

Doctor

JOSÉ IGNACIO MANRIQUE NIÑO

Juez Treinta y Cinco Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C.

Sección Tercera –

E. S. D.

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA
PROCESO: 11001333603520200020100
DEMANDANTE: MARIA LUZ DARYS CARDONA RESTREPO C.C. 38.855.072
DEMANDADOS: Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional –
MEDIO DE CONTROL: Reparación Directa

DIÓGENES PULIDO GARCÍA, mayor de edad, domiciliado y residente en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía N° 4280143 de Toca Boyacá y T.P. N° 135996 del C.S.J, actuando en mi calidad de apoderado judicial de LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL, según poder que adjunto, con el acostumbrado respeto, me permito dar **contestación a la demanda** a lo cual procedo en los siguientes términos:

1.- IDENTIFICACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La parte demandada en el presente caso es la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL, cuyo representante legal es el Doctor DIEGO ANDRÉS MOLANO APONTE, con sede principal en la Avenida el Dorado CAN Carrera 54 N° 26 – 25 de la ciudad de Bogotá D.C., PBX 3150111 y NIT 899999003-1.

El Director de Asuntos Legales del MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL es el Doctor JORGE EDUARDO VALDERRAMA BELTRÁN, con sede principal en la Avenida el Dorado CAN Carrera 54 N° 26 – 25 de la ciudad de Bogotá D.C.; a quien el Ministro de Defensa Nacional le delegó la facultad de constituir apoderados en los procesos contenciosos administrativos que cursen contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional.

El suscrito apoderado judicial de la Nación Ministerio de Defensa Nacional – en la Sede del Grupo Contencioso Constitucional, en la ciudad de Bogotá D.C. ubicado en la Carrera 10 N° 26-71 Residencias Tequendama Torre Sur – Piso 7° Correos electrónicos: diogenespulido64@hotmail.com o a diogenes.pulido@mindefensa.gov.co

2.- RESPECTO A LAS PRETENSIONES

PRIMERA: La parte actora pretende que la demandada sea declarada administrativa y extracontractualmente responsable, de los perjuicios ocasionados con ocasión de la desaparición forzada y presunta ejecución extrajudicial de LUZ DARY ROMAN CARDONA, en hechos **ocurridos el 30 de abril de 2006** ocurridos en la vereda San Roque en jurisdicción del Municipio de Yarumal ocasionados presuntamente por integrantes del Batallón Girardot Contra guerrilla Deluyer 5.

SEGUNDA: Que LA NACION (Ministerio de Defensa — Ejército Nacional), pague por concepto de **PERJUICIOS MORALES** al grupo familiar el equivalente en salarios mínimos legales vigentes tal como se relaciona a continuación:

Ítem	Demandante	Parentesco	Documento	S.M.L.M.V.
1	María Luz Darys Cardona Restrepo	Madre	38.855.072	(100)
2	Luis Eduardo Román Salcedo	Padre	6.181.382	(100)
3	María Luisa Román Cardona	Hermana	66.712.632	(100)
4	Esther Román Cardona	Hermana	38.873.295	(100)
5	Samuel Davis Román Cardona	Hermano	14.895.947	(100)
6	Liliana Patricia Román Cardona	Hermana	66.714.252	(100)
7	Isaura María Ríos Cardona	Hermana	1.116.237.286	(100)
8	Mónica Andrea Ríos Cardona	Hermana	38.792.635	(100)
9	Julián Andrés Cardona Restrepo	Hermano	1.112.156.056	(100)
			Total	900

TERCERA: Que LA NACION (Ministerio de Defensa — Ejército Nacional), pague por concepto de **violación a bienes constitucionalmente protegidos** al grupo familiar el equivalente en salarios mínimos legales vigentes tal como se relaciona a continuación:

Ítem	Demandante	Parentesco	Documento	S.M.L.M.V.
1	María Luz Darys Cardona Restrepo	Madre	38.855.072	(100)
2	Luis Eduardo Román Salcedo	Padre	6.181.382	(100)
3	María Luisa Román Cardona	Hermana	66.712.632	(50)
4	Esther Román Cardona	Hermana	38.873.295	(50)
5	Samuel David Román Cardona	Hermano	14.895.947	(50)
6	Liliana Patricia Román Cardona	Hermana	66.714.252	(50)
7	Isaura María Ríos Cardona	Hermana	1.116.237.286	(50)
8	Mónica Andrea Ríos Cardona	Hermana	38.792.635	(50)
9	Julián Andrés Cardona Restrepo	Hermano	1.112.156.056	(50)
			Total	550

3.- OPOSICIÓN A LAS PRETENSIONES

Con el acostumbrado respeto manifiesto al Honorable Despacho Judicial QUE ME OPONGO a la prosperidad de las pretensiones deprecadas por el extremo actor por considerar que: **1.- En el caso de marras se presenta el fenómeno jurídico de la caducidad del medio de control impetrado. 2.- No existen elementos materiales probatorios ya por acción u omisión que endilguen responsabilidad a mi defendida por la comisión de los hechos endilgados, puntualmente NO se prueba la existencia de la responsabilidad subjetiva de la falla del servicio en la comisión de los hechos ocurridos el día 30 de abril de 2006.** Y, por las demás razones de hecho y de derecho que se exponen a continuación.

4.- PRONUNCIAMIENTO DE LA DEFENSA RESPECTO A LOS HECHOS

A los Hechos sobre la vida familiar: 1, 2, 3, 4, 5, NO SON CIERTOS, NO ME CONSTAN, con el escrito de traslado de la demanda no hay elementos materiales de prueba que así lo evidencien.

A los Hechos generadores del daño: 1, ASÍ PARECEN SER conforme a los diversos relatos consignados en las pruebas documentales allegadas con el escrito de traslado de la demanda. Sin embargo, **desde ahora esta defensa manifiesta que revisados los diferentes testimonios y declaraciones vertidas en las pruebas allegadas al plenario, NO SE LOGRÓ PROBAR QUE LAS PERSONAS QUE EMPRENDIERON EL VIAJE A LA CIUDAD DE MEDELLÍN AL SUPUESTO “PASEO O INVITACIÓN A UN ASADO” FUERAN CONOCIDOS POR SUS RESPECTIVOS GRUPOS FAMILIARES.**

A los Hechos generadores del daño: 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, ASÍ PARECEN SER conforme a los relatos vertidos en las pruebas documentales allegadas con el escrito de traslado de la demanda.

A los Hechos: 10, 14 NO ES CIERTO QUE SE PRUEBE. Por ahora se constituye en una apreciación o suposición lanzada por la defensa del extremo actor.

A los Hechos: 11, 12 SON CIERTOS, por estos HECHOS el señor LUIS NORBERTO SERNA fue condenado el día 08 de octubre de 2014 por el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal Antioquia a la pena de prisión de 312 meses por el delito de Homicidio en persona protegida. En nuestra legislación penal la responsabilidad penal es individual y personal.

A los Hechos: 13, NO ES CIERTO, ES UNA SUPOSICIÓN DE LA DEFENSA DEL EXTREMO ACTOR. QUE SE PRUEBE.

A los Hechos: 15, ES CIERTO, conforme a las pruebas documentales allegadas con el escrito de traslado de la demanda. Mediante providencia de fecha marzo 03 de 2017, la Fiscalía 46 de la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario **REVOCÓ** las resoluciones calendadas el 23 de agosto de 2010 y 08 de septiembre del mismo año por medio de las cuales había resuelto la situación jurídica de los implicados. **Y se ABSTUVO de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de los procesados (...)**

“esta determinación se profiere, por cuanto se allegaron nuevas pruebas a través de las cuales se establece, que se encuentra seriamente comprometida la responsabilidad de dichos procesados en esos comportamiento contrarios a derecho”. (...)

A los Hechos: 16 y 17 para esta defensa SON AFIRMACIONES Y DESICIONES del Operador Judicial.

5.- EXCEPCIÓN PROPUESTA DE LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL

Es muy importante en este momento procesal que nos ocupa, dejar en claro los fundamentos de las pretensiones de la demanda; toda vez que de ellos y ellas debemos partir para el estudio del caso que se debate ante ese Honorable Despacho.

Por ello esta defensa hace énfasis en que las pretensiones se fundamentan en los hechos que según la parte actora, **ocurrieron el día 30 de abril de 2006** cuando fue hallado el cuerpo sin vida de la señora LUZ DARY ROMAN CARDONA cerca al basurero en jurisdicción del Municipio de Santo Domingo Antioquia.

Y es que llama la atención de esta defensa Honorable Señor Juez; que independientemente que se le pueda dar la connotación de ser un crimen contra persona protegida; “o delito de lesa humanidad”, el cual efectivamente de acuerdo con la basta jurisprudencia existente y por el Control de Convencionalidad podría ser admitido por el Juez de Instancia con independencia de lo preceptuado por el artículo 164 literal i de la Ley 1437 de 2011, y demás normas adjetivas y complementarias, ¿porque la actora **tan solo transcurridos (14) años (02) mes y (01) días de ocurrido el hecho notorio**, tan solo hasta ahora acude a agotar el requisito de procedibilidad ante la Procuraduría 127Judicial II Administrativa (**30 de junio de 2020**), y posteriormente ante la jurisdicción administrativa en ejercicio de control de reparación directa (**09 de octubre de 2020**) a procurar la reparación de los perjuicios ocasionados?.

Analizado el acervo probatorio allegado se puede evidenciar que desde el **día mismo día 30 de abril de 2006** el grupo familiar de la señora LUZ DARY ROMAN CARDONA, tuvo conocimiento de los lamentables hechos.

En el hecho 8. Del acápite se relata:

“De acuerdo a declaración rendida por la señora Esther Román, señala que solo tuvo noticias de su hermana hasta el día 02 de mayo de 2006, de manera abrupta cuando llegó a su casa un señor y me dijo que si yo era hermana de una mujer con ciertos rasgos, me dijo que ella tenía un tatuaje en el tobillo,....me dijo que era para que fuera a Medellín a reconocer un cadáver y a ver si esa era mi hermana,....yo casi me vuelvo loca” (Negrilla y subraya fuera).

A folio 244 o página 542 del expediente digital aportado con el escrito de traslado de la demanda se consigna la DECLARACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE UN CADAVER por: SAMUEL DAVID ROMAN CARDONA (hermano) **con fecha MAYO TRES DE DOS MIL SEIS**, ante la Inspección Central Municipal de Policía y Tránsito Municipio de Santo Domingo Depto de Antioquia.

Significa lo anterior que la actora y su grupo familiar tuvo conocimiento de la desaparición y muerte de la señora LUZ DARY ROMAN CARDONA **desde el día 03 de mayo de 2006**, es decir que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 164 literal i de la Ley 1437, contaba hasta el **día 03 de mayo de 2008** para impetrar el medio de control de reparación directa, acudiendo al Ministerio Público tan solo hasta el día **30 de junio de 2020**, es decir **(14) años, (01) meses y (28) días** después; razón por la cual igualmente el medio de control impetrado ya se encuentra caducado.

En gracia de discusión y en el mismo sentido se puede igualmente evidenciar que la **inhumación del cadáver** de la señora LUZ DARY ROMAN CARDONA, para CONFIRMAR SU IDENTIFICACIÓN; que igualmente conforme a las pruebas y testimonios obrantes en el plenario amén de existir una investigación en contra de la occisa por “el delito de FRAUDE PROCESAL”, NUNCA FUE PUESTA EN DUDA POR SU FAMILIA desde la fecha de su deceso, y la cual se realizó el **día 23 de febrero de 2015** en el cementerio local del Municipio de Guacarí Valle del Cauca, hecho que fue de público conocimiento para su grupo familiar y que sí y solo sí llegase a existir alguna duda respecto de su identidad **QUE SE REPITE NUNCA EXISTIO POR PARTE DE SU FAMILIA**, hubiese sido la última oportunidad de incoar el medio de control de reparación directa y que igualmente **se encuentra afectado por el fenómeno jurídico de la CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL**, RAZÓN POR LA CUAL SOLICITO AL HONORABLE SEÑOR JUEZ SE DECLARE.

Las pruebas obrantes en el plenario Señor Juez permiten evidenciar que en el caso de autos **no nos encontramos frente a un delito de lesa humanidad, y menos que haya sido cometido en persona protegida, razón por la cual solicito de la manera más respetuosa a la Honorable Judicatura DECLAR LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL.**

Esta conducta omisiva y retardada de la actora; **SIN NINGUNA JUSTIFICACIÓN**, NO SE DEBE PASAR DE BULTO muy a pesar de la manifestado en precedencia. Las Instituciones Judiciales están llamadas en primer orden a ser diligentes y a velar por la preservación de la seguridad jurídica cuando esta se encuentre comprometida por la omisión y negligencia en el actuar de sus actores.

Por tanto, centrándonos en la excepción propuesta: **CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL**”, es condición sine qua non ATENERNOS A LA NORMATIVIDAD QUE RIGE EN MATERIA DE REPARACIÓN DIRECTA, así:

“La acción de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa...”

Respecto del conteo de la caducidad del medio de control de reparación directa, el Consejo de Estado ha señalado¹:

"De otro lado, si bien se ha puntualizado en específicas oportunidades que por regla general el conteo del término de caducidad de la acción de reparación directa, empieza a correr a partir de la ocurrencia del hecho y no desde la cesación de sus efectos perjudiciales, lo cierto es que cuando no puede conocerse, en ese momento su existencia o realidad, debe tenerse en cuenta la fecha en la que se le determina y el paciente tiene conocimiento de ello²; no obstante lo anterior, en el asunto sub examine, no se puede predicar esta última hipótesis, pues la parte demandante tuvo pleno conocimiento del daño en el instante en que sufrió el accidente; por lo tanto, la expedición del acta de la Junta Médica y la cesación de la prestación del servicio médico, no altera en modo alguno el cómputo de caducidad, por cuanto de los supuestos fácticos planteados en la demanda, se tiene certeza que el conocimiento del daño se produjo de manera simultánea con la producción del mismo" (Subrayado fuera del texto).

El señalamiento legal de un término de preclusión, dentro del cual sea posible ejercer oportunamente el derecho de acción, es un valioso instrumento que salvaguarda la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones, de modo general entre los particulares y de modo específico entre los individuos y el Estado.

Por lo tanto, el derecho al acceso a la administración de justicia no es absoluto, pues puede ser condicionado legalmente a que la promoción de la demanda sea oportuna y las acciones se inicien dentro de los plazos que señala el legislador, pues la indeterminación y la incertidumbre chocan con los fines del derecho como herramienta para lograr la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones sociales.

El término de caducidad, tiene entonces como uno de sus objetivos, racionalizar el ejercicio del derecho de acción, y si bien limita o condiciona el acceso a la justicia, es una restricción necesaria para la estabilidad del derecho, lo que impone al interesado el empleo oportuno de las acciones, so pena de que las situaciones adquieran la firmeza necesaria a la seguridad jurídica, para solidificar el concepto de derechos adquiridos.

Por lo mismo, se extingue la jurisdicción del Estado, si es que el interesado ha caído en la desidia al no defender su derecho en la ocasión debida y con la presteza que exige la ley.

¹ I Expediente No. 85001-23-31-000-1999-00007'-01(19154). CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. CONSEJERO PONENTE. Enrique Gil Botero. Catorce (14) de Abril de 2010.

² Ver, entre otras, sentencia de la Sección Tercera, del 26 de abril de 1984, expediente 3393. Actor: Bernardo Herrera Camargo. M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Así mismo, consultar la sentencia de 29 de junio de 2000, exp. 11676, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

Bajo esta perspectiva, la Corte Constitucional ha considerado la caducidad como el fenómeno jurídico procesal a través del cual: "(...) el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia." ³

Se recalca en precedente jurisprudencial contenido en la:

Sentencia C – 574 de 1998 MP: Antonio Barrera Carbonell.

*"La caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el trascurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la Ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, **sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos**. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la **actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la Ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado**" (Negrillas fuera).*

En el caso específico, se presenta demanda por el accionante después de: **(14) años, (01) meses y (28) días** de acaecido los hechos, SIN QUE SE SEÑALEN LOS MOTIVOS O CIRCUNSTANCIAS QUE IMPIDIERON A LOS DEMANDANTES IMPETRAR EL MEDIO DE CONTROL EN LOS TERMINOS ESTABLECIDOS POR LA LEY. Por lo anterior solicito respetuosamente al Señor Juez que se analicen los hechos y las razones por las cuales el extremo actor NO ejerció en los términos dispuestos por la normatividad como ya se citó en precedencia, a incoar la presente acción en la oportunidad establecida ahora por el Literal i del artículo 64 de la Ley 1437 de 2011, y en tal caso SE DECLARE LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL ACCIONADO. DADO QUE ESTA CONDUCTA OMISIVA Y NEGLIGENTE ATENTA CONTRA LA SEGURIDAD JURIDICA Y NO DEBE SER PERMITIDA.

6.- ARGUMENTOS DE LA DEFENSA.

Con la implementación de la Carta Constitucional de 1991 mediante la cual se consagra a Colombia como un Estado Social de Derecho, se establece así mismo una cláusula general de la Responsabilidad Estatal de la siguiente manera:

"ARTICULO 90: El Estado responderá patrimonialmente por los **daños antijurídicos** que le 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 daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste."

Según la norma constitucional y anteriormente citada y atendiendo a criterios jurisprudenciales y doctrinales, se puede establecer con total seguridad que, para que se configure una responsabilidad por parte del Estado Colombiano es necesario que se estructuren tres elementos a saber, el primero y más importante, es el Daño, y que éste tenga el carácter se antijurídico, establecida tal exigencia, se deberá adentrarse en el campo de la

³ Consejo de Estado- Sección Segunda. Sentencia del 07 de octubre del 2010. Expediente : 25000-23-25-000-2004-05678-02(2137-09)

imputación, es decir la atribución de la responsabilidad, y la relación de causalidad de ésta entre la primera y la otra.

Bajo lo anterior, es preciso que el primer elemento se revista de ciertas características que lo hagan indemnizable, como son el carácter de ser personal, directo y cierto, todo esto para que se configure una conducta indemnizable.

El carácter directo del daño debe analizarse desde el punto de vista del perjuicio provocado a la víctima que lo reclama y/o invoca, el cual debe provenir del daño causado, pero teniendo en cuenta que se debe diferenciar el daño del perjuicio, tal como lo pretende hacer el profesor Benóit. **Por esa razón debe existir un nexo de causalidad entre el daño entendido como la afectación material y el perjuicio entendido como las consecuencias allegadas a este daño.** Por esa razón se debe observar que, al existir un comportamiento que implique un daño, se debe tener cuidado en relacionar el comportamiento del agente con el perjuicio que pueda advenir como consecuencia del mismo.

Para el caso sub judice, nos encontramos frente a un hipotético daño, como quiera que, tal y como lo afirma el apoderado de la parte actora a lo largo de su escrito de demanda, más exactamente en el acápite de declaraciones y condenas en la cual solicita la declaratoria de responsabilidad **con motivo de la desaparición y posterior muerte de la señora LUZ DARY ROMAN CARDONA, en hechos ocurridos el día 30 abril de 2006 cerca al basurero del Municipio de Santo Domingo Antioquia.**

De las pruebas obrantes en el plenario Señor Juez, es evidente que los miembros de la Fuerza Pública – Ejército Nacional actuaron en ejercicio de su misión constitucional y en cumplimiento de una Orden de Operaciones emitida por el Comandante del Batallón de Infantería N° 10 “Atanasio Girardot”, en atención a las constantes denuncias e informes de inteligencia que daban cuenta de la presencia de grupos de personas al margen de la Ley dedicados a cometer todo tipo de delitos en contra de la población de la zona.

El día de los hechos la tropa al avistar personas en actitud extraña lanzan la proclama como miembros del Ejército Nacional; **siendo atacados, razón por la cual su reacción fue repeler el ataque y salvaguardar su vida.**

A folio N° 1 del expediente digital aportado con **2.506 páginas**, se relaciona el siguiente material incautado en el lugar de los hechos: (...)

1. Un (1) revolver calibre 38 largo, marca smith wesson No D240666, dentro del tambor tiene tres (3) cartuchos y tres (3) vainillas.
2. Una (1) pistola marca Browning calibre 7.65 MM REF BDA3804252PZ52461.
3. Un (1) proveedor con seis cartuchos calibre 7.65 MM
4. Un (1) cartucho en la recámara calibre 7.65 MM
5. Un (1) revolver smith wesson con numero interno 28593 calibre 38 largo, en el tambor tiene tres (3) cartuchos y tres (3) vainillas del mismo calibre.
6. Una (1) vainilla calibre 7.65.
7. Dos (2) vainillas calibre 5.56.
8. Un (1) radio tipo scanner, color negro sin antena con una batería. Serial al respaldo 21503 marca ICOM

El material se envía debidamente embalado, rotulado y con la correspondiente cadena de custodia.

(...)

Obran en el plenario los correspondientes experticios técnicos que demuestran que las armas y municiones incautadas SE ENCONTRABAN APTAS para el fin de su producción y fueron percutidas el día de los hechos en contra de los miembros de la Fuerza Pública, sin que hasta esta instancia procesal se allegue PRUEBA CONTRARIO.

Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 29 de enero de 2004 con ponencia del Consejero ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, cuya acción fue instaurada por la ciudadana CARMEN CECILIA CAYCEDO Y OTROS en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, en un caso similar, señaló:

“ENFRENTAMIENTO ARMADO - Conducta militar / LEGITIMA DEFENSA - Causal de exoneración / LEGITIMA DEFENSA - Uso de la fuerza y armas de fuego / LEGITIMA DEFENSA - Examen de proporcionalidad miembros de la fuerza pública

Se concluye, entonces, que, de acuerdo con las declaraciones y las pruebas técnicas que obran en el proceso, la muerte de Senén Sánchez Hernández se presentó en un enfrentamiento armado con miembros de la fuerza pública en el desarrollo de un operativo contra un grupo ilegal. La conducta de los militares constituye legítima defensa, ante la agresión actual e injusta por parte de los miembros del grupo armado del cual hacía parte el occiso. Se configura, entonces, la causal de exoneración de responsabilidad consistente en el hecho exclusivo de la víctima. Por esta razón se confirmará el fallo apelado. Debe agregarse, sin embargo, que las circunstancias del caso son especiales, dado que la muerte de la persona por la cual se demanda se presentó en un enfrentamiento armado, mientras se desarrollaba una orden fragmentaria de operaciones dictada por el Batallón de contrainteligencia de la Brigada 20 del Ejército Nacional.”

(...) La Sala, en reiterada jurisprudencia, ha reconocido la legítima defensa como causal de exoneración de responsabilidad de la administración, sin embargo, en situaciones como la que se discute en el presente proceso, ha dado especial atención al uso de las armas por parte de los miembros de la fuerza pública en el cumplimiento de sus funciones. De la misma forma lo ha considerado la Asamblea General de Naciones al aprobar el “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”, en la 106ª sesión plenaria del 17 de diciembre de 1979, que en el artículo 3º establece que: “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas”, sobre el cual comenta que el uso de la fuerza debe ser excepcional, en la medida de lo razonablemente necesario. Así se ha entendido al aprobarse los “Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en agosto y septiembre de 1990.

Nota de Relatoría: Se reitera el Exp. 12696 del 14 de junio de 2001, sobre riesgo excepcional. Al respecto, ver por ejemplo, sentencia del 19 de febrero de 1999, exp: 10.459, del 10 de marzo de 1997, exp: 11.134, del 31 de enero de 1997, exp: 9.853, del 12 de diciembre de 1996, exp: 9.791, del 21 de noviembre de 1996, exp: 9.531, del 18 de mayo de 1996, exp: 10.365 y del 15 de marzo de 1996, exp: 9.050. Sobre el uso indiscriminado de armas de fuego por miembros de la fuerza pública la Sala se ha pronunciado, entre otras, en sentencias del 14 de marzo de 2002, expediente: 12054, del 21 de febrero de 2002, expediente: 14016, y del tres de mayo de 2001, expediente: 13.231. Sentencia de 27 de julio de 2000, expediente: 12.788, actora: Ofelmina Medina Villa.”

En Colombia, nos encontramos en medio de un conflicto armado, por lo cual las fuerza pública se enfrenta a amenazas irregulares provenientes de los grupos armados al margen de la ley, tales como las FARC y el ELN, afectando en la mayoría de sus actuaciones, a la población civil, motivo por el cual la fuerza pública se ve en la imperiosa necesidad a adelantar operaciones y maniobras de combate en procura de neutralizar el accionar militar de estas estructuras subversivas, entre éstas operaciones y maniobras militares, encontramos como las Fuerzas Militares desarrollan operaciones, propendiendo por la protección y el mantenimiento de la seguridad, operaciones de desminado humanitario, acciones cívico militar, así mismo deben planificar y desarrollar operaciones de control territorial, todo en cumplimiento de su deber constitucional de proteger en forma permanente la población civil, sus bienes y los recursos del Estado de un área determinada, garantizar la defensa, incluyendo tropas, información y recursos del Estado y derrotar a los insurgentes, quienes haciendo uso de un combate asimétrico, logran deslegitimar la Institucionalidad de la Fuerza Pública, atacando incluso personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

Por lo anterior, las Fuerzas Militares de Colombia deben, en primera instancia, actuar frente a un ataque inminente e ilegal contra su vida e integridad personal, viéndose en la imperiosa necesidad de dar respuesta y hacer uso de la legítima defensa, para lo cual están totalmente facultados por la ley, de hacer uso de las armas de las cuales el Estado las ha dotado para la defensa de la Nación, asegurando la soberanía nacional, su territorio, y la vida honra y bienes de la población. Dentro de las maniobras que se utilizan para la efectivizarían de este tipo de operaciones, están las de ataque, acción sorpresiva y la emboscada, teniendo en cuenta que las tropas del Ejército, se enfrentan a fuerzas hostiles, que tienen como política criminal constante el ataque al orden constitucional, la soberanía y a todos aquellos fines y principios para cuya protección las Fuerzas Militares fueron creadas⁴.

Ahora bien, las Fuerzas Militares también ejercen la legítima defensa preventiva, es decir, reaccionan lícitamente contra agresiones indirectas que amenazan la seguridad por parte de grupos ilegales como las FARC y el ELN, sin que haya tenido que mediar ataque armado previo de su parte, en este caso haciendo las labores de inteligencia militar, que den cuenta de la presencia en un sector determinado de miembros de grupos subversivos, para lo cual se faculta las Fuerzas Militares a reaccionar ante una ataque que si bien es cierto no se está ejecutando en el momento preciso, su inminencia, realidad y actualidad, radica en la capacidad de sostener combates y mantener en zozobra a la población que tienen este tipo de grupos ilegales, lo anterior en desarrollo y cumplimiento de una operación militar, con un objetivo claramente identificado, en un escenario hostil, en aplicación estricta del Derecho Internacional Humanitario, en el cual imperan operaciones ofensivas, lo que permite llevar la fuerza letal sin aviso, llevando la iniciativa de fuego.

Por lo anterior, es claro que la actuación del Ejército en el caso que nos ocupa, no puede ser catalogada de ilegal, toda vez que no se logró demostrar su injerencia y se debe resaltar la licitud de sus actividades, sin que hayan sido desvirtuadas en este proceso; razón por la cual no se puede imputar responsabilidad.

7.- INEXISTENCIA DE MEDIOS PROBATORIOS QUE ENDILGUEN RESPONSABILIDAD A LA ENTIDAD DEMANDADA:

⁴ Reglamento de Operaciones y Maniobras de Combate Irregular EJC 3-10-1. Segunda Edición. 2010.

El inciso primero del Art. 167 del CGP prescribe que *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.” (...).*

Dicha preceptiva consagra la regla subjetiva de la carga de la prueba, acogida y aplicada en nuestra legislación, según la cual las partes están llamadas a aportar las pruebas que sustenten sus pretensiones, so pena de que las mismas sean desestimadas. Así lo enseña el profesor Hernando Devis Echandía⁵:

“Pero, simultánea e indirectamente, dicha regla determina qué hechos debe probar cada parte para no resultar perjudicada cuando el juez la aplique (a falta también de prueba aportada oficiosamente o por la parte contraria, dada la comunidad de la prueba, que estudiamos en el núm. 31, punto 4), puesto que, conforme a ella, la decisión debe ser adversa a quien debería suministrarla, y, por tanto, le interesa aducirla para evitar consecuencias desfavorables.” (...)

Subrayas fuera de texto.

Esta carga procesal, implica la autorresponsabilidad de las partes por su conducta durante el proceso, tendiente a arrimar la prueba de los hechos que la benefician y a controvertir la de aquellos que han sido acreditados por el contrario y que pueden perjudicarla; en este orden de ideas, puede decirse que a las partes le es dable colocarse en una total o parcial inactividad probatoria por su propia cuenta y riesgo.

Este principio contiene una regla de conducta para el juzgador, en virtud de la cual, cuando falta la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que una parte invoca a su favor, debe fallar de fondo y en contra de esa parte⁶. Así pues, el fallador puede cumplir con su función de resolver el litigio cuando ante la ausencia de elementos probatorios, sin tener que abstenerse, para dar cumplimiento a los principios de economía procesal y eficacia de la función.

Se tiene entonces, que quienes hagan parte de la litis, deben participar activamente en el recaudo del material probatorio, para impedir que el fallador ante la escasez de medios de convicción, dirima el conflicto aún en contra de lo pretendido por ellas.

Pues bien, ante la escasez probatoria que rodea el sub lite, será carga de la parte actora acreditar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que pretenden, impuesta por el inciso primero del artículo 167⁷ del CGP, misma que se concreta en este evento en la demostración de que en el deceso de la señora **LUZ DARY ROMAN CARDONA** presuntamente perpetrada por miembros del Ejército Nacional, NO tuvo injerencia mi representada, pues no de otra manera podría derivarse responsabilidad administrativa de mi mandante **por falla en el servicio.**

8.- LA PARTE ACTORA SE BASA EN PRUEBAS INDICIARIAS PARA ENDILGAR RESPONSABILIDAD A LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.

Como se ha venido planteando a lo largo de esta contestación, se puede vislumbrar que se colige la inexistencia de un hecho indicador absolutamente demostrado en el expediente que traiga como consecuencia absoluta la conexidad con el hecho que se pretende probar. Dicho de otro

⁵DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I. Bogotá: Editorial Temis, Quinta Edición, 2006. p.405, 406.

⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando; *Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales*, Décima Edición; Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1994, T.II, p. 27.

modo, es evidente de la lectura del escrito de demanda que no existe certeza sobre el hecho del cual se pretende derivar la existencia de una responsabilidad por la muerte de la señora **LUZ DARY ROMAN CARDONA** ocurrida el día **30 de abril de 2006**, pues el esfuerzo argumentativo realizada por el apoderado de la parte actora fue basado en suposiciones y conclusiones que para este extremo procesal resultan equivocadas, por lo que, no poseen la claridad suficiente para derivar de manera infalible e inequívoca en la existencia del hecho investigado la responsabilidad que se pretende endilgar a la entidad, máxime cuando los presuntos perpetradores de los hechos no se encuentran individualizados, ni identificados y por ende, no se puede afirmar sin prueba pertinente, conducente y útil, que en efecto fueron miembros del Ejército Nacional los que ejecutaron el deceso objeto de esta demanda.

En ese orden de ideas surge diáfano que ante la orfandad probatoria frente al hecho indicador no puede construirse un hecho indicado a partir de aquel, pues nótese cómo el análisis probatorio utilizado para derivar la responsabilidad extracontractual del Estado; bajo esa perspectiva, habiéndose desvirtuado el análisis probatorio realizado, es evidente que desde ningún punto de vista puede colegirse de dichos medios de prueba la existencia de un homicidio realizado por militares. Ahora bien, es claro que en el sublite, se configura la inexistencia de sentencia penal ejecutoriada que condene a un agente del Estado para endilgar responsabilidad estatal a la entidad que el suscrito representa, motivo por el cual es imperioso traer a colación lo expuesto por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Sub-Sección C en sentencia del 8 de mayo de 2013 Radicación: 25000-23-26-000-1998-01036-01 (23016) con ponencia de la Consejera Olga Mérida Valle De La Hoz que manifiesta:

“... Al respecto, el A quo no encontró elementos suficientes para acceder a las pretensiones por cuanto las investigaciones penales iniciadas para dilucidar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió el crimen, reseñadas por el actor, seguían en etapa de instrucción al momento de proferir sentencia en lo contencioso administrativo. En consecuencia, a falta de decisión penal en firme de la que se pudiera inferir la participación de los agentes del Estado investigados, el juez de lo contencioso administrativo estaba en imposibilidad de declarar responsabilidad alguna por cuanto la pretensión del actor es la de condenar por la participación de dichos agentes en los lamentables hechos que terminaron con la vida del señor Huertas”.

Ahora bien, en el plenario se observa actuaciones realizadas por parte del ente investigador, pero no obra prueba que determine la investigación realizada para inferir que en efecto el Ejército Nacional es partícipe, tampoco condena ejecutoriada en materia penal y disciplinaria dentro de la causa en la que se investigaron los hechos que sirvieron de fundamento a la presente demanda, y en consecuencia, no puede endilgarse responsabilidad a la Nación por los mismos por la ausencia de: **(nexo causal e imputabilidad)**.

De lo anterior, se puede colegir la imperiosa necesidad de demostrar palmariamente que la conducta por la cual se endilga Responsabilidad Extracontractual a la entidad que represento, fue cometida por un agente del Estado, pues en tal virtud se podrá determinar que en efecto acaecido la falla del servicio que requiere como requisito sine qua non demostrar como en el presente caso no ocurrió que el fallecimiento de la víctima **LUZ DARY ROMAN CARDONA** ocurrió como producto de un hecho u omisión cometida por parte agentes del Estado.

9.- DE LA IMPUTACION DEL DAÑO Y NEXO CAUSAL.

Se ha dicho atrás - vertiendo en ello el precepto del art 90 Constitucional - que la responsabilidad patrimonial del Estado requiere, además del daño antijurídico, que el mismo le sea imputable.

El Honorable Consejo de Estado al respecto ha manifestado:

“la lesión pueda ser imputada... “ha dicho la doctrina, significa que pueda ser “...jurídicamente atribuida, a un sujeto distinto de la propia víctima. “8 “La imputabilidad consiste, pues, en la determinación de las condiciones mínimas necesarias para que un hecho pueda ser atribuido a alguien como responsable del mismo, con el objeto de que deba soportar las consecuencias.”9

De allí que elemento necesario para la imputación del daño es la existencia del nexo causal entre la actividad (lícita o no) o la omisión de las autoridades públicas (art 90 de la C.P.) y el daño antijurídico que se reclama, de modo tal que éste sea efecto de aquellas que serán su causa.

Frente a la imputabilidad el Honorable Consejo de Estado en sentencia, de fecha nueve (9) de mayo de dos mil once (2011), Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación (19976), Actor: Valentín José Oliveros y otros, Demandado: Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, dijo lo siguiente:

“Todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”. Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no.” (Subrayas fuera del texto).

PARA CONCLUIR

Por los argumentos de hechos y de derecho expuestos, por considerar que en el caso de autos se presenta la **caducidad del medio de control invocado**, por lo cual no se cumplen con los presupuestos exigidos por el artículo 90 superior respecto de la concreción del **daño antijurídico**, respetuosamente le solicito al Honorable Señor Juez, DECLARAR la caducidad del medio de control impetrado y consecuentemente DENEGAR las pretensiones de la demanda.

10.- PRUEBAS

Manifestación previa

Sin prejuicio de la **carga probatoria** que impone el artículo 167 del C.P.A.C.A., al extremo que le incumbe **probar sus dichos**; no allego pruebas con la contestación de la demanda conforme lo indica el artículo 175 del C.P.A.C.A., toda vez que no reposa expediente o prueba en las dependencias de la entidad que represento, dada la naturaleza de la controversia jurídica.

Solicito respetuosamente al Señor Juez se tenga como tales y se les de el valor probatorio que la Ley les confiere a las aportadas con el escrito de la demanda.

⁸ Vasquez, Adolfo R. Responsabilidad Aquiliana del Estado y sus funcionarios, página 179.

⁹ Ibídem, página 180.

Y en todo caso las que el Despacho considere útiles conducentes y pertinentes de manera oficiosa decretar.

11.- ANEXOS.

Poder para actuar y sus respectivos anexos.

12.- PERSONERÍA.

Solicito de manera respetuosa al Honorable Señor Juez, reconocer la personería adjetiva para actuar en el presente proceso de conformidad con los términos del poder conferido.

13.- NOTIFICACIONES.

Las recibiré en la Secretaria de su Despacho o en la Oficina Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional, ubicada en la Carrera 10 N° 26 – 71 Piso 7 Torre Sur de las Residencias Tequendama Centro Internacional de la ciudad de Bogotá D.C., o a los correos electrónicos: diogenes.pulido@mindefensa.gov.co o a diogenespulido64@hotmail.com,

Del Honorable Señor Juez,



DIÓGENES PULIDO GARCÍA

C.C. 4.280.143 de Toca Boyacá

T.P. 135996 del C.S. de la J.

Correo: diogenes.pulido@mindefensa.gov.co

Tel: 311-2883115

Anexo: Lo enunciado en (13) folios.