REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO TREINTA Y CINCO (35) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C.
SECCIÓN TERCERA

Bogotá D.C., quince (15) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado	11001333603520170029900
Medio de control	Reparación directa
Demandante	Beatriz Elena Cardona Quiceno
Demandada	Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

SENTENCIA

Agotadas y revisados los presupuestos procesales del medio de control de Reparación Directa, sin que se adviertan causales de nulidad que invaliden lo actuado, este Despacho Judicial, de acuerdo con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, profiere en derecho la siguiente sentencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

El señor José Alberto Cardona Cardona, quien actúa en causa propia y en calidad de heredero determinado de Nicolás Alberto Cardona Quiceno, y la señoras Beatriz Elena Cardona Quiceno, Gloria Patricia Cardona Quiceno, Ángela Nidia Cardona Quiceno, Luz María Cardona Quiceno y Sandra Milena Quiceno Taborda, por conducto de apoderado judicial, presentaron demanda de reparación directa en contra de la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, con el fin de que se declare su responsabilidad administrativa y patrimonial por la desaparición forzada y muerte del señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno.

1.2. PRETENSIONES

La parte actora en sus escritos de demanda y de subsanación solicitó se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

> *"(…) 4.1. Reconózcase que LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL - debe pagar, por concepto de PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS, los salarios mínimos legales que a continuación se indican y se reclaman por el daño causado a los demandantes con ocasión de la desaparición forzada y muerte del señor NICOLÁS ALBERTO CARDONA QUICENO en las condiciones descritas en los hechos* (ver *supra, Capítulo 3) de este escrito.*

DAMNIFICADO	***CALIDAD***	***SMLMV***	***VALOR ACTUAL***
Nicolás Alberto Cardona Quiceno	*VÍCTIMA*	*200*	*$147.543.400,oo*
José Alberto Cardona Cardona	*PADRE*	*200*	*$147.543.400,oo*
Beatriz Elena Cardona Quiceno	*HERMANA*	*100*	*$73.435.000,oo*

Gloria Patricia Cardona Quiceno	*HERMANA*	*100*	*$73.435.000,oo*
Ángela Nidia Cardona Quiceno	*HERMANA*	*100*	*$73.435.000,oo*
Luz Marina Cardona Quiceno	*HERMANA*	*100*	*$73.435.000,oo*
Sandra Milena Quiceno Taborda	*HERMANA*	*100*	*$73.771.700,oo*
TOTAL		***900***	***$663.945.300,oo***

4.2. Reconózcase que LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL - deberá pagar a los demandantes por concepto de DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN; con ocasión de la desaparición forzada y muerte del señor NICOLÁS ALBERTO CARDONA QUICENO en las condiciones descritas en los hechos; los salarios mínimos legales mensuales vigentes que se indicarán a continuación, el valor vigente en pesos al momento de la ejecución de la providencia que ponga fin al proceso, junto con los intereses moratorios causados desde tal decisión.

DAMNIFICADO	***CALIDAD***	***SMLMV***	***VALOR ACTUAL***
Nicolás Alberto Cardona Quiceno	*VÍCTIMA*	*200*	*$147.543.400,oo*
José Alberto Cardona Cardona	*PADRE*	*200*	*$147.543.400,oo*
Beatriz Elena Cardona Quiceno	*HERMANA*	*100*	*$73.435.000,oo*
Gloria Patricia Cardona Quiceno	*HERMANA*	*100*	*$73.435.000,oo*
Angela Nidia Cardona Quiceno	*HERMANA*	*100*	*$73.435.000,oo*
Luz Marina Cardona Quiceno	*HERMANA*	*100*	*$73.435.000,oo*
Sandra Milena Quiceno Taborda	*HERMANA*	*100*	*$73.771.700,oo*
TOTAL		***900***	***$663.945.300,oo***

4.3. Reconózcase que LA NACIÓN COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL debe pagar a JOSÉ ALBERTO CARDONA CARDONA, en su calidad de padre de la víctima, por concepto de PERJUICIOS MATERIALES en su modalidad de LUCRO CESANTE DEBIDO y FUTURO, las sumas de dinero que cubran la supresión de la ayuda económica que NICOLÁS ALBERTO CARDONA QUICENO habría de suministrarle a él por el resto de su vida probable, toda vez que, al momento de su muerte, lo sostenía económicamente.

NICOLÁS ALBERTO CARDONA QUICENO, devengaba de su actividad laboral en oficios varios un salarió mínimo mensual vigente más prestaciones sociales igual a $922.146. Sin embargo, lo anterior no es óbice para reconocer unos ingresos mayores, si del proceso ante la jurisdicción contencioso administrativa, se demuestra mediante prueba idónea, que el señor CARDONA QUICENO devengaba unos ingresos mayores propios de su actividad laboral. (…)"

1.3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

El fundamento fáctico de la demanda, como el planteado en el escrito de subsanación, es el siguiente:

- El señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno laboraba en la ciudad de Cali como lustrador de botas en busca de un mejor futuro.

- Desde el mes de diciembre del año 2007, el señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno nunca volvió a comunicarse con sus familiares, razón por la cual emprendieron la búsqueda en los lugares que frecuentaba sin obtener dato alguno de su paradero.

- Por un lapso de diez años el cuerpo del señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno permaneció desaparecido.
- El 3 de abril de 2017 la Fiscalía General de la Nación les informó a los familiares del señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno que su cuerpo al parecer coincidía con las características morfológicas y dactiloscópicas forenses con un cadáver que fue reportado como NN y dado de baja en combate el 6 de enero de 2008 por miembros del Ejército Nacional.

- El 24 de noviembre de 2017 la Fiscalía 119 Especializada contra Violaciones de Derechos Humanos de la ciudad Popayán presentó escrito de imputación de cargos contra el Cr. Alexis Iván Cantillo, el My. Luis Fernando Castellanos Fonseca, el Tc. César Augusto González Roa, el S.S. Adalberto Peña Cantillo y C3 Fabián Guarnizo Monar por los delitos de homicidio en persona protegida, desaparición forzada, falsedad ideológica en documento público, fabricación, tráfico o porte de armas, municiones de uso restringido de uso privativo de las fuerzas armadas y concierto para delinquir agravado.

- Con apoyo en la anterior investigación, los demandantes afirmaron que el señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno fue desaparecido y posteriormente asesinado por miembros del Ejército Nacional.

- El señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno nunca perteneció a grupos al margen de la Ley, pues era una persona de bien y trabajadora.

1.4. ARGUMENTOS DE LA PARTE ACTORA

Los demandantes imputan el daño antijurídico consistente en la desaparición forzada y su posterior muerte del señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional por hechos ocurridos en el mes de diciembre de 2007. Ello, porque lo hicieron pasar como una baja en combate el día 6 de enero de 2008, de lo cual solamente llegaron a tener conocimiento a través de la Fiscalía General de la Nación el 3 de abril de 2017.

Hizo énfasis que la desaparición forzada se encuentra proscrita por normas de carácter internacional ratificadas por el Estado Colombiano, en especial por el artículo 2° del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que fue incorporado al ordenamiento jurídico interno por medio de la Ley 171 de 1994, en concordancia con el artículo 75 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, por medio del cual reguló lo referente a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

A su vez, citó jurisprudencial del Consejo de Estado que hace alusión a los elementos que estructuran la desaparición forzada en Colombia. Igualmente, se refirió a diferentes pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contenidos en la Sentencia del 5 de julio de 2004 en el caso de los 19 comerciantes. Al amparo de tales pronunciamientos, señaló que le asiste responsabilidad a los Estados de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones al derecho a la vida, así como el ejercicio de las demás libertades individuales.

Además, mencionó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos al momento de hacer el análisis de la responsabilidad internacional que le asiste a los Estados en materia de desaparición forzada explicó que no se requiere determinar la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y que tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes, a los cuales se les atribuyen los hechos violatorios de los derechos humanos, sino que es suficiente acreditar que ha habido apoyo o tolerancia por parte de las fuerzas armadas en la infracción de los derechos fundamentales y humanos reconocidos por los organismos internacionales como la vida y la libertad.

Igualmente, expuso que la Corte Interamericana de Derecho Humanos en casos desaparición forzada ha adoptado la prueba indiciaria para establecer la responsabilidad del Estado dadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollan de manera sigilosa, mediante el ocultamiento de cualquier evidencia que impide hacer imputaciones directas sobre los autores de tal conducta, y en el modo en que se encubren, disfrazan y camuflan cualquiera de los elementos probatorios que pudieran comprometerlos.

Basado en ello los demandantes concluyeron que, de acuerdo al acervo probatorio, se encuentra acreditada la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional en la desaparición forzada y posterior muerte del señor Nicolás Alberto Cardona Quintero en hechos ocurridos el 6 de enero de 2008.

1.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional se opuso rotundamente a la prosperidad de las pretensiones y puso en entre dicho la gran mayoría de los hechos.

Principalmente, controvirtió la imputación endilgada a la Institución Castrense por no encontrase acreditado el nexo causal concerniente a la presunta violación de los Derechos Humanos e infracción al Derecho Internacional Humanitario, porque respecto de los hechos que dieron origen a la desaparición forzada y posterior muerte del señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno aún no ha sido declarada la responsabilidad penal frente a algún agente del Estado vinculado al Ejército Nacional.

Adicionalmente, argumentó que no se configura la falla del servicio al no existir incumplimiento del deber de protección a la vida e integridad de todas las personas residentes en Colombia. Además, advirtió que esta obligación es de medio y no es resultado, ya que las autoridades no pueden garantizar en términos absolutos, que con su intervención van a evitar todas las manifestaciones de la delincuencia subversiva o de contrainsurgentes. En consecuencia, solicitó al Despacho negar las pretensiones de la demanda.

1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.6.1. Parte Demandante

El 13 de febrero de 2020 la parte actora sustentó sus alegaciones iterando los argumentos de la demanda referentes a la demostración del daño antijurídico. Fundamentó su imputación por falla del servicio de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional basado en las pruebas recaudadas en el presente medio de control que dan cuenta de la participación de miembros de la Institución Castrense en la desaparición forzada y posterior muerte del señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno, entre otras. Resaltó el escrito de acusación presentado por la Fiscalía 119 contra las Violaciones de Derechos Humanos, en la que le atribuyó responsabilidad penal al Teniente Coronel Alexis Iván Cantillo Barraza, Mayor Luis Fernando Vélez Soto, Capitán José Acevedo Mendoza y al Sargento Adalberto Peña Cantillo, porque en un aparente combate en el marco de la Misión Táctica Fragmentaria N° 002 del 18 de enero de 2018 presentaron dos personas como NN y dadas de baja, pero que en la realidad eran habitantes de la calle, que fueron engañados y llevados forzosamente hasta el sitio donde aparecieron muertos.

Relievó que a través del cotejo dactiloscópico de necrodactilia realizado por el Grupo de Dactiloscopia Forense del Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses se logró identificar que el cuerpo correspondía a la persona que en vida respondía al nombre de Nicolás Alberto Cardona Quiceno.

Hizo la salvedad que a la fecha se encuentra en curso la investigación penal en la Fiscalía 119 contra las Violaciones de Derechos Humanos bajo el radicado N° 195326000618200880224 pero que respecto del postulado Sargento Segundo Fabián Guarnizo Monar, recientemente resolvió someterse por competencia prevalente a la Jurisdicción Especial para la Paz, solicitud que fue aceptada mediante Resolución N° 007514 del 2 de diciembre de 2019 por el Magistrado José Miller Hormiga Sánchez, integrante de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de esta Corporación encontrándose pendiente de decisión definitiva.

Destacó estar demostrada la imputación del daño tanto en el ámbito fáctico como jurídico contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional habida cuenta que existe nexo causal entre la acción de los agentes del Estado y la desaparición forzada como la posterior ejecución extrajudicial del civil Nicolás Alberto Cardona Quiceno que lo hicieron pasar por insurgente en el marco de una operación militar asignada al Batallón de Infantería N° 7 "General José Hilario López".

Como soporte del anterior análisis de imputabilidad resaltó que el Consejo de Estado acogió el término de ejecución extrajudicial por reunirse diferentes elementos ya reconocidos internacionalmente como el acto deliberado, no accidental, infracción a las leyes nacionales como las normas internacionales contentivas de la prohibición a la privación arbitraria de la vida, perpetrado por agentes del estado colocando a la víctima en estado de indefensión o inferioridad sin que existiera justificación para ello en un contexto de conflicto armado interno.

Alegó que en el presente caso la responsabilidad del Estado se encuentra comprometida porque los hechos no sucedieron en un combate que justificare el accionar de los miembros adscritos al Batallón de Infantería N° 7 "Gr. José Hilario Pérez"; y que además el señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno era un civil más no un subversivo, por lo que al estar probada la violación grave y sistemática de los derechos humanos impone al Juez declararla con el fin de indemnizar los perjuicios causados a sus familiares.

Corolario de lo anterior, solicitó al Despacho acoger las pretensiones de la demanda.

1.5.2. Nación - Ministerio de Defensa –Ejército Nacional

En la misma fecha la entidad demandada presentó sus alegaciones finales reiterando los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda. Agregó a su defensa que uno de los efectos del sometimiento de un agente del Estado a la Jurisdicción Especial para la Paz implica la renuncia a la persecución penal de conformidad a lo previsto en el título III Capítulo 11 de la Ley 1957 de 2019. Pese a ello, el Sargento Segundo Fabián Guarnizo Monar a la fecha no cuenta con decisión definitiva sobre las circunstancias fácticas del fallecimiento del señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno. Desde esta perspectiva y teniendo en cuenta que en las otras investigaciones penales aún no se ha proferido sentencia que declare la responsabilidad penal de los militares que participaron en la operación militar, el daño no resulta imputable a la Institución Castrense.

Por último, alegó la estructuración de la eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima.

1.6.3. Ministerio Público

No emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

El artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo[1], en adelante CPACA, consagra un criterio mixto para establecer los litigios que debe conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

[1] CPACA artículo 104
La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

De un lado, fijó el criterio material, disponiendo que son de conocimiento de esta jurisdicción las controversias originadas en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetos al derecho administrativo y particulares cuando ejerzan funciones administrativas, es decir, aquellos que se causen por el ejercicio de dicha función; y de otro, un criterio orgánico, según el cual basta la presencia de una entidad sujeta al derecho administrativo para que el proceso sea tramitado ante esta jurisdicción.

Igualmente, conforme al numeral 1º del artículo 104 ibídem, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce de aquellos procesos en que se debate la responsabilidad extracontractual del Estado, asunto sobre el que versa el *sub judice.* Así las cosas, basta que se controvierta aquella respecto de la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, para que se tramite la controversia ante ésta jurisdicción, por estar sometido al derecho público.

Este Juzgado es competente para conocer el presente asunto de acuerdo al artículo 155 del CPACA[2], que dispone que los juzgados administrativos son competentes en los casos de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judicial, cuando la cuantía no exceda de 500 SMLMV.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Según como quedó establecido en la audiencia inicial (Fol. 350-353 C.1), el Despacho resolverá si la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional es administrativa y extracontractualmente responsable por los perjuicios materiales e inmateriales causados a los demandantes por la desaparición forzada y posterior muerte de Nicolás Alberto Cardona Quiceno el 6 de enero de 2008 en la finca Las "Palmas"-vereda el "tejar", del Municipio de Patía el Bordo – Cauca.

2.3. TRÁMITE DEL PROCESO

- La demanda fue radicada 05 de diciembre de 2017 (Fl. 231, c.1) y mediante auto del 20 de junio de 2018 se admitió la demanda, ordenando la notificación personal de la Nación Ministerio de Defensa. (Fol. 282-283 c.1).

- La entidad demandada contestó dentro del término, concretamente el 12 de diciembre de 2018, en donde se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. (Fol. 306-317 C.1).

- El 14 de junio de 2019, se celebró la audiencia inicial, en donde se saneó el proceso, se hizo la fijación del litigio y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (Fol. 350-353 c.1).

- El 30 de enero de 2020, se llevó a cabo la audiencia de pruebas, incorporando los medios de prueba documentales decretados por oficio y recibiendo los testimonios decretados; finalmente se decretó el cierre de la etapa probatoria y se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran por escrito sus alegatos de conclusión. (Fls. 405-407 C.1)

---

1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable [...]

[2] "Artículo 155. Competencia de los jueces administrativos en única instancia 6. De los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes..."

- El 13 de febrero de 2020 los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión. (Fol. 408-438 C.1)

- El 08 de junio de 2020, según constancia Secretarial (Fl. 439), el proceso ingresó al Despacho para proferir sentencia.

2.4. DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

El artículo 90[3] de la C.P, constituye la cláusula general de responsabilidad del Estado Colombiano de acuerdo con el cual se acogió la teoría del daño antijurídico, entendiéndolo no como "*aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado, sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo*[4]"; siempre y cuando exista título de imputación por acción u omisión a una autoridad pública[5.]

De esta manera, para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, se deben cumplir varios presupuestos, a saber: que el daño exista, sea antijurídico e imputable por acción u omisión al Estado. En consecuencia, se procederá a realizar el estudio de todos los elementos dentro del presente caso, a fin de fundamentar la decisión a adoptar.

2.4.1. Del principio constitucional y del deber de protección de la vida, honra y bienes en cabeza del Estado

El artículo 2 de la Constitución Política establece que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. En armonía con lo anterior, en el artículo 12, prohíbe todo acto de desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

De otra parte, el artículo 1° del Acto Legislativo N° 5 de 29 de noviembre de 2017 adicionó el artículo 22A a la Constitución Política a efectos de asegurar el monopolio legítimo de la fuerza y el uso de las armas por parte del Estado, para lo cual dispuso lo siguiente:

> *"(…) Como una garantía de No Repetición y con el fin de contribuir a asegurar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado, y en particular de la Fuerza Pública, en todo el territorio, se prohíbe la creación, promoción, instigación, organización, instrucción, apoyo, tolerancia, encubrimiento o favorecimiento, financiación o empleo oficial y/o privado de grupos civiles armados organizados con fines ilegales de cualquier tipo, incluyendo los denominados autodefensas, paramilitares, así como sus redes de apoyo, estructuras o prácticas, grupos de seguridad con fines ilegales u otras denominaciones equivalentes. (…)"*

Las anteriores disposiciones de carácter constitucional, contienen el deber general para las autoridades públicas, en especial, para la entidad demandada, de proteger a todos los habitantes del territorio nacional, y cuando la norma determina esta obligación, refiere tanto a la vida, honra, bienes, creencias, libertades y derechos de cada uno de ellos.

2.4.2. De la obligación del Estado de garantizar la seguridad personal a la luz del Bloque de Constitucionalidad y Derecho Internacional Humanitario DIH

---

[3] El artículo 90: El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que les sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales años, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste"

[4] Corte Constitucional. Sentencia C-333/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

[5] Ibídem

"Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del año a alguna de ellas:"

El artículo 93 de la Constitución Política dispone que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso de la República, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación incluso en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. La norma en cita dio un mayor realce a los derechos y deberes consagrados en la Constitución, los cuales se deben interpretar de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

En ese orden, recientemente la Corte Constitucional en sentencia C–007 de 2018 trató el tema de la armonización del derecho interno y el DIH en los siguientes términos:

> *" (…) 132. El Derecho Internacional Humanitario[6] encuentra un desarrollo particularmente amplio en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949[7]. El Protocolo Facultativo II de 1977 a los citados Convenios, establece obligaciones y otras reglas para los conflictos armados de carácter no internacional. Este instrumento hace parte del bloque de constitucionalidad[8] y es particularmente relevante para el contexto colombiano, pues se ocupa, precisamente, de los conflictos de carácter no internacional. (…)"[9]*

En efecto, el artículo 13 del Protocolo II de 1977 del Convenio de Ginebra de 1949 prohíbe los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha reconocido como derechos inherentes de las personas los de la vida, la libertad y a la seguridad personal, así se puede apreciar en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos[10], los artículos 4 y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[11] y los artículos 6 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[12].

2.4.3. De la responsabilidad patrimonial del Estado por falla del servicio derivada de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario

Tal como lo ha venido sosteniendo la Sección Tercera del Consejo de Estado[13], cuando en forma deliberada se oculta o esconde el paradero de una persona, con ello no sólo se

---

[6] Esta rama del derecho internacional público tiene sus orígenes en los instrumentos internacionales que se han adoptado desde 1864, encaminados a la regulación de medios y métodos de combate (lo que comúnmente se conoce como "derecho de La Haya") y a la determinación de personas y bienes protegidos ("derecho de Ginebra"). Un análisis detallado al respecto puede encontrarse en las sentencias C-574 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón; C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero; y C-291 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[7] "Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977, son la piedra angular del derecho internacional humanitario, es decir, del conjunto de normas jurídicas que regulan las formas en que pueden librar los conflictos armados y que intentan limitar los efectos que se producen en éstos". Ver, entre otros: Werle, Gerhard, op. Cit., el Comité Internacional de la Cruz Roja y el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.

[8] El derecho internacional humanitario hace parte del bloque de constitucionalidad y las normas que lo integran constituyen parámetro de control constitucional. En ese sentido, pueden consultarse las sentencias C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-040 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell; y C-467 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero. De manera general, sobre el concepto de bloque de constitucionalidad, pueden verse las sentencias C-582 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-358 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; y C-040 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[9] Corte Constitucional. Sentencia C 007 de 2018.

[10] Declaración Universal de Derechos Humanos. ARTICULO 3°. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

[11] Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José-. "ARTICULO 4° (…) 1. 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. (…)" "ARTICULO 7° (…) 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. (…)"

[12] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. "ARTICULO 6: (…)1. 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. (…)" "ARTICULO 9° (…)1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales (sic). Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. (…)"

[13] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección "C". Sentencia del 21 de noviembre de 2013, C.P. Enrique Gil Botero, radicación N° 05001-23-31-000-1998-02368-01 (29764), actor: Edilia del Consuelo Jiménez Arroyabe y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.

agreden bienes jurídicos que se encuentran en titularidad de la víctima directa y sus personas allegadas, sino también la adecuada convivencia de toda la sociedad. Conducta delictiva que se encuentra proscrita por normas de carácter internacional ratificadas por Colombia, como es el caso del artículo 2 de Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, aprobado el 8 de junio de 1977 e incorporado a la legislación interna a través de la Ley 171 de 1994; y del artículo 75 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, instrumentos que se integran al orden normativo interno a través del artículo 93 de la Constitución Política.

Asimismo, la Ley 707 de 2001 "*Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*", incluyó una definición clara sobre esta conducta reprochable, la cual fue tipificada en el artículo 165 del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000)[14].

La jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos similares, se ha pronunciado sobre la vigencia del derecho a la vida (art. 11 C.P.), y el derecho al debido proceso (art. 29 C.P.), así:

> *"(…) Aun cuando es evidente que el caso bajo estudio fue un falso positivo o ejecución extrajudicial, toda vez que además del homicidio se presentó a las personas dadas de baja como guerrilleros, a sabiendas que no pertenecían a ningún grupo insurgente, la pregunta que surge justamente con ocasión de la apelación del Ministerio de Defensa es si, en caso que hubiesen sido delincuentes o integrantes de grupos armados al margen de la ley no tenían, entonces, derecho al debido proceso, a la defensa, a nombrar un abogado; en otras palabras, debe responderse si en tal condición se pierde el derecho a la vida, al punto que lo ocurrido, en las circunstancias conocidas, tenía que soportarse.*
>
> *La respuesta es no y debe advertirse con vehemencia. La ejecución fuera de combate es inadmisible, así se trate de un insurgente, y la gravedad se incrementa en casos como el que se resuelve, dado que el señor WALTER JONY HENAO SALAZAR fue ejecutado por la Fuerza Pública y previamente desaparecido para presentarlo como guerrillero y obtener ventajas. La Constitución consagra en su artículo 11 el derecho a la vida sin distinción. La pena de muerte se encuentra proscrita, de manera que ninguna condición excepciona el deber de las autoridades públicas de respetar, garantizar y proteger el derecho a la vida (…)".*[15]

En providencia posterior, la Alta Corporación señaló:

> *"(…) Dentro de la consideración del respeto irrestricto al derecho fundamental a la vida y su deber de protección -por parte de las autoridades-, dentro de estas, la Fuerza Pública, y en caso de violación, el deber de investigación por parte de las autoridades judiciales, se ha sostenido:*
>
> *También es preciso afirmar que las normas constitucionales que se invocan, frente a la Fuerza Pública y su función de defensa de la soberanía, de las instituciones, de los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, en ningún momento admiten el desconocimiento del más fundamental de los derechos humanos: la vida.* ***En este sentido, el señor DANIEL VÁSQUEZ OCAMPO, así hubiese pertenecido a un grupo insurgente –que no lo fue- no tenía ningún deber de soportar su muerte, ni era una persona ajena al deber de protección del Estado.***
>
> *Una noción tan elemental como la aquí expuesta, la prevalencia del derecho a la vida, pareciera no estar clara por parte de quienes tienen el mandato constitucional de protegerla. Esa ambigüedad en el entendimiento del derecho a la vida dio pie al fenómeno de los falsos positivos y a lo ocurrido con el señor VÁSQUEZ OCAMPO. Estos se dieron no solo como consecuencia de la entrega de premios, de recompensas, de permisos y ascensos por los supuestos resultados positivos de la Fuerza Pública, sino también, por la pasividad de las*

[14] "El particular que someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley…"
[15] Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo. Sentencia del 1º de junio de 2017. Radicación número: 05001-23-31-000-2009-00233-01(51623)

instituciones y de la sociedad que ha entendido como legales las bajas de la guerrilla por el solo señalamiento de la Fuerza Pública, absteniéndose de adelantar y exigir investigaciones.

La pérdida de la vida de una persona reputada como miembro de la guerrilla o de un grupo armado ilegal no se investigó como ha debido ser. Sin advertir que se reportaba para acreditar resultados y obtener beneficios, al margen de los mecanismos judiciales que obligatoriamente deben operar en todos los casos de muerte violenta, se alcanzaron niveles de indignidad institucional.

La Constitución Política y el Derecho Internacional Humanitario no pueden ser utilizados para justificar la muerte. El artículo 2 de la Carta establece que las autoridades de la República están instituidas para proteger la vida de todas las personas sin distinción. Por su parte, el artículo 217 establece que las Fuerzas Militares tienen la función constitucional de defender la soberanía, la integridad del territorio y el orden constitucional. [16]

Así mismo, la Sala ha advertido el indebido entendimiento del Derecho Internacional Humanitario por parte del Ministerio de Defensa, como fundamento del accionar letal, de modo que ha encontrado pertinente realizar una breve explicación del mismo, la cual se trae colación, así:(…)

En ese orden, el Derecho Internacional Humanitario, como marco normativo especial dentro del Derecho Internacional, no establece la permisión o autorización del uso de la fuerza letal, ni es el fundamento jurídico que permite derogar o suspender el derecho a la vida y al debido proceso con el solo señalamiento de ser la víctima un insurgente. Todos los asociados, nacionales o no, de cualquier condición, tienen derecho a la vida y al debido proceso. Cuestión diferente es la legítima defensa o el estado de necesidad. Esto es así, porque a pesar que el Derecho Internacional Humanitario no condene la muerte de una persona considerada combatiente (concepto que no aplica para los conflictos armados internos), no quiere decir que la legalice, de modo que el Derecho Internacional Humanitario no excluye las normas de derechos humanos, ni los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política. Sin perjuicio de que con la aprobación del Acto Legislativo No. 1 de 2015 que modificó el artículo 221 sobre Fuero Penal Militar, obliga a los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la justicia penal militar tener formación y conocimiento adecuado en DIH y justamente por esta debida formación que se exige a los operadores judiciales, es importante llamar la atención sobre el criterio de complementariedad, sobre el concepto de participación directa en las hostilidades y el de función continua de combate (…)"[17]*. (Negrilla y Subrayado fuera de texto).*

Tampoco se puede olvidar que la actuación desbordada, ejercida por miembros del Ejército Nacional, contempla graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario, constituyéndose en un delito de lesa humanidad, por ello surge relevante traer a colación lo señalado por el Consejo de Estado en un asunto de características similares:

" (…) 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, infracciones 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 denominadas "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 15 de agosto de 2008 en los que murió violentamente OLIVO PEÑA ORTEGA en el corregimiento Puente Real, vereda La Perla, del municipio de San Calixto –Norte de Santander-, cabe encuadrarlo dentro de esta categoría de acto de lesa humanidad, integrándose a un conjunto de casos sobre los que esta Sala y las

[16] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Expediente N° 41511 Demandante: Ana Carlina Ocampo de Vásquez.
[17] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo. Sentencia del 29 de noviembre de 2017. Radicación número: 05001-23-31-000-2005-05214-01(39425).

demás Sub-secciones vienen pronunciándose y que han acaecido en los diferentes puntos cardinales del país. (…) "[18]

Sobre el concepto de lesa humanidad enmarcado dentro de hechos delictivos, el Consejo de Estado ha sentado que los mismos corresponden a "*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*"[19], concluyéndose que los elementos estructurales de este concepto son *i)* que el acto se ejecute o lleve a cabo en contra de la población civil, y *ii)* que ello ocurra en el marco de un ataque que revista las condiciones de generalizado o sistemático.

En lo que atañe al juicio de imputación del daño a la Fuerza Pública, se ajusta a las siguientes reglas jurisprudenciales que le corresponde al Juez estudiar: i) Las obligaciones convencionales, constitucionales y legales a efectos de determinar los estándares jurídicos de cumplimiento o incumplimiento de la entidad demandada, ii) La importancia del control de convencionalidad como un instrumento al servicio del juez de daños para fundamentar el juicio de responsabilidad por falla del servicio, iii) La responsabilidad subjetiva del Estado por graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, y iv) Las ejecuciones extrajudiciales por parte de agentes estatales[20].

2.4.4. De la concreción del principio *pro homine* al momento de examinar los elementos de la responsabilidad del Estado

La Jurisprudencia nacional, sobre casos de graves violaciones a los DDHH y DIH, en aplicación del principio *pro homine*, se ha pronunciado así:

La Corte Constitucional ha instado sobre su alcance en la SU 035 de 2018, en los siguientes términos:

" (…) 88. En orden a lo anterior, al juez contencioso administrativo le correspondía morigerar las reglas de valoración probatoria, concretamente de los indicios, y aplicar los criterios que fueron referidos en el capítulo denominado "la flexibilización probatoria en casos de graves violaciones a los derechos humanos", para resolver el caso, con plena y rigurosa observancia de las garantías de justicia material y del debido proceso. Empero, interpretó erróneamente la ley, al ***asignarles un rasero muy alto para lograr la convicción del juez, olvidando aplicar los principios de equidad y pro homine****.*

89. Finalmente y siguiendo con los presupuestos que exige la jurisprudencia de la Corte para que proceda la acción de tutela contra decisiones de órganos de cierre, el yerro encontrado en la sentencia censurada es de tal magnitud que amerita la intervención del juez constitucional, al encontrarse de por medio la satisfacción de garantías fundamentales, vulneradas en el marco de un proceso de reparación directa por graves violaciones a los derechos humanos. (…)" [21]

En similares términos el Consejo de Estado recientemente sostuvo la aplicación del principio pro homine de la siguiente manera:

" (…) 6. La Corte unificó su jurisprudencia sobre este asunto recientemente. Según su sentencia de unificación, los términos utilizados por ella misma, por esta corporación, por la Corte Suprema de Justicia y por la Corte IDH permiten establecer una regla jurisprudencial soportada en precedentes consolidados. Según esta regla, en casos de graves violaciones de derechos humanos es admisible la demostración de un perjuicio y de su quantum mediante

[18] Sentencia del 9 de junio de 2017. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número: 54001-23-31-000-2010-00370-01(53704) A
[19] Sección Tercera, Subsección C, Auto de 17 de septiembre de 2013, expediente N° 45092.
[20] Ibídem
[21] Sentencia SU 035 de 2018, Corte Constitucional

indicios, hechos notorios, reglas de la experiencia y la guía interpretativa del principio pro homine, entre otros[22]*.*

6. En materia de responsabilidad estatal, se ha trazado, además, una subregla según la cual, el juez de lo contencioso administrativo, debe privilegiar racionalmente aquellos medios de prueba que acrediten un grado superior de probabilidad lógica o de probabilidad prevaleciente, aplicando las reglas de la experiencia, que incluyen conocimientos técnicos, leyes científicas o generalizaciones del sentido común"[23]*.*

7. Para aplicar dicha subregla correctamente y valorar las pruebas de acuerdo con un estándar adecuado al caso, el juez de la responsabilidad estatal debe valorar el tipo de población que acude al proceso y debe tener en cuenta si la grave violación de sus derechos ocurrió comprometiendo una falla en el servicio, o si la imputación al Estado opera mediante un título de responsabilidad objetiva[24]*. (…) "* [25]

De igual manera, el máximo Tribunal de lo contencioso Administrativo ha determinado que la sola materialidad del daño da lugar a la tipificación del crimen de desaparición forzada, aspecto este en el cual resulta de particular relevancia la utilización de la prueba indiciaria siendo suficiente acreditar que ha habido apoyo o tolerancia por parte del poder público, en este caso de las fuerzas armadas en la infracción de los derechos fundamentales y humanos reconocidos por los organismos internacionales como son la libertad y la vida[26], por cuanto:

"(…) En los casos de desaparición forzada, las circunstancias de tiempo, modo y lugar se desarrollan de manera sigilosa, mediante el ocultamiento de cualquier evidencia que impida imputaciones directas sobre los autores de tal conducta. Dada la naturaleza de este tipo de actos y el modo en que se desarrollan los hechos, en los cuales se encubren, disfrazan y camuflan cualquiera de los elementos probatorios que pudieran comprometerlos, la prueba indiciaria será idónea para determinar la responsabilidad, la cual apreciada en su conjunto conduce a arribar a una única conclusión cierta para establecer el juicio de responsabilidad ante la falta de una prueba directa, pues, el indicio constituye uno de los medios de prueba permitidos en nuestro estatuto procesal, a cuyos términos el hecho indicador deberá estar plenamente probado en el proceso por cualquiera de los medios probatorios, para así inferir la existencia de otro hecho no conocido. En este escenario, la existencia de una serie de hechos acreditados por cualquiera de los medios probatorios previstos por la ley, estrechamente vinculados con el ilícito, conducen a la imputación de responsabilidad.

Aunque el Estado está en la obligación permanente de realizar todas las acciones necesarias tendientes a establecer el paradero de las víctimas, conocer sobre las razones de sus desapariciones y de informar sobre ello a sus familiares (artículo 11 de la Ley 589 de 2000), bajo el entendido de que la obligación de investigar debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio[27]*, sin embargo, suele suceder que en estos casos, la inactividad probatoria por parte de la administración lleva a la ocultación de la verdad, porque la práctica de las desapariciones ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, seguida del ocultamiento de los cadáveres con lo cual queda borrada toda huella material del crimen privilegiando la impunidad absoluta del ilícito, y por esa razón dicha inactividad constituye también un indicio en contra de la administración.(…)"*[28]

---

[22] Ver Corte Constitucional, Sentencia SU – 035 de 2018

23 Ver, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de octubre del 2014, Exp. 20411, y SU – 035 de 2018

[24] Sentencia T-926 de 2014 y SU– 035 de 2018

[25] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA, Sentencia 27 de agosto de 2019 Exp. 15001-23-31-000-2003-03453-01(44240) A

[26] "Cfr. Caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párr. 41; Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), supra nota 147, párr. 75; Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros). Sentencia del 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 91." "Cfr. Caso Cantos. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 28; Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 66; y Caso del Tribunal Constitucional. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 47."

[27] "Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 29 de julio de 1988. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras."

[28] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, radicación No. 54001-23-31-000-1995-08777-01 (16337), actor: Jesús Quintero, demandado: Nación-Ministerio de Defensa.

Además, el Consejo de Estado también sostuvo la flexibilización en la apreciación y valoración de los medios probatorios frente a graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, para lo cual la línea jurisprudencial emplea la aplicación del estándar de la probabilidad prevalente[29], así:

> *" (…) El estándar de la probabilidad prevalente ofrecerá un criterio racional para la elección del juez, en la medida que determina, entre las hipótesis posibles en torno al mismo hecho, cuál es la más racional o con mayor grado de probabilidad. Se debe mencionar que el estándar de la probabilidad prevalente se funda en las siguientes premisas principales, a saber: (i) que se conciba la decisión del juez sobre los hechos como el resultado final de elecciones en torno a varias hipótesis posibles relativas a la reconstrucción de cada hecho de la causa; (ii) que estas elecciones se conciban como si fueran guiadas por criterios de racionalidad; (iii) que se considere racional la elección que toma como "verdadera", la hipótesis sobre hechos que resultan mejor fundados y justificados por las pruebas respecto a cualquier otra hipótesis; (iv) que se utilice como clave de lectura de la valoración de las pruebas, con un grado de confirmación de la veracidad de un enunciado sobre la base de los elementos de confirmación disponibles. Visto el propósito directivo y metodológico señalado por la teoría de la probabilidad lógica o prevalente que requiere de la demostración de la hipótesis fáctica más plausible y coherente, la Sala, en primer lugar, evaluará los enunciados relativos a cada hecho que se contraponen, en función de los medios de convicción y, posteriormente, determinará el nivel de probabilidad de cada una de las hipótesis. (…)" [30]*

En este contexto, el Consejo de Estado, en casos de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, plantea la necesidad de flexibilizar la apreciación y valoración de los medios probatorios incorporados al proceso para poder observar las hipótesis posibles en torno al mismo hecho y así determinar cuál tiene mayor grado de probabilidad.

En el mismo sentido, es importante traer a colación el llamado que hace la Corte Interamericana a los jueces de lo contencioso administrativo y los tribunales constitucionales, a nivel interno, de asumir una posición dinámica frente a las nuevas exigencias que le traza el ordenamiento jurídico interno, así como el internacional, y al restablecimiento de los derechos humanos que se tenga conocimiento, así:

> *"(…) Así las cosas, los jueces de lo contencioso administrativo y los tribunales constitucionales, a nivel interno, deben procurar el pleno y completo restablecimiento de los derechos humanos de los que tengan conocimiento, como quiera esa es su labor, con el propósito, precisamente, de evitar que los tribunales de justicia internacional de derechos humanos, en el caso concreto de Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como tribunal supranacional, tenga que desplazar a la justicia interna en el cumplimiento de los citados propósitos. (…)"[31]*

2.5. PRUEBA TRASLADADA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En la Sentencia T-204 de 2018, respecto de la posibilidad de valorar la prueba traslada al proceso contencioso administrativo, la Corte Constitucional, señaló:

> *Esta Sala de Revisión considera que (i) la prueba trasladada es un medio probatorio regulado en el Código General del proceso que puede solicitarse en el trámite contencioso administrativo y (ii) de acuerdo con la jurisprudencia -Consejo de Estado y Corte Constitucional- y la doctrina, los jueces no pueden valorar una prueba trasladada ciñéndose de manera literal al artículo 174 del Código General del Proceso, comoquiera que tal lectura no abarca de manera completa todos los escenarios posibles para salvaguardar el derecho*

[29] Ver Sentencia 6 de junio de 2019 de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 3ª Subsección B del Consejo de Estado proferida en el Exp. N° 18001-23-31-00-2005-00142-01 (50343).
[30] Ver Sentencia 6 de junio de 2019 de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 3ª Subsección B del Consejo de Estado proferida en el Exp. N° 18001-23-31-00-2005-00142-01 (50343).
[31] Corte Interamericana, Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del Caso Bámaca Velásquez, Sentencia del 22 de febrero 2002. Cita extraída de la página 216 del Tratado de Responsabilidad Extracontractual del Estado, Autor Enrique Gil Botero Octava Edición, Primera Edición Tirant lo Blanch, Bogotá D.C., 2020

de contradicción de las partes, como expresión del derecho fundamental al debido proceso. En este orden de ideas, (iii) para esta Sala no existe duda acerca de que la validez de la valoración de una prueba trasladada depende del ejercicio del derecho de contradicción que se hubiese surtido sobre la misma, ya sea en el proceso de origen o en el que se traslada, pues solo cuando tal derecho esté plenamente garantizado el juez se encuentra autorizado para considerar la prueba de que se trate sin ningún trámite adicional. Así, puede el juez valorar la prueba trasladada sin necesidad de ponerla a disposición de las partes para que la contradigan cuando (i) la misma fue solicitada por las dos en el proceso al que se traslada (demandante y demandado), o a instancia de una de ellas pero con la adhesión o coadyuvancia de la otra, pues en estos casos, aun cuando una de esas partes no hubiese participado en el proceso de origen, la jurisprudencia ha entendido que tanto demandante como demandado conocen el contenido de tal prueba; o (ii) la prueba trasladada es solicitada solo por una de las partes y la parte contra la que se aduce no pudo contradecirla en el proceso de origen, pero esa prueba siempre estuvo visible durante el trámite del proceso al que fue trasladada, es decir, que pudo ejercer su derecho de contradicción. En todo caso, de no encuadrarse la solicitud de la prueba trasladada en alguna de las posibilidades que admiten su valoración sin ninguna otra formalidad, el juez está obligado a realizar una interpretación constitucional del artículo 174 del Código General del Proceso, de manera que permita el ejercicio de contradicción a la parte que lo solicita.

Según lo anterior, dado que las pruebas documentales allegadas corresponden a las actuaciones penales adelantadas con ocasión de la muerte del Nicolás Cardona Quiceno, en las que se investiga a los militares que participaron en el presunto operativo en el que resultó muerto el referido señor. Tales actuaciones inicialmente fueron adelantadas ante el Juzgado 54 de Instrucción Penal Mlitar, y luego fueron remitidas las diligencias a la Fiscalía 119 de la Dirección Especializada contra las Violaciones a los Derechos Humanos y DIH de Popayán dentro del proceso radicado bajo el N° 19532600061820080022 4 antes Fiscalía 92, es pertinente indicar que las mismas serán valoradas en este proceso. Igualmente, lo concerniente a las actuaciones surtidas ante la Jurisdicción Especial para la Paz dentro del radicado N° 007514 del 2 de diciembre de 2019, en las que, según Resolución N° 007514 del 2 de diciembre de 2019, se resolvió aceptar el sometimiento del señor Fabián Guarnizo Mona a la JEP respecto del proceso penal radicado bajo el N° 19536000618200880224 de la Fiscalía 119 de la Dirección Especializada contra las Violaciones a los Derechos Humanos de Popayán.

En efecto, ello es procedente por cuanto tales documentales fueron solicitadas como prueba trasladada tanto por la parte demandante como por la demandada. Y una vez allegadas a este proceso, las partes tuvieron la oportunidad la oportunidad de referirse a ellas, en ejercicio de su derecho de contradicción, sin que hubiera manifestación en contrario respecto de su validez. En esa medida, corresponde al Despacho valorarlas acorde con la convicción que de ellas se derive.

2.6. CASO EN CONCRETO

2.6.1. Sobre los hechos relevantes acreditados

De acuerdo con los medios de prueba obrantes en el proceso, aparecen demostrados los siguientes hechos relevantes:

1) De la acreditación del parentesco de las víctimas

- Registro civil de nacimiento con indicativo serial N° 1687080 del señor Nicolás Cardona Quiceno. (Fol. 38 C. 1)

- Registros civiles de nacimiento de los familiares de la víctima, José Alberto Cardona Cardona, Beatriz Elena Cardona Quiceno, Gloria Patricia Cardona Quiceno, Ángela Nidia Cardona Quiceno, Luz María Cardona Quiceno y Sandra Milena Quiceno Taborda. (Fol. 39 - 44 C. 1)

- Certificación del estado de cancelación por muerte de la cédula ciudadanía N° 71.753.248 asignada en vida al señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno. (Fol. 86 C. 4)

2) De las piezas procesales relevantes de la Indagación Preliminar N° 01 del año 2008 tramitada por el Juzgado 54 de Instrucción Penal Militar del Batallón de Infantería N° 7 General José Hilario López remitidas por la Fiscalía 119 Especializada mediante Oficio N° 086 del 5 de junio de 2019 (Fol. 347 C. 1)

- Orden de la Misión Táctica Fragmentaria N° 002 "Esparta" impartida a las 18:00 horas del 5 de enero de 2008 por el comandante de Batallón de Infantería N° 7 General José Hilario López (Fol. 91 C. 1)

- Informe de Patrullaje a la ORDOP N° 002-MT-Esparta rendido por el comandante del 5° pelotón de la Compañía ASPC S.S. Adalberto Peña Cantillo. (Fol. 3 – 7 C. 6)

- Actuación del Primer Respondiente – FPJ – 4 – del 6 de enero de 2008 elaborado por el servidor John Faber Salazar adscrito a la Estación de Policía de Bordo Cauca (Fol. 31 a 32 C. 6)

- Informe del 26 de julio de 2010 rendido por el patrullero John Faber Salazar en calidad de funcionario del Grupo Investigativo contra el Terrorismo contentivo de las inconsistencias advertidas en la entrega de la escena de los hechos. (Fol. 198 a 201 C. 6)

- Informe de Situación de Tropas – INSITOP – del día 6 de enero de 2008 del Batallón de Infantería N° 7 General José Hilario López. (Fol. 166 C. 2 y Fol. 94 C. 6)

- Inspecciones Técnicas a Cadáveres – FPJ – 10 del 6 enero de 2008 practicada en la Finca Las Palmas en la vereda La Teja situada en el municipio El Bordo del departamento Cauca (Fol. 119 a 123, 128 a 130 C. 1, Fol. 33 a 43 C. 6)

- Fotografías de los dos (2) cuerpos abatidos el 6 de enero de 2008. (Fol. 173 a 174 C. 1)

- Acta de gasto de munición N° 005 con registro en el folio N° 58 de fecha del 7 de enero de 2008 del Batallón de Infantería N° 7 General José Hilario López (Fol. 115 C. 4)

- Informe Ejecutivo – FPJ-3- del 6 de enero de 2008 contentivo del reporte de los hechos por los soldados profesionales Fabián Guarnizo Monar y Jhonni Urbano Rojas. (Fol. 144 a 146 C. 1)

- Informes Periciales de Necropsia N° 2008010119532000001 y N° 2008010119532000002 del 6 de enero de 2008. (Fol. 125 a 126, 186 a 189 C. 1 y Fol. 154 a 165 C. 6)

- Versiones libres rendidas por el Sargento Viceprimero Adalberto Peña Cantillo y Cabo Segundo Fabián Guarnizo Mona para los días 24 mayo y 14 de junio, ambos del año 2008. (Fol. 201 – 202 y 210 – 211 C. 1)

- Versión libre del SS Adalberto Peña Cantillo e imputación efectuada el día 22 de diciembre de 2008 (fol. 120 a 125 C. 6).

- Versión libre del Cabo Segundo Fabián Guarnizo Monar e imputación efectuada el día 23 de diciembre de 2008 (fol. 127 a 132 C. 6).

- Versión libre del SLR Nelson Angulo Angulo rendida el 12 de julio de 2012 (fol. 250 a 254 del C. 6)

- Versión libre del SLP Yonny Henry Rojas Urbano del 31 de julio de 2012 (fol. 268 a 271 del C. 6)

- Oficio N° IPM 004 099 del 4 de febrero de 2009 procedente del Inspector de Policía Municipal Patía El Bordo Cauca (fol. 135 C.6) que da cuenta de la inexistencia de grupos al margen de la Ley en la finca Las Palmas para el día de los hechos.

- Informe de Arma de Fuego y Munición del 19 de mayo de 2009 de las armas incautadas para el día de los hechos (Fol. 174 a 178 C. 6) contentivo de que la conclusión de que los dos revólveres Smith Wesson Calibre largo distinguida con los N° SO5658814858 y N° 5D42683 son aptas para disparar.

- Diligencia de exhumación del 27 de junio de 2013 (Fol. 122 a 127 C. 3).

- Oficio N° 42000-10-085-00 N° 11682 del 1° de octubre de 2013 (Fol. 33 C. 2) por medio del cual la Investigadora Criminalística C.T.I. aclaró que el N° SO5658814858 no corresponde a ningún número de serial de arma de fuego, en el almacén de evidencias de la Brigada 29.

- Consulta de antecedentes penales de la Policía Nacional de fecha 10 de febrero de 2014 del señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno con la observación que no tienen asuntos pendientes con las autoridades judiciales. (Fol. 170 C. 7)

- Consulta de anotaciones efectuadas en la Dirección de Investigación Crimina e INTERPOL (DIJIN) del 30 de marzo de 2017 (Fol. 67 a 70 C. 4) con registro del auto del 10 de noviembre del año 2000 que resolvió prescribir la pena impuesta por el Juzgado 27 Municipal de Medellín frente al delito de hurto.

- Declaración rendida por parte del señor Manuel Alfonso Revelo Moreno el 28 de mayo de 2014 ante el Juzgado 54 de Instrucción Penal Militar (Fol. 92 – 94 C. 2)

3) De las piezas procesales relevantes de indagación por muerte violenta de las dos personas NN que cursó en la Fiscalía 001 Seccional del Bordo Delegada ante los Jueces Penales del Circuito bajo el radicado N° 195326006182200880224 Carpeta 1875

- Informe Investigador de Laboratorio – FPJ – 13 – del 2 de abril de 2013 contentivo de la identificación del cuerpo con la validación en el SISTEMA PMT-II arrojando como resultado positivo para Nicolás Alberto Cardona Quiceno. (Fol. 59-60 C. 1).

- Oficio 2013-132 del 30 de septiembre de 2013 procedente del Fiscal Seccional de El Bordo Cauca, a través del cual informa que bajo la radicación N° 195326000618200880224 carpeta 1875 esta Fiscalía adelantaba la indagación por la muerte violenta de CARLOS ANDRÉS BANGERO LASSO y NICOLÁS ALBERTO CARDONA QUICENO, cuya identidad fue verificada en el precitado informe del 2 de abril de 2003, y que corresponden a las mismas personas y hechos que son objeto de investigación en la indagación preliminar N° 178 del Juzgado 54 de Instrucción Penal Militar. (Fol. 136 C. 3).

4) De las actuaciones relevantes adelantadas por la Fiscalía 119 de la Dirección Especializada contra las Violaciones a los Derechos Humanos y DIH de Popayán dentro del proceso radicado bajo el N° 195326000618200800224 antes Fiscalía 92

- Acta de audiencia de formulación positiva conflictiva de competencia del 27 de enero de 2015 propuesto por la Fiscalía 92 Especializada contra las Violaciones a los Derechos Humanos y DIH de Popayán contra el Juzgado 54 de Instrucción Penal Militar de Popayán. (Fol. 6 C. 3)

- Auto del 18 de febrero de 2015 proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura por el cual se resuelve conflicto de competencia asignando el conocimiento de la investigación a la Fiscalía 92 Especializada DFENDH. (Fol. 11 a 35 C. 3)

- Informe Investigador de Laboratorio –FPJ-13- del 15 de diciembre de 2017 correspondiente al análisis de la posición en que se encontraba el occiso al recibir los disparos y la posición de los tiradores. (fl. 50 – 64 C. 5)

- Oficio N° 20172490579771: MDN – CGFM-COEJC-SECEJ-JEMMP-CEDE11-DICOH-1.9 del 11 de abril de 2017 referente al estado de vinculación de los miembros del Ejército Nacional. (Fol. 103 a 104 C. 4)

- Escrito de Acusación del 14 de marzo de 2018 presentado por la Fiscalía 119 de la Dirección Especializada contra las Violaciones a los Derechos Humanos de Popayán (Fol. 76 – 97 C. 5).

- Escrito de Acusación del 21 de mayo de 2018 presentado por Fiscalía 119 de la Dirección Especializada contra las Violaciones a los Derechos Humanos de Popayán (Fol. 155 – 165 C. 5).

- Interrogatorio practicado el 5 de junio de 2018 al señor Nelson Angulo Angulo. (fol. 216 – 218 C. 5)

- Entrevista – FPJ- 14 – realizada el 24 de julio de 2018 al señor Roberto David Zúñiga alias "Cejas" en las instalaciones de la Cárcel La Picota. (fol. 225 a 227 C. 5)

- Entrevista – FPJ – 14 – realizada el 10 de abril de 2019 al señor Yamit Sotelo Bolaños en las instalaciones del Establecimiento Penitenciario y Carcelario Cómbita (Fol. 312 316 C. 5).

- Informe Investigador de Laboratorio – FOJ – 13 – del 31 de julio de 2018 correspondiente al análisis de la escena de los hechos ocurridos el 6 de enero de 2008. (Fol. 254 – 271 C. 5)

- Oficio N° S – 20170175137 /SUBIN – GRAIC – 1.9 del 30 de marzo de 2017 de la Dirección de Investigación CRIMINAL E INTERPOL - Seccional Cali contentiva de la consulta al sistema de datos de la Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL – DIJIN -. (fol. 67 a 70 C. 4)

- Informe de Investigador de Campo – FPJ – 11 – del 22 de marzo de 2017 el cual contiene diferentes gestiones de búsqueda de los familiares del señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno. (Fol. 80 a 85 C. 4)

- Diligencia del 6 de marzo de 2017 realizada por el funcionario de la Fiscalía General de la Nación en las instalaciones de la Registraduría Especial del Estado Civil de Medellín (Fol. 97 C. 4) concerniente a la obtención de información relacionada con los datos de dirección y nombre de los padres de la víctima.

- Publicación del 16 de marzo de 2017 del periódico Q-Hubo en búsqueda de la familia de Nicolás Alberto Cardona Quiceno para que procedieran a reclamar el cuerpo. (Fol. 84 C. 4)

- Oficio N° 703 – DH – DIH del 28 de febrero de 2017 de la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario Seccional Medellín mediante el cual pidió el ingreso de los datos del occiso en el sistema SIRDEC (Fol. 89 C. 4)

- Entrevistas – FPJ – 14 – atendidas por los familiares de la víctima José Alberto Cardona Cardona, Beatriz Elena Cardona Quiceno y Ángela Nidia Cardona Quiceno (Fol. 185 a 192 C. 4)

- Interrogatorio de Indiciado – FPJ – 27 – del 2 de agosto de 2017 practicado a uno de los soldados que participaron en los hechos del 8 de enero de 2008, SLR José Ángulo Caicedo (Fol. 222 – 225 C. 4)

- Interrogatorio al SLR Nelson Angulo Angulo del 19 de julio de 2017 (Fol. 229 – 231 C. 4).

- Informe Investigador de Laboratorio – FPJ-13 de la Policía Judicial adscrito al Centro Estratégico de Valoración Probatoria – CEVAP – del 31 de agosto de 2018. (Fol. 254 – 271 C. 5)

5) De la actuación surtida ante la Jurisdicción Especial para la Paz dentro del radicado N° 007514 del 2 de diciembre de 2019

- Resolución N° 007514 del 2 de diciembre de 2019 proferida por el Magistrado José Miller Hormiga Sánchez integrante de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP mediante la cual resolvió aceptar el sometimiento por competencia prevalente de la Jurisdicción Especial para la Paz – JEP – al señor Fabián Guarnizo Mona respecto del proceso penal radicado bajo el N° 19536000618200880224 de la Fiscalía 119 de la Dirección Especializada contra las Violaciones a los Derechos Humanos de Popayán. (Fol. 371 a 403 C. 1)

- Oficio N° 0281 del 16 de noviembre de 2018 procedente de la Fiscal 119 Especializada contra Violaciones de Derechos Humanos que resuelve solicitud de remisión de proceso a la JEP (Fol. 290 a 293 C. 5).

2.6.2. Sobre la existencia del daño en el caso en concreto

El daño se entiende como "*la lesión del derecho ajeno, consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que lo acongoja*"[32].

Sobre los elementos del daño, el Consejo de Estado[33] ha indicado que éste existe en la medida que cumpla varias características: que sea cierto; es decir, que no puede ser hipotético o eventual; que sea personal, en atención a que quien lo haya sufrido sea quien manifieste interés en su reparación; subsistente, en razón a que no haya sido reparado; y antijurídico, en cuanto quien lo padece no tenga la obligación de soportarlo.

El daño alegado en la demanda consiste en la desaparición forzada y posterior muerte de Nicolás Alberto Cardona Quiceno, de lo cual se tuvo certeza cuando, después de hacer las investigaciones pertinentes por parte de la Fsicalía General de la nación se lograron ubicar sus restos.

Al respecto, se tiene que el servidor del Grupo NNS y Desaparecidos de la Fiscalía General de la Nación para el 2 de abril de 2013, a través de la validación de identidad de la tarjeta necrodactilia tomada en la Inspección Técnica a Cadáver NN en el Sistema de Información PMT-II, se estableció la identidad del cuerpo al constatar que correspondía a la persona quien en vida se llamaba Nicolás Alberto Cardona Quiceno, identificado con cédula de ciudadanía N° 71.753.248, cuyo documento de identificación posteriormente fue cancelado por la Registraduría Nacional del Estado Civil, según certificación expedida el 2 de abril de 2017 (Fol. 86 C. 4).

---

[32] *Derecho Civil obligaciones. Pág. 538*

[33] Entre otras: Sentencia 14 de marzo del 2012. Rad. 21859 C.P. Enrique Gil Botero. Sentencia 1 de julio del 2015. Rad. 30385 C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Ante tal evidencia, entre los años 2013 y 2017, la Fiscalía 119 de la Dirección Especializada contra las Violaciones a los Derechos Humanos de Popayán adelantó diferentes diligencias para lograr la ubicación de los familiares del señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno, lo que solo pudo lograr el 6 de marzo de 2017 en la consulta efectuada a la tarjeta de preparación de la cédula de ciudadanía N° 71.753.248 (Fol. 83 C. 4) en las instalaciones de la Registraduría Especial de Cali. Seguidamente, el servidor de la Fiscalía al establecer contacto con el padre de la víctima José Alberto Cardona Cardona, y sus hermanas Beatriz Elena Cardona Quiceno y Ángela Nidia Cardona Quiceno (Fol. 185 a 192 C. 4), pudo evidenciar que previo al homicidio del referido señor, éste vivía en Cali, Valle del Cauca, en situación vulnerabilidad dada su condición de habitante de calle y por el consumo de drogas psicoactivas. A su vez, se acreditó que su cuerpo apareció en la vereda El Tejar del municipio El Bordo, Cauca, pero los familiares de la víctima tuvieron conocimiento de lo acontecido con su deceso solo hasta el mes de marzo de 2017. (Fol. 188 a 189 y 190 a 192 C. 4).

Por lo anterior, con las pruebas obrantes en el expediente relacionadas precedentemente, para el Despacho el daño alegado en la demanda se encuentra acreditado, toda vez que existe certeza que Nicolás Alberto Cardona Quiceno falleció el 6 de enero de 2008.

Pero, si bien se planteó lo anterior, la comprobación de la existencia de daño no genera *per se* la responsabilidad atribuible a la entidad demandada, pues es menester acreditar además que el daño es antijurídico; es decir, que la víctima no tenía el deber jurídico de soportarlo y que le es imputable a la entidad demandada.

2.6.3. Sobre la atribución del daño

La imputación del daño se predica cuando se encuentra demostrado el nexo de causalidad entre el actuar de la entidad demandada, bien sea por acción u omisión y el daño sufrido por la víctima. Si se establece el nexo causal entre el daño y el actuar de la entidad ello permite formar la atribución jurídica del mismo, y determinar el régimen de responsabilidad (subjetivo u objetivo) aplicable al caso.

En el sub lite se atribuye la desaparición forzada y posterior muerte del señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno al Ejército Nacional. Por tanto, es pertinente, a partir de las pruebas allegadas al proceso, analizar si efectivamente tal entidad castrense tuvo que ver con la muerte del referido señor.

En efecto, según Informe Patrullaje de la Orden de Misión Táctica Fragmentaria N° 002 "Esparta" del comandante del Batallón de Infantería N° 7 General José Hilario López, del 6 de enero de 2008 (fls. 92-96 cdno ppal), se dice que "*se recibe misión de neutralizar el accionar terrorista de integrantes de la ONT ELN que delinquen en el municipio del Bordo Patía, especialmente hurtando ganado de las fincas aledañas como lo denunció el señor: (no se indica cuál fue el señor que denunció) propietario de la Finca la Palma. A las 23:05 p.m. del día 05-01-2008, se inicia movimiento táctico motorizado hasta el sitio conocido como la Paradita en coordenadas N 02-08-25-W76-56-26, luego se hace infiltración a pie hasta la Finca las Palmas. Se realiza movimiento envolvente para verificar si había presencia enemiga, se detectó a 6 sujetos aproximadamente sacando ganado de los corrales, se lanza la proclama y los sujetos respondieron con fuego, en la maniobra se dio muerte en combate a dos de los sujetos pertenecientes a la narcoterrorista de las ONT ELN que se encontraban hurtando ganado en la Finca las Palmas en coordenadas 02-07-45 76-56-19. Luego se informó al comando del Batalló, la Sección Segunda. Coordino con la SIJIN para lo correspondiente a la acción judicial del levantamiento. El administrador de la Finca dijo que aproximadamente a las 03:00 sintió ladrar los perros y que vio al ganado inquieto, lo que lo atemorizó y obligó a quedarse quieto por encontrarse indefenso".*

Acorde con lo anterior, se observa que el Comandante del Batallón de Infantería N° 7 General José Hilario López, dio cuenta de los hechos del 5 de enero de 2008 en los que

murieron dos presuntos integrantes del ELN en enfrentamiento con el Ejército Nacional en la Finca la Palma, aunque no se dice el nombre los muertos.

Ahora, es pertinente analizar si efectivamente hubo tal enfrentamiento violento con miembros del grupo guerrillero ELN y si los muertos, entre ellos el señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno, pertenecían a dicho grupo insurgente. Para tal efecto, dada la escasez de medios de convicción que den cuenta directamente de cómo sucedieron realmente los hechos, se debe acudir a la prueba indiciaria que, en casos como este, ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado en Sentencias del 28 de agosto de 2014[34] y 12 de septiembre de 2019[35] en las que se han identificado los patrones de conducta en materia de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, tal como lo señalara el Relator de la ONU en el informe de 2010.

Dentro de los patrones del *modus operandi* de las ejecuciones extrajudiciales atribuidas a los miembros del Ejército Nacional, están los siguientes:

a). - Los casos de ejecuciones extrajudiciales aparecen en el marco de operativos militares anti-insurgentes, aunque los testigos declaran que no hubo combate;

b). - En un número elevado de casos la víctima es capturada ilegalmente en su domicilio o lugar de trabajo, y conducida al lugar de la ejecución;

c). - Las personas ejecutadas o desaparecidas son por lo general campesinos, indígenas, trabajadores o personas marginadas. Un porcentaje significativo son líderes comunitarios;

d). - Se reportan por la fuerza pública como insurgentes dados de baja en combate. 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 desarmada;

e). - En muchas ocasiones las víctimas son previamente señaladas por informantes anónimos, encapuchados o reinsertados susceptibles de facilitar información falsa debido a su situación, y en otras ocasiones son seleccionadas al azar;

f). - Habitualmente el levantamiento del cadáver se realiza por los mismos miembros de la Fuerza Pública que previamente lo han dado *"de baja en combate"*;

g). - No se preservan la escena del crimen ni las evidencias o pruebas existentes;

h). - Se aprecia superficialidad en la práctica de necropsias;

i). - Frecuentemente aparecen en los cuerpos signos de tortura. Varios testimonios evidencian la práctica de tortura;

j). - Los cuerpos son despojados de objetos personales y se hace desaparecer sus documentos de identidad;

k). - En muchas ocasiones los cuerpos son trasladados a municipios lejanos del lugar donde se produjo la captura, lo que obliga a los familiares a desplazarse tanto a las bases militares para buscar información como a los lugares donde finalmente son depositados los cadáveres. Igualmente se produce un retardo injustificado en la certificación de la defunción;

---

[34] Ver páginas 110 a 111 de la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014 proferida por la Sala Plena de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 3ª del Consejo de Estado Expediente N° 05001232500019990106301 (32988)

[35] Ver página 35 de la Sentencia 12 de septiembre de 2019 de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 3ª del Consejo de Estado Expediente N° 44001233100230100023801 (53833)

l). - Se constatan serios impedimentos tanto para el acceso de los familiares a los cuerpos como para el reconocimiento de los mismos;

m). - Se inhuman como N.N. a pesar de ser identificados por familiares o terceras personas.

Pues bien, de cara a los informes en los que los miembros del Ejército Nacional adscritos al Batallón de Infantería N° 7 José Hilario López dieron cuenta de los hechos en los que resultaron muertos dos NN, se evidencian versiones encontradas en aspectos tal elementales pero esenciales concernientes a la causa de la operación militar, los datos inexactos de los hechos acaecidos en la madrugada del domingo del 6 de enero de 2008 referentes al nombre de la misión, a la cantidad de orgánicos del pelotón, las coordenadas del lugar, el gasto de munición y el tipo de vestimenta de las dos personas abatidas.

El comandante del Batallón de Infantería N° 7 General José Hilario López, Teniente Coronel Alexis Iván Cantillo Barraza, a través de la Orden de Misión Táctica Fragmentaria N° 002 "Esparta" a las 18:00 horas del 5 de enero de 2008 (fol. 290 C. 6) dio la instrucción al quinto pelotón de la Compañía H al mando del S.S. Adalberto Peña Cantillo de realizar movimiento táctico de neutralización del accionar terrorista por los integrantes de la Compañía Móvil Lucho Quintero Giraldo de las ONT ELN bajo el empleo del método de patrullaje ofensivo en las siguientes coordenadas aproximadas 02°07'30-76°56'76°.

De la precitada documental se desprende que inicialmente el quinto pelotón de la Compañía H iniciaron movimiento motorizado desde la base militar del Bordo hacia las veredas Campo Bello y Riveras del Río Guachicono, en coordenadas aproximadas 02°07'30" – 76°56'35 en donde se desembarcaron e iniciaron infiltración a pie hasta la Finca las Palmas, en coordenadas 02°07'40"76°56'25, y que en dicho lugar al observar la presencia de un hurto de ganado efectuaron la captura de los integrantes del grupo armado al margen de la Ley.

Sin embargo, dicha captura contradice lo consignado en el Informe de Patrullaje a la ORDOP N° 002-MT-Esparta rendido por el Comandante S.S. Adalberto Peña Cantillo (Fol. 3 – 7 C. 6), toda vez que en manera alguna refiere la captura de milicianos del ELN, sino que hizo mención que a las 23:05 horas del día 5 de enero de 2008 iniciaron el movimiento táctico motorizado, y que posteriormente cuando realizaron la infiltración a pie hasta la finca Las Palmas aduce que detectaron seis sujetos sacando ganado de los corrales, pero que al lanzar la proclama ellos respondieron con fuego y que en la maniobra ofensiva dieron muerte a dos de ellos en las coordenadas 02°07'45" 76°56'19", cuyas circunstancias en similares términos fueron narradas en la diligencia de versión libre del SS Adalberto Peña Cantillo y formulación de imputación efectuada por el Juzgado 54 de Instrucción Penal Miliar para el día 22 de diciembre de 2008 (fol. 120 a 125 C. 6).

Entre las diferentes versiones libres rendidas ante el Juzgado 54 de Instrucción Penal Militar de Popayán, en especial de la narración proveniente del Comandante del quinto pelotón de la Compañía HALCON A.S.P.C. del Batallón de Infantería N° 7 General José Hilario López, efectuada en diligencia del 22 de diciembre de 2008 (Fol. 120 – 125 C. 6) reconoció que la operación militar "Esparta" tuvo origen por las denuncias de hurto de ganado efectuadas por el propietario de la finca Las Palmas, así como del mayordomo, por lo que el objetivo militar era la de capturar o someter a integrantes de grupos terroristas que estaban delinquiendo en la zona. (Fol. 122 C. 6).

Por otra parte, en la versión el 31 de julio del 2012 rendida por el SLP Yonny Henry Rojas Urbano ante el Juzgado 54 de Instrucción Penal Militar (Fol. 268 a 271 C. 6) narró que el Sargento Peña le dio la instrucción de llevar una operación de registro porque en esa noche unos bandoleros iban a extorsionar al dueño de la finca. (Fol. 269 C. 6).

Las anteriores manifestaciones resultan contradictorias, porque el propietario de la finca aledaña al predio Las Palmas, el señor Manuel Alfonso Revelo Moreno en declaración rendida para el día 28 de mayo de 2014 ante el Juzgado 54 Penal Militar, manifestó que

nunca había tenido conocimiento de los hechos acaecidos en horas de la madrugada del 6 de enero de 2008, (Fol. 93 C. 2), así lo señaló:

> *"(…)* ***PREGUNTADO:*** *Sírvase decir al Despacho, sinos (sic) puede decir donde se encontraba usted para la fecha del 6 de Enero del año 2008, indicando en lo posible en compañía de quien o quienes y que actividades realizaba.* ***CONTESTO:*** *Yo no recuerdo, pero hasta donde tengo presente por motivos de las festividades, es la fecha en la cual yo me encierro en la casa y no salgo.* ***PREGUNTADO:*** *Sírvase decir al Despacho, si es propietario de una finca, al parecer denominada las (sic) Palmas, de la Vereda el Tejar del municipio del Patía (Cauca).* ***CONTESTO:*** *Yo si tengo una finca que se llama el Recreo en la Vereda La Teja del municipio del Patía, eso queda entre Piedrasentada y el Bordo, después del río Guachicono, o mejor dicho pasando el río Guachicono por la parte de abajo si colinda una finca que se llama Las Palmas y el propietario es el Ingeniero CARLOS FELIPE SALAZAR, eso es otra Vereda, no recuerdo como se llama,* ***PREGUNTADO****: Sírvase decir al Despacho, si usted conoce o conoció a los Señores: CARLOS ANDRÉS SANGUERO LASSO y NICOLAS ALBERTO CARDONA QUICENO, en caso de ser afirmativa su respuesta nos dirá, donde los conoció, hace cuanto, el motivo por el cual los conoció y donde puede ser ubicada la familia de los mismos.* ***CONTESTO:*** *No señor, nunca los he conocido ni los he oído nombrar.* ***PREGUNTADO****: El Juzgado le da a conocer que en el Juzgado se adelanta indagación preliminar por los hechos sucedidos el día 6 de Enero de 2008, en la Finca Las Palmas, Vereda el Tejar del municipio del Patía, Cauca, en los cuales al parecer durante confrontación armada entre miembros del Ejército Nacional y grupos armados al margen de la ley, se obtuvo como resultado la muerte de las persona (sic) anteriormente relacionadas. Diga al Juzgado si usted tuvo conocimiento de estos hechos.* ***CONTESTO:*** *Yo nunca he tenido conocimiento de esos hechos, inclusive yo he hablado con el Doctor CARLOS FELIPE, yo tengo hace dieciocho años esa finca y por esos lados jamás se ha escuchado de combates, ha habido muertes pero que no son en combates, de civiles contra civiles, por riñas, por ejemplo a mí me mataron dos mayordomos y son cosas que no se han podido esclarecer, pero por parte del Ejército jamás me he enterado de nada, de las muertes que yo he conocido jamás he escuchado de los señores que me dice, claro que eso hace poco, pero del año dos mil ocho no, por ese año si no he escuchado nada, además yo todas las semanas voy para allá y a mi jamás los mayordomos que tenía me han dicho que ha habido combates por esos lados.* ***PREGUNTADO:*** *Dentro de la presente investigación, se conoce que para la fecha de los hechos el propietario de la Finca Las Palmas, denunció al personal del Ejército, que en (sic) había robos de ganado sobre el sector, hecho por el cual se levó (sic) a cabo un operativo militar que dio como resultado la muerte de CARLOS ANDRÉS BANGUERO LASSO y NICOLAS ALBERTO CARDONA QUICENO, que nos puede decir al respecto.* ***CONTESTO:*** *Yo no me recuerdo de eso y a mi (sic) el Doctor CARLOS FELIPE SALAZAR no me ha dicho nada, pero robo de ganado si es constante, lo normal por ahí, hay mucha delincuencia común por esos lados, eso está plagado.* ***PREGUNTADO:*** *Sírvase decir al Despacho, si usted en alguna oportunidad se ha enterado del hurto de ganado por parte de delincuentes comunes o de organizaciones armadas al margen de la ley, los cuales hayan sido capturados o resultaran muertos durante comienzos del mes de Enero del año dos mil ocho.* ***CONTESTO:*** *No, pero la autoridad si la he visto bajar por esos lados, pero que yo me haya dado cuenta de muertos de los que roban ganado, jamás, inclusive al Doctor lo acompañan los del Ejército cada vez que baja por allá, él debe saber como (sic) él si es el propietario de la Finca Las Palmas, que raro que a mi (sic) no me hayan dicho nada de eso y yo hablo mucho con el Doctor, además eso la gente por esos lados le dicen todo a uno, unos (sic) e (sic) entera de todo. (…)"*

En lo que atañe a la titularidad del derecho de propiedad del predio aledaño a las Palmas se encuentra acreditado con el certificado catastral N° 236218 (Fol. 239 C. 6) situado en las coordenadas geográficas N02 07 45 W76 56 19, como en las coordenadas planas N726889 W1015810, e identificado con la matrícula inmobiliaria N° 128-175820. Inclusive el Inspector de Policía Municipal de Patía El Bordo Cauca, mediante Oficio N° IPM 004. 099 del 4 de febrero de 2009, informó al Juzgado 54 Penal de Instrucción Militar de Popayán no tener conocimiento de la presencia de grupos al margen de la Ley para el día 6 de enero de 2008 en la finca Las Palmas ubicada en el Municipio de El Bordo, Cauca. (fol. 135 C. 6)

Sumado a ello, de la Actuación del Primer Respondiente – FPJ – 4 – del 6 de enero de 2008 elaborado por el servidor John Faber Salazar, adscrito a la Estación de Policía de Bordo Cauca (Fol. 31 a 32 C. 6), resalta la inconsistencia por él advertida en la escena de los hechos por la falta de acordonamiento al lugar de los hechos correspondiente a las

coordenadas 02°07'45" 76°56'19" situada en la Finca Las Palmas de la vereda El Tenjo del municipio de El Bordo, Cauca. Ello, porque fue en ese lugar donde se reportó la muerte de dos personas indocumentadas tildadas de milicianos del ELN, pese a que los cuerpos estaban vestidos de civil, según Inspecciones Técnicas a Cadáveres – FPJ – 10 del 6 enero de 2008 practicada en la referida Finca Las Palmas (Fol. 119 a 123, 128 a 130 C. 1, Fol. 33 a 43 C. 6).

De la diligencia de inhumación realizada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Seccional Cauca – (Fol. 9 C. 5) permite corroborar las prendas de la víctima, así:

> *"(…) NOMBRE DEL OCCISO: Camiseta de color negro material algodón talla L marca antes letrero 53 bluekeys, botas de color negro material plástico talla 38 marca Venus, pantalón gris oscuro material jean talla 30 marca yarthon, Correa color café material sintético con chapa metálica pantaloncillo tipo boxer color verde material algodón talla M, marca Aclub (…)"*

Inclusive, la versión libre rendida el 31 de julio de 2012 por el SLP Yonny Henry Rojas Urbano ante el Juzgado 54 de Instrucción Penal Militar (Fol. 268 C. 6) contradice lo anteriormente reseñado, habida cuenta que narró que las personas dadas de baja estaban con prendas del Ejército, pasamontañas y botas de caucho (Fol. 270 C. 6).

Luego, en informe del 26 de julio de 2010 rendido por el patrullero John Faber Salazar en calidad de funcionario del Grupo Investigativo contra el Terrorismo hizo mención de otras inconsistencias (Fol. 198 a 201 C. 6) en torno a lo sucedido: (i) que arribaron a las dos horas de haber ocurrido los hechos, pero que la persona que actuaba como primer respondiente, esto es el S.S. Adalberto Peña Cantillo, no hizo entrega en debida forma de la escena de los hechos; (ii) que las manos de los dos occisos como sus prendas no fueron embaladas; y iii) los cuerpos se encontraban expuestos a la intemperie y la humedad lo que conllevó a la contaminación de la toma de residuos del disparo.

A su vez, tales coordenadas contradicen a las registradas en el Informe de Situación de Tropas – INSITOP – del día 6 de enero de 2008 del Batallón de Infantería N° 7 General José Hilario López, como también en el número de orgánicos que integraban el quinto pelotón adscrito a la Compañía HALCON A.S.P.C., ya que se infiere la siguiente información: (Fol. 92 a 93 C. 6)

i). – Que el pelotón para el día 6 de enero de 2008 estaba situada en la Base Bordo en las coordinadas 05°02'6" 15°76'58";

ii). - Que el pelotón estaba integrado por dos suboficiales y 34 soldados profesionales y en cumplimiento de la operación Soberanía y no Esparta.

Además, en el Acta de gasto de munición N° 005 con registro en el folio N° 58 de fecha del 7 de enero de 2008 del Batallón de Infantería N° 7 General José Hilario López (Fol. 115 C. 4) en su momento reportó lo siguiente:

-. El SS Adalberto Peña Cantillo empleó 13 municiones.
-. El CS Fabián Guarnizo Monar gastó 13 municiones.
-. El SLP Jhon Rojas Urbano utilizó 13 municiones.
-. El SLR Nelson Ángulo Ángulo disparó 12 municiones.
-. El SLP Fabio López López usó 12 municiones.
-. El SLR Nelson Angulo Caicedo gastó 19 municiones.

Advierte el Despacho que el último de los mencionados corresponde al nombre de José Ángulo Caicedo, atendiendo que para el día 2 de agosto de 2017 afirmó haber participado en los hechos ocurridos el 6 de enero de 2008, según entrevista realizada por el Técnico Investigador IV de la Fiscalía 92 Especializada de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de Popayán. De dicha entrevista se avizoran imprecisiones que

resultan relevantes en cuanto al gasto de munición, a la manera como ocurrió el supuesto combate y a las personas dadas de baja (Fol. 223 C. 4):

> *"(…)* ***PREGUNTADO.-*** *Como Usted ha manifestado que participo en un combate, para la fecha 6 de enero del 2008, en la finca las Palmas, sírvase informar donde se encontraban acantonado su pelotón.-* ***CONTESTO.-*** *nosotros nos encontrábamos en la base del Bordo Cauca, salíamos de halla (sic) por dos o tres días con nuestras respectivas raciones a otros lugares a cuidar torres de energía o donde decían que había presencia de milicianos o atracadores, ese día 6 de enero del 2008, salimos con destino a cuidar torres de energía, pues nosotros salimos simplemente a cuidar torres y sucedió ese combate, nosotros estábamos en el cambuche (sic) no tan cerca a la finca las Palmas, la información era que iban a tumbar unas torres, cuando uno está en estos dispositivos casi no duerme, la verdad creo que los atacantes nos escucharon a nosotros y ahí fue cuando se presentaron los disparos, como resultado de esta operación hubieron dos muertos, yo no los mire, decían que eran hombres vestidos con ropa negra y con armamento corto creo que eran con revólveres 38, de ellos decían los compañeros que eran milicianos, no sé qué hicieron con esos cadáveres, yo si dispare con mi fusil como* ***cinco tiros*** *ya que no soy hombre de combate, los combates me producen miedo y yo me escondo, fue en el único combate que estuve, con respecto a los cadáveres desconozco de ellos. (…)" (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Por otra parte, en la indagación preliminar N° 178 en diligencia de versión libre rendida por el SLR Nelson Angulo Angulo el día 12 de julio de 2012 (Fol. 253 a 254 C. 6) se evidencian respuestas contradictorias con lo dicho en los dos interrogatorios de los días 19 de julio de 2017 (Fol. 226 – 228 C. 4) y el 5 de junio de 2018 (fol. 216 – 218 C. 5) ante la Fiscalía, persistiendo la imprecisión respecto del gasto de munición, dado que por un lado manifestó no haber disparado y posteriormente dijo que sí.

En la diligencia del 19 de julio de 2017 (Fol. 227 C. 4) manifestó que:

> *" (…)* ***PREGUNTA:*** *Porque motivo usted en diligencias pasadas afirma no haber realizado disparos con su arma de dotación y otras afirma que si disparo, explique estas afirmaciones dadas* ***RESPUESTA*** *Porque no entendí la pregunta, eso fue en diligencia en Popayán, pero en el combate si dispare* ***PREGUNTA:*** *en efecto diga si se dio el combate o simplemente realizaron los disparos, obedeciendo órdenes de su comandante sargento* ***ADALBERTO PEÑA CANTILLO****.* ***RESPUESTA*** *El comandante no dio órdenes, solamente reaccionamos al fuego. (…)"*

Entre las pruebas recaudadas por la precitada Fiscalía se desprende del interrogatorio practicado el 5 de junio de 2018 al señor Nelson Angulo Angulo (fol. 216 – 218 C. 5) en donde el investigador de la Policía Nacional le planteó la inquietud sobre la imprecisión de la cantidad de disparos, en los siguientes términos:

> *" (…)* ***PREGUNTADO:*** *Sírvase aclarar al despacho, si durante el mencionado intercambio de disparos, usted realizó disparos, en caso afirmativo hacia dónde.* ***CONTESTO:*** *yo no dispare, lo que hice fue tenderme y quedarme quieto, yo disparo es cuando ya había pasado todo, por los nervios mi sargento me dio la voz de aliento y para que se me mermaran los nervios me ordenó disparar y yo hice entre cinco y seis disparos.* ***PREGUNTADO:*** *Dice usted que realizó entre 5 y 6 disparos, entonces por qué motivo en el acta No 005 de fecha 7 de enero de 2008, aparece firmando como si hubiera consumido 12 cartuchos (se le pone de presente el acta, que reposa a folio 216 del cuaderno No 1)* ***CONTESTÓ:*** *Yo disparé entre 5 y 6 cartuchos aproximadamente y en la base al momento de confirmar la munición gastada, le dije a mi sargento que había gastado esos 5 o 6 cartuchos y él me dijo que para que tuviera de cuadre por si se me perdía un cartucho porque estaba próximo a salir o para ayudar a cuadrar a algún compañero que se le hubiera perdido munición, que colocara 10 o 12 cartuchos gastados y por eso quedó en el acta así.* ***PREGUNTADO:*** *En algún momento sus comandantes les informaron a los soldados, específicamente cuál era el objetivo del patrullaje.* ***CONTESTÓ:*** *no, yo no tenía conocimiento, para esa época yo era relevante de guardia en la base, no sé si durante alguno de los relevos el resto de personal fue informado y yo no me enteré.* ***PREGUNTADO:*** *Qué personal de oficiales, suboficiales y soldados estuvieron en estos hechos. CONTESTÓ: mi sargento Peña Cantillo, mi cabo Guarnizo, mi dragoneante Rojas, los soldados López López, Angulo Caicedo y mi persona, no recuerdo quienes más.* ***PREGUNTADO:*** *Menciona usted que iba de cuarto o quinto en el desplazamiento, cuando fueron sorprendidos por disparos, alcanzó usted a observar las personas que les disparaban, cuántos cree usted que eran por la cantidad de detonaciones y a que distancia se encontraban*

*estos, **CONTESTÓ:** no los pude ver porque estaba oscuro, no sé cuántos podría ser los que disparaban, pero eran más de dos y no podría calcular la distancia de donde se encontraban. **PREGUNTADO:** Sírvase describir el terreno donde tuvieron lugar los hechos y el estado del tiempo. **CONTESTO:** íbamos bajando, eran varias lomas, terreno quebrado, nosotros quedamos en una parte más alta de quienes nos dispararon, había bastante monte y estaba oscuro, no estaba lloviendo, ni llovió mientras estuvimos allá. **PREGUNTADO:** Tiene usted conocimiento que esta operación tenía un nombre, sabe cómo se denominó. **CONTESTÓ:** No sabía que era una operación, me enteré cuando asistí al juzgado del Batallón, porque la Juez me preguntó sobre una operación, pero no recuerdo el nombre, tampoco sabía el nombre de la finca, ni la vereda donde fueron los hechos. (…)"*

En efecto, tales declaraciones contradicen lo consignado en el acta de gasto de munición N° 005 con registro en el folio N° 58 de fecha del 7 de enero de 2008 del Batallón de Infantería N° 7 General José Hilario López (Fol. 115 C. 4), puesto que allí aparece que el señor Nelson Angulo Angulo gastó 19 municiones.

La Fiscalía 119 de la Dirección Especializada contra las Violaciones a los Derechos Humanos de Popayán, mediante escrito del 14 de marzo de 2018, formuló acusación por los delitos de homicidio en persona protegida, desaparición forzada agravada, falsedad ideológica y concierto para delinquir en contra de los señores CR. ® Aleix Iván Cantillo Barraza, MY. ® Luis Fernando Vélez Soto, TC ® César Augusto González Roa, Capitán Raúl Emilio Ballesteros Salgado, Sargento Primero Adalberto Peña Cantillo, Sargento Viceprimero Héctor Javier Méndez Atencio y Sargento Segundo Fabián Guarnizo Monar, quienes para la época de los hechos eran miembros activos y otros retirados del Ejército Nacional conforme a la información consignada en el Oficio N° 20172490579771: MDN – CGFM-COEJC-SECEJ-JEMMP-CEDE11-DICOH-1.9 del 11 de abril de 2017 referente al estado de vinculación de los miembros del Ejército Nacional. (Fol. 103 a 104 C. 4)

En contraste de ello, obra Entrevista – FPJ- 14 – realizada el 24 de julio de 2018 al señor Roberto David Zúñiga, alias "Cejas", en las instalaciones de la Cárcel La Picota. (fol. 225 a 227 C. 5) quien en su relato manifestó que no tenía conocimiento del presente caso, pero sí manifestó que la Banda Delincuencial Los Rastrojos tenía un convenio con el Ejército Nacional de entregarles las bajas para que los hiciera pasar como si fueran realizadas por la Institución Castrense, así:

*"(…) **PREGUNTADO:** (sic) Durante que fechas a que fecha operó en el Departamento del Cauca con el grupo los Rastrojos? **CONTESTÓ:** Ingrese en el 2007 hasta fines del año 2008 más o menos no recuerdo bien. **PREGUNTADO:** (sic) Indique dónde tenía asiento o sitio de operaciones el grupo delincuencial Los Rastrojos que operó en el Departamento del Cauca? **CONTESTÓ**: Municipio de Patía, Municipio de Argelia, Municipio de El Tambo. En el Municipio de Patía en las veredas ZARZAL, BRISAS, DON ALONSO, LA MESA UNICIPIO (sic) DE PATIA, PUENTE TIERRA, PARAMILLA entre otros. **PREGUNTADO:** (sic) Informe concretamente con que batallones o Brigadas del Ejército Nacional con sede en Popayán tuvo el grupo armado Los Rastrojos acuerdos o convenios? **CONTESTÓ:** si había convenios con los que operaban en el sector donde nos encontrábamos nosotros, el convenio consistía en que la organización les entregaba las bajas y el ejército los presentaba como bajas en combate. El ejército nos vendía munición material de intendencia, igual el ejército vendió unos fusiles defectuosos y una munición defectuosa. Ellos también recibían dinero de la organización yo fui a dejarles dinero en la vía que conduce de Brisas a el Bordo, Sé que le entregué el dinero a personas activos de la fuerza pública, ya que la orden era entregarles a miembros del ejército, ellos se movilizaban en un carro pequeño. Igualmente (sic) los del ELN también tenían convenio con el ejército, ellos también les entregaban falsos positivos y pagaban con ellos había una alianza. **PREGUNTADO:** Informe que le consta y por qué razón de algunos homicidios que fueron cometidos al parecer por integrantes del grupo ilegal Los rastrojos, cuyas víctimas fueron presentadas por efectivos del Batallón José Hilario López de Popayán, como sujetos dados de baja en presuntos combates? **CONTESTÓ:** Yo me di cuenta de la muerte de un sujeto al que llamaban Rambo, a él se le dio de baja en la vereda la caponera, en la y (y) (sic) vías que conducen a Don Alonso, el señor fue muerto por dos impactos de arma de fuego uno de frente a la altura del abdomen y otro en la espalda, el sujeto era de una edad de 27 años más o menos, era de tez negra, grueso, de estatura media (sic) después de darle de baja se llamó al ejército y ellos subieron por el muerto, ellos llegaron como a los diez minutos ellos nos dijeron que nos retiráramos, ellos hicieron disparos al aire para simular un combate, esta*

comunicación al ejercito la realizó BRAY es del único caso que me di cuenta. De igual manera como integrante de la organización escuché de muchos otros muertos más entregados al Ejército, pero no lo presencié. ***PREGUNTADO:*** *Esta Fiscalía lo ha citado para escucharlo en diligencia de declaración jurada para que manifieste todo cuanto le consta sobre los hechos ocurridos siendo aproximadamente las cuatro de la mañana del 6 de enero de 2008 en el sector de la Finca las Palmas, vereda La Teja del municipio de Patía, Cauca tropas del Batallón José Hilario Lopez (sic) de Popayán, al mando del SS ADALBERTO PEÑA CANTILLO, en desarrollo de la misión táctica No. 02 Esparta sostuvieron un combate de encuentro con integrantes del grupo subversivo ELN, que delinquen en esa zona especialmente hurtando ganado de las fincas arrojando como resultado la baja de dos sujetos a quienes s eles (sic) incautaron dos armas de fuego tipo revólver.* ***CONTESTÓ:*** *Yo sé de qué el ELN, también tenían convenios con el Ejercito (sic) y ellos entregaban falsos positivos para el ejército. Ellos asesinaban jóvenes que no cumplían su reglamento y lo entregaban como bajas al ejército. Si me di cuenta de unos jóvenes que trajeron de Cali y los asesinaron si me pusieran de presente fotos buenas yo podría reconocerlos si se trataban de los mismos. Las fechas en que los trajeron no las recuerdo, (sic) pero ellos eran jóvenes de tez trigueña delgados, de estatura media, es lo que pueda informar. Los sujetos que tenían convenio con el ejército era, EL TIO, CINCUENTA creo que era, y El Tigre. PREGUNTADO: (sic) Desea agregar algo más a su entrevista? CONTESTO: No señor, en lo que yo pueda saber estaría dispuesto a colaborarle. (…)"*

Además, obra entrevista realizada el 10 de abril de 2019 al señor Yamit Sotelo Bolaños en las instalaciones del Establecimiento Penitenciario y Carcelario Cómbita, quien narró el *modus operandi* de la Banda Delincuencial Los Rastrojos para hacer entrega de los cuerpos al Ejército Nacional:

"(…) Durante ese mes y medio que me tuvieron retenido, me dí cuenta de muchas cosas, por ejemplo me di cuenta que los muchachos recién ingresados que se aburrían y trataban de volarse los cogían y los asesinaban y luego se los entregaban al Ejército, yo escuchaba cuando hablaban por radio que hablaran con los primos para que los recogieran, pero del caso que me pregunta no sé nada, porque yo tuve los primeros acercamientos con "los rastrojos" en el mes de marzo de 2008, cuando se robaron esa mercancía de antes no se nada, lo que pasaba es que cuando me tuvieron retenido, los primeros ocho días me tuvieron amarrado, después anduve normal porque hablaron por mí y yo hablaba con la gente que reclutaban y como me veían normal pensaban que yo era de "los rastrojos". Lo único que me dijeron es que no me fuera a volar porque me mataban. Yo puedo colaborar con los casos que supe. (…)"

Aunado a lo anterior, las conclusiones a las que arribó el servidor de la Policía Judicial adscrito al Centro Estratégico de Valoración Probatoria – CEVAP (Fol. 268 – 271 C. 5), ponen en entre dicho las versiones libres de los integrantes del pelotón adscrito al Batallón de Infantería 7 General José Hilario López, entre ellos la del SS Adalberto Peña Cantillo. Veamos:

"(…) 9.2.3 CONCLUSIONES DE ANÁLISIS
Acorde a la información aportada, el grupo interdisciplinario de análisis considera lo siguiente:

Respecto a la Escena:

- *Teniendo en cuenta el bosquejo topográfico del lugar de los hechos, así como los diferentes dibujos elaborados a mano alzada por algunos integrantes del Batallón José Hilario López, donde se aprecia que las víctimas se encontraban en un terreno plano, desprovistos de vegetación para cubrirse en contraposición a la ubicación estratégica del personal del ejército, ubicados en la montaña, resulta poco razonable que éstas hubieran iniciado el fuego.*

- *El gasto de munición (82 cartuchos 5.56), la clase de armas utilizadas por parte del ejército y el tiempo de duración del combate, permite inferir de manera razonable, la desventaja que presentaban las víctimas en relación con los miembros del Batallón José Hilario López.*

- *Llama la atención, que en la escena no se hallara evidencia balística del accionar por parte de los otros tres (3) bandidos, como lo aseguran las versiones de los integrantes de la misión táctica fragmentada "Esparta" al mando del SS. Peña Cantillo Adalberto.*

- *Así mismo, mediante la actuación del primer respondiente, se relaciona un arma de fuego tipo revolver Smith Wesson calibre 38 Largo, cachas en madera color café, con numero externo. 505658814858, sin número interno, con 05 cartuchos y 01 vainilla en regular estado de conservación; elemento que pese a tener en los rótulos de cadena de custodia, idéntica descripción no corresponde al mismo elemento que fue estudiado por el área de Balística del CTI de Popayán, pues en informe de fecha 13 de abril de 2007, se describe un "revolver Smith & Wesson, 38 especial, número de serie 1D97898 estampado en la base metálica de la empuñadura y el guarismo 53530 en el puente móvil del tambor, cachas en material sintético, hallado con cuatro cartuchos y dos vainillas.*

- *Cabe resaltar que el SS PEÑA CANTILLO ADALBERTO, en su calidad de primer respondiente da cuenta del número interno del revólver, que según fotografías de inspección técnica a cadáver portaba la víctima Nro. 1, siendo las 05:00 horas del 06/01/2007; teniendo en cuenta que las únicas personas que podían inspeccionar las armas, eran los miembros de la policía judicial, quienes acudieron al lugar a las 06:00 horas del mismo día.*

- *Con respecto al cuerpo de **NICOLAS ALBERTO CARDONA QUICENO***

- *Resulta poco congruente la posición de hallazgo del cuerpo de ésta víctima, en tanto que la lesión numerada como 2 (Parietal - Ojo derecho) en el protocolo de necropsia, es una herida inmediatamente mortal y tuvo que ser producida estando la boca del arma de fuego en un plano superior y posterior a la víctima, por lo cual esta se encontraba de espalda y no mirando en dirección a la loma, donde según descripción de los miembros del Ejército, se encontraban ellos.*

- *No resulta coherente que la víctima tenga empuñada el arma de fuego en su mano derecha, con el dedo dos en el disparador, en tanto que esta presenta lesiones en la base de los dedos 1 y 2, las que le impedirían la aprehensión de la misma.*

- *Así mismo, no se explica como el revólver asociado a esta víctima, aparece desprovisto de la cacha del costado derecho, para el momento de la inspección técnica al arma, de fecha 13 de abril de 2007 y en la inspección técnica a cadáver no se hayan registrado las condiciones que presentaba dicho elemento. (…)" (Subrayado fuera de texto)*

Aunque en el plenario no se encuentra acreditado que se hubiera absuelto de responsabilidad penal a los militares por el delito de homicidio en contra de quien en vida respondía al nombre de Nicolás Alberto Cardona Quiceno, lo cierto es que, con las probanzas antes relacionadas, el Despacho encuentra acreditados los supuestos fácticos de la demanda, de conformidad con la prueba indiciaria recaudada. Sumado al hecho de que uno de los procesados se hubiera acogido a la Jurisdicción Especial para la Paz, ello da cuenta de ser cierto el indicio de que en realidad el 6 de enero de 2008 no se presentó el enfrentamiento en la Finca las Palmas, como lo afirmó en su informe el Comandante del Batallón de Infantería N° 7 General José Hilario López.

Por el contrario, lo sucedido da cuenta de indicios graves que llevan a inferir que en el caso de la muerte del señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno concurren los patrones de las ejecuciones extrajudiciales atribuidas a los miembros del Ejército Nacional, reseñadas en las sentencias del 28 de agosto de 2014[36] y 12 de septiembre de 2019[37] del Consejo de Estado, debido a que aparecen probadas las siguientes circunstancias:

i). – Se dio cuenta de un aparente combate, porque en la escena de los hechos no hallaron evidencia balística del accionar por parte de los insurgentes. Por el contrario, los impactos de bala demostraron que fue a muy poca distancia "*estando la boca del arma de fuego".*

ii). – La víctima antes de su desaparición forzada y homicidio era habitante de calle en la ciudad de Cali y posteriormente su cuerpo apareció en la Finca Las Palmas en el municipio

[36] Ver páginas 110 a 111 de la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014 proferida por la Sala Plena de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 3ª del Consejo de Estado Expediente N° 05001232500019990106 3 01 (32988)
[37] Ver página 35 de la Sentencia 12 de septiembre de 2019 de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 3ª del Consejo de Estado Expediente N° 44001233100230100023 8 01 (53833)

El Tejar del municipio de El Bordo del departamento Cauca, y que probablemente fue conducida al lugar de la escena de los hechos.

iii). – La víctima fue reportada como guerrillero del ELN, lo cual fue desvirtuado porque de la consulta de antecedentes judiciales se evidencia que no tiene asuntos pendientes con la justicia, ni tiene registro de delitos de rebelión o similares que sean conexos con el conflicto armado.

iv). - La muerte de Nicolás Alberto Cardona Quiceno fue producida por miembros del Ejército Nacional. Según los resultados de necropsia y las mismas declaraciones de los uniformados, estos accionaron sus armas en contra de la víctima y se constató que la causa de la muerte fue, en efecto, por proyectiles de armas de fuego.

v). – En el levantamiento del cuerpo de la víctima no vestía prendas militares, ni se logró demostrar que hubiera disparado algunas de las armas incautadas.

vi). – La escena de los hechos estaba contaminada por cuanto los integrantes del pelotón no protegieron el lugar.

Lo anterior, permite arribar a tres conclusiones: (i) que el señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno ostentaba la condición de civil y nada tenía que ver con la pertenencia a grupos armados al margen de la ley, como afirmaron los miembros del Ejército Nacional; (ii) que su muerte no se produjo por su comportamiento al sostener un combate o entrar en contacto con unidades militares; y (iii) que todo se trató de un montaje para hacer aparecer la muerte como si en realidad hubiera ocurrido en combate, con el fin de dar cuenta de resultados positivos en el combate contra los grupos insurgentes. Tal situación encuadra dentro de los supuestos de las ejecuciones extrajudiciales, conocidas eufemísticamente por la opinión pública como "falsos positivos", atribuidas al Ejército Nacional, como en otras ocasiones similares a esta se ha evidenciado. Así, entonces, lo sucedido se trató de una conducta irregular del Ejército Nacional, por cuanto como miembros de la institución sometieron al mencionado ciudadano, luego de lo cual apareció muerto y trataron de exonerarse de responsabilidad al presentarlo como guerrillero dado de baja en combate.

En ese orden de ideas, la muerte del señor Cardona Quiceno le es atribuible jurídicamente a la entidad demandada bajo el régimen subjetivo de falla en el servicio, por cuanto se apartó del cometido que constitucionalmente le está atribuido a las Fuerzas Militares de Colombia, como lo establece el artículo 2 de la Constitución Política, según el cual "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades". Todo ello constituye una abierta violación del derecho a la vida y una infracción grave a las normas del Derecho Internacional Humanitario, que compromete seriamente la responsabilidad del Estado[38], como lo ha reconocido la jurisprudencia de la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo.

Contrario de lo aquí señalado, no obra prueba dentro del proceso que permita exonerar de responsabilidad a la entidad accionada por una legítima defensa o culpa exclusiva de la víctima. Si bien, en el acta de levantamiento del cadáver y en el informe militar de operación quedó consignada la existencia de un arma en poder de la víctima, no se cuenta con una prueba técnica que indique que el occiso hubiera disparado un arma de fuego, pues no se anotó la presencia de pólvora o alguna otra huella dejada por la detonación de las armas, además de que la escena de los hechos fue alterada por los miembros del Ejército Nacional.

Bajo las anteriores consideraciones, el Despacho declarará la responsabilidad administrativa y patrimonial de la entidad demandada al encontrar acreditado, a partir de la prueba trasladada y de pruebas indiciarias, que la muerte de Nicolás Alberto Cardona Quiceno se debió a una conducta irregular del Ejército Nacional.

---

[38] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 11 de septiembre de 2013, exp. 20601, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

2.7. DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

2.7.1. Daño moral

La parte actora solicitó por daño moral el reconocimiento de 200 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes para Nicolás Alberto Cardona Quiceno en calidad de víctima directa y al señor José Alberto Cardona Cardona en calidad de padre, y 100 salarios para cada una de las hermanas de la víctima directa.

En lo relacionado con el perjuicio moral, en sentido lato, éste se circunscribe a la lesión de la esfera sentimental que abarca el dolor, el sufrimiento, la angustia padecida por la víctima directa y demás perjudicados del daño.

La Sección Tercera del Consejo de Estado mediante documento del 28 de agosto del 2014, estableció de manera objetiva los criterios para reconocer el daño moral por muerte, así:

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

Ahora bien, en relación con la prueba del daño moral, la posición unificada de la Sección Tercera del Consejo de Estado[39], diseñó cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas, y erige una presunción a favor de algunos perjudicados de rebote y ante determinados hechos dañosos de la víctima directa (muerte, lesión y privación de la libertad), siendo suficiente, para dar por acreditado el daño moral, la prueba de la relación de parentesco.

No obstante, recientemente la misma Sección Tercera del Consejo de Estado ha abordado el análisis de aspectos probatorios que desvirtúan la presunción de aflicción en Sentencia del 4 de marzo de 2019. Veamos:

> *"(..) Sin embargo, no puede desconocer la Sala que en el caso concreto está acreditado que el señor Gustavo Vargas Morelo ingresó al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Bucaramanga el 3 de marzo de 1992, procedente de la cárcel de Cartagena donde purgaba una condena por el delito de homicidio y que durante el tiempo que estuvo recluido en Bucaramanga no recibió visita de sus familiares según consta en los registros del INPEC. Pero, lo que más llama la atención de la Sala es que solo cuando transcurrieron más de dieciséis años desde el ingreso a ese centro de reclusión, el 19 de diciembre de 2008, la familia, particularmente la señora Edith Morelo Palencia, madre del señor Gustavo, (quien no es actora en este asunto), elevó derecho de petición ante la Dirección del INPEC, Regional Oriente, con el fin de, entre otras cosas, indagar por la situación y posible ubicación de su hijo. De suerte que, analizadas en conjunto las pruebas obrantes en el plenario, no puede la Sala aplicar la presunción en tanto que existe prueba en contrario respecto de la cercanía y*

[39] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Expediente 26.251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

lazos de afecto que caracterizan la relación familiar, pues además de que nadie lo visitó en el centro de reclusión, la familia, a través de la madre, únicamente se preocupó por su suerte, transcurridos más de dieciséis años desde que ingresó al centro de reclusión de la ciudad de Bucaramanga.

Conforme lo expuesto, la presunción según la cual el amor, la solidaridad y el afecto es inherente al común de las relaciones familiares y especialmente cuando se trata de la relación entre hermanos se encuentra desvirtuada en este asunto, razón por la que no es procedente el reconocimiento de los perjuicios morales deprecados.
Esta Corporación ya ha negado este tipo de perjuicios cuando no se encuentran acreditados o cuando, como ocurre en el presente asunto se desvirtúa la presunción de aflicción. (…)" [40]

En el sub lite, llama la atención del Juzgado que la presunción de aflicción de los familiares por la muerte de la víctima directa no se encuentra acreditada plenamente, por dos circunstancias probadas en el proceso. En primer lugar, se observa que el referido señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno, al momento de la ocurrencia de su desaparición y posterior muerte, era una persona habitante de calle, y sus familiares demandantes no tenían conocimiento de lo que le había sucedido, al punto de que no presentaron denuncia penal por los hechos de desaparición forzada y posterior muerte. Esto, entre otras razones, le generó dificultades a la Fiscalía General de la Nación para ubicar a su núcleo familiar para informarles de lo acontecido con la víctima. En segundo lugar, desde la fecha del fallecimiento o desaparición del joven Nicolás Alberto Cardona Quiceno, esto es, el 6 de enero de 2008 hasta el mes de abril año 2017, los familiares de la víctima no acreditaron gestión alguna para lograr obtener información de su paradero. Así, se infiere de las entrevistas dadas los días 17 y 18 de abril de 2017 por sus hermanas Beatriz Elena Cardona Quiceno y Ángela Nidia Cardona Quiceno, en las que indicaron que su hermano desde muy joven consumía sustancias psicoactivas y aun cuando inicialmente tenía una ocupación de lustrador de botas, la misma familia admitió que tenía conocimiento de la situación de marginalidad de habitante de la calle y era escasa o casi nula la comunicación entre ellos.

Al respecto, la señora Beatriz Elena Cardona Quiceno (Fls. 188 a 189 C. 4), señaló:

"(…) ***PREGUNTADA:*** *(sic) la Fiscalía 92 Especializada de DH-DIH de la ciudad de Popayán, Cauca, investiga el homicidio de los señores Carlos Andrés Banguero Lasso y Nicolás Alberto Cardona Quiceno, hechos ocurridos en la finca Las Palmas de la vereda La Teja en el municipio del Bordo Cauca, que puede usted manifestar al respecto.* ***CONTESTO:*** *no tengo información al respecto* ***PREGUNTADO****: siendo conocedores que usted tiene un hermano de nombre NICOLAS ALBERTO CARDONA QUICENO, al mostrarle la imagen lo reconoce indiciariamente que se trata de él porque.* ***CONTESTO:*** *lo reconozco por la mirada, en los ojos* ***PREGUNTADO:*** *manifieste si usted tenía conocimiento que su hermano NICOLAS ALBERTO CARDONA QUICENO había sido ultimado en el municipio del Bordo Cauca.* ***CONTESTO:*** *no, me entere de lo sucedido con él, cuando visitaron mi casa personas de la Fiscalía y nos informaron* ***PREGUNTADO:*** *Diga la situación económica familiar, social, laboral de su hermano.* ***CONTESTO:*** *él se fue de la casa en Medellín a buscar a mi mama en la ciudad de Cali, la condición económica era muy mala era lustrador de zapatos, no tenía trabajo fijo y desconocíamos (sic) donde vivia (sic)* ***PREGUNTADO:*** *si tenía comunicación permanente, casual con NICOLAS ALBERTO.* ***CONTESTO****: como yo vivo con mima (sic) papá, el (sic) nos llamaba muy frecuentemente para preguntar como (sic) estaba papá y nos informaba sobre él* ***PREGUNTADO:*** *alguna ves (sic) fue recluido en centros de rehabilitación.* ***CONTESTO:*** *no* ***PREGUNTADO:*** *tienen algún registro de la carta dental de su hermano NICOLAS ALBERTO.* ***CONTESTO:*** *no preguntado: conoce nombres de algunos compañeros que permanecian (sic) en la indigencia con su hermano, donde pueden ser ubicados.* ***CONTESTO:*** *El (sic) se mantenía mas (sic) que todo solo, el (sic) decía que andaba solo.* ***PREGUNTADO:*** *su hermano NICOLAS ALBERTO presto (sic) servicio militar o mostraba simpatia (sic) y admiración (sic) por integrantes del Ejercito (sic) Naiconal (sic).* ***CONTESTO:*** *El (sic) no presto servicio militar y no prestaba admiranción (sic) por el Ejercito (sic), lo único que puedo decir es que mi padre y nosotros sus hermanos estamos muy afectados por lo que paso., siendo las 17:15 horas se termina la diligencia. (…)" (Subrayado fuera de texto)*

[40] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de marzo de 2014, Expediente Radicación N°: 68001-23-31-000-2010-00597-01(48110), M.P. María Adriana Marín (E).

A su turno, la señora Ángela Nidia Cardona Quiceno, señaló (Fol. 190 a 192 C. 4):

> *"(…)* ***PREGUNTADO:*** *La Fiscalía 92 Especializada de DH-DIH de la ciudad De Popayán Cauca, investiga el homicidio de los señores Carlos Andrés Banguero Lasso y Nicolás Alberto Cardona Quiceno, hechos ocurridos en la finca Las Palmas de la vereda La Teja en el municipio del Bordo Cauca, que puede usted manifestar al respecto.* ***CONTESTO:*** *Mi hermano se llama Nicolás Alberto Cardona Quiceno, el nació acá en Medellín, más o menos en 1972, mi hermana es la que tiene el registro civil de nacimiento de él, en estos momentos él tendría por ahí 44 años, yo me case en 1983 y me fui a vivir a la Unión Antioquia, mi hermano Nicolás se fue a vivir conmigo allá, él tenía como 10 o 11 años, cuando se fue a vivir conmigo y vivió allá como hasta los 17 años, en la unión el solo estudio la primaria, el empezó a consumir vicio, creo que solo marihuana, entonces como yo tenía mis hijos pequeños mi esposo ya no aceptaba que el viviera con nosotros, entonces mi hermano se vino para acá para Medellín y se quedó un tiempo con mi papá, que vivía en el barrio Villahermosa, después mi hermano se fue para el Valle del Cauca a buscar a mi mamá que vivía en Cali, pero no la encontró, mi mamá tenía familiares una hermana MARTA QUICENO de ella no sé nada, solo sé que se llama así y vive allá, mi hermano se quedó viviendo por allá por esa zona, de vez en cuando él se comunicaba con nosotros a donde mi papá a decir que estaba bien, él se encontró con una prima de nombre Alba Lucia Osorio Cardona en Buga, ella estaba de paseo, es sobrina de mi papá se encontraron de casualidad, él fue quien la reconoció, mi prima nos contó que él estaba trabajando de embolador de zapatos, andaba con una cajita de esas de embolar, según mi prima Alba Lucia, él estaba como un habitante de calle, tenía como los dientes dañados y aspecto descuidado, ella le regalo cinco mil pesos y lo invito a comer pero él le dijo que no que ya estaba lleno, ella se encontró con él por ahí hace diez o doce años la verdad no estoy segura, esto es lo que ella cuenta. Yo con el (sic) después de que se fue de la Unión no volví a hablar, el (sic) llamaba era a la casa de mi Papá, hace como nueve años no volvimos a saber de él, nunca más volvió a llamar a donde mi papá, hace como un mes una persona de la Fiscalía fue a nuestra casa y nos dijeron que estaban buscando a la familia de Nicolás Alberto Cardona Quiceno que él estaba muerto y que lo habían matado hace como 8 años, que el ejército lo había dado de baja, no sé en dónde.* ***PREGUNTADO:*** *siendo conocedores que usted tiene un hermano de nombre NICOLAS ALBERTO CARDONA QUICENO, al mostrarle la imagen lo reconoce indiciariamente que se trata de él por qué.* ***CONTESTO:*** *A mí el muchacho de la Fiscalía cuando estuvo en nuestra casa nos mostró una foto, para mí el de la foto si es mi hermano, lo reconozco por los ojos y la mirada.* ***PREGUNTADO:*** *manifieste si usted tenía conocimiento que su hermano NICOLAS ALBERTO CARDONA QUICENO, había sido ultimado en el municipio del Bordo Cauca.* ***CONTESTO:*** *no tenía conocimiento me entere hace como un mes como le acabo de decir que un funcionario de la Fiscalía fue a nuestra casa y nos informó que al parecer nuestro hermano estaba muerto y lo había dado de baja el Ejercito (sic) en ese municipio.* ***PREGUNTADO:*** *Diga la situación económica, familiar, social, laboral de su hermano.* ***CONTESTO:*** *Como le dije yo con él no hablaba ya, él se comunicaba de vez en cuando a la casa de mi papá, según lo que nos contó nuestra prima, él era embolador y tenía aspecto de habitante de calle, creo que él le conto a mi prima que él había estado charlando y viviendo con una muchacha e inclusive como que tuvo una hija con ella, pero la muchacha lo dejo y se le llevo a la hija, no supimos nunca el nombre ni de la muchacha ni de la hija.* ***PREGUNTADO:*** *Si tenía comunicación permanente, casual con NICOLAS ALBERTO.* ***CONTESTO:*** *Como le mencione anteriormente él se comunicaba de vez en cuando a la casa de mi papá, pero yo con él no llegue a hablar.* ***PREGUNTADO:*** *Alguna ves (sic) fue recluido en centros de rehabilitación.* ***CONTESTO:*** *No mientras estuvo conmigo no, no sé si cuando estuvo en el Valle halla estado en algún centro de rehabilitación.* ***PREGUNTADO:*** *Tienen algun (sic) registro de la carta dental de su hermano NICOLAS ALBERTO.* ***CONTESTO:*** *No hasta donde yo sé no tenemos ningún registro de eso, tampoco sé si él iba al odontólogo.* ***PREGUNTADO:*** *Conoce nombres de algunos compañeros que permanecian (sic) en la indigencia con su hermano, donde pueden ser ubicados.* ***CONTESTO:*** *No, no le conocí amigos, unos pelados que vivían en la unión cuando él vivían halla (sic) conmigo pero de amigos o conocidos de él, aquí en Medellín o en el Valle no le conocí.* ***PREGUNTADO:*** *Su hermano NICOLAS ALBERTO presto servicio militar o mostraba simpatia (sic) y admiranción (sic) por integrantes del Ejército Nacional.* ***CONTESTO:*** *No el no presto servicio militar, ni hasta donde yo lo conocí le gustaron las armas, ni nada de ese cuento, el (sic) solo consumía droga y se fue a esa zona del cauca y del Valle a buscar a mi mamá. (…)" (Subrayado fuera de texto)*

Lo referido por las hermanas evidencia que había un importante distanciamiento frente a la víctima, y debido a su adicción al consumo de estupefacientes, la misma familia que hoy

reclama por su muerte, prácticamente lo abandonó a su suerte. Nótese que más bien era él el que de vez en cuando se comunicaba con su familia. Lo cual indica que el amor, la solidaridad y el afecto inherente al común de las relaciones familiares y especialmente cuando se trata de la relación entre hermanos, en el caso de Nicolás Alberto Cardona Quiceno, era muy poco o casi nulo.

En consideración a lo anterior, si bien no desconoce la gravedad de lo sucedido respecto de la víctima directa, lo cual merece el más enérgico reproche al Ejército Nacional por haberse apartado del cumplimiento de su misión de proteger la vida, honra y bienes de Nicolás Alberto Cardona Quiceno, también es pertinente señalar que el daño moral alegado por su muerte no resultó ser de tal intensidad como se alega en la demanda. Es verdad que la muerte de un familiar, siempre tendrá impacto en la vida de sus parientes cercanos. Pero como se ha dicho acá, Nicolás Alberto estuvo abandonado por su familia, y no sería justo que solo se venga a reclamar por su muerte, animados meramente por un interés económico, pues ello desnaturalizaría no solo el valor de la vida sino el de las relaciones afectivas para fortalecer los lazos familiares y brindarse apoyo.

En esa medida, el Despacho tendrá en cuenta los criterios jurisprudenciales señalados por el Consejo de Estado para la reparación del perjuicio moral por muerte de la víctima directa, pero reducirá a la mitad el monto a reconocer. Y como, a través de los registros civiles, se encuentra acreditado el parentesco de los demandantes con Nicolás Alberto Cardona Quiceno (fls. 38, 40-43 C1), se les reconocerá por daño moral, los siguientes valores:

Nombre	**Calidad**	**Monto**
José Alberto Cardona Cardona	Padre	50 SMLMV
Beatriz Elena Cardona Quiceno	Hermana	25 SMLMV
Gloria Patricia Cardona Quiceno	Hermana	25 SMLMV
Ángela Nidia Cardona Quiceno	Hermana	25 SMLMV
Luz Marina Cardona Quiceno	Hermana	25 SMLMV
Sandra Milena Quiceno Taborda	Hermana	25 SMLMV
Total		**175 SMLMV**

De otra parte, cabe señalar que los demandantes persiguen el reconocimiento de la indemnización por los perjuicios sufridos por la víctima directa, que murió, motivo por el cual es necesario analizar la transmisibilidad del derecho a la reparación del daño moral del causante.

En sentencia del 29 de enero de 2016 Consejo de Estado Radicación número: 05001-23-31-000-2006-01559-01 (38635) señaló.

> "(…) La Sala, considera que, frente a los principios informadores del derecho a la reparación integral, la transmisibilidad del derecho a la reparación de los daños morales causados a la víctima directa, es procedente, por regla general. En efecto, debe sostenerse que de conformidad con lo dicho, el derecho a la indemnización es de carácter patrimonial y por ende, la obligación indemnizatoria, se transmite a los herederos de la víctima, por tratarse de un derecho de naturaleza patrimonial, que se concreta en la facultad de exigir del responsable, la indemnización correspondiente, toda vez que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe disposición de carácter legal expresa prohibitiva y por el contrario, la regla general, indica que todos los activos, derechos y acciones de carácter patrimonial forman parte de la masa herencial transmitible y por ende los sucesores mortis causa, reciben la herencia con íntegro su contenido patrimonial y, ya se observó, que el derecho al resarcimiento, o lo que es igual, la titularidad del crédito indemnizatorio, no se puede confundir con el derecho subjetivo de la personalidad vulnerado (…) Es de anotar que la controversia doctrinal que la Sección Tercera zanjó en esa oportunidad se refería específicamente a los perjuicios morales, pues era respecto de ellos que se sostenía que, al ser de carácter personalísimo, no podían transmitirse.(…) En esa oportunidad la Sala precisó que el perjuicio moral transmisible es aquel que, habiendo experimentado en vida la persona fallecida, le confirió el derecho a obtener una indemnización, crédito que formaba parte de su patrimonio herencial y por lo mismo sus herederos habrían de recibirlo en iguales

> condiciones . Adicionalmente señaló que, para la reclamación de este crédito, los demandantes en reparación directa debían acreditar dos aspectos: "la consistencia y realidad del daño moral padecido por la víctima directa, de una parte y, **el título hereditario invocado**, que [los] legitima en el ejercicio de la pretensión indemnizatoria para [su] reconocimiento. La Sala concluye que, habiéndose acreditado que los demandantes tienen, en los términos del artículo 1045 del Código Civil, vocación hereditaria, estos se encontrarían legitimados para reclamar, en nombre de la sucesión de John Jather Giraldo Muriel –dentro del respectivo proceso de naturaleza civil-, la indemnización de los perjuicios materiales e inmateriales que aquel hubiere presuntamente sufrido como consecuencia del hecho dañoso. (…)" (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Pues bien, en el sub lite, aunque en la demanda se solicitó indemnización por el perjuicio moral sufrido por Nicolás Alberto Cardona Quiceno (q.e.p.d.), tal solicitud se hizo a nombre propio de dicho señor, y no a nombre a nombre de los herederos, como en realidad correspondía. Nótese que la jurisprudencia citada, señala dos aspectos o requisitos para heredar patrimonialmente al causante: uno, la consistencia del daño moral sufrido por la víctima y otro, el **título hereditario invocado.** Y en este caso, no se invocó dicho título, como correspondía, porque en efecto, el reconocimiento, en caso de que se hiciera, entraba a formar parte de la masa sucesoral para ser repartido entre los herederos que así lo demostraran.

Por tal razón, se denegará la indemnización por daño moral solicitada respecto de José Alberto Cardona Cardona (q.e.p.d.), como víctima directa.

2.7.2. Daño a la vida de relación

La parte actora solicitó también pagar a favor de la víctima Nicolás Alberto Cardona Quiceno y de su padre José Alberto Cardona Cardona, la cantidad de 200 SMLMV para cada uno de ellos, y a cada una de las hermanas 100 SMLMV, por concepto de daño a la vida de relación y/o daño al proyecto de vida, como consecuencia de la desaparición forzada y muerte del señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno.

Al respecto, es preciso señalar que la Jurisprudencia del Consejo de Estado nacional, siguiendo los lineamientos planteados en sus sentencias de unificación, se apartó de la tipología de perjuicio inmaterial denominado perjuicio fisiológico o daño a la vida en relación, para en su lugar reconocer la categoría de **daño a la salud**[41] (cuando estos provengan de una lesión a la integridad psicofísica de la persona) y de afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados[42]; estos últimos se reconocerán siempre y cuando su concreción se encuentre acreditada dentro del proceso y se precise su reparación integral, teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos.

Lo anterior, significa que el daño a la salud se le reconoce a la víctima directa, tanto en cuanto con el hecho dañoso se haya visto afectada su integridad psicofísica y ello esté demostrado dentro del proceso. Y como en el caso concreto, el señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno, victima directa del daño murió, tal como se encuentra acreditado, no hay

---

[41] "*(…) se recuerda que, desde las sentencias de la Sala Plena de la Sección Tercera de 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222 (…) se adoptó el criterio según el cual, cuando se demanda la indemnización de daños inmateriales provenientes de la lesión a la integridad psicofísica de una persona, ya no es procedente referirse al perjuicio fisiológico o al daño a la vida de relación o incluso a las alteraciones graves de las condiciones de existencia, sino que es pertinente hacer referencia a una nueva tipología de perjuicio, denominada daño a la salud (…) la Sala unifica su jurisprudencia en relación con la indemnización del daño a la salud por lesiones temporales en el sentido de indicar que, para su tasación, debe establecerse un parangón con el monto máximo que se otorgaría en caso de lesiones similares a aquellas objeto de reparación, pero de carácter permanente y, a partir de allí, determinar la indemnización en función del período durante el cual, de conformidad con el acervo probatorio, se manifestaron las lesiones a indemnizar (…)*" (Se destaca). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, expediente 28832, M.P. Danilo Rojas Betancourth y expediente 31170. M.P. Enrique Gil Botero.

[42] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, expediente 32988 M.P. Ramiro Pazos Guerrero y exp. 26251. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

lugar a reconocer el perjuicio solicitado. Y en el caso de su padre, tampoco aparece acreditado que la muerte de su hijo lo haya afectado en su salud.

En consecuencia, la indemnización solicitada será denegada.

2.7.3. Perjuicios materiales

La parte demandante persigue también el reconocimiento del lucro cesante a favor de su padre José Alberto Cardona Cardona, el cual se debe liquidar conforme a los parámetros del precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, comprendido entre la fecha de la muerte del señor Nicolás Alberto Cardona Quiceno y la vida probable.

Frente a este tipo de pretensión, el Despacho la denegará en la medida en que de un lado la propia familia de Nicolás Alberto Cardona Quiceno señaló las condiciones de precariedad en que éste vivía, al punto que se señaló que era habitante de calle, consumidor de sustancias psicoactivas, y esporádicamente ejercía la actividad de lustrabotas, de lo cual no se dijo ni se acreditó cuánto ganaba por dicha actividad. Así se desprende de las entrevistas dadas por las hermanas Beatriz Elena Cardona Quiceno y Ángela Nidia Cardona Quiceno (Fol. 188 a 192 C. 4). Esto desvirtúa lo dicho por los testigos Magda Eddy Álvarez Puerta y Juan Manuel Londoño Bedoya, en audiencia del 30 de enero de 2020 (fol. 404 a 407 C. 1), habida cuenta que reconocen que a la fecha de los hechos no sabían verdaderamente a que se dedicaba. Además, tampoco se probó la dependencia económica de su padre respecto de la víctima.

2.8. COSTAS

En cuanto a la condena en costas, en aplicación del criterio objetivo valorativo señalado por el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 365 del Código General del Proceso, debe verificarse si hay lugar a condena en costas a la parte vencida.

Se habla de un criterio *«objetivo»* porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse. Y es *«valorativo»* porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación, tal y como lo ordena el CGP. En consideración a lo anterior, dado que no aparece acreditada su causación, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado (35) Administrativo del Circuito de Bogotá - Sección Tercera**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR administrativa y patrimonialmente responsable a la **Nación-Ministerio de Defensa – Ejército Nacional** de los perjuicios causados a los demandantes por la muerte de Nicolás Alberto Cardona Quiceno ocurrida el 6 de enero de 2008 en la Finca Las Palmas, situada en la vereda El Tejar del municipio de El Bordo, Cauca.

TERCERO: CONDENAR a la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional** a pagar doscientos setenta y cinco (275) salarios mínimos legales mensuales Vigentes por concepto de daño moral, a favor de las siguientes personas:

Nombre	Calidad	Monto
José Alberto Cardona Cardona	Padre	50 SMLMV
Beatriz Elena Cardona Quiceno	Hermana	25 SMLMV
Gloria Patricia Cardona Quiceno	Hermana	25 SMLMV
Ángela Nidia Cardona Quiceno	Hermana	25 SMLMV
Luz Marina Cardona Quiceno	Hermana	25 SMLMV
Sandra Milena Quiceno Taborda	Hermana	25 SMLMV
Total		**175 SMLMV**

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

QUINTO: El pago de las sumas impuestas deberá hacerse de conformidad con lo establecido en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTO: SIN CONDENA en costas por las razones expuesta en la parte motiva.

SÉPTIMO: Por Secretaría del Juzgado, procédase a la notificación de la sentencia en la forma dispuesta en el artículo 203 de la ley 1437 de 2011.

OCTAVO: De no ser apelada la presente providencia y ejecutoriada la misma, por Secretaría procédase a expedir copia auténtica del fallo en mención, una vez pagada la suma pertinente para dicho trámite y realícese el archivo del expediente, haciéndose las anotaciones del caso.

NOVENO: En firme esta sentencia, liquídense los gastos por la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá y en caso de existir remanentes entréguense a la parte interesada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ IGNACIO MANRIQUE NIÑO
JUEZ

DMAP

Firmado Por:

Jose Ignacio Manrique Niño
Juez
Juzgado Administrativo
035
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
5c55d36a1c50173daf53e5bc3d419d4ff32780359260d7f974a868d125f93eb2
Documento generado en 15/10/2021 06:59:15 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica