** no tenía antecedentes policiales, judiciales o disciplinarios por delitos relacionados con los hechos ocurridos el 28

de marzo de 2007, como puede ser rebelión, porte ilegal de armas, homicidio, extorsión, o concierto para delinquir por conformación de grupos armados insurgentes, bandas criminales al servicio del narcotráfico o delincuencia común, sino que lo único reportado está relacionado con un proceso por inasistencia alimentaria.

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

7.5.5. Encuadramiento de la responsabilidad de las entidades demandadas por la desaparición y muerte violenta de ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO, con ocasión de “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales” realizadas por miembros del Ejército Nacional el 28 de marzo de 2007.

106 Para encuadrar la responsabilidad de las entidades demandadas se precisa establecer la base convencional y constitucional cuyos deberes positivos fueron distorsionados grave, seria y radicalmente por las “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales” por miembros de las fuerzas militares, en este caso del Batallón de Infantería No.44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” de Tauramena, Casanare.

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

108 Este primer mandato positivo tiene en el inciso segundo del mismo artículo 2 de la Carta Política una dimensión sustancial al establecer que autoridades como el Ejército Nacional *“están instituidas para proteger a todas las personas*

residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades”.

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

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

111 No obstante, cuando hechos como los ocurridos el 28 de marzo de 2007 en la vereda El Viso del municipio de Maní, Casanare, se producen se contradice no sólo los mandatos convencionales y constitucionales, sino que se genera una ruptura con todo el orden constitucional al realizarse “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales”. Y no puede invocarse, siquiera, que el “fin justifica los medios”, porque la garantía y defensa de los derechos y libertades en el marco del conflicto armado nunca puede avalar que los de ciertos ciudadanos colombianos puedan ser renunciables o revocables por la sencilla razón que debe lograrse objetivos militares, estratégicos o de posicionamiento respecto de aquellos que están en confrontación. Ni siquiera encuentra justificación en lo consagrado en el artículo 27.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según la cual en *“caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”*, a lo que cabe agregarse

según el numeral segundo de la misma norma que no procede la suspensión de los derechos a la vida y a la integridad personal.

112 La desaparición y muerte violenta de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** no encuadra siquiera en el supuesto de suspensión de garantías mencionada, ya que tratándose de una persona que hace parte de la población civil está bajo la cobertura del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y del artículo 13 del Protocolo Adicional II a los Convenios de 1977, por lo que no habría lugar a suspensión alguna de los derechos de la víctima ya que las obligaciones que se desprenden de tales normas son de naturaleza positiva e incompatibles con cualquier renuncia o suspensión a la que sea sometida una persona. Pero además, debe tenerse en cuenta que los hechos en los que falleció **ANDRÉS FABIÁN** están influidos por una suerte de discriminación fundada en su origen social, ya que se trataba de una persona que tenía una identidad social como “punkero”, artesano y nómada que seguramente padecía debilidades como sujeto de especial protección por la marginación a la que se debía encontrar.

113 Con base en este contexto, la Sala aprecia los criterios que convencional, constitucional y jurisprudencialmente se han establecido para poder adecuar la responsabilidad por falla en el servicio de las entidades demandadas por la desaparición y muerte violenta de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** ocurrida el 28 de marzo de 2007 en la vereda El Viso, del municipio de Maní, Casanare: (1) se produjo en el marco de una orden de operaciones que contenía la misión táctica número 033 “MISIL” del Comando del Batallón de Infantería No. 44 “Coronel Ramón Nonato Pérez de Tauramena, Casanare; (2) las declaraciones de los Sargentos y de los soldados profesionales del pelotón “Guerrero Tres” del mencionado Batallón no permiten establecer con un mínimo de certeza que hubo un combate por las siguientes razones: (2.1) la posición en la que se encontraba la unidad militar respecto de la víctima y su acompañante no era propicia para un enfrentamiento; (2.2) ninguno de los militares de la unidad pudo ver a los miembros del presunto grupo armado o de bandas criminales; (2.3) las armas encontradas **ANDRÉS FABIÁN** y a **KEMEL MAURICIO** era una pistola y un revólver, en tanto que los militares todos iban provistos de fusiles galil calibre 5.56 como armas de dotación oficial; (2.4) los miembros de la unidad militar emplearon 102 cartuchos del calibre de sus armas de dotación oficial, en tanto que cerca al cuerpo de **ANDRÉS FABIÁN** sólo fue encontrada una vainilla de la pistola que presuntamente le fue encontrada en su mano derecha; y, (2.5) realizado el registro por los mismos miembros de la unidad militar sólo encontraron los cadáveres de la

víctima y de **KEMEL MAURICIO**, sin haber reportado, encontrado o evidenciado la presencia de más personas o de un grupo que tuvo presencia esa madrugada del 28 de marzo de 2007; (3) si bien en las declaraciones de María Eva Lozano Moreno y de Fanny Lozano Moreno se señaló que el tío de la ex - compañera sentimental de **KEMEL MAURICIO** señaló que a la víctima y a este los había subido a una camioneta blanca desde el bar “Monguitos” ubicado en Yopal, Casanare, el 27 de marzo de 2007, no puede la Sala por vía de prueba directa, ni indiciariamente establecer que precedió su captura o detención ilegal para ser conducidos al lugar de la ejecución; (4) es imperativo en este caso la condición social de la víctima, ya que **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** era una persona joven marginada [teniendo en cuenta su identidad “punkera”, su actividad productiva en talleres de mecánica y su dedicación a las artesanías, así como sus vicios reconocidos por su propia familia]; (5) el comandante del pelotón “Guerrero Tres” reportó los hechos el 28 de marzo de 2007 al Comando del Batallón de Infantería No. 44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” de Tauramena, Casanare, afirmando que había tenido un contacto, combate o enfrentamiento armado en la zona de la vereda El Viso, del municipio de Maní, Casanare, siendo identificadas dos personas como miembros de un grupo armado insurgente o de una banda criminal al servicio del narcotráfico dadas de baja en el presunto combate; (6) la víctima **ANDRÉS FABIÁN** apareció con un arma, una pistola calibre nueve [9] milímetros y una granada de fragmentación, de los que no se tiene ninguna prueba que permita establecer su pertenencia, ni tampoco que haya accionado el arma, ya que incluso tenía una discapacidad en su mano por presentar anquilosis en un dedo; (7) según su tía María Eva Lozano Moreno, Flabio Ernesto Bravo Forero y Oscar Leonardo Segura Barrera la víctima **ANDRÉS FABIÁN** después de haberlo visto el 27 de marzo de 2007 en el día y en la noche en el bar “Monguitos” de Yopal, Casanare, tenía su ropa habitual [téngase en cuenta que su vestuario se correspondía con su identidad social de “punkero”] y desarmado, lo que no se corresponde con lo encontrado en el acta de levantamiento de cadáver número 005 de 28 de marzo de 2007, teniendo verosimilitud lo declarado ya que en las declaraciones de los miembros de la unidad militar no es claro cómo vestía la víctima, pero si era seguro que se encontraba de civil; (8) pese a no haber sido demostrada actividad ilícita, o participación en algún grupo armado insurgente, banda criminal al servicio del narcotráfico o de delincuencia común de la víctima, el anexo de inteligencia de la orden de operaciones que contenía la misión táctica número 033 “MISIL” señalaba la presencia de personas de estos grupos en la zona sin especificar, lo que ha sido utilizado para involucrar a la víctima quien

seguramente fue escogida al azar para proceder a esta “falsa acción para el cumplimiento de los mandatos constitucionales”; (9) la escena de los hechos y el levantamiento estuvo sin control desde las 5:00 a.m., hasta casi el mediodía del 28 de marzo de 2007, lo que razonable y ponderadamente pudo afectar la preservación de la misma y de sus pruebas existentes, lo que plantea como seria duda porque de los seis [6] impactos recibidos por la víctima, las vainillas de cinco [5] de ellas no superaban los tres metros del cuerpo, y una sola estaba a 26 metros; (10) al cuerpo de **ANDRÉS FABIÁN** no le fue encontrada identificación alguna, ni sus objetos personales; (11) los familiares de **ANDRÉS FABIÁN**, especialmente su madre **FANNY LOZANO MORENO** y su hermano Sonia Lucia desde ese 28 de marzo de 2007 y hasta la fecha han tenido dificultades para acceder al cuerpo de su hijo y hermano, lo que se constata que entre el 10 de junio y el 23 de julio de 2009 el Juez Trece [13] de Instrucción Penal Militar ya tenía la identidad de la víctima, pero sólo fue hasta el 17 de noviembre de 2010 que por fotografías se procedió a solicitar el reconocimiento de la víctima, y en 2011 se solicitaron muestras de ADN para su plena identificación, trascurriendo cerca de ocho [8] años a la fecha de esta sentencia sin que hayan podido acceder materialmente al cuerpo de **ANDRÉS FABIÁN**; (12) el cuerpo de la víctima fue inhumado como N.N. [así aparece reflejado en el registro civil pertinentemente aportado]; (13) revisadas las hojas de vida institucional de los miembros de la unidad militar “Guerrero Tres” del Batallón de Infantería No. 44 “Coronel Ramón Antonio Nonato Pérez” de Tauramena, Casanare, se encontró que algunos de los que participaron en los hechos fueron promovidos, otros recibieron con posterioridad reconocimientos profesionales pese a lo ocurrido el 28 de marzo de 2007; (14) la justicia penal militar por intermedio del Juez Cuarenta y Cinco [45] de Instrucción Penal Militar y del Juez Trece [13] de Instrucción Penal Militar avocó conocimiento de los hechos en abril de 2007, así como se inició la investigación disciplinaria número 005 de 2012 por parte del Comando del Batallón de Infantería No. 44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” de Tauramena, Casanare; y (15) hasta la fecha de esta providencia no se ha logrado investigar, juzgar y condenar a ninguno de los miembros de la unidad militar comprometida en los hechos.

114 De esta manera, la Sala de Subsección examinadas conjunta, armónica, contrastada y coherentemente, y en aplicación del principio de la sana crítica a todos los medios probatorios, y basada en las anteriores conclusiones, encuentra que el daño antijurídico ocasionado a la víctima **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** y a sus familiares es atribuible fáctica y jurídicamente a las demandadas

Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional por la falla en el servicio que derivó en la desaparición y muerte violenta de **ANDRÉS FABIÁN**.

115 La responsabilidad atribuida a las entidades demandadas se concretó por falla en el servicio en virtud de la omisión e inactividad de la entidad demandada en el cumplimiento de los deberes positivos de protección de la dignidad humana, vida e integridad personal de la víctima **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, cuya primera manifestación se concreta en la garantía de protección y seguridad de las mismas como miembros de la población civil, especialmente por parte del Ejército Nacional, al haberse practicado sobre él su desaparición y muerte de carácter ilegal.

116 Así mismo, se concretó la falla en el servicio porque los miembros del Ejército Nacional que desarrollaron el operativo militar ²⁵³ sobre **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** desplegaron una acción deliberada, arbitraria, desproporcionada y violatoria de todos los estándares de protección mínima aplicable tanto a miembros de los grupos armados insurgentes que presuntamente como a miembros del Ejército Nacional, que configuradas como “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales”, distorsionan, deforman y pueden llegar a quebrar el orden convencional constitucional y democrático, poniendo en cuestión toda la legitimidad democrática de la que están investidas las fuerzas militares en nuestro país.

117 Con relación a lo anterior, la Sala de Sub-sección C debe reiterar que el alcance de la obligación de seguridad y protección de la población civil dentro del contexto constitucional, tiene su concreción en las expresas obligaciones positivas emanadas de los artículos 1 [protección de la dignidad humana], 2 [las autoridades están instituidas “para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades], 217, inciso 2º [“Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, al independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”], de la Carta Política de 1991. Las que no se agotan, sino que se amplían por virtud del artículo 93 constitucional, de tal manera que cabe exigir como deberes positivos

²⁵³ “En pocas, pero succulentas páginas, Beccaria criticaba la tortura no sólo por su inhumanidad, sino también por su absoluta inutilidad como medio para arrancar la verdad a los acusados (...) la tortura es ampliamente utilizada, de hecho, tanto en el marco de los procesos penales, *como y sobre todo fuera de cualquier actividad judicial*: a ella recurren los servicios de seguridad, las fuerzas de policía y ciertos aparatos militares de muchos Estados”. CASSESE, Antonio, Los derechos humanos en el mundo contemporáneo, ob., cit., p.150.

aquellos emanados de derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos. Con otras palabras, las “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales” ejecutadas por miembros de las fuerzas militares como acción sistemática constituyen actos de lesa humanidad que comprometen al Estado y que violan tanto el sistema de derechos humanos, como el de derecho internacional humanitario y el orden constitucional interno.

118 Se trata de afirmar la responsabilidad del Estado en la medida en que a la administración pública le es imputable al tener una “posición de garante institucional”, del que derivan los deberes jurídicos de protección consistentes en la precaución y prevención de los riesgos en los que se vean comprometidos los derechos humanos de los ciudadanos que se encuentran bajo su cuidado, tal como se consagra en las cláusulas constitucionales, y en las normas de derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. Luego, sustancial para endilgar la responsabilidad es que se deduzca a quién competía el deber de corresponder su actividad, sus acciones y ejecuciones en todo su alcance con los mandatos convencionales y constitucionales, de modo tal que los “fines institucionales” no pueden sean contradictorios con aquellos sería y gravemente, justificando esto en una política, estrategia o programa sistemático destinado a identificar a miembros de la población civil como presuntos integrantes de grupos armado insurgentes, o de bandas criminales al servicio del narcotráfico. Con otras palabras, no se puede justificar el cumplimiento del deber de protección de los derechos y libertades, así como de la soberanía territorial del Estado vulnerando tanto los derechos humanos de personas de la población civil, como las obligaciones del derecho internacional humanitario, tal como ocurre en el caso en concreto, deformando, distorsionando y quebrantando los fines institucionales y funcionales, rompiendo con la procura sustancial de protección y la primacía de la defensa de “todos” los ciudadanos sin lugar a discriminación alguna, por su condición social, discapacidad, raza, situación de marginalidad, etc. Así mismo, debe ofrecerse la oportuna investigación cuando se han cometido actos de lesa humanidad como desaparición forzada y muerte violenta producto de “falsas acciones para el cumplimiento de los mandatos constitucionales” por miembros de las fuerzas militares, como la desplegada por el pelotón “Guerrero Tres” del Batallón de Infantería No.44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” de Tauramena, Casanare.

119 En la jurisprudencia se señaló que la posición de garante ya ha sido acogida en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos afirmándose que la “atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos (sic) 1.1 y 2 de la Convención [...] La responsabilidad internacional de los Estados Partes es, en este sentido, objetiva o ‘absoluta’, teniendo presentes conjuntamente los dos deberes generales, estipulados en los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana”²⁵⁴.

120 De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia interamericana de Derechos Humanos, no puede construirse una cláusula general de responsabilidad en cabeza del Estado cuando se produce todo tipo de violaciones a los derechos humanos en su territorio, por lo tanto “tratándose de hechos de terceros que no han actuado en connivencia con la fuerza pública, y, en los cuáles no hay un hecho imputable a un agente estatal, la jurisprudencia internacional estructura la responsabilidad sobre la base de que se reúnan dos elementos: i) que el Estado incumpla con los deberes de diligencia que le son exigibles en la evitación de graves violaciones a los derechos humanos, y ii) que se trate de riesgos inminentes y cognoscibles. Es decir, que en esta estructura el fundamento de la responsabilidad no es objetivo y está basado en la ausencia de una prevención razonable a las graves violaciones a los derechos humanos. Por ende, si se presenta la violación a pesar de que el Estado ha adoptado medidas adecuadas, orientadas a impedir la vulneración, el hecho no le es imputable al Estado”²⁵⁵. Por el contrario, cuando se emplean las mismas medidas invocando la defensa de los derechos y libertades y la integridad de la soberanía, pero vulnerando los derechos humanos y violando el derecho internacional humanitario debe operar bajo el principio de proporcionalidad.

²⁵⁴ “[...] Es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención. (...) En conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Mapiripan, párr 110, Caso de los 19 comerciantes párr 141.

²⁵⁵ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “La responsabilidad del Estado por el hecho de terceros”, trabajo de investigación suministrado por el autor.

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

122 Con base en lo anterior, cabe advertir que no puede ofrecerse como única vía la aplicación de la posición de garante ya que cuando dicha violación se produce como consecuencia de la acción de “actores-no estatales”, se exige determinar que la situación fáctica existió y que respecto a ella se concretaron tres elementos: “i) los instrumentos de prevención utilizados; ii) la calidad de la respuesta y iii) la reacción del Estado ante tal conducta”²⁵⁶, que en términos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se entiende como el estándar de diligencia exigible al Estado²⁵⁷.

123 Todo lo anterior lleva a concluir a la Sala, bajo el principio de proporcionalidad, (1) que si la actividad u operación militar desplegada por los miembros del Batallón de Infantería No.44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” era idónea en correspondencia de las garantías de tutela eficaz y efectiva de los derechos, procurando y promocionando estos y su mejora respecto de otros ciudadanos sin perjudicar los de aquellos de la víctima **ANDRÉS FABIÁN**

²⁵⁶ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “La responsabilidad del Estado por el hecho de terceros”, trabajo de investigación suministrado por el autor.

²⁵⁷ Comité de Derechos Humanos, Comentario General 31: Nature of the General Legal Obligations Imposed on States Parties to the Covenant, P 11, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/ Add.13 (May 26, 2004). Precisamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado: “Que el artículo 1.1 de la Convención establece las obligaciones generales que tienen los Estados Parte de respetar los derechos y libertades en ella consagrados y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. En consecuencia, independientemente de la existencia de medidas provisionales específicas, el Estado se encuentra especialmente obligado a garantizar los derechos de las personas en situación de riesgo y debe impulsar las investigaciones necesarias para esclarecer los hechos, seguidas de las consecuencias que la legislación pertinente establezca. Para tal investigación el Estado en cuestión debe realizar sus mejores esfuerzos para determinar todos los hechos que rodearon la amenaza y la forma o formas de expresión que tuvo; determinar si existe un patrón de amenazas en contra del beneficiario o del grupo o entidad a la que pertenece; determinar el objetivo o fin de la amenaza; determinar quién o quiénes están detrás de la amenaza, y de ser el caso sancionarlos”. Resolución CIDH 8 julio 2009. Medidas provisionales respecto de Guatemala, Caso Masacre Plan de Sánchez.

GARZÓN LOZANO; (2) que haya sido necesario adoptar tales medidas en la realización de la actividad u operación militar, en consideración de otras opciones o alternativas para lograr el cometido de dotar de seguridad y protección a la población de la vereda El Viso, del municipio de Maní, Casanare, respecto de los fenómenos de violencia, delincuencia y terrorismo por los grupos armados insurgentes o de las bandas criminales al servicio del narcotráfico en una determinada zona, sin vulnerar o afectar seria y gravemente los derechos y libertades al vincular anormal e indebidamente a la víctima **GARZÓN LOZANO** a acciones no verificadas de estos grupos, con el agravante de haber sido sujeto a una identificación con actividades ilícitas que son sustanciales no sólo para el sacrificio de su vida, sino también la afectación a su honor, honra y buen nombre como miembro de la población civil; y, que la restricción o limitación de las garantías, derechos y libertades debe redundar en una mayor garantía de aquellos de otras personas de la comunidad de la mencionada vereda, que se hayan visto sometidas a la vulneración de los suyos por razón de la exigencia de perturbación del orden público, seguridad y tutela de sus derechos, sin que se haya llegado a una certeza probatoria que la víctima era un agente de las mismas directa o indirectamente, quebrando el balance entre los ámbitos de prerrogativas y reduciendo toda esperanza de efectividad de los mismos por **GARZÓN LOZANO**.

123.1 Luego, en cabeza de la víctima cabía la probabilidad de concretarse o materializarse de manera irreversible e irremediable la amenaza y el riesgo como consecuencia, de la desaparición y muerte violenta de la que fue objeto **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** por parte de miembros del Ejército Nacional, lo que lleva a plantear que el Estado debía cumplir con su deber positivo, concretado en la protección de la vida e integridad de las personas que se vieron afectadas, y no a desplegar “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de mandatos constitucionales” como única justificación para poder aniquilar o exterminar a personas ajenas al conflicto armado, pero de las que se sirve el aparato militar para garantizar resultados, contradiciendo tanto las normas convencionales, como el orden constitucional, y poniendo en cuestión su propia legitimidad democrática.

123.2 A lo que se agrega, la sistematicidad que este caso, como otros que en esta Sala se discuten y que han sido objeto de cuestionamiento tanto por órganos de derecho internacional público, como por autoridades nacionales, lo que implica la obligación del Estado de impedir este tipo de política, estrategia o programa, que debe ser reconducido y armonizado a la protección convencional, constitucional y

racional de los derechos, ya que la preservación del orden público y la materialización de la seguridad no puede implicar la seria y grave vulneración de los derechos humanos y la sustancial violación del derecho internacional humanitario de sujetos de la población como en el caso de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**. Así como no puede prohijarse, ni debe continuarse con actuaciones relacionadas con el deber de custodia que pesa en cabeza de las demandadas, o de cualquier otro organismo del Estado de custodiar el cadáver de personas que fallecen por actividades que se despliegan militarmente, y menos permitir que su ocultamiento, como ocurre en este caso, pueda inducir a impedir la verificación de otras serias vulneraciones, como puede ser que se haya sometido a la víctima a tortura, o a tratos crueles o inhumanos, o a irrespeto del cuerpo, etc., lo que deberá ser investigado rigurosamente tanto en sede de la jurisdicción ordinaria para establecer los responsables y los móviles, como por las instancias disciplinarias ordinaria y militar.

124 Con relación a lo anterior, la Sala de Sub-sección C encuentra que la protección de la población civil, no está reducido a los contornos de nuestra Carta Política, sino que se extiende a las cláusulas que en el derecho internacional público se consagran tanto en el ámbito internacional humanitario, como en el de la protección de los derechos humanos²⁵⁸ [como se indicó al comienzo del juicio de imputación]. La Sala respecto de la protección de la población civil, y singularmente de los derechos humanos de las ciudadanos con ocasión de masacres como situaciones de vulneraciones sistemáticas de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, tiene en cuenta en su base normativa la protección de la población civil²⁵⁹ se encuentra en la Carta Política en los artículos 1, 2, 93 y 94, así como en los instrumentos jurídicos internacionales que en consideración del bloque ampliado de constitucionalidad y a su ratificación son aplicables las normas de derecho internacional humanitario²⁶⁰.

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

²⁵⁹ “En su <Informe del Milenio> (‘Nosotros los pueblos’. La función de las Naciones Unidas en el siglo XXI), el Secretario General de las Naciones Unidas KOFI A ANNAN advierte cómo las principales amenazas para la paz y la seguridad internacionales provienen hoy, más que de las agresiones externas, de los conflictos intraestatales, produciéndose numerosas víctimas en guerras civiles, campañas de depuración étnica y actos de genocidio en que se usan armas que se pueden adquirir fácilmente en el bazar mundial de los armamentos”. PEREZ GONZALEZ, Manuel. “Introducción; El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto”, en RODRIGUEZ – VILLASANTE, José Luis (Coord) *Derecho internacional humanitario*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp.42 y 43.

²⁶⁰ “(...) el Derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados se concibe en la actualidad como un vasto conjunto normativo que persigue controlar jurídicamente el fenómeno bélico –reglamentando los métodos y medios de combate, distinguiendo entre personas y bienes civiles y objetivos militares,

125 En ese sentido, se considera necesario “asegurar, en el plano internacional y en el plano interno, su efectiva aplicación. Sobre todo si se considera la naturaleza del Derecho internacional imperativo (*ius cogens*) que poseen en su mayor parte dichas normas, lo que se expresa, entre otras cosas, en el hecho de quedar sustraída su aplicación a la lógica de la reciprocidad –el respeto de ciertas normas humanitarias básicas no queda supeditado a que el adversario las respete por su parte- y en el hecho de generar obligaciones erga omnes, esto es, frente a todos, que en cuanto tales excluyen la posibilidad de prescindir de su acatamiento incluso si las personas protegidas manifestaran la intención de renunciar a los derechos correlativos a esas obligaciones”²⁶¹.

126 El Estado debe propiciar que el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, genéricamente, o en sus especiales condiciones, no se considere riesgoso, de manera que tanto su actividad, su desplazamiento, como la defensa de los derechos no este sometido a un desbalance en las relaciones asimétricas²⁶² Estado-ciudadano, máxime cuando del segundo extremo se encuentran presuntos miembros de grupos armados insurgente, a quienes debe combatirse con toda la carga de la legitimidad democrática reconocida convencional, constitucional y legalmente, y no por medidas, vías y acciones de “*facto*”, que sólo repercuten en la indispensable legitimidad democrática de la toda administración pública debe estar revestida en su accionar. Deber que tiene que interpretarse en aplicación del principio de proporcionalidad, de lo contrario podría suponer la exigencia ilimitada al Estado de salvaguardar la seguridad a toda costa, a cualquier coste y en todo momento, lo que excede la realidad material y la capacidad de los aparatos estatales²⁶³. En esta motivación resulta absolutamente contrario a los mandatos de los artículos 2, 29, 229 de la Carta Política, 8 y 25 de la Convención Americana

protegiendo a las víctimas y a quienes las asistan-, con vistas a limitar en la mayor medida posible los ingentes males que el mismo causa a los seres humanos”. PEREZ GONZALEZ, Manuel. “Introducción; El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto”, en RODRIGUEZ – VILLASANTE, José Luis (Coord) *Derecho internacional humanitario.*, ob., cit., p.45.

²⁶¹ PEREZ GONZALEZ, Manuel. “Introducción; El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto”, en RODRIGUEZ – VILLASANTE, José Luis (Coord) *Derecho internacional humanitario.*, ob., cit., p.46. Puede verse Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁶² “La concepción de la igualdad entre el estado y el individuo no logra explicar ni la especial necesidad de justificación en que ha de legitimarse toda acción estatal, ni tampoco la pretensión de validez y eficacia a la que aspiran las decisiones de todo poder legítimamente constituido (...) El individuo actúa en el marco de una libertad jurídicamente constituida. El estado actúa en el ámbito de una competencia jurídicamente atribuida”. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, INAP, Madrid, 2003, pp.21 y 22.

²⁶³ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

de Derechos Humanos, que las fuerzas y cuerpos del Estado adelanten procedimientos con el único objetivo de aniquilar, suprimir o exterminar al “enemigo”, ya que se trata de una doctrina totalmente contraria al derecho internacional de los derechos humanos, pero especialmente opuesta al derecho internacional humanitario si se aplica estrictamente el artículo 3 común a Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II de 1977 en sus artículos 4 y 5.

127 Adicionalmente, la Sala como juez de convencionalidad y contencioso administrativo y para la tutela de los derechos humanos y el respeto del derecho internacional humanitario, ordenara que el Estado examine si hechos como los ocurridos el 28 de marzo de 2007 hacen parte de una práctica denominada “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de mandatos constitucionales” y siendo constitutivos de actos de lesa humanidad [al dirigirse contra la población civil en Casanare y otras zonas, y por su sistematicidad, que parte del amparo en estructuras militares organizadas y planificadas que se distorsionan o deforman de los fines esenciales que la Constitución les ha otorgado], deben corresponderse con la obligación positiva del Estado de investigar y establecer si se produjo la comisión de conductas que vulneraran el trato digno y humano, de tal forma que se cumpla con el mandato convencional y constitucional de la verdad, justicia y reparación²⁶⁴.

128 Con base en los anteriores argumentos, razonamientos y justificaciones la Sala de Sub-sección confirmara la sentencia de primera instancia, declarando la responsabilidad de las entidades demandadas por la falla en el servicio consistente en el despliegue de “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de mandatos constitucionales” por parte de los miembros del pelotón “Guerrero Tres” del Batallón de Infantería No. 44 de Tauramena, Casanare, que produjo la desaparición y muerte violenta de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, el 28 de marzo de 2007 en la vereda El Viso, del municipio de Maní, Casanare, en los términos de la presente providencia.

129 Lo anterior exige ahora determinar si de ellos cabe confirmar el reconocimiento de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de perjuicios morales, que hizo el a quo; si procede su incremento; y, si procede confirmar o

²⁶⁴ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

negar los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante no reconocidos en primera instancia, ya que esto fue objeto de la impugnación por las partes.

8. Reconocimiento y liquidación de los perjuicios.

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

130 En la demanda se solicitó el reconocimiento de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de perjuicios morales, a favor de: Fanny Lozano Moreno la suma equivalente a mil [1000] salarios mínimos legales mensuales vigentes; Juan José Turriago la suma equivalente a mil [1000] salarios mínimos legales mensuales vigentes; Sonia Liliana Garzón Lozano la suma equivalente a seiscientos [600] salarios mínimos legales mensuales vigentes; Juan David Lozano Moreno la suma equivalente a cuatrocientos [400] salarios mínimos legales mensuales vigentes; María Eva Lozano Moreno la suma equivalente a seiscientos [600] salarios mínimos legales mensuales vigentes; Diego Alejandro Ramírez Lozano la suma equivalente a seiscientos [600] salarios mínimos legales mensuales vigentes; e Iván Alejandro Fajardo Bernal la suma equivalente a doscientos [200] salarios mínimos legales mensuales vigentes.

131 En la sentencia de 8 de mayo de 2014, el Tribunal Administrativo de Casanare reconoció y liquidó los perjuicios morales a favor de las siguientes personas: (1) Fanny Lozano Moreno la suma equivalente a ciento cincuenta [150] salarios mínimos legales mensuales vigentes; (2) Sonia Liliana Garzón Lozano la suma equivalente a setenta y cinco [75] salarios mínimos legales mensuales vigentes; (3) Jorge Garzón Lozano la suma equivalente a setenta y cinco [75] salarios mínimos legales mensuales vigentes; y, (4) María Eva Lozano Moreno la suma equivalente a cincuenta [50] salarios mínimos legales mensuales vigentes, negándose el reconocimiento respecto de los demás demandantes.

132 En la apelación la parte actora solicitó el reconocimiento de los perjuicios morales a favor de Iván Alejandro Fajardo Bernal, persona sobre la que se discutió su legitimación en la causa por activa y se concluyó por la Sala que carecía de la misma, razón suficiente para no pronunciarse respecto de este objeto de la apelación. Así mismo, solicitó reconocer los perjuicios morales a favor de los primos de la víctima, Juan David Lozano Moreno y Diego Alejandro Ramírez

Lozano en la cuantía señalada en la demanda. Por último, la parte actora solicita liquida en el máximo de los niveles a favor de los hermanos de la víctima e incrementar los liquidados en la sentencia de primera instancia a tenor de las violaciones a los derechos humanos.

133 En tanto que la parte demandada en su apelación solicitó sólo reconocer los perjuicios morales a favor de los padres, hermanos, cónyuge e hijos.

134 Ahora bien, la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012²⁶⁵ señaló que en “cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que (sic) demás perjuicios- a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso”. En la misma providencia se agrega que “la Sala reitera la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan”.

134.1 Debe, además, como parte de la motivación, examinarse si se acreditó el parentesco debida y legalmente, con los registros civiles, para reconocer los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares, para lo que procede la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se infiere que la muerte, lesión, etc., afecta a la víctima y a sus familiares más cercanos (esto es, los que conforman su núcleo familiar), y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia²⁶⁶ como espacio

²⁶⁵ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

²⁶⁶ “Las reglas de la experiencia, y la práctica científica²⁶⁶ han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992²⁶⁶ donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así: “En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2º., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica (sic) y la vigencia de un orden justo. “Por su parte el artículo 42 de la Carta

básico de toda sociedad²⁶⁷ [el segundo criterio con el que ya cuenta el juez en el momento de reconocer los perjuicios morales tiene que ver con el concepto de

Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que “se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” Y agrega que “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”. (Subrayas fuera de texto). “La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor: “En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue: “1°. Los descendientes legítimos; “2°. Los ascendientes legítimos; “3°. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos; “4°. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1°, 2° y 3°; “5°. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1°, 2°, y 4°; “6°. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores; “7°. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados. “Si la persona fuera casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a la potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos”. “También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3° ibídem, que reza: “La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún (sic) cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.” “La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio. “Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales. “Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien.”. Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008, expediente 18586.

²⁶⁷ “4.2. Amparada en la doctrina especializada, también la jurisprudencia constitucional ha señalado que el surgimiento de la familia se remonta a la propia existencia de la especie humana, razón por la cual se constituye en “la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre”. Bajo esta concepción, la familia es considerada un “presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, lo que entraña para éste la responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar, ya que [e]s la comunidad entera la que se beneficia de las virtudes que se cultivan y afirman en el interior de la célula familiar y es también la que sufre grave daño a raíz de los vicios y desordenes que allí tengan origen”. 4.3. En Colombia, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no acogió la propuesta formulada por el Gobierno de asignarle a la familia un alcance puramente asistencial y se decidió, en cambio, por reconocerle el carácter de pilar fundamental dentro de la organización estatal, asociándola con la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y elevando a canon constitucional aquellos mandatos que propugnan por su preservación, respeto y amparo. De este modo, la actual Carta Política quedó alineada con la concepción universal que define la familia como una institución básica e imprescindible de toda organización social, la cual debe ser objeto de protección especial. 4.4. En efecto, el derecho internacional, en las declaraciones, pactos y convenciones sobre derechos humanos, civiles, sociales y culturales, se refiere a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y le asigna a los estados y a la sociedad la responsabilidad de protegerla y asistirle. Tal consideración aparece

familia, que será importante para determinar la tasación y liquidación de los mismos perjuicios, ya que puede apreciarse [de la prueba testimonial]:- ¿cómo estaba conformada la familia?; - ¿qué rol desempeñaba la víctima al interior de su familia?; - ¿cómo estaban definidas las relaciones entre la víctima y los demás miembros de la familia?; - ¿se trataba de una familia que convivía o no en un mismo espacio?; - ¿se trataba de una familia que estaba disgregada, o de una familia fruto de diferentes relaciones de los padres –hermanastros, hermanos de crianza, por ejemplo-?], y de reconocer su existencia bien sea como un derecho prestacional o fundamental²⁶⁸.

contenida, entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos (art. 23), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10º) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (art. 17); los cuales se encuentran incorporados a nuestro derecho interno por haber sido suscritos, aprobados y ratificados por el Estado colombiano. 4.5. Bajo ese entendido, en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5º de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral. 4.6. En concordancia con ello, el artículo 42 de la Constitución consagró a la familia como el “núcleo fundamental de la sociedad”, precisando que la misma puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos, esto es, “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Ello permite advertir que en el orden constitucional vigente, no se reconocen privilegios en favor de un tipo determinado de familia, sino que se legitima la diversidad de vínculos o de formas que puedan darle origen. Así, tanto la familia constituida por vínculos jurídicos, es decir, la que procede del matrimonio, como la familia que se constituye por vínculos naturales, es decir, la que se forma por fuera del matrimonio o en unión libre, se encuentran en el mismo plano de igualdad y son objeto de reconocimiento jurídico y político, de manera que las personas tienen plena libertad para optar por una o otra forma de constitución de la institución familiar. 4.7. Conforme con el alcance reconocido a la familia, el propio artículo 42 le asigna a la sociedad y al Estado el deber de garantizar su protección integral, al tiempo que le asigna a la ley la función de regular, por una parte, las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo; y por la otra, lo referente a los efectos civiles de los matrimonios religiosos y de las sentencias dictadas por las autoridades religiosas que declaren su nulidad, así como también lo relacionado con la cesación de los efectos civiles de todos los matrimonios a través del divorcio. 4.8. La protección integral de que es objeto la institución familiar, cualquiera que sea la forma que ella adopte, es recogida y prodigada por la propia Constitución mediante la implementación de un sistema de garantías, cuyo propósito es reconocer su importancia en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales de la institución familiar, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos. Tal como lo ha destacado esta Corporación,[5] ese ámbito de protección especial se manifiesta, entre otros aspectos, (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; (iv) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; (v) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener; y (vi) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos”. Corte Constitucional, C-821 de 9 de agosto de 2005.

²⁶⁸ “Se discute igualmente en relación con el contenido y alcance de las medidas constitucionales de protección de la familia. En efecto, aquéllas se manifiestan en la necesaria adopción de normas legales, de

134.2 La sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012²⁶⁹, sostiene claramente que el “Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de tales argumentaciones conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso” [citando la sentencia T-212 de 2012 de la Corte Constitucional].

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

134.4 Y se concluyó, en la citada sentencia de la Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, que “no puede perderse de vista que de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala –y de la Corte Suprema de Justicia también-, ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al *arbitrium iudicis*, ha

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

²⁶⁹ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

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

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

135.1 Con relación al parentesco de los familiares de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** se cuenta con los siguientes elementos probatorios: (1) copia autenticada del registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 8232896, de Andrés Fabián Garzón Lozano [fl.26 c1], según el cual nació el 15 de marzo de 1984 en Villavicencio [Meta], y era hijo de Fanny Lozano Moreno y José Agustín Garzón Quintero [fl.26 c1]; (2) copia autenticada del registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 11299694, de Sonia Liliana Garzón Lozano [fl.27 c1], según el cual nació el 10 de febrero de 1986 en Villavicencio [Meta], y es hija de Fanny Lozano Moreno y José Agustín Garzón Quintero [fl.27 c1]; (3) certificado del registro civil de nacimiento, con número 6585868, correspondiente a María Eva Lozano Moreno [fl.28 c1], según el cual nació el 21 de agosto de 1966 en Cumaral [Meta], y es hija de Ana Beatriz Moreno y de Pedro Ezequiel Lozano [fl.28 c1]; (4) copia autenticada del registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 6692003, de Jorge Agustín Garzón Lozano [fl.29 c1], según el cual nació el 30 de enero de 1982 en Villavicencio [Meta] el 30 de enero de 1982 en Villavicencio [Meta], y es hijo de Fanny Lozano Moreno y de José Agustín Garzón Quintero [f.29 c1]; (5) copia autenticada del registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 16760347, de Juan David Lozano Moreno [fl.30 c1], según el cual nació el 15 de octubre de 1991 en Villavicencio [Meta], y es hijo de María Eva Lozano Moreno [fl.30 c1]; (6) copia autenticada del registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 15220946, de Diego Alejandro Ramírez Lozano [fl.41 c1], según el cual nació el 25 de septiembre de 1986 en Villavicencio [Meta], y es hijo de María Eva Lozano Moreno y Jaime Ramírez Rodríguez [fl.41 c1]; (7) copia autenticada del registro civil de nacimiento, con indicativo serial número 35143657, de Juan José Turriago Garzón [fl.39 c1], según el cual nació el 15 de agosto de

2002 en Villavicencio [Meta], y es hijo de Sonia Liliana Garzón Lozano y Jimmy Eudoro Turriago Chavarro [fl.39 c1]; y, (8) certificado del registro civil de nacimiento, con número 5298004, de Fany Lozano Moreno [fl.43 c1], según el cual nació el 15 de diciembre de 1961, y es hija de Beatriz Moreno y de Pedro E. Lozano [fl.43 c1].

135.2 Examinados los anteriores probatorios se tiene acreditado el parentesco con la víctima **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** de la siguiente forma: (1) Fanny Lozano Moreno como madre; (2) Sonia Liliana Garzón Lozano como hermana; (3) Jorge Agustín Garzón Lozano como hermano; (4) María Eva Lozano Moreno como tía; (5) Juan José Turriago Garzón como hijo de Sonia Liliana y sobrino de la víctima; (6) Juan David Lozano Moreno como hijo de María Eva Lozano Moreno y primo de la víctima; y, (7) de Diego Alejandro Ramírez Lozano hijo de María Eva Lozano Moreno y primo de la víctima.

135.3 La Sala teniendo en cuenta las sentencias de unificación de 28 de agosto de 2014, especialmente la identificada con el número de expediente 32988, tiene en cuenta que la madre está en el primer nivel y los hermanos en el segundo nivel siendo aplicables como exigencia la simple prueba del estado civil. En tanto que su tía, su sobrino y sus primos al corresponder a los niveles 3 y 4 requieren para su reconocimiento y liquidación la prueba de la relación afectiva. Para estos fines se cuenta en la actuación que la relación afectiva queda más que acreditada respecto de la tía María Eva Lozano Moreno quien no sólo lo acogió en Yopal, sino que estuvo pendiente desde su desaparición y en todas las instancias para saber del paradero de su sobrino, lo que refleja no sólo su desasosiego, sino que implica que padeció dolor, sufrimiento, congoja y desesperación. En relación con su sobrino Juan José Turriago Garzón obran las manifestaciones dadas en sus testimonios por María Lilia Torres, Luz Marina González y Jimmy Eudoro Turriago Chavarro, quien coincidieron en afirmar la cercanía y afecto que tenía la víctima **ANDRÉS FABIÁN** para con su sobrino y de este con la víctima, y cuyo padecimiento debe ser observado en un niño de menos de cinco [5] años para la época de los hechos, pero que en la actualidad sigue padeciendo los rigores de la muerte violenta de su tío. No obstante lo anterior, no obra prueba alguna respecto de los primos de víctima que permita establecer las relaciones de afecto, razón suficiente para lo reconocer y liquidar a su favor ninguna suma, confirmándose la denegación de pretensiones en cuanto este aspecto de lo pretendido y apelado por la parte actora.

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

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

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

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

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

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

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

La siguiente tabla recoge lo expuesto:

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

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

136.1 Como en los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007 se produjeron violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, la Sala teniendo en cuenta la misma fuente jurisprudencial de unificación se sustenta en la siguiente argumentación:

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

136.2 De las pruebas recaudadas, valoradas y contrastadas se encuentra probado el parentesco esto es la relación afectiva y la intensidad de la afectación padecida tanto por Fanny Lozano Moreno como madre, como de Sonia Liliana y Jorge Agustín Garzón Lozano como hermanos, de María Eva Lozano Moreno como tía y de Juan José Turriago Garzón como sobrino, por la desaparición y muerte violenta de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, lo que permitirá liquidar los perjuicios a favor de la primera en el porcentaje equivalente al 100%; en tanto que a favor de los segundos en el porcentaje equivalente al 50%; a la tercera en el porcentaje del 35%; y, al cuarto en el porcentaje equivalente al 25%. Como de las “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de mandatos constitucionales”, y en las especiales circunstancias en que ocurrió la desaparición y muerte violenta de la víctima, sin haber sido aún encontrado su cadáver la Sala considera procedente incrementar en el doble del porcentaje señalado, en atención a las graves, serias y sustanciales violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario que se concretan en todos y cada uno de los familiares de **ANDRÉS FABIÁN**. Luego, siguiendo las exigencias previstas en la unificación jurisprudencial se liquida así:

136.3 Perjuicios morales reconocidos y liquidados con ocasión de la desaparición y muerte violenta de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** como consecuencia de una “falsa acción para cumplir mandatos constitucionales” adelantada por miembros del Ejército Nacional:

| Víctima | Porcentaje | SMLMV | Equivalente en moneda legal colombiana |
|---------------------------------------|----------------------------|-------|--|
| Fanny Lozano Moreno [madre] | 100 % Incremento 100 | 200 | \$128.870.000.oo |
| Sonia Liliana Garzón Lozano [hermana] | 50% Incremento 50 | 100 | \$64.435.000.oo |
| Jorge Agustín Garzón Lozano [hermano] | 50% Incremento 50 | 100 | \$64.435.000.oo |
| María Eva Lozano Moreno [tía] | 35% Incremento 35 | 70 | \$45.104.500.oo |
| Juan José Turriago Garzón [sobrino] | 25% Incremento 25 | 50 | \$32.217.500.oo |

137 En la demanda [denomina perjuicios extrapatrimoniales], en la sentencia de primera instancia fueron negados, y en la apelación la reparación del daño

inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional o constitucionalmente amparados se invoca, la Sala de Sub-sección al tener acreditadas las violaciones a los derechos humanos, y al derecho internacional humanitario producidas con ocasión de la desaparición y muerte violenta del joven **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, estudia la procedencia del reconocimiento de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, previo a lo que es necesario destacar para ello el reconocimiento de la víctima en el sistema jurídico colombiano y en el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado.

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

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

138.1 La premisa inicial para abordar el tratamiento del régimen de responsabilidad del Estado parte de la lectura razonada del artículo 90 de la Carta Política, según la cual a la administración pública le es imputable el daño antijurídico que ocasiona. En la visión humanista del constitucionalismo contemporáneo, no hay duda que en la construcción del régimen de responsabilidad, la posición de la víctima adquirió una renovada relevancia, por el sentido de la justicia que las sociedades democráticas modernas exigen desde y hacia el individuo²⁷⁰.

138.2 Pero el concepto de víctima en el marco de los conflictos armados o guerras no es reciente, su construcción se puede establecer en el primer tratado relacionado con “*la protección de las víctimas militares de la guerra*”, que se elaboró y firmó en Ginebra en 1864. Dicha definición inicial fue ampliada en la Haya en 1899, extendiéndose la protección como víctima a los miembros de las fuerzas armadas en el mar, los enfermos y los náufragos. Ya en 1929, el derecho de Ginebra hizo incorporar como víctimas a los prisioneros de guerra, que luego

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

se consolidará con los Convenios de Ginebra de 1949. Sin duda, se trata de la configuración de todo un ámbito de protección jurídica para las víctimas de las guerras, sin distinción de su envergadura, y que se proyecta en la actualidad como una sistemática normativa que extiende su influencia no sólo en los ordenamientos internos, sino en el modelo de reconocimiento democrático del papel de ciudadanos que como los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad militar y policial de los Estados nunca han renunciado a sus derechos y libertades, por lo que también son objeto de protección como víctimas de las agresiones, ofensas o violaciones de las que sean objeto en desarrollo de un conflicto armado, para nuestro caso interno.

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

138.4 De acuerdo con estos elementos, la Sala comprende como víctima a todo sujeto, individuo o persona que sufre un menoscabo, violación o vulneración en el goce o disfrute de los derechos humanos consagrados en las normas convencionales y constitucionales, o que se afecta en sus garantías del derecho internacional humanitario²⁷¹. No se trata de una definición cerrada, sino que es progresiva, evolutiva y que debe armonizarse en atención al desdoblamiento de los derechos y garantías. Y guarda relación con la postura fijada por la jurisprudencia constitucional en la sentencia C-781 de 2012, que procura precisar el concepto desde el contexto del conflicto armado, considerando que se “*se trata de víctimas del conflicto armado cuando los hechos acaecidos guardan una relación de conexidad suficiente con este*. Desde esa perspectiva ha reconocido como hechos acaecidos en el marco del conflicto armado (i) los desplazamientos intraurbanos, (ii) el confinamiento de la población; (iii) la violencia sexual contra las mujeres; (iv) la violencia generalizada; (v) las amenazas provenientes de actores

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

armados desmovilizados; (vi) las acciones legítimas del Estado; (vi) las actuaciones atípicas del Estado; (viii) los hechos atribuibles a bandas criminales; (ix) los hechos atribuibles a grupos armados no identificados, y (x) por grupos de seguridad privados, entre otros ejemplos. Si bien algunos de estos hechos también pueden ocurrir sin relación alguna con el conflicto armado, para determinar quiénes son víctimas por hechos ocurridos en el contexto del conflicto armado interno, la jurisprudencia ha señalado que es necesario examinar en cada caso concreto si existe una relación cercana y suficiente con el conflicto armado interno”²⁷².

138.5 En el moderno derecho administrativo, y en la construcción de la responsabilidad extracontractual del Estado lo relevante es la “víctima” y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y de los derechos humanos. Su fundamento se encuentra en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 94 de la Carta Política, y en el ejercicio de un control de convencionalidad de las normas, que por virtud del bloque ampliado de constitucionalidad, exige del juez contencioso observar y sustentar el juicio de responsabilidad en los instrumentos jurídicos internacionales [Tratados, Convenios, Acuerdos, etc.] de protección de los derechos humanos²⁷³ y del

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

²⁷³ Al analizar el caso Cabrera García y Montiel contra México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ferrer Mac-Gregor consideró: “La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió. A su vez, la jurisdicción internacional debe valorar la legalidad de la detención a la luz de la normatividad interna, debido a que la propia Convención Americana remite a la legislación nacional para poder examinar la convencionalidad de los actos de las autoridades nacionales, ya que el artículo 7.2 del Pacto de San José remite a las “Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas” para poder resolver sobre la legalidad de la detención como parámetro de convencionalidad. Los jueces nacionales, por otra parte, deben cumplir con los demás supuestos previstos en el propio artículo 7 para no violentar el derecho convencional a la libertad personal, debiendo atender de igual forma a la interpretación que la Corte IDH ha realizado de los supuestos previstos en dicho numeral”. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No.131, 2011, p.920. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano contra Chile argumentó: “124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párrs. 123 a 125. En tanto que en el caso Cabrera García y Montiel contra México la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es

derecho internacional humanitario, bien sea que se encuentren incorporados por ley al ordenamiento jurídico nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de “ius cogens”.

138.6 Esta visión, en la que el ordenamiento jurídico colombiano [y su jurisprudencia contencioso administrativa] está en el camino de consolidarse, responde al respeto de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y al principio “pro homine”²⁷⁴, que tanto se promueve en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos²⁷⁵. Cabe, por lo tanto, examinar cada uno de los elementos con base en los cuales se construye el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, fundado en el artículo 90 de la Carta Política: el daño antijurídico, y la imputación²⁷⁶.

138.7 La reparación como elemento de la estructuración de la responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado se reconoce bien como derecho, bien como principio, o como simple interés jurídico. En el marco del Estado Social de Derecho, debe comprenderse que la reparación es un derecho que tiene en su contenido no sólo el resarcimiento económico, sino que debe procurar dejar indemne a la víctima, especialmente cuando se trata del restablecimiento de la afectación de los derechos o bienes jurídicos afectados con ocasión del daño antijurídico y su materialización en perjuicios. Dicha tendencia indica, sin lugar a

consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 12 a 22.

²⁷⁴ En la jurisprudencia constitucional colombiana dicho principio se entiende como aquel que “impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional. Este principio se deriva de los artículos 1º y 2º Superiores, en cuanto en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social de Derecho, y como fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como la finalidad de las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades”. Corte Constitucional, sentencia T-191 de 2009. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencias C-177 de 2001; C-148 de 2005; C-376 de 2010.

²⁷⁵ Principio que “impone que siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana de Derechos Humanos”, del 13 de noviembre de 1985. Serie A. No.5, párrafo 46.

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

dudas, que no puede reducirse su contenido a un valor económico, sino que cabe expresarlo en todas aquellas medidas u obligaciones de hacer que permitan restablecer, o, con otras palabras, dotar de las mínimas condiciones para un ejercicio pleno y eficaz de los derechos, como puede ser a la vida, a la integridad persona, a la propiedad, al honor, a la honra.

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

139 Determinada la posición de la víctima y reivindicando que **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** no sólo era un miembro de una familia, sino un ciudadano que debía tener garantizados todos sus derechos y libertades, sin discriminación alguna y bajo presupuestos de estricto respeto a su dignidad humana, cabe estudiar a la Sala la procedencia del reconocimiento de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de afectación relevante a bienes o derecho convencional o constitucionalmente amparados.

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

140 De acuerdo con la unificación jurisprudencial de 28 de agosto de 2014, de la Sala Plena de la Sección Tercera, este tipo de perjuicios se “reconocerá, aun [sic] de oficio”, procediendo “siempre y cuando se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente o estable y los parientes hasta el primer grado de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas de ‘crianza’”.

141 A lo que se agrega que las “medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. Para el efecto, el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados (Artículo 8.1 y 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos)” [sic].

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

143 La Sala estudia si procede en el presente caso ordenar medidas de reparación no pecuniarias, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso y las afectaciones a las que fue sometidos los bienes e intereses de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, que generaron la violación de los artículos 1, 2, 11, 16 y 44 de la Carta Política, 1.1, 2, 4, 5, 17, 22 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, las normas del Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos y de las Convenciones y Protocolos de Ginebra [normas de derecho internacional humanitario]. Así mismo, se observa que para la consideración de este tipo de medidas la base constitucional se desprende los artículos 90, 93 y 214, la base legal del artículo 16 de la ley 446 de 1998 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Adicionalmente, y para garantizar el derecho a la reparación integral de la víctima, se tiene en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la “restitutio in integrum”, máxime cuando existe la vulneración del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, como quedó verificado con ocasión de los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007.

144 De acuerdo con la jurisprudencia de la Sección Tercera, toda “reparación, parte de la necesidad de verificar la materialización de una lesión a un bien jurídico tutelado [daño antijurídico], o una violación a un derecho que, consecuentemente, implica la concreción de un daño que, igualmente, debe ser valorado como antijurídico dado el origen del mismo [una violación a un postulado normativo preponderante]. Así las cosas, según lo expuesto, es posible arribar a las siguientes conclusiones lógicas: Toda violación a un derecho humano genera la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento. No todo daño antijurídico reparable (resarcible), tiene fundamento en una violación o desconocimiento a un derecho humano y, por lo tanto, si bien el perjuicio padecido deber ser reparado íntegramente, dicha situación no supone la adopción de medidas de justicia restaurativa. Como se aprecia, en la primera hipótesis, nos enfrentamos a una situación en la cual el operador judicial interno, dentro del marco de sus competencias, debe establecer en qué proporción puede contribuir a la reparación integral del daño sufrido, en tanto, en estos eventos, según los estándares normativos vigentes [ley 446 de 1998 y 975 de 2005], se debe procurar inicialmente por la restitutio in integrum [restablecimiento integral] del perjuicio y de la estructura del derecho trasgredido, para constatada la imposibilidad de efectuar la misma, abordar los medios adicionales de reparación como la indemnización, rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos. Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido éste como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y

aplicado de conformidad al tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional, o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos.

145 En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño [strictu sensu], sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, per se, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio. Como corolario de lo anterior, para la Sala, la reparación integral propende por el restablecimiento efectivo de un daño a un determinado derecho, bien o interés jurídico y, por lo tanto, en cada caso concreto, el operador judicial de la órbita nacional deberá verificar con qué potestades y facultades cuenta para obtener el resarcimiento del perjuicio, bien a través de medidas netamente indemnizatorias o, si los supuestos fácticos lo permiten [trasgresión de derechos humanos en sus diversas categorías], a través de la adopción de diferentes medidas o disposiciones²⁷⁷.

146 Para el caso concreto, se demuestra la vulneración, en cabeza de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, de la dignidad humana, del libre desarrollo de la personalidad, del derecho a la familia y del derecho al trabajo, de la no discriminación [igualdad material],

²⁷⁷ Sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273^a. Ver de la Corte Permanente de Justicia Internacional, caso *Factory of Chorzów*, Merits, 1928, Series A, No. 17, Pág. 47. Citada por CRAWFORD, James “Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado”, Ed. Dykinson, Pág. 245; Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso de la Masacre de Puerto Bello (vs) Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006; de la Corte Constitucional Sentencia T-563 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En igual sentido T- 227 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1094 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-175 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional, sentencia T-188 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis

147 Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera, y en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo, la Sala encuentra que procede ordenar y exhortar a las entidades demandadas al cumplimiento de “medidas de reparación no pecuniarias”, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión:

(1) La presente sentencia hace parte de la reparación integral, de modo que las partes en el proceso así deben entenderla. Como consecuencia de esto, copia auténtica de esta sentencia deberá ser remitida por la Secretaría de la Sección Tercera al Centro de Memoria Histórica, para así dar cumplimiento a lo consagrado en la ley 1424 de 2010, y se convierta en elemento configurador de la evidencia histórica del conflicto armado de Colombia.

(2) Como la presente sentencia hace parte de la reparación integral, es obligación de las entidades demandadas Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-, la difusión y publicación de la misma por todos los medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su resolutive, por un período ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

(3) La realización, en cabeza del señor Ministro de la Defensa y el señor Comandante de las Fuerzas Militares, y del Comandante del Batallón de Infantería No.44 “Coronel Ramón Nonato Pérez” de Tauramena, Casanare, de un acto público de reconocimiento de responsabilidad, petición de disculpas y reconocimiento a la memoria de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, por los hechos acaecidos el 28 de marzo de 2007 en jurisdicción del municipio de Maní-Casanare, en donde exalte su dignidad humana como miembro de la sociedad, a realizarse en dicha localidad con la presencia de toda la comunidad y de los miembros de las instituciones condenadas, debiéndose dar difusión por un medio masivo de comunicación nacional de dicho acto público.

(4) Así mismo, y como garantía de no repetición el Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional desde la ejecutoria de la presente sentencia, realizarán capacitaciones en todos los Comandos, Batallones, Unidades y patrullas militares en materia de procedimientos militares y policiales según los estándares convencionales y constitucionales, exigiéndose la difusión de ejemplares impresos

de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la Convención de Naciones Unidas sobre la desaparición forzada y de las Convenciones interamericanas sobre desaparición forzada y tortura, las cuales deben ser tenidas en cuenta en los manuales institucionales y operacionales, y su revisión periódica por los mandos militares, de manera que se pueda verificar que se está cumpliendo los estándares convencionales en todo el territorio nacional, y en especial en el Batallón de Infantería No. 44 "Coronel Ramón Nonato Pérez" de Tauramena, Casanare. Se obliga a estudiar esta sentencia en todos los cursos de formación y ascenso del Ejército Nacional.

(5) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación- Fiscalía 95 Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario con el fin de que continúe las investigaciones penales por los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007 en la vereda El Viso, del municipio de Maní, Casanare, y en dado caso, se pronuncie si procede su encuadramiento como un caso que merece la priorización en su trámite, en los términos de la Directiva No. 01, de 4 de octubre de 2012 [de la Fiscalía General de la Nación], para investigar a aquellos miembros de la Fuerza Pública que hayan participado en la comisión de presuntas violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario cometidas contra **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, y consistentes en: a) violación de la dignidad humana, b) violación del derecho a la familia, c) violación del derecho al trabajo, d) violaciones de las normas de los Convenios de Ginebra, e) discriminación; f) falsas e ilegales acciones so pretexto de cumplir mandatos constitucionales, etc., y todas aquellas que se desprendan de los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007.

(6) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Procuraduría General de la Nación, Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, con el fin de que continúe las investigaciones disciplinarias por los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007 en la vereda El Viso, del municipio de Maní, Casanare, bajo el radicado IUS 2010-404715 se lleven hasta sus últimas consecuencias, revelando su avance en un período no superior a noventa [90] días por comunicación dirigida a esta Corporación, al Tribunal Administrativo de Casanare, a los familiares de la víctimas y a los medios de comunicación de circulación local y nacional.

(7) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Justicia Penal Militar, para que reabra la investigación penal militar, en el estado en que se llegó hasta el año 2011, que fue objeto de remisión a la jurisdicción ordinaria, con el objeto de establecer si hay lugar a declarar la responsabilidad de los miembros del Ejército Nacional, por los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007, sin perjuicio que la justicia penal militar haya dado traslado de las diligencias a la justicia ordinaria en su momento.

(8) Los familiares de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** son reconocidos como víctimas del conflicto armado, razón por la que se solicita a las instancias gubernamentales competentes incorporarlas y surtir los procedimientos consagrados en la ley 1448 de 2011.

(9) Se exhorta para que en el término, improrrogable, de treinta (30) días la Defensoría del Pueblo informe de las investigaciones por la violación del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos que se hayan adelantado por los hechos, y se ponga disposición por los medios de comunicación y circulación nacional.

(10) Copia de esta providencia debe remitirse por la Secretaría de la Sección Tercera al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, para que estas entidades públicas en cumplimiento de los mandatos convencionales y convencionales la pongan en conocimiento de las siguientes instancias: (i) del Relator Especial para las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas que elabore actualmente los informes de Colombia, para que se incorpore la información que comprende esta providencia; (ii) a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para que en su informe del país tenga en cuenta esta decisión judicial; (iii) a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional para que conozca y tome en cuenta en sus informes del país esta decisión judicial; y, (iv) a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que en su próximo informe tenga en cuenta esta sentencia.

(11) De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al Tribunal de origen y a este despacho informes del cumplimiento dentro del año siguiente a

la ejecutoria de la sentencia, con una periodicidad de treinta [30] días calendario y por escrito, de los que deberán las mencionadas entidades dar difusión por los canales de comunicación web, redes sociales, escrito y cualquier otro a nivel local y nacional. En caso de no remitirse el informe pertinente, se solicitara a la Procuraduría adelantar las averiguaciones de su competencia ante la orden dada por sentencia judicial y se adopten las decisiones a que haya lugar de orden disciplinario.

148 Una vez reconocida, liquidada y delimitada la reparación de los perjuicios inmateriales, la Sala de Sub-sección examina si procede confirmar, modificar o revocar la sentencia de primera instancia en cuanto a los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante.

8.4. Reconocimiento y liquidación de los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante.

149 En la demanda se solicitó el reconocimiento del lucro cesante consolidado y futuro de la siguiente manera: la suma de \$17.195.938.00 como lucro cesante consolidado y de \$331.661.897.00 como lucro cesante futuro a favor de Fanny Lozano Moreno y Juan José Turriago Garzón para cada uno.

150 El Tribunal Administrativo de Casanare en la sentencia de 8 de mayo de 2014 negó estas pretensiones indemnizatorias. Contra lo anterior se alzó en apelación la parte actora, afirmando que se demostró su condición de trabajador, por lo que debía liquidarse con base en el salario mínimo legal vigente para la época de los hechos, marzo de 2007.

151 Para demostrar este rubro indemnizatorio, la parte actora cuenta con los siguientes medios probatorios: (1) en las declaraciones rendidas por María Lilia Nohora Torres Sánchez, Luz Marina González Robalo Y Jimmy Eudoro Turriago Chavarro coinciden coherentemente en afirmar que **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** tenía una actividad productiva, esto es, era mecánico automotriz [lo fue en Villavicencio, Meta, durante el tiempo de residencia allí]. Lo anterior contrasta con lo afirmado por Fanny Lozano Moreno, María Eva Lozano Moreno y Sonia Liliana Garzón Lozano, quienes afirmaron que se dedicaba como mecánico de autos en Yopal, Casanare, para la época de los hechos. Pero en ninguna de tales declaraciones se precisa su ingreso; (2) de las mismas declaraciones no se puede

siquiera inferir indiciariamente que la víctima destinaba sus ingresos al sostenimiento de su madre o de su sobrino, o cuáles eran sus gastos personales, teniendo en cuenta que su propia tía María Eva Lozano Moreno aceptó que le debía dinero y que se lo solicitó el 27 de marzo de 2007.

152 Sin embargo no obra prueba alguna respecto a que con sus ingresos aportaba, apoyada o dependían económicamente su madre Fanny Lozano Moreno y su sobrino Juan José Turriago Garzón, sin que haya lugar a presumirlo ya que por su naturaleza económica el lucro cesante exige la demostración efectiva de su causación, y no puede apelar a simples inferencias de las que no pueda concretarse su materialización o no como consecuencia del daño antijurídico que le fue imputado a las entidades demandadas. Debe tenerse en cuenta que cuando se invoca el lucro cesante futuro o anticipado se opera como límites: (1) que la persona no realice actividad académica alguna, o la haya abandonado, o tenga serias dificultades en su continuación, ya que en tales eventos se trataría de un perjuicio eventual ya que no se tiene certeza que (1.1) consiguiera trabajo en el área académica en la que se encuentra o en otra diferente; (1.2) se desconoce el nivel o proporción de la remuneración que percibiría; (1.3) se encontrara bajo la dependencia, manutención o sostenimiento de sus padres²⁷⁸; (2) de igual manera, se limita cuando no se demuestra que por las lesiones se disminuyeron o disminuirán los ingresos²⁷⁹; (3) no se demuestra que la persona pierda la libertad para escoger empleo²⁸⁰; (4) no se produce desenlace fatal²⁸¹.

153 En el caso concreto de la dependencia económica que se discute en la apelación, sólo obra la demostración de la relación sentimental que no es suficiente, ya que no hay prueba documental o testimonial con la que se pueda determinar que el sustento familiar lo proporcionaba la víctima, o que el patrimonio familiar se haya mermado²⁸², desconociéndose que para el sustento familiar sólo aportaba **ANDRÉS FABIÁN**, o cualquiera otro de sus hermanos, o incluso si la víctima permanecía o no viviendo en la casa de sus padres, ya que se estableció que su mamá tenía como ocupación peluquera para la época de los hechos.

²⁷⁸ Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000, expediente 11878.

²⁷⁹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de octubre de 2011, expediente 20862.

²⁸⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de octubre de 2011, expediente 20862.

²⁸¹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 6 de marzo de 2013, expediente 25821; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 11 de julio de 2013, expediente 25830.

²⁸² Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 11 de julio de 2013, expediente 25830.

154 Como no se estableció plena, suficiente y concretamente la dependencia económica de sus padres y familiares en el sostenimiento y manutención de la familia, y la prueba aportada no se encaminó a ello, sino a determinar que la víctima **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** tenía una actividad remunerada, productiva o económica, sin demostrar otro extremo respecto a las mismas actividades desplegadas por **ANDRÉS FABIÁN**, la Sala de Subsección encuentra que debe confirmar la sentencia de primera instancia y negar las pretensiones indemnizatorias que por concepto de lucro cesante reclamó la parte actora y fue objeto de apelación.

155 Después de la anterior liquidación de los perjuicios materiales, la Sala aborda lo relacionado con la condena en costas.

9. Costas.

156 Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de 8 de mayo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare en los siguientes numerales y con base en la parte motiva de la presente providencia:

“PRIMERO: **DECLARAR** probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa en cabeza del señor Iván Alejandro Fajardo Bernal propuesta por la entidad accionada.

SEGUNDO: **DECLARAR** administrativamente responsable a la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional por la muerte de Andrés Fabián Garzón Lozano ocurrida por falla del servicio.

CUARTO: **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa”.

SEGUNDO. MODIFICAR la sentencia de 8 de mayo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, en cuanto a los perjuicios inmateriales, en la

modalidad de perjuicios morales con base en la parte motiva de esta providencia que quedará de la siguiente manera:

| Víctima | Porcentaje | SMLMV | Equivalente en moneda legal colombiana |
|---------------------------------------|----------------------------|--------------|---|
| Fanny Lozano Moreno [madre] | 100 % Incremento 100 | 200 | \$128.870.000.oo |
| Sonia Liliana Garzón Lozano [hermana] | 50% Incremento 50 | 100 | \$64.435.000.oo |
| Jorge Agustín Garzón Lozano [hermano] | 50% Incremento 50 | 100 | \$64.435.000.oo |
| María Eva Lozano Moreno [tía] | 35% Incremento 35 | 70 | \$45.104.500.oo |
| Juan José Turriago Garzón [sobrino] | 25% Incremento 25 | 50 | \$32.217.500.oo |

TERCERO. MODIFICAR la sentencia de sentencia de 8 de mayo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, en cuanto a los perjuicios inmateriales, en la modalidad afectación relevante a bienes y derechos convencional y constitucionalmente amparados, la que quedará de la siguiente manera:

(1) La presente sentencia hace parte de la reparación integral, de modo que las partes en el proceso así deben entenderla. Como consecuencia de esto, copia auténtica de esta sentencia deberá ser remitida por la Secretaría de la Sección Tercera al Centro de Memoria Histórica, para así dar cumplimiento a lo consagrado en la ley 1424 de 2010, y se convierta en elemento configurador de la evidencia histórica del conflicto armado de Colombia.

(2) Como la presente sentencia hace parte de la reparación integral, es obligación de las entidades demandadas Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-, la difusión y publicación de la misma por todos los medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su resolutive, por un período ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

(3) La realización, en cabeza del señor Ministro de la Defensa y el señor Comandante de las Fuerzas Militares, y del Comandante del Batallón de Infantería No.44 "Coronel Ramón Nonato Pérez" de Tauramena, Casanare, de un acto público de reconocimiento de responsabilidad, petición de disculpas y reconocimiento a la memoria de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, por los hechos acaecidos el 28 de marzo de 2007 en jurisdicción del municipio de Maní-

Casanare, en donde exalte su dignidad humana como miembro de la sociedad, a realizarse en dicha localidad con la presencia de toda la comunidad y de los miembros de las instituciones condenadas, debiéndose dar difusión por un medio masivo de comunicación nacional de dicho acto público.

(4) Así mismo, y como garantía de no repetición el Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional desde la ejecutoria de la presente sentencia, realizarán capacitaciones en todos los Comandos, Batallones, Unidades y patrullas militares en materia de procedimientos militares y policiales según los estándares convencionales y constitucionales, exigiéndose la difusión de ejemplares impresos de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la Convención de Naciones Unidas sobre la desaparición forzada y de las Convenciones interamericanas sobre desaparición forzada y tortura, las cuales deben ser tenidas en cuenta en los manuales institucionales y operacionales, y su revisión periódica por los mandos militares, de manera que se pueda verificar que se está cumpliendo los estándares convencionales en todo el territorio nacional, y en especial en el Batallón de Infantería No. 44 "Coronel Ramón Nonato Pérez" de Tauramena, Casanare. Se obliga a estudiar esta sentencia en todos los cursos de formación y ascenso del Ejército Nacional.

(5) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación- Fiscalía 95 Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario con el fin de que continúe las investigaciones penales por los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007 en la vereda El Viso, del municipio de Maní, Casanare, y en dado caso, se pronuncie si procede su encuadramiento como un caso que merece la priorización en su trámite, en los términos de la Directiva No. 01, de 4 de octubre de 2012 [de la Fiscalía General de la Nación], para investigar a aquellos miembros de la Fuerza Pública que hayan participado en la comisión de presuntas violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario cometidas contra **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO**, y consistentes en: a) violación de la dignidad humana, b) violación del derecho a la familia, c) violación del derecho al trabajo, d) violaciones de las normas de los Convenios de Ginebra, e) discriminación; f) falsas e ilegales acciones so pretexto de cumplir mandatos constitucionales, etc., y todas aquellas que se desprendan de los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007.

(6) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Procuraduría General de la Nación, Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, con el fin de que continúe las investigaciones disciplinarias por los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007 en la vereda El Viso, del municipio de Maní, Casanare, bajo el radicado IUS 2010-404715 se lleven hasta sus últimas consecuencias, revelando su avance en un período no superior a noventa [90] días por comunicación dirigida a esta Corporación, al Tribunal Administrativo de Casanare, a los familiares de la víctimas y a los medios de comunicación de circulación local y nacional.

(7) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Justicia Penal Militar, para que reabra la investigación penal militar, en el estado en que se llegó hasta el año 2011, que fue objeto de remisión a la jurisdicción ordinario, con el objeto de establecer si hay lugar a declarar la responsabilidad de los miembros del Ejército Nacional, por los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007, sin perjuicio que la justicia penal militar haya dado traslado de las diligencias a la justicia ordinaria en su momento.

(8) Los familiares de **ANDRÉS FABIÁN GARZÓN LOZANO** son reconocidos como víctimas del conflicto armado, razón por la que se solicita a las instancias gubernamentales competentes incorporarlas y surtir los procedimientos consagrados en la ley 1448 de 2011.

(9) Se exhorta para que en el término, improrrogable, de treinta (30) días la Defensoría del Pueblo informe de las investigaciones por la violación del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos que se hayan adelantado por los hechos, y se ponga disposición por los medios de comunicación y circulación nacional.

(10) Copia de esta providencia debe remitirse por la Secretaría de la Sección Tercera al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, para que estas entidades públicas en cumplimiento de los mandatos convencionales y convencionales la pongan en conocimiento de las siguientes instancias: (i) del Relator Especial para las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas que elabore actualmente los informes de Colombia, para que se incorpore la información que comprende esta providencia; (ii) a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para que en su informe del país tenga en cuenta esta decisión judicial; (iii) a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional para que conozca y tome en cuenta en

sus informes del país esta decisión judicial; y, (iv) a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que en su próximo informe tenga en cuenta esta sentencia.

(11) De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al Tribunal de origen y a este despacho informes del cumplimiento dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia, con una periodicidad de treinta [30] días calendario y por escrito, de los que deberán las mencionadas entidades dar difusión por los canales de comunicación web, redes sociales, escrito y cualquier otro a nivel local y nacional. En caso de no remitirse el informe pertinente, se solicitará a la Procuraduría adelantar las averiguaciones de su competencia ante la orden dada por sentencia judicial y se adopten las decisiones a que haya lugar de orden disciplinario.

CUARTO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

QUINTO. ABSTENERSE de condenar en costas a la demandada.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaró voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO GUILLERMO SANCHEZ LUQUE

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Aclaración de voto. Prelación de fallo

De acuerdo a lo establecido en el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009 las Salas de Subsección del Consejo de Estado pueden señalar la clase de procesos que deberán ser tramitados y fallados preferentemente, cuando sean casos de graves violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, en el asunto sub examine la Sala no adoptó una decisión en ese sentido con base en la norma estatutaria citada. Por lo tanto, en mi criterio el fundamento deviene de la decisión de la Sección Tercera del 9 de diciembre de 2004, de la que la Sala ha entendido que en casos de graves violaciones a derechos humanos es posible fallar con prelación, circunstancia que valoró el ponente del fallo. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre este tema ver la decisión de 9 de diciembre de 2004, exp. 14174.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Aclaración de voto. Valoración probatoria / PRUEBAS - Copias simples: Valor probatorio

El proveído agregó que valoraría las pruebas a la luz del Código General del Proceso (...) El artículo 40 de la Ley 153 de 1887 establece que las leyes sobre la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento que deben empezar a regir, sin embargo, la práctica de las pruebas se regirá por la ley vigente cuando fueron decretadas. En ese entendido, el Código General del Proceso no es aplicable al sub lite pues la valoración de la prueba debe realizarse con arreglo a la normativa vigente al momento de su decreto y práctica.

FUENTE FORMAL: LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 40

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Aclaración de voto. Valoración probatoria / PRUEBAS - Pruebas trasladadas: Valor probatorio, no es procedente darle un valor residual

El artículo 185 del Código de Procedimiento Civil establece como requisito para valorar la prueba trasladada que en el proceso primigenio se hubiere practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella; y en el evento en que esto no ocurra, las partes expresamente deben dar su consentimiento para su valoración. Así las cosas, al no reunirse las condiciones de aplicación del precepto no es procedente, como señaló la mayoría, darle un valor probatorio "residual" no previsto en ese mandato legal.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Aclaración de voto. Valoración probatoria / PRUEBAS - Versiones libres e indagatorias: Valor probatorio

El artículo 185 del Código de Procedimiento Civil establece como requisito para valorar la prueba trasladada que en el proceso primigenio se hubiere practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella; y en el evento en que esto no ocurra, las partes expresamente deben dar su consentimiento para su valoración. Así las cosas, al no reunirse las condiciones de aplicación del precepto no es procedente, como señaló la mayoría, darle un valor probatorio "residual" no previsto en ese mandato legal.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Aclaración de voto. Valoración probatoria / PRUEBAS - Declaración extrajuicio: Valor probatorio

El artículo 299 del Código de Procedimiento Civil establece que los testimonios para fines no judiciales se rendirán exclusivamente ante notarios o alcaldes. Igualmente los que tengan fines judiciales y no se cite a la parte contraria, no obstante en estos casos, el interesado afirmará bajo juramento que sólo están

destinados a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autorice esta clase de prueba y sólo tendrá valor para dicho fin. Así las cosas, la declaración extra juicio sólo puede ser valorada como prueba sumaria si la ley lo autoriza, sin embargo para el caso particular de acreditar la relación de parentesco, la ley no lo autoriza expresamente.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Aclaración de voto. Valoración probatoria / PRUEBAS - Recortes de prensa: Valor probatorio, no puede valorarse como indicio contingente

De acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corporación, las publicaciones periodísticas sólo dan cuenta del registro de los hechos sin acreditar la existencia y veracidad de los mismos. Su eficacia depende exclusivamente de la conexidad y coincidencia con las demás pruebas que obren en el proceso. Por lo tanto, valorar los recortes de prensa como un “indicio contingente” que depende del grado de probabilidad de su causa o efecto, desconoce la limitada eficacia probatoria que les ha reconocido la jurisprudencia.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Aclaración de voto. Caducidad / CADUCIDAD - Debe operar, acto de lesa humanidad no es claro

Considero que no aplicar el término de caducidad consagrado en la norma en razón a que se estaba estudiando un “acto de lesa humanidad” que ni siquiera está claro si se encontraba acreditado o no y cuya naturaleza jurídica no se precisa, modifica la jurisprudencia de la Corporación relacionada con la caducidad de las acciones de reparación directa y debió ser estudiado por el Pleno de la Sección Tercera.

ACTO DE LESA HUMANIDAD - Concepto. No se ajusta a la categorización prescrita en el Estatuto de Roma

El artículo 7 del Estatuto de Roma prescribe que un crimen es de lesa humanidad cuando se comprueba un ataque a la población civil generalizado o sistemático, circunstancias que por supuesto no se presentaron en el caso estudiado. Quizás por ello, la mayoría alude a un “acto de lesa humanidad” categoría que no prevé el Estatuto de Roma, y por lo mismo su naturaleza jurídica y efectos en modo alguno pueden asimilarse a los de crimen de lesa humanidad.

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O PRINCIPIO DE RESTITUTIO IN INTEGRUM - Medidas de reparación no pecuniarias. Uso conforme a la magnitud de la situación o violación de derechos y no uso indiscriminado, evitar desnaturalizar las medidas de reparación no pecuniarias

Considero que el uso de estas medidas debe reservarse a situaciones que por su magnitud lo ameriten y, en todo caso, deben adoptarse en el marco de las competencias del juzgador. Su aplicación indiscriminada puede desnaturalizarlas en tanto que puede desembocar en un uso extendido, que les puede llegar a restar eficacia y contundencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

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

Radicación número: 85001-23-33-000-2013-00035-01(51388)

Actor: FANNY LOZANO MORENO Y OTROS

Demandado: NACION - EJERCITO NACIONAL Y OTROS

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (ACLARACION DE VOTO)

Temas: Prelación de fallo en casos de graves violaciones de derechos humanos – Fundamento jurídico. Valoración de pruebas – Se hace con arreglo a la ley vigente al momento de su decreto y práctica. Pruebas trasladadas – Deben reunirse los presupuestos del artículo 185 del C.P.C. Versiones libres e indagatorias – La exigencia de juramento del artículo 227 del C.P.C. no riñe con la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Declaraciones extra juicio – No sirven para acreditar parentesco ni siquiera como prueba sumaria porque la ley expresamente no lo autoriza. Recortes de prensa – La jurisprudencia de la Sala Plena no les da el carácter de indicio contingente. “Acto de lesa humanidad” – El término de caducidad de la acción de reparación directa debe respetar lo establecido en el artículo 136 del C.C.A. – No es asimilable a “crimen de lesa humanidad”. Medidas de reparación no pecuniarias – Su aplicación indiscriminada puede desnaturalizarlas.

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comparto la decisión que se adoptó en la providencia del 7 de septiembre de 2015, que condenó a la entidad demandada por la muerte del señor Andrés Fabián Garzón Lozano en hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007 en el municipio de Maní, Casanare, me permito aclarar el voto en relación con varias afirmaciones contenidas en la decisión.

1. El párrafo introductorio de la providencia objeto de esta aclaración, procedió a resolver los recursos de apelación contra la sentencia del 8 de mayo de 2014, con fundamento en que *“La Sala tiene en cuenta la prelación del presente caso, de conformidad con lo establecido por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, ya que se trata de un caso de grave violación de los derechos humanos”* (f. 1).

De acuerdo a lo establecido en el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009 las Salas de Subsección del Consejo de Estado pueden señalar la clase de procesos que deberán ser tramitados y fallados preferentemente, cuando sean casos de graves violaciones a los derechos humanos.

Sin embargo, en el asunto *sub examine* la Sala no adoptó una decisión en ese sentido con base en la norma estatutaria citada.

Por lo tanto, en mi criterio el fundamento deviene de la decisión de la Sección Tercera del 9 de diciembre de 2004, de la que la Sala ha entendido que en casos de graves violaciones a derechos humanos es posible fallar con prelación, circunstancia que valoró el ponente del fallo.

2. El proveído agregó que valoraría las pruebas a la luz del Código General del Proceso al indicar que: *“la Sala con fundamento en una comprensión convencional, constitucional, sistemática, garantista y contencioso administrativa, en la que se inspira la aplicación de los artículos 244 y 246 del Código General del Proceso (...) y en aras de garantizar la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, como premisa básica debe proceder a valorar [lo que no implica su constatación que será sometida al contraste bajo las reglas de la sana crítica con los demás medios probatorios que obran en el expediente para determinar la certeza, verosimilitud y credibilidad del contenido de cada documento] los documentos aportados en copia simple en este proceso”* (f. 26).

El artículo 40 de la Ley 153 de 1887 establece que las leyes sobre la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento que deben empezar a regir, sin embargo, la práctica de las pruebas se regirá por la ley vigente cuando fueron decretadas.

En ese entendido, el Código General del Proceso no es aplicable al *sub lite* pues la valoración de la prueba debe realizarse con arreglo a la normativa vigente al momento de su decreto y práctica.

3. La providencia objeto de esta aclaración desestimó las pruebas trasladadas al indicar que no estaban *“reunidos alguno de los supuestos de excepción, no dará valor probatorio a medios probatorios trasladados desde el proceso penal ordinario”* No obstante añadió: *“sin perjuicio de lo cual la Sala constata que*

examinados los mismos se valorarán como indicios, especialmente aquellos que establecen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que falleció violentamente Andrés Fabián Garzón Lozano, ya que pueden ser útiles, pertinentes y conducentes para determinar la vulneración de derechos humanos y las violaciones al derecho internacional humanitario o a otras normas convencionales que habrá que establecer con posterioridad, y para lo que es necesario tener en cuenta como indicio lo contenido en las mencionadas declaraciones, dando prevalencia a lo sustancial por sobre (sic) el excesivo rigorismo procesal' (f. 41 y 42).

El artículo 185 del Código de Procedimiento Civil establece como requisito para valorar la prueba trasladada que en el proceso primigenio se hubiere practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella; y en el evento en que esto no ocurra, las partes expresamente deben dar su consentimiento para su valoración.

Así las cosas, al no reunirse las condiciones de aplicación del precepto no es procedente, como señaló la mayoría, darle un valor probatorio "residual" no previsto en ese mandato legal.

4. La providencia valoró las versiones libres y las indagatorias con fundamento en *"la perspectiva convencional, y en atención a la vulneración de los derechos humanos y las violaciones del derecho internacional humanitario o a otras normas convencionales que pueden desvelarse en el presente proceso, la Sala de Subsección como juez de convencionalidad y sustentado en los artículos 1.1, 2, 8.1, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 29 y 229 de la Carta Política contrastará lo declarado en la indagatoria con los demás medios probatorios para determinar si se consolidan como necesarios los indicios que en ella se comprendan"* (f. 42).

El artículo 185 del Código de Procedimiento Civil establece como requisito para valorar la prueba trasladada que en el proceso primigenio se hubiere practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella; y en el evento en que esto no ocurra, las partes expresamente deben dar su consentimiento para su valoración.

Así las cosas, al no reunirse las condiciones de aplicación del precepto no es procedente, como señaló la mayoría, darle un valor probatorio “residual” no previsto en ese mandato legal.

5. La providencia valoró una declaración extra juicio para acreditar la relación de parentesco, en los siguientes términos: *“se aportó el acta de declaración juramentada con fines extraprocesales...como se allegó este medio probatorio que será apreciado por la Sala, es suficiente para establecer la relación de parentesco o de afinidad...con la víctima...razón para revocar en este aspecto la decisión del a quo de declarar probada la falta de legitimación en la causa por activa”* (f. 56 y 57)

El artículo 299 del Código de Procedimiento Civil establece que los testimonios para fines no judiciales se rendirán exclusivamente ante notarios o alcaldes. Igualmente los que tengan fines judiciales y no se cite a la parte contraria, no obstante en estos casos, el interesado afirmará bajo juramento que sólo están destinados a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autorice esta clase de prueba y sólo tendrá valor para dicho fin.

Así las cosas, la declaración extra juicio sólo puede ser valorada como prueba sumaria si la ley lo autoriza, sin embargo para el caso particular de acreditar la relación de parentesco, la ley no lo autoriza expresamente.

6. La sentencia parece dotar de cierta eficacia probatoria a los recortes de prensa al afirmar que: *“la Sala logra establecer reporte de prensa del diario ‘El Espectador’ de 13 de agosto de 2011 titulado ¿otro falso positivo? recoge hechos público (sic) y notorios, puede permitir corroborar aspectos relacionados con los hechos del caso, está completo y se conoce su fuente y fecha de publicación, por lo que se considera procedente, útil y pertinente su valoración, quedando su constatación sujeta al contraste con los demás medios probatorios”* (f. 50).

De acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corporación, las publicaciones periodísticas sólo dan cuenta del registro de los hechos sin acreditar la existencia y veracidad de los mismos²⁸³. Su eficacia depende exclusivamente de la conexidad y coincidencia con las demás pruebas que obren en el proceso.

²⁸³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de mayo de 2012, Rad. 2011-01378, M.P. Susana Buitrago Valencia

Por lo tanto, valorar los recortes de prensa como un “*indicio contingente*” que depende del grado de probabilidad de su causa o efecto, desconoce la limitada eficacia probatoria que les ha reconocido la jurisprudencia.

7. La providencia señaló que en los casos en que se configure un “acto de lesa humanidad” no opera el término de caducidad. El fundamento fue el siguiente: “*la Sala admite, entonces, que en los eventos en que se pretenda atribuir como un daño antijurídico indemnizable un hecho que se enmarca un supuesto de hecho configurativo de un acto de lesa humanidad, previa satisfacción de los requisitos para su configuración, no opera el término de caducidad de la acción de reparación directa, pues, se itera, existe una norma superior e inderogable reconocida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y refrendada en el contexto regional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que dispone expresamente que el paso del tiempo no genera consecuencia negativa alguna para acudir a la jurisdicción a solicitar la reparación integral de los daños generados por tales actos inhumanos*” (f. 74).

El término para formular pretensiones, en sede de reparación directa, de conformidad con el numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo es de 2 años, que se cuentan a partir del día siguiente a la ocurrencia del “*hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa*”, sin establecer excepción alguna.

Por lo tanto, considero que no aplicar el término de caducidad consagrado en la norma en razón a que se estaba estudiando un “acto de lesa humanidad” que ni siquiera está claro si se encontraba acreditado o no y cuya naturaleza jurídica no se precisa, modifica la jurisprudencia de la Corporación relacionada con la caducidad de las acciones de reparación directa y debió ser estudiado por el Pleno de la Sección Tercera.

8. El fallo adujo que la situación fáctica estudiada configuraba un “*acto de lesa humanidad*” al concluir que “*pueden constituir un acto de lesa humanidad de manera tal que el estudio tanto del daño antijurídico, como de la imputación y de la reparación se hará teniendo en cuenta esta naturaleza del acto que pudo haber sido desplegado por el Estado*” (f. 108).

El artículo 7 del Estatuto de Roma prescribe que un crimen es de lesa humanidad cuando se comprueba un ataque a la población civil generalizado o sistemático, circunstancias que por supuesto no se presentaron en el caso estudiado.

Quizás por ello, la mayoría alude a un “acto de lesa humanidad” categoría que no prevé el Estatuto de Roma, y por lo mismo su naturaleza jurídica y efectos en modo alguno pueden asimilarse a los de crimen de lesa humanidad.

9. Finalmente, la sentencia ordena a la entidad demandada el cumplimiento de varias medidas de reparación no pecuniarias que generan varios interrogantes:

¿Resulta pertinente en el ámbito interno señalar expresamente como suelen hacer los Tribunales Internacionales que la sentencia hace parte de la reparación integral cuando *per se* lo es, ya que sin un fallo estimatorio de las pretensiones no habría lugar a reparación alguna?

¿La difusión de la sentencia en los diferentes medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web hace parte de una verdadera “reparación integral”?

¿La realización de un acto público de petición de disculpas y reconocimiento a la memoria de la víctima, en el que se recuerdan hechos dolorosos y vergonzosos, no configuraría -sin proponérselo claro está- una medida de “revictimización”?

¿Tendrá sentido práctico que el acto público de reconocimiento de responsabilidad esté a cargo de funcionarios que no tuvieron conocimiento ni estuvieron relacionados con los hechos por los cuales fue condenada la entidad?

¿Es una real garantía de no repetición la difusión de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Convención de Naciones Unidas sobre desaparición forzada y tortura entre los Comandos, Batallones, Unidades y Patrullas Militares, cuando el artículo 222 de la Constitución Política impone por vía general el deber de impartir la enseñanza de los fundamentos de la democracia y de los derechos humanos en los estudios de formación de los miembros de la fuerza pública? Y por lo mismo, ¿obligar a estudiar esta sentencia en todos los cursos de formación y ascenso del Ejército Nacional hace parte de una genuina “reparación integral”?

¿Remitir la providencia y el expediente a la Fiscalía General de la Nación para que continúe con las investigaciones penales a que haya lugar y se pronuncie sobre si el caso merece la priorización en su trámite, hace parte de una “reparación integral”, cuando el artículo 67 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) establece la obligación para los funcionarios públicos de remitir las diligencias que consideren constitutivas de algún tipo penal a las autoridades correspondientes?

¿Remitir copia del expediente a la Procuraduría General de la Nación para que inicie las investigaciones disciplinarias, constituye una medida de “reparación integral”, cuando el artículo 70 del Código Único Disciplinario (Ley 734 de 2002) prevé la obligación para los jueces de remitir las diligencias que consideren constitutivas de alguna falta disciplinaria a las autoridades correspondientes?

¿Es procedente ordenar que se incluya a los familiares de la víctima en los procedimientos de la Ley 1448 de 2011, cuando su artículo 132 regula la indemnización por vía administrativa y en esta jurisdicción ya se ordenó el pago de una condena?

¿Poner en conocimiento la sentencia para que la tengan en cuenta organismos internacionales (como la Relatoría Especial de las Naciones Unidas, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional y la Comisión Interamericana de Derecho Humanos) no interfiere la competencia del Presidente de la República, como Jefe de Estado, en cuanto sólo a él compete dirigir las relaciones internacionales, de acuerdo al artículo 189 numeral 2 de la Constitución Política?

¿El incumplimiento en la entrega de los informes relacionados con el acatamiento de las medidas de “justicia restaurativa”, configura una falta disciplinaria de conocimiento de la Procuraduría General de la Nación?

¿Se midió el impacto fiscal que entrañarían las “medidas de justicia restaurativa” aquí adoptadas?

Considero que el uso de estas medidas debe reservarse a situaciones que por su magnitud lo ameriten y, en todo caso, deben adoptarse en el marco de las

competencias del juzgador. Su aplicación indiscriminada puede desnaturalizarlas en tanto que puede desembocar en un uso extendido, que les puede llegar a restar eficacia y contundencia.

En este sentido dejo presentada esta aclaración de voto.

Fecha *ut supra*.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado