



720

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué, veintiocho (28) de abril de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: Reparación Directa
Demandantes: Jorge David Tole Toledo y Otros
Demandados: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional
Radicación: 73001-33-33-003-2016-00423-00

ASUNTO

Procede el Despacho a emitir la sentencia que en derecho corresponda, teniendo en cuenta que conforme la constancia secretarial que precede, el termino para alegar de conclusión se encuentra vencido; así las cosas, se procede a consignar por escrito las consideraciones fácticas y jurídicas que sustentan la sentencia.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

Los demandantes **Luis Enrique Tole, María Polonia Toledo Olmos, Jorge David Tole Toledo, Rubén Darío Tole Toledo, Daisy Tole Toledo, Gladys Tole Toledo, Leonor Tole Toledo, Rosalba Tole Toledo y Luis Alberto Tole Montoya** actuando por intermedio de apoderado judicial, formulan demanda en contra de la **Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional**, para reclamar el resarcimiento de los presuntos perjuicios materiales, morales y de daño a la vida en relación ocasionados a causa del fallecimiento del señor **Leonardo Tole Toledo** (q.e.p.d.) como presunta víctima de ejecución extrajudicial con la participación de paramilitares.

2. HECHOS

Como sustento fáctico relevante, se dice que el 17 de abril de 2002, desaparecieron en el municipio de Lérica – Tolima, los hermanos Leonardo y Guillermo Tole Toledo; y una vez instaurada la noticia criminal, la Fiscalía 31 de la Unidad Seccional de Fiscalías adelantó la investigación N° 181388-31 por el delito de *desaparición forzada* de los hermanos *Tole Toledo*, pero con posterioridad se inhibió de continuar con la investigación el despacho segundo de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación.

Arguye la parte actora que dentro de dicha investigación, Ramón María Isaza Arango, Walter Ochoa Guisao, Klein Jair Mazo Isaza y José David Velandia Ramírez, señalaron y confesaron los delitos de homicidio en persona protegida y desaparición forzada *agravada* cometida en contra de los ciudadanos Guillermo y Leonardo Tole Toledo.

Afirma que los hermanos Guillermo y Leonardo Tole Toledo fueron reportados por el Batallón Patriotas de Honda, como dos guerrilleros N.N. muertos durante

enfrentamientos, según pruebas existentes en el Juzgado 80 Penal Militar de Honda-Tolima, pero que luego se estableció la ocurrencia de un llamado falso positivo, presentándolos primero como N.N. y luego como subversivos de los Bolcheviques de Líbano, muertos en combate el 18 de abril de 2002, un día después de su desaparición.

Manifiesta la parte actora que si bien no se conoce en detalle lo que pasó con las víctimas entre el 17 y 18 de abril de 2002, lo cierto es que fueron retenidos por los paramilitares, pero reportados por el Ejército como subversivos muertos en combate en la vereda Tarapacá, jurisdicción del municipio de Líbano.

Que tales hechos fueron materia de investigación de la Unidad Especializada de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Fiscalía Cuarta Especializada declarando el 29 de agosto de 2014 abierta la etapa de instrucción contra Ramón María Isaza Arango, Walter Ochoa Guisao o Walter Ignacio Lastra García, José David Velandia Ramírez, Klein Yair Mazo Isaza y a los integrantes del ejército Nacional, Germán Varón Pulido, Aureliano Tique Gutiérrez, Marbel González Acosta, Luis Arley Briceño Ayala y Alejandro Herrera Carvajal.

Indica que el 21 de octubre de 2014 se hizo el registro de defunción de Leonardo Tole Toledo, a pesar de no haberse encontrado físicamente a la víctima.

Expresa que los hermanos *Tole Toledo* fueron presentados como guerrilleros dados de baja, cuando en realidad eran personas que jamás pertenecieron a grupo alguno al margen de la ley y aún así, las FF.MM. los presentaron como guerrilleros.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término concedido para ello, la Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, haciendo la manifestación respectiva frente a los hechos de la demanda y proponiendo las excepciones de ***Culpa exclusiva y determinante de la víctima, y Legítima defensa de los miembros de la fuerza pública***, como fundamentos a la oposición frente a la prosperidad de las pretensiones.

Afirmó que los hechos ocurridos el 18 de abril de 2002, siendo aproximadamente las 7:30 a.m., se debieron a una operación que se efectuaba por parte de las tropas contraguerrilla *BISONTE-2 orgánica del batallón de infantería N°16 "patritas"*, en donde, en la vereda Tarapacá, jurisdicción del Líbano, fueron atacados por aproximadamente 10 guerrilleros pertenecientes al frente Bolcheviques del Líbano del ELN, con el empleo de armas de fuego de corto y largo alcance, granadas de mano, explosivos no convencionales y que por dicha razón, el batallón debió contraatacar durante 30 minutos aproximadamente, arrojando como resultado dos guerrilleros de sexo masculino sin identificar.

Conforme a lo anterior, dijo que la operación militar efectuada tiene pleno sustento en estudios de inteligencia, por lo que no se trató de una situación aislada y sin ningún tipo de control, siendo una operación planeada estratégicamente y que tenía como fin ejercer control militar de área.

221

Concluyó afirmando que las tropas del Ejército estaban en pleno desarrollo de la operación cuando se encuentran con “*bandidos*” que inmediatamente toman una actitud agresiva al tener conocimiento que se trataba del Ejército Nacional, generando una situación hostil por parte de los individuos, poniendo en riesgo la integridad de los uniformados, no teniendo otra opción más que responder al ataque en donde pierde la vida Leonardo Tole Toledo.

4. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 05 de septiembre de 2016, admitida por el Juzgado a través de auto fechado 20 de septiembre de 2016, disponiendo lo de Ley (Fol. 126). Vencido el término para contestar la demanda, mediante auto del 14 de julio de 2017 se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (Fol. 181), la cual fue aplazada mediante auto del 05 de diciembre de 2017 fijando nueva fecha el 03 de abril de 2018, llevándose a cabo en la fecha señalada, en la cual se realizó el saneamiento del proceso, se analizaron los requisitos de procedibilidad, se fijó el litigio, se evacuó el trámite correspondiente a las posibles fórmulas de conciliación, sin que las partes llegaran a un acuerdo y se decretaron pruebas (Fol. 186-189).

Teniendo en cuenta que las únicas pruebas por recaudar eran documentales, se ordenó que una vez recaudadas las mismas, se corriera traslado a las partes y de no existir oposición, se corriera traslado por escrito para la presentación de alegatos. Así las cosas, mediante auto del 08 de octubre de 2018 se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes (Fol. 203), conforme lo dispone el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante:

Dentro del término concedido para el efecto, el apoderado judicial de la parte demandante (fl. 204-218) presentó escrito de alegatos de conclusión en los que indicó que no solo se trató de una falla del servicio por parte del Ejército Nacional, sino también de una flagrante violación a cualquier normatividad que proteja derechos humanos, por lo anterior, se ratificó en sus pretensiones y los hechos, agregando que de conformidad a las pruebas allegadas, la denominada operación “*mercurio*” en donde se dio de baja a los señores Tole Toledo, catalogados como N.N., no fue una simple coincidencia y por el contrario, respaldado de las declaraciones dadas por los miembros de la AUC, se debe concluir que se trató de los mal llamados “*falsos positivos*”.

Finalmente, luego de hacer un recuento probatorio, establece la posibilidad de enmarcar el presente proceso ya sea en una falla del servicio probada o en un régimen de riesgo excepcional, solicitando al despacho declare la responsabilidad de la accionada y se accedan a las peticiones.

Parte demandada:

Guardó silencio, tal y como se evidencia en constancia secretarial obrante a folio 219 del expediente.

Así las cosas, al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia conforme a las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente este despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 6º y 156 numeral 6º *ibidem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Se concentra en determinar si la Nación – Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional es administrativa y patrimonialmente responsable por la muerte del señor Leonardo Tole Toledo ocurrida presuntamente el 18 de abril de 2002, cuando fue presentado por la tropa de contraguerrilla *BISONTE-2 orgánica del batallón de infantería N°16 "patriotas"* como un guerrillero dado de baja en combate y perteneciente al grupo *Bolcheviques* del ELN.

3. ASUNTO PREVIO (De la caducidad)

Según lo previsto en el artículo 164 del C.P.A.C.A., el medio de control de reparación directa tiene un término de caducidad de dos años, contados desde el día siguiente a la ocurrencia u omisión del que causare el daño o; desde que el demandante tuvo o debió tener conocimiento del hecho siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

Ahora bien, también agrega el referido artículo que, en caso de desaparición forzada, dicho término comenzará a contar desde la fecha de aparición de la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal.

Cuando se trata de actos de lesa humanidad, se venía sosteniendo por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado una excepción al término de caducidad arriba señalado, dado que la gravedad y magnitud de los hechos y la afectación a la dignidad humana que provocan, trascienden de un interés particular o subjetivo de reparación o indemnización de los perjuicios ocasionados, porque afectan a toda la humanidad y por ende, el paso del tiempo no puede generar consecuencias desfavorables para el interés público que también se persigue. Al respecto se pueden consultar por ejemplo de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el auto de 17 de septiembre de 2013, exp. 45092 y la sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 35413).

22

Sin embargo, la sección Tercera del Consejo de Estado para el año 2020¹, unifica su criterio y fija reglas en relación con la caducidad de las pretensiones con ocasión a los delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y cualquier otro asunto en el que se pueda solicitar la declaratoria de responsabilidad del Estado, bajo las siguientes premisas: *i) en tales eventos resulta exigible el término para demandar establecido por el legislador; ii) este plazo, salvo el caso de la desaparición forzada, que tiene regulación legal expresa, se computa desde cuando los afectados conocieron o debieron conocer la participación por acción u omisión del Estado y advirtieron la posibilidad de imputarle responsabilidad patrimonial, y iii) el término pertinente no se aplica cuando se observan situaciones que hubiesen impedido materialmente el ejercicio del derecho de acción y, una vez superadas, empezará a correr el plazo de ley.*

Lo anterior obliga a abordar el estudio de la caducidad, de cara al cambio jurisprudencial que se dio en el curso del proceso, para honrar el principio de transparencia.

En el caso en concreto, se tiene que el señor Leonardo Tole Toledo desapareció el 17 de abril de 2002 y se tuvo como tal durante varios años, pese a tener indicios de su muerte, solo se puede tener como fecha cierta del fallecimiento el día 25 de junio de 2012, de conformidad con el *informe investigador de laboratorio FPJ-13 verificación de identidad*, visible a folios 66 a 68 del cuaderno de pruebas, en donde, se concluyó con certeza de acuerdo a la confrontación dactilar, que uno de los N.N. masculinos presentados el 18 de abril de 2002 como bajas de combate, correspondía a este.

Ahora bien, con base en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del año 2020 anteriormente citada, el término de caducidad comenzaría a contar desde dicha fecha cierta, es decir, desde el 25 de junio de 2012, teniendo como límite perentorio para incoar el medio de control el 25 de junio de 2014 y según acta de reparto, la demanda se presentó sólo hasta el 05 de septiembre de 2016, lo que aparentemente llevaría a concluir que hay caducidad del medio de control.

Si bien el Despacho es respetuoso de las decisiones tomadas por el órgano de cierre de la jurisdicción, tal apego no es absoluto y puede tener excepciones. siempre y cuando, según sentencia T-794 de 2011 de la Corte Constitucional: *(i) [se] haga referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia); y (ii) [se] ofrezca una carga argumentativa seria mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía.*

Dicha corporación agrega además que la contra-argumentación debe explicar razones ya sea por: *(i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas*

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 2020. Radicación: 85001-33-33-002-2014-00144-01. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial.

Conforme a lo anterior, este Despacho encuentra discrepancia con las interpretaciones normativas realizadas por el Consejo de Estado en su jurisprudencia de unificación, al equiparar la caducidad en materia de reparación de víctimas en la jurisdicción contenciosa administrativa con la imprescriptibilidad penal, la cual fue base para la toma de su decisión.

En el tema de reparación de víctimas, en aras de cumplir con las premisas de verdad, justicia y reparación, no se puede desconocer el bloque de constitucionalidad adoptado por Colombia y que bien venía reconociendo el Consejo de Estado. Por lo anterior, en virtud del artículo 93 constitucional, los derechos y deberes deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el país, por lo tanto, dichas disposiciones tienen jerarquía constitucional.

Por lo anterior, tiene plena vigencia y carácter vinculante las normas como la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, así mismo la Jurisprudencia de las Cortes Internacionales de Derechos humanos, como sus recomendaciones.

En el marco de los derechos de las víctimas, cuyas violaciones se cometieron en razón del conflicto armado interno, se tiene como deber del Estado investigar las conductas punibles, juzgarlas, sancionarlas y **repararlas** dentro del escenario del DIH, deber que se extiende al núcleo familiar y la sociedad, lo que acarrea analizar una multiplicidad de daños, los cuales deben ser reparados no solo monetariamente, sino con medidas de restitución, satisfacción, rehabilitación y garantía de no repetición, permitiendo una reparación integral².

Los delitos cometidos en el marco del conflicto, como los homicidios en persona protegida o ejecuciones extrajudiciales, son conductas calificadas como una infracción al *Derecho Internacional Humanitario* y el *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, siendo un delito de lesa humanidad, los cuales no pueden equipararse con otras conductas "comunes o Generales".

En relación con el acceso a la administración de justicia, "*el derecho internacional indica que la legislación interna debe establecer un recurso judicial efectivo en garantía del derecho de las víctimas a la justicia, lo cual implica el deber de darles a conocer los mecanismos disponibles para reclamar sus derechos, tomar medidas de protección de tal forma que se garantice su seguridad y utilizar los medios*

² Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder (ONU, 1993); los Principios relativos a la impunidad (ONU, 1997); El derecho a la restitución, indemnización, rehabilitación de las víctimas de violaciones graves a las normas de DDHH y DIH (ONU, 2000); los Principios para la lucha contra la impunidad (ONU, 2005); el artículo 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos; el artículo 90 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el párrafo 5 del artículo 5º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales relativas al derecho efectivo a obtener reparación; y la copiosa jurisprudencia de los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos.

juridicos adecuados para que ellas puedan iniciar las acciones pertinentes y presentar demandas de reparación.”³

Este Despacho considera que el término de caducidad fijado de forma reciente por la Sección Tercera del Consejo de Estado para este medio de control, constituye una verdadera e injusta barrera para el acceso de las víctimas a la administración de justicia, agravando incluso más su condición, haciendo caso a un ritual meramente de formalidad procesal que desconoce el bloque de constitucionalidad, con un argumento que equipara este medio de control a la acción penal que nada tiene que ver con el estudio judicial de la responsabilidad estatal, pues aquí no está en juego la libertad de una persona, sino controlar la actividad estatal y lograr la reparación de las víctimas ante las graves faltas cometidas por los agentes estatales.

Así las cosas, en atención al bloque de constitucionalidad y al tratamiento especial que se le debe dar a los delitos considerados como de lesa humanidad, el Despacho debe flexibilizar el régimen de vigencia de la acción contenciosa, por lo que indicará que no ha operado el fenómeno de la caducidad del presente medio de control.

Si los anteriores argumentos no fueren aceptados o se consideraren insuficientes, habría de señalarse también para arribar a la misma conclusión, que aún haciendo el estudio bajo los criterios fijados por el órgano de cierre en la reciente sentencia que se ha venido citando, en el caso concreto el día en que se inscribió el registro de defunción del señor Tole Toledo, es decir el 21 de octubre de 2014 (Fol 6) y no antes, es la fecha que podría tomarse como punto de partida para el conteo de la caducidad, ya que nunca se encontraron sus restos mortales y por ende, fue solo con la orden dada mediante el oficio 31505 de 2014 que pudo registrarse la muerte y dotar de certeza a su familia ahora demandante, acerca del fallecimiento cuya responsabilidad se le adjudica a la parte demandada. Así las cosas, la fecha límite para iniciar la acción sería el 21 de octubre de 2016 y como la demanda se presentó el día 5 de septiembre de 2016, sin necesidad si quiera de estudiar la interrupción del término con la solicitud de conciliación extrajudicial, debe señalarse que no alcanzó a operar el fenómeno de la caducidad.

3. MARCO JURÍDICO

3.1. Responsabilidad patrimonial del Estado

Existe una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, cuyo fundamento constitucional está consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, que preceptúa: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”*, lo cual supone la responsabilidad de cualquier autoridad pública, no solo por el actuar antijurídico de sus agentes, sino también por sus acciones lícitas que aunque estén encaminadas a la satisfacción de los fines

³ Corte Constitucional, sentencia C-160 de 2014

esenciales del estado, devienen en antijurídicas, cuando imponen a los coasociados, una carga que no están en el deber jurídico de soportar.

Bajo este entendido, para que exista responsabilidad del Estado se requiere de la concurrencia de varios elementos, a saber: (i) el daño antijurídico, (ii) la imputabilidad jurídica y fáctica del daño a un órgano del Estado y, (iii) el nexo causal entre el daño y el hecho de la administración.

A partir de la disposición constitucional trascrita, la jurisprudencia y la doctrina contencioso administrativa han desarrollado distintos regímenes de responsabilidad imputables al Estado, como (i) el subjetivo, que se basa en la teoría de la falla del servicio y (ii) el objetivo, que obedece a diferentes situaciones en las cuales la entidad estatal está llamada a responder, por un lado, con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, caso en el cual se habla del régimen del riesgo excepcional, y por otro, debido a la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, caso en el cual estamos en presencia del régimen del daño especial, por ende, corresponde determinar en cada caso, el régimen de responsabilidad aplicable.

3.2. De la responsabilidad patrimonial del Estado en crímenes de lesa humanidad

Siendo el derecho a la vida una de las máximas garantías del Estado, en donde su vulneración está expresamente prohibida en toda circunstancia, como lo establece el artículo 11 constitucional, artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴, el artículo 6.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁵, el artículo 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁶ y el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷.

Bajo esta normatividad, aquellas ejecuciones extrajudiciales realizadas en el marco del conflicto armado, y que son pasadas como "*falsas victorias militares*", han sido catalogadas como delitos de lesa humanidad⁸, pues se trata de un ataque sistemático y a gran escala contra la población civil.

El Consejo de Estado ha reconocido la existencia de estas ejecuciones e identificó elementos comunes en el *modus operandi*, tales como "(i) la presencia de un enlace militar horas antes de la desaparición; (ii) ausencia de antecedentes penales de la víctima; (iii) traslado de su lugar de residencia a otra ciudad; (iv) calificación como guerrillero; (v) decomiso de supuesto armamento empleado en un combate; (vi) acoso y amenazas contra los familiares; (vii) entierro del fallecido como N.N.; (viii) una indebida necropsia; y (ix) evidentes contradicciones en los relatos de los soldados y oficiales que participaron en los hechos".⁹

⁴ Artículo 3 Declaración Universal de los Derechos Humanos. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente (...).

⁵ Artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente (...).

⁶ Artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

⁷ Artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente (...).

⁸ Informe del año 2007, en Informe intermedio de la fiscalía de la CPI, párr. 106, p. 35.

⁹ Consejo de Estado, fallo de tutela T-112 de febrero de 2015, C.P. Alberto Yula, Bal. 1er.

En este sentido, el Consejo de Estado ha establecido que las ejecuciones extrajudiciales entendidas estas como privaciones arbitrarias de la vida por parte de una autoridad o agente estatal, con su complicidad o aquiescencia y al margen de un proceso judicial o en circunstancias que no configuran legítima defensa, se encuentran proscritas. Al respecto se ha sostenido¹⁰:

“Una ejecución extrajudicial es un homicidio ilegítimo y deliberado perpetrado u ordenado por alguna autoridad, sea nacional, estatal o local, o llevado a cabo con su aquiescencia.

(...)

Su carácter extrajudicial es lo que la distingue de: [i] un homicidio justificado en defensa propia, [ii] una muerte causada por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que han empleado la fuerza con arreglo a las normas internacionales, [iii] un homicidio en una situación de conflicto armado que no esté prohibido por el derecho internacional humanitario.

En un conflicto armado, aun cuando éste no sea internacional, tanto los soldados y agentes armados de un Estado como los combatientes de grupos políticos armados tienen prohibido llevar a cabo ejecuciones arbitrarias y sumarias.

(...)

En lo referente al homicidio perpetrado por agentes del Estado colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, es de precisar que esta conducta se identifica con lo que en el derecho internacional de los derechos humanos recibe el nombre de ejecución extrajudicial. Hay ejecución extrajudicial cuando individuos cuya actuación compromete la responsabilidad internacional del Estado matan a una persona en acto que representa los rasgos característicos de una privación ilegítima de la vida. Por lo tanto, para que con rigor pueda hablarse de este crimen internacional la muerte de la víctima ha de ser deliberada e injustificada. // La ejecución extrajudicial debe distinguirse, pues, de los homicidios cometidos por los servidores públicos que mataron: / a. Por imprudencia, impericia, negligencia o violación del reglamento. // b. En legítima defensa. // c. En combate dentro de un conflicto armado. // d. Al hacer uso racional, necesario y proporcionado de la fuerza como encargados de hacer cumplir la ley¹¹”.

Cabe anotar que el Derecho Internacional Humanitario rige en Colombia, dado que la Ley 5 de 1960 aprobó los cuatro Convenios de Ginebra 1949, del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1977 y la Ley 171 de 1994 el Protocolo II Adicional a los mismos Convenios. Teniendo en cuenta lo anterior, se prohíbe de manera expresa la suspensión de los derechos y garantías fundamentales, siendo el DIH una norma de interpretación complementaria a la normatividad convencional, lo que no da un permiso o autorización del uso de fuerza letal, por lo tanto, los asociados tienen derecho a la vida y a un debido proceso, sin ninguna distinción.

¹⁰ Ver también sentencia de 30 de noviembre de 2017, Sección Tercera Subsección B, exp. (54397). C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹¹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, intervención en el “Conversatorio sobre justicia penal militar organizado por el Comité Institucional de derechos humanos y derecho internacional humanitario”, celebrado en Medellín el 14 de septiembre de 2005.

4. HECHOS PROBADOS

El Despacho, atendiendo a lo manifestado por el Consejo de Estado cuando ha precisado que en casos de graves violaciones a los derechos humanos¹², como las ejecuciones extrajudiciales, realizará un ejercicio de flexibilización de los estándares probatorios, dada la dificultad de recaudar la prueba por las circunstancias en que ocurren.

De acuerdo con las piezas procesales allegadas, las cuales forman parte del correspondiente proceso penal, se puede precisar por parte del Despacho que se encuentran probados los siguientes hechos:

- Que el 17 de abril de 2002 en horas de la tarde, el señor Leonardo Tole Toledo, residente en el municipio de Lérída Tolima, salió de su hogar en compañía de su hermano Guillermo Tole Toledo, en un margen de tiempo de 3:00 p.m. a 4:00 p.m., en una moto de placas KFW 34A. (Fis. 57-62 cuaderno principal, 29-39, 62-68, 148-151).
- Que el día 17 de abril de 2002, sus familiares se percataron de la desaparición, por lo cual iniciaron su búsqueda dentro del municipio, pero fueron amenazados para no poner en conocimiento de las autoridades los hechos acaecidos (Fis. 57-62 cuaderno principal, 29-39, 62-68, 148-151).
- Que tropas de contraguerrilla BISONTE-2 del batallón de Infantería N°16 "Patriotas" al mando del Sargento Segundo Germán Barón Pulido en desarrollo de la denominada operación "Mercurio", el 18 de abril de 2002 reportaron ante la Fiscalía 32 seccional de turno del municipio de Honda, que sobre las 07:30 a.m., mientras se efectuaban operaciones de registro y control militar en el área de la vereda Tarapacá jurisdicción del municipio del Líbano, fueron sorpresivamente atacados por un grupo de aproximadamente 10 guerrilleros pertenecientes al frente Bolcheviques del Líbano del ELN, con el empleo de armas de corto y largo alcance, granadas de mano, con una duración de la confrontación de aproximadamente 30 minutos (fls. 34-54 C Principal).
- Que de la presunta confrontación, el batallón registró el abatimiento de dos personas de sexo masculino sin identificar, los cuales vestían camuflados y botas de caucho y afirmando que eran pertenecientes a dicho grupo armado, los reportó como resultados de combate (fls. 34-54 C Principal).

¹² Al respecto, pueden consultarse las sentencias sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, cuyas decisiones se han basado esencialmente en indicios, por ejemplo, los fallos de 1 de junio de 2017, Exp. 51623; 24 de mayo de 2017, Exp. 49358; 23 de marzo de 2017, Exp. 50941; 14 de julio de 2016, Exp. 35029; 5 de abril de 2016, Exp. 24984; 26 de junio de 2015, Exp. 34749; 26 de junio de 2014, Exp. 24724; 11 de septiembre del 2013, Exp. 20601; 13 de marzo del 2013, Exp. 21359; 29 de marzo del 2012, Exp. 21380; 11 de febrero de 2009, Rad. 16641 y 9 de julio de 2005, Exp. 15129.

- Que dentro de la misma operación se reportaron materiales incautados a los fallecidos, como granadas de mano, revolver, cartuchos, mina antipersonal, entre otros (fls. 34-54 C. Principal).
- Que según inspección judicial y levantamiento de cadáver N° 095 y 096 fechadas del 18 de abril de 2002, con hora de 2:00 y 3:00 p.m. respectivamente, el levantamiento de los cuerpos no se hizo en el lugar de los hechos en Tarapacá, vía convenio de la jurisdicción del Líbano, sino en el Batallón Patriotas de Honda, es decir, no se tuvo acceso por parte del cuerpo investigativo al sitio del lugar de los hechos para realizar las correspondientes labores investigativas, embalajes y demás (fls. 42-64 C. Pruebas).
- Que de dichas inspecciones también se pudo establecer que la muerte de los dos reportados como N.N., ocurrió de manera violenta, con múltiples disparos en sus cuerpos, catalogándose como homicidio.
- Que de múltiples declaraciones, incluidas las de los familiares del señor Tole Toledo y las versiones libres dadas por integrantes del grupo paramilitar como Ramón María Isaza, Walter Ochoa Guisao, Klein Jair Mazo Isaza y José David Velandia Ramírez en el año 2012 (fls 16-20), para el 17 de abril de 2002, en la zona del municipio del Líbano, operaban las AUC.
- Se puede establecer, mediante indicios, que la desaparición de los hermanos Tole Toledo ocurrida el 17 de abril de 2002, fue a manos de los “paramilitares” que operaban en la zona, pues como lo dicen múltiples declaraciones dadas por los familiares de las víctimas, los hermanos fueron vistos siendo subidos por alias “cuñao” a una de las camionetas de este grupo insurgente, junto con la moto en la cual se movilizaban.
- El anterior hecho encuentra respaldo en la declaración dada por Klein Jair Mazo Isaza en el año 2012, en la que manifestó que alias “cuñao” por la fecha, llevaba a dos personas en la camioneta, manifestando que eran dos milicianos que había cogido para interrogarlos (fl 18C Pruebas).
- Se pudo establecer que los hermanos Tole Toledo, son los dos N.N. presentados por el Ejército como bajas exitosas en el combate del 18 de abril de 2002, según identificación de dactiloscopia fechada del 25 de junio de 2012, de conformidad con la confrontación de las tarjetas decadactilares de la Registraduría Nacional del Estado Civil con la necrodactilia aportada de los levantamientos de cadáver realizados el 18 de abril de 2002.
- Que a la fecha, los familiares no han encontrado los restos del señor Leonardo Tole Toledo, pero sin lugar a equívocos está demostrada su muerte, la cual fue inscrita según registro de defunción, el 21 de octubre de 2014.
- Si bien no se tiene certeza sobre los hechos en los cuales ocurrió la muerte de Leonardo Tole Toledo, según los indicios se puede establecer que el grupo

paramilitar que operaba para la época en la zona, fue quien retuvo al occiso, al parecer y vergonzosamente, actuando en conjunto con el batallón de Infantería No. 16 "Patriotas", pues éstos son quienes lo reportan como baja en combate, atribuyéndose su muerte, haciéndolo pasar por guerrillero.

- Se tiene además que el señor Leonardo Tole Toledo no era perteneciente a ningún grupo armado al margen de la ley, por el contrario, según las versiones de sus familiares y las declaraciones extrajudicio aportadas al proceso penal, el mismo era un hombre honesto, humilde y trabajador, que se desempeñaba en oficios varios y tenía una "caseta", junto a su hermano Guillermo también fallecido en esos hechos (fls 145-146 C Pruebas).
- Reposa en el expediente, cuaderno de pruebas del demandado a folios 13 a 24 la denominada Operación "Mercurio" del Batallón de Infantería No 16 "Patriotas", con fecha de marzo de 2002, en donde se indicó de la existencia de grupos al margen de la ley, que incurrieran en retenes ilegales u otras modalidades de delitos, por ello, su plan de ejecución, según consta en documento, era una operación ofensiva basada en la sorpresa, rapidez, masa y seguridad, para mantener la ventaja y superioridad sobre el enemigo. Continúa diciendo el documento, que se realizarían maniobras de emboscada y golpe de mano, mediante técnica de avance por saltos vigilados para el cruce de los puntos críticos.
- Que en el documento denominado Lección Aprendida No. 07, con fecha del 08 de mayo de 2002, se establece que el pelotón BISONTE 2, el 18 de abril de 2002 siendo las 06:00 horas, recibió información que sobre el sitio denominado Tarapacá, municipio del Líbano, miembros de la cuadrilla Bolcheviques del ELN estaban efectuando retención ilegal de vehículos y pintando carros con letreros alusivos a dicha organización (fl 21 C Pruebas Demandante).
- Conforme a dicha presunta información recibida, se ordenó por parte del comandante de BISONTE 2 tomar las medidas de seguridad y organizó en cuatro grupos para iniciar el desplazamiento, grupo de asalto, de apoyo, seguridad y un grupo de reserva; narrando luego, que supuestamente comenzaron infiltración diurna hacia el objetivo y que siendo las 07:30 horas, entraron en contacto armado con los "terroristas" del ELN que se encontraban efectuando retención ilegal de vehículos, afirmando que el combate duró aproximadamente 10 minutos y que se dio de baja a dos integrantes del grupo guerrillero y se incautó material de guerra.

5. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD EN EL CASO CONCRETO.

Luego de realizar las anteriores precisiones normativas y jurisprudenciales sobre el tema y de enlistar los hechos jurídicamente relevantes probados, es hora de analizar si en el presente caso están acreditados los presupuestos para imputar responsabilidad al Estado, para lo cual conforme lo señala el artículo 90 de la

226

Constitución Política de 1991, se requiere de la concurrencia de varios elementos a saber: (i) el daño antijurídico sufrido por el extremo demandante, (ii) la imputabilidad jurídica y fáctica del mismo al Estado, en virtud de alguno de los regímenes tradicionalmente manejados por la jurisprudencia y, (iii) el nexo causal entre el daño y la actuación u omisión de la administración.

5.1. ACREDITACIÓN DEL DAÑO

El Consejo de Estado define el daño antijurídico como *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”*, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que *“el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”*¹³. Igualmente ha indicado que dicho daño tiene como características *que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable*¹⁴, *anormal*¹⁵ y *que se trate de una situación jurídicamente protegida*¹⁶.

A su vez, la Corte 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”¹⁷.

En el caso concreto se logró establecer que el señor Leonardo Tole Toledo fue retenido el 17 de abril de 2002 por grupos paramilitares que operaban en el municipio del Líbano y reportado como N.N. muerto en combate como baja guerrillera el 18 de abril de 2002 por *el Batallón de Infantería No. 16 “Patriotas”*, siendo en realidad un simple civil. A la fecha, los familiares del occiso no han encontrado sus restos y solo tuvieron certeza de la muerte varios años después.

Por lo anterior, el despacho encuentra acreditado el daño, el cual las víctimas no tenían la obligación de soportar y la muerte del señor Leonardo Tole Toledo (q.e.p.d.) no se encuentra de ninguna manera justificado ante el derecho colombiano ni el Derecho Internacional Humanitario.

Así las cosas, el daño antijurídico se concreta con el homicidio en persona protegida del señor Leonardo Tole Toledo (q.e.p.d.), por lo tanto, a continuación se estudiará si el mismo le es imputable a la entidad demandada, por acción u omisión.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá. D.C. nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012). Radicación número: 68001-23-15-000-1997-03572-01(22366).

¹⁴ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

¹⁵ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

¹⁶ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que *“la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere”*. DíEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p. 298.

5.2. IMPUTACIÓN DEL DAÑO

En cuanto a la falla del servicio, es atribuible una responsabilidad desde el ámbito subjetivo, cuando se demuestra el empleo de fuerza letal de manera desproporcionada, excesiva o ilegítima, si se actuó en contra de los reglamentos o se omitió un deber legal que era exigible a la entidad.

Respecto a la responsabilidad del Estado en los casos de ejecuciones extrajudiciales y homicidios en personas protegidas, el Consejo de Estado ha puesto de presente la existencia de una falla sistemática y estructural de violaciones graves a Derechos Humanos, por lo tanto, se imputa una falla en el servicio por omisión en el deber de ejercer control sobre el comportamiento y actuar de su personal.¹⁸

Así las cosas, este Despacho concluye desde ya, que en el presente caso no se encuentra demostrada la existencia de una conducta por parte de la víctima que obligara al Ejército Nacional a propiciar su muerte, teniendo en cuenta que fueron ellos quienes reportaron como baja en combate al señor Leonardo y se tribuyeron su deceso, sin embargo se deja de presente que se tienen indicios de que su muerte fue provocada en colaboración con miembros de grupos al margen de la ley denominados paramilitares.

Para este Despacho resulta claro que se trató de una vil ejecución extrajudicial, la cual constituyó una clara violación del derecho a la vida, infringiéndose además normas del derecho internacional humanitario por parte del Ejército Nacional, quien incurrió en una clara omisión en el deber de controlar las actuaciones de su personal y que conllevó a una gravísima infracción al principio de protección de la población civil, pues como se evidenció, el señor Leonardo Tole Toledo (q.e.p.d.), era una persona ajena al conflicto armado.

Lo anterior tiene el siguiente sustento probatorio de conformidad con el material allegado al proceso y del que se concluye que:

El señor Leonardo Tole Toledo (q.e.p.d.), no era miembro de algún grupo al margen de la ley, por el contrario, según se constató en el proceso penal, se dedicaba a oficios varios y era dueño de un local comercial, vivía dentro de su núcleo familiar compuesto por sus padres y hermanos, los ahora demandantes.

Pese a no ser guerrilleros, el Ejército Nacional los reportó a él y a su hermano Guillermo Tole Toledo (q.e.p.d.) como bajas en combate exactamente un día después de su desaparición, es decir el 18 de abril de 2002, siendo enterrado como N.N. y fingiéndose a través de documentos, la existencia de un combate ese mismo día, valiéndose de tal argucia algunos miembros del Ejército para catalogar a la víctima como miembro de los *Bolcheviques del ELN*.

Si bien a la fecha no se han encontrado los restos del señor Leonardo Tole Toledo (q.e.p.d.), se tiene certeza de su muerte, dada la identificación de dactiloscopia con

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 2016, Exp. 00479-11.

229

las cartas aportadas por la Registraduría Nacional y las levantadas en la inspección al cadáver en donde se le dio la denominación de N.N. guerrillero muerto en combate, lo que precisamente llevó a la inscripción o registro de su defunción en el año 2014.

Se reitera que si bien no existe certeza de cómo ocurrieron los hechos entre la tarde del 17 de abril de 2002, fecha en que desaparecieron el señor Leonardo y su hermano Guillermo, y las horas de la mañana del 18 de abril de 2002, en donde se produjo el supuesto combate en el que se le dio de baja como guerrillero, se tienen indicios de que los paramilitares actuaron en colaboración con el Ejército Nacional, pues según las versiones y el material probatorio, el occiso fue retenido por un miembro de tal grupo al margen de la ley y posteriormente apareció muerto.

Este hecho no exime de culpa a la demandada Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, por el contrario, se juzga con más severidad su actuar, pues al ser quienes debían velar por la protección de la población civil y salvaguardarlos de grupos al margen de la ley, lo que se puede ver es una colaboración entre estos, con el único propósito de mostrar éxito en operaciones militares, sin importar lo ilegítimo, irregular e ilícito que resultaba ese comportamiento.

Al respecto, el Despacho encuentra serias incongruencias en los documentos aportados al proceso en donde se relata la operación llevada a cabo y en donde se dio la muerte de Leonardo Tole Toledo (q.e.p.d.). Así las cosas, por ejemplo, en el informe dado por el Ejército Nacional en el documento identificado No. 1485 DIV5-BR6-BIPAT-S2-252 (fol. 46-50), se establece que Tropas de la *Contraguerrilla BISONTE-2 del Batallón de Infantería N°16 "Patriotas"* al mando del Sargento Segundo German Barón Pulido en desarrollo de la denominada Operación "Mercurio", el 18 de abril de 2002 reportó ante la Fiscalía 32 Seccional de turno del Municipio de Honda, que sobre las 07:30 a.m., mientras se efectuaban operaciones de registro y control militar en el área de la vereda Tarapacá, jurisdicción del municipio del Líbano, fueron sorpresivamente atacados por un grupo de aproximadamente 10 guerrilleros pertenecientes al frente *Bolcheviques del Líbano del ELN*, con el empleo de armas de corto y largo alcance, granadas de mano, con una duración de la confrontación de aproximadamente 30 minutos. Mientras que en el documento denominado *Lección Aprendida No. 07* con fecha del 08 de mayo de 2002 (fol. 21 del C. Pruebas demandante), establece que el *pelotón BISONTE 2*, el 18 de abril de 2002, siendo las 06:00 horas, recibió información que sobre el sitio denominado Tarapacá, municipio del Líbano, miembros de la cuadrilla *Bolcheviques del ELN* estaban efectuando retención ilegal de vehículos y pintando carros con letreros alusivos a dicha organización. Conforme a dicha información se ordenó por parte del comandante de BISONTE 2 tomar las medidas de seguridad y se organizó en cuatro grupos para iniciar el desplazamiento, los cuales comenzaron infiltración diurna hacia el objetivo siendo las 07:30 horas, entrando en contacto armado con los "terroristas" del ELN, hechos que coinciden con las declaraciones hechas por algunos miembros del ejército (Fis. 201-206).

Por lo anterior, se evidencia que una de las versiones establece que miembros del ejército fueron atacados sorpresivamente por un grupo de guerrilleros – y así lo manifiesta la entidad demandada en la contestación de la demanda-, mientras en el

segundo documento se dice que fueron los miembros del Ejército quienes se dirigieron hacia el lugar donde sabían se encontraban los miembros del ELN haciendo retenes ilegales, entrando en combate o contacto armado con tal grupo insurgente.

Sumado a ello, en las declaraciones rendidas por integrantes del Ejército Nacional, más concretamente SLP Luis Arley Briceño Salazar (fols. 203-206), se dice que fueron ellos quienes buscaron a los presuntos miembros del ELN, siendo éstos (los miembros del ELN) quienes iniciaron el ataque y ellos (Ejército Nacional) sólo respondieron, agregando además que ningún soldado resultó herido.

Lo anterior genera incertidumbre, pues si fue el grupo insurgente el que inició el ataque por qué razón ningún soldado resultó herido en el mismo, máxime cuando se incautaron granadas de mano que fácilmente pudieron ser activadas y al contrario, se demuestra que el cadáver del señor Leonardo fue impactado en múltiples ocasiones por armas de fuego, lo que lógicamente no concuerda con la narración de los hechos.

Siguiendo esta línea, se encuentra además la irregularidad en el proceso de levantamiento e inspección al cadáver y en la investigación de los hechos ocurridos el 18 de abril de 2002, pues en principio, el acta de levantamiento no se realizó en el lugar de los hechos, es decir el Tarapacá, sino en el Batallón de Honda, lo que genera una duda en la veracidad de los hechos, al no haberse efectuado de manera correcta, toda vez que no se realizó con los protocolos y el debido proceso que ameritaba el caso, no teniendo certeza si quiera del embalaje de las pruebas.

Adicional a ello, no se evidencia en el informe que se hubiera realizado prueba técnico-científica para determinar si en las manos del señor Leonardo Tole Toledo (q.e.p.d.) efectivamente existían rastros de pólvora que permitieran corroborar el supuesto uso de algún arma de fuego de su parte. Así como tampoco se realizó una prueba de balística por parte de las autoridades competentes para determinar si las balas impactadas en la persona de Leonardo Tole Toledo (q.e.p.d.) eran concordantes con las armas de fuego utilizadas por el Ejército Nacional.

Por otro lado, la forma en que se dieron los hechos concuerda con el patrón analizado por el Consejo de Estado en las ejecuciones extrajudiciales, en primer lugar, se trataba de un ciudadano que no era integrante de algún grupo al margen de la ley; no consta antecedentes penales del mismo; sus familiares manifiestan haber sido amenazados con el único objetivo de que no se denunciara la desaparición de la víctima directa; el señor Leonardo Tole Toledo (q.e.p.d.) fue enterrado como N.N. en el cementerio de Honda; este fue calificado como guerrillero; se evidencia un indebido procedimiento en la inspección y levantamiento del cadáver o al menos no existe certeza de las verdaderas circunstancias en que fue hallado el cuerpo sin vida de Leonardo Tole Toledo (q.e.p.d.) (lugar, posición, vestimenta, etc.) por cuanto este procedimiento se llevó a cabo en las instalaciones del Batallón de Honda; y finalmente una clara contradicción en los hechos relatados por parte del Ejército Nacional en los que se presentó o dio inicio el presunto combate entre las fuerzas del Estado y presuntos miembros del grupo subversivo ELN.

228

Todo lo anterior se suma a la declaración de miembros confesos de grupos paramilitares que aseguraron haber sido ellos los causantes de la desaparición forzada y muerte de los hermanos Leonardo y Guillermo Tole Toledo (q.e.p.d.) para luego ser presentados por miembros del Ejército Nacional como guerrilleros dados de baja en combate.

Bajo este hilo conductor, el Despacho concluye que existió la execrable falla en el servicio atribuible al Ejército Nacional.

5.3. NEXO CAUSAL

Siendo este el tercer componente de la responsabilidad, conforme al análisis hecho en cuanto al daño y la imputación arriba esgrimidos, se tiene que existe una causalidad entre estas, es decir que, el actuar omisivo, permisivo y hasta delictivo por parte de personal del aquí demandado Ejército Nacional, en el que en cumplimiento de una misión oficial de combate, presentaron a Leonardo Tole Toledo (q.e.p.d.) como un N.N. miembro del grupo Bolcheviques del ELN dado de baja en combate; empero, analizados los informes presentados de la operación en que perdieron la vida los hermanos Tole Toledo, se observa de forma clara una contradicción en los hechos relatados por parte del Ejército Nacional en los que se presentó o dio inicio el presunto combate entre las fuerzas del Estado y presuntos miembros del grupo subversivo Bolcheviques del ELN; conociéndose con posterioridad en el respectivo proceso penal la declaración de miembros confesos de grupos paramilitares que aseguraron haber sido estos los causantes de la desaparición forzada y muerte de los hermanos Leonardo y Guillermo Tole Toledo (q.e.p.d.) para luego ser presentados por el miembros del Ejército Nacional como guerrilleros dados de baja en combate; se denota en el caso sub examine una complicidad en el actuar de miembros del Ejército Nacional con miembros de grupos paramilitares, con el fin de que los miembros de la fuerza pública presentaran resultados positivos en su actuar, es decir, configurándose con tal proceder el nexo causal de la ocurrencia del daño.

En vista de lo anterior, encuentra el Despacho razones suficientes para declarar la responsabilidad administrativa y patrimonial al aquí demanda Nación - Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, por la muerte del señor Leonardo Tole Toledo (q.e.p.d.), acorde con las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se han dejado reseñadas.

6. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.

6.1. Perjuicios Morales

En relación con la tasación de perjuicios morales en casos de muerte, siguiendo lo reiterado por el Consejo de Estado, se tiene como base las sentencias de la Sala Plena de la Sección Tercera de 28 de agosto de 2014, en las que se fijó¹⁹:

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 28 de agosto de 2014. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 26.251.

“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.

Dichos niveles se resumen en el siguiente cuadro:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° 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.

Se tiene dentro del expediente registros civiles de los demandantes, visibles en los folios 7 al 14, en donde se encuentra acreditado en relación con Leonardo Tole Toledo (q.e.p.d.) su 1° y segundo grado de consanguinidad, así: con Luis Alberto Tole Montoya como su hijo; con María Polonia Toledo Olmos y Luis Enrique Tole como sus padres; Gladys Tole Toledo, Jorge David Tole Toledo, Rubén Darío Tole Toledo, Rosalba Tole Toledo, Leonor Tole Toledo y Daisy Tole Toledo, como sus hermanos y;.

Así las cosas, se procederá a indemnizar por los perjuicios morales de la siguiente manera:

Luis Alberto Tole Montoya	Hijo	100 SMLMV
María Polonia Toledo Olmos	Madre	100 SMLMV
Luis Enrique Tole	Padre	100 SMLMV
Gladys Tole Toledo	Hermana	50 SMLMV
Jorge David Tole Toledo	Hermano	50 SMLMV
Rubén Darío Tole Toledo	Hermano	50 SMLMV
Rosalba Tole Toledo	Hermana	50 SMLMV
Leonor Tole Toledo	Hermana	50 SMLMV
Daisy Tole Toledo	Hermana	50 MLMV

6.2. Perjuicios Materiales

➤ Lucro cesante:

En lo que se refiere al lucro cesante pedido a favor de Luis Alberto Tole Montoya, se puede apreciar que al momento del fallecimiento de su señor padre, aquel tenía 10 años de edad, se predica una dependencia económica que se presume iría hasta el cumplimiento de los 25 años de edad, esto es, hasta el 28 de febrero de 2017.

Dado que en el expediente no existen pruebas que demuestren el monto de los ingresos del señor Tole Toledo, quien se desempeñaba como independiente, la indemnización será cuantificada con base en el salario mínimo actual -\$877.803-, más el 25% por prestaciones sociales -\$219.450,75-; a ese monto -\$1.097.253,75- se le reducirá el 25% correspondiente al valor aproximado que la víctima directa del daño destinaría para su propio sostenimiento -\$274.313,43-, lo cual arroja la suma de \$822.940,32.

Así entonces, la indemnización a que tienen derecho el demandante se cuenta desde el 17 de abril de 2002, fecha en que ocurrió el deceso de su padre y hasta la el 28 de febrero de 2017-, fecha en que cumplió los 25 años de edad, para un total de 178,4 meses, así:

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

Tenemos entonces:

$$S = \$822.940,32 \frac{(1+0.004867)^{178,4} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$232.962.720,17$$

Sin embargo, como en la demanda la pretensión por este concepto se fijó en un valor inferior de solo \$100.607.741²⁰, este será el monto que se reconocerá por lucro cesante a favor del señor Luis Alberto Tole Montoya.

6.3. Daño a la Vida de Relación

El apoderado de la parte accionante solicita se indemnice de forma independiente los perjuicios en la vida relación, como se observa en el folio 115 a 117 del libelo introductorio de la demanda.

En cuanto a estas pretensiones, encuentra el Despacho que mediante sentencias del 14 de septiembre de 2011, expedientes 19031 y 38222 proferidas por la Sala Plena de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, se adoptó una nueva

²⁰ Folio 120

tipología de perjuicios determinando que la finalidad de la reparación es el resarcimiento integral de los bienes, derechos e intereses constitucionales cuya lesión se desprenda del proceso, donde se dijo:

“... cuando el daño tiene origen en la violación a un derecho de naturaleza fundamental y, por lo tanto, de rango constitucional, lo procedente es atender a la afectación del derecho en sí mismo en vez de las consecuencias externas que se desprenden en cada caso particular para los demandantes²¹”.

Al respecto, la Sección Tercera del H. Consejo de Estado²² indicó que el denominado perjuicio “daño a la vida relación” es una categoría desechada por la Jurisprudencia unificada de dicha Sección, argumentando que para que proceda la reparación de daños constitucionales autónomos, es necesario que dentro del plenario se acredite que de la configuración del daño antijurídico se produjo una lesión o afectación a bienes jurídicos constitucionales cuya alteración del núcleo esencial impone la adopción de medidas de reparación sean pecuniarias o no pecuniarias.

En la referida sentencia, se indicó que desde pronunciamientos anteriores se han reconocido la afectación de derechos de raigambre constitucional, donde se consideró inapropiado el reconocimiento de daño a la vida de relación y se centró en la afectación en el orden constitucional; igualmente indicó dicha providencia que mediante sentencia de unificación del 1º de noviembre de 2012, la Sala Plena de la Sección Tercera reconoció dicha posición como una realidad.

Así las cosas, el reconocimiento del perjuicio denominado daño a la vida de relación se deja de lado conforme los señalamientos jurisprudenciales acabados de indicar, para dar cabida a la afectación a las garantías constitucionales de naturaleza fundamental.

²¹ La Sala en estos pronunciamientos, discurrió de la siguiente manera: “Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud.

Ahora bien, el hecho de sistematizar el daño a la salud (integridad corporal, psicológica, sexual, estética), mientras se deja abierta la estructura de los demás bienes o derechos jurídicos, garantiza un esquema coherente con los lineamientos conceptuales, teóricos y prácticos del resarcimiento del daño, como quiera que no se presta para generar una tipología paralela al daño a la salud que produzca los mismos efectos perjudiciales que acarrearán las nociones abiertas e indefinidas del daño a la vida de relación y de alteración a las condiciones de existencia.

En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y afectiva del ser humano: el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, será oportuno que se analice la posibilidad por parte de esta Corporación –siempre que los supuestos de cada caso lo permitan– de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre). La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno...” (Negrillas fuera del texto original)

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del trece (13) de febrero de 2013, C.P. Enrique Gil Botero, dentro del radicado 07001-23-31-000-2001-01640-01 (25119)

230

En este orden de ideas, encuentra el Despacho elementos de convicción que con suficiencia demuestren que existe una afectación a bienes o derechos convencionales y constitucionalmente protegidos, como quiera que la presente versa sobre graves violaciones a derechos humanos, se encuentra plausible el reconocimiento de **medidas de satisfacción y no repetición**.

Así las cosas, según los planteamientos unificados de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado²³, según los cuales, en casos en los que se presentan graves afectaciones a las garantías esenciales de las personas, es procedente decretar todas las medidas que sean necesarias en aras de lograr la rehabilitación de las víctimas, sin que el logro de ese objetivo pueda verse perjudicado por principios de corte procesal como la congruencia, *la non reformatio in pejus* y la jurisdicción rogada²⁴

Lo anterior, también responde a los deberes de atender los principios de reparación integral y equidad, por lo tanto, el Despacho no puede desconocer la potestad y facultad con la que cuenta para lograr el efectivo resarcimiento del perjuicio y restablecer los derechos transgredidos.

Conforme a lo anterior, este despacho, en atención a concretar las garantías de verdad, justicia, reparación y no repetición, ordenará una reparación simbólica a las víctimas consistente en:

- A título de reparación integral, ordenará a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional, que ofrezca disculpas públicas a los demandantes, en un acto conmemorativo en el municipio del Líbano, dentro de los tres meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, por haber hecho pasar al señor LEONARDO TOLE TOLEDO (q.e.p.d.), sin serlo, como integrante del grupo de los Bolcheviques del ELN y haberlo enterrado como N.N. el 18 de abril de 2002 en el municipio de Honda Tolima. Para lo anterior, el demandado y las víctimas deberán fijar fecha, hora y lugar en las que se adelantará el acto.
- Se ordenará a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional publicar en un periódico de amplia circulación nacional, una nota de prensa en la que informe que la muerte del señor LEONARDO TOLE TOLEDO (q.e.p.d.) fue producto de una ejecución extrajudicial, la cual se llevó a cabo presuntamente en colaboración entre paramilitares operantes en el municipio del Líbano y las Fuerzas Militares, haciéndola pasar como una falsa victoria del Ejército Nacional. La misma debe incluir una excusa pública por lo ocurrido.
- En atención a que ha sido imposible para los familiares recuperar los restos óseos del señor LEONARDO TOLE TOLEDO (q.e.p.d.), se ordenará a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional, valorar psicológicamente a los demandantes y de ser necesario, brindar el tratamiento que corresponda, de acuerdo con sus necesidades y por profesionales especializados en la materia.

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera –en pleno–, sentencia del 11 de septiembre de 2013. C. P. Danilo Rojas Betancourth, radicación n.º 41001-23-31-000-1994-07654-01 (20601). actor: María del Carmen Chacón y otros. demandado: Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.

²⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. sentencia de 26 de junio de 2014, C. P. Danilo Rojas Betancourth, rad. 24.724.

- Finalmente, se decidirá disponer el envío de la copia de la presente sentencia al Centro Nacional de Memoria Histórica, a la Jurisdicción Especial para la Paz y a la Comisión de la Verdad, con el fin de que haga parte de su registro y contribuya a la construcción histórica documental del país.

6.4. Perjuicios psicológicos

El apoderado de la parte demandante solicita una indemnización bajo la denominación de perjuicios psicológicos, los cuales serán denegados, dado que ya se encuentran indemnizados en el concepto de daño moral.

Recuérdese que en materia de reparación de perjuicios inmateriales, el Consejo de Estado ha establecido que dentro del concepto de perjuicio moral se encuentra reconocido el dolor, la aflicción y en general todos aquellos sentimientos de desesperación, congoja, temor, zozobra entre otros, los cuales se reconocen no solo a la víctima directa, sino también a las indirectas del daño acaecido.²⁵

7. CONDENA EN COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

Al resultar prósperas las pretensiones de la demanda y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público, es menester proveer sobre la correspondiente condena en costas a favor de la parte accionante, atendiendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018²⁶, razón por la cual se fijará la suma de SEIS MILLONES DE PESOS (\$6.000.000) por concepto de agencias en derecho a favor de la accionante, y se ordenará que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR que LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL es administrativa y patrimonialmente responsable por el daño antijurídico causado a los demandantes con ocasión de la muerte del señor LEONARDO TOLE TOLEDO (q.e.p.d.) que fue producto de una

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia del 28 de agosto de 2014, Radicado: 66001-23-31-000-2001-00731-01 (26251), C.P. Jaime Orando Santofimio Caicedo.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, Radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01 (4689-14)

231

ejecución extrajudicial, la cual se llevó a cabo presuntamente en colaboración entre paramilitares operantes en el municipio del Líbano y miembros activos de las Fuerzas Militares, haciéndola pasar como falsa victoria del Ejército Nacional, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consignaron en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL a pagar por concepto de perjuicios con ocasión de la muerte del señor LEONARDO TOLE TOLEDO (q.e.p.d.) fue producto de una ejecución extrajudicial, acreditada en el proceso, las siguientes sumas de dinero a favor de los demandantes así:

Por perjuicios morales:

A favor de Luis Alberto Tole Montoya	Hijo	Cien (100) SMLMV
A favor de María Polonia Toledo Olmos	Madre	Cien (100) SMLMV
A favor de Luis Enrique Tole	Padre	Cien (100) SMLMV
A favor de Gladys Tole Toledo	Hermana	Cincuenta (50) SMLMV
A favor de Jorge David Tole Toledo	Hermano	Cincuenta (50) SMLMV
A favor de Rubén Darío Tole Toledo	Hermano	Cincuenta (50) SMLMV
A favor de Rosalba Tole Toledo	Hermana	Cincuenta (50) SMLMV
A favor de Leonor Tole Toledo	Hermana	Cincuenta (50) SMLMV
A favor de Daisy Tole Toledo	Hermana	Cincuenta (50) SMLMV

La sigla SMLMV utilizada por el Despacho, corresponde al salario mínimo legal mensual vigente al momento de ejecutoria de esta sentencia.

Por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante:

A favor de Luis Alberto Tole Montoya	Cien millones seiscientos siete mil setecientos cuarenta y un pesos (\$100.607.741)
--------------------------------------	---

TERCERO: CONDENAR a LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL a título de medida de reparación integral por la grave violación a derechos humanos conforme a lo expuesto en esta providencia así:

- A título de reparación integral, ordenará a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional, que ofrezca disculpas públicas a los demandantes, en un acto conmemorativo en el municipio del Líbano, dentro de los tres meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, por haber hecho pasar al señor LEONARDO TOLE TOLEDO (q.e.p.d.), sin serlo, como integrante del grupo de los Bolcheviques del ELN y haberlo enterrado como N.N. el 18 de abril de 2002 en el municipio de Honda Tolima. Para lo anterior, el demandado y las víctimas deberán fijar fecha, hora y lugar en las que se adelantará el acto.
- Se ordenará a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional publicar en un periódico de amplia circulación nacional, una nota de prensa en la que informe que la muerte del señor LEONARDO TOLE TOLEDO (q.e.p.d.)

fue producto de una ejecución extrajudicial, la cual se llevó a cabo presuntamente en colaboración entre paramilitares operantes en el municipio del Libano y las Fuerzas Militares, haciéndola pasar como una falsa victoria del Ejército Nacional. La misma debe incluir una excusa pública por lo ocurrido.

- En atención a que ha sido imposible para los familiares recuperar los restos óseos del señor LEONARDO TOLE TOLEDO (q.e.p.d.), se ordenará a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional, valorar psicológicamente a los demandantes y de ser necesario, brindar el tratamiento que corresponda, de acuerdo con sus necesidades y por profesionales especializados en la materia.
- Disponer el envío de la copia de la presente sentencia al Centro Nacional de Memoria Histórica, a la Jurisdicción Especial para la Paz y a la Comisión de la Verdad, con el fin de que haga parte de su registro y contribuya a la construcción histórica documental del país.

CUARTO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

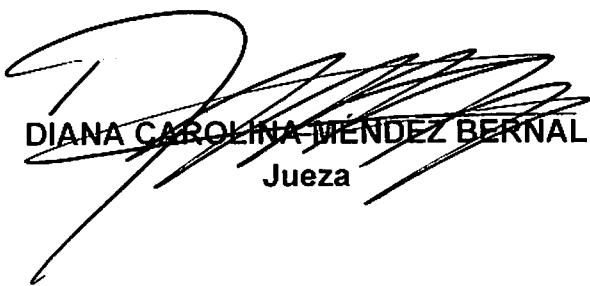
QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada a favor de los demandantes y en contra de la demandada, fijando como agencias en derecho la suma de SEIS MILLONES DE PESOS (\$6.000.000) por concepto de agencias en derecho a favor de la parte actora, y se ordena que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

SEXTO: A la presente sentencia se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

OCTAVO: Ejecutoriado el presente fallo, archívese el expediente, previa las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL
Jueza