



**JUZGADO TREINTA Y OCHO ADMINISTRATIVO ORAL
CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN TERCERA**

Juez: *ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE*

Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: Reparación Directa
Radicación: 110013336038201500661-00
Demandante: María Gloria Giraldo Franco y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa- Ejército Nacional
Asunto: Fallo primera instancia

El Despacho pronuncia sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, dado que el trámite se agotó en su integridad y no se aprecia ningún vicio que invalide lo actuado.

I.- DEMANDA

1.- Pretensiones

Con la demanda se piden las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.- Se declare que la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL** es administrativa y extracontractualmente responsable de los perjuicios ocasionados a los demandantes **MARÍA GLORIA GIRALDO FRANCO, NOHEMÍ LÓPEZ GIRALDO, ÁNGELA GRACIELA LÓPEZ GIRALDO** y **ALEXANDER LÓPEZ GIRALDO**, con ocasión de los hechos ocurridos en la vereda Costa Rica de la Jurisdicción de San Juan de Arama, Meta, donde fue desaparecido el señor Luis Alberto López Giraldo y posteriormente asesinado el día 3 de septiembre de 2006 presuntamente por integrantes del Ejército Nacional.

1.2.- Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL**, a pagar a los demandantes **MARÍA GLORIA GIRALDO FRANCO, NOHEMÍ LÓPEZ GIRALDO, ÁNGELA GRACIELA LÓPEZ GIRALDO** y **ALEXANDER LÓPEZ**

GIRALDO, a la primera de las mencionadas la cantidad de 300 SMLMV y a los demás demandantes la suma de 150 SMLMV, por perjuicios morales para cada uno de ellos.

1.3.- Se condene a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL**, a pagar a los demandantes la cantidad de 100 SMLMV por perjuicios inmateriales por violación de los derechos constitucionalmente amparados para cada uno de ellos.

1.4.- Se condene a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL**, a pagar a los demandantes la cantidad de 100 SMLMV por daño a la vida de relación para cada de uno de ellos.

1.5.- Se condene a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL**, a pagar a la señora **MARÍA GLORIA GIRALDO FRANCO** y al joven **ALEXANDER LÓPEZ GIRALDO** la suma de \$409.574.634 m/cte por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

1.6.- Se condene a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL**, a pagar a los demandantes la cantidad de \$29.980.000 por concepto de daño emergente correspondientes a gastos funerarios, diligencias judiciales, honorarios de abogados, costos de alojamiento y todos los empleados para la búsqueda, localización y entrega de los restos mortales del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.).

1.7.- Se imparta orden a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL** que adopte las siguientes medidas de no repetición, así: i) adelantar una investigación seria e imparcial en la cual se determine quienes fueron los responsables por la desaparición forzada y posterior ejecución extrajudicial del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.), ii) dar a conocer la sentencia condenatoria a los asesores jurídicos operacionales de la Unidades Militares, así como a los Jueces de Instrucción y Fiscales de Justicia Castrense para que al momento de avocar la competencia por conductas punibles de miembros activos de la Fuerza Pública que se susciten en el marco de una operación militar o procedimiento de policía procedan a dar aplicación al artículo 3° de la Ley 1407 de 2010 y iii) que se asuma el costo de viáticos, gastos y honorarios para que un profesional del derecho ejerza la representación de las víctimas.

1.8.- Se imparta orden a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL** que adopte como medida de rehabilitación, atención médica y psicológica respecto a los demandantes por los daños fisiológicos y psíquicos padecidos.

1.9.- Se imparta orden a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL** que adopte como medida de satisfacción la publicación de la sentencia condenatoria en sus respectivas páginas institucionales en la sección de Derechos Humanos, en los Batallones, Brigadas, Comandos, Juzgado Militares e Instituciones Castrenses.

1.10.- Se imparta orden a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL** que adopte como medida de satisfacción un acto conmemorativo donde se reconozca la responsabilidad de las Fuerzas Militares y del Ministerio de Defensa Nacional, a su vez se ofrezcan disculpas públicas a los demandantes, en la fecha, hora y lugar escogido por la familia de la víctima con el acompañamiento del Centro de Memoria Histórica, medios de comunicación y delegados del Departamento del Guaviare.

1.11.- Se imparta orden a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL** que adopte como medida de satisfacción la construcción de un monumento conmemorativo en honor de la memoria de Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) en su condición de víctima de desaparición forzada y ejecución extrajudicial.

1.12.- Se imparta orden a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL** que adopte como medida de satisfacción la implementación dentro de los programas de formación militar la Cátedra de Derechos Humanos denominada como "Luis Alberto López Giraldo" y que a su vez sea dictada a todo el personal militar o civil que forme parte de la Brigada Militar involucrada en los hechos y se convierta en un prerrequisito para ser parte de la misma Unidad Militar.

1.13.- Ordenar el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por el artículo 192 del C.C.A.

1.14.- Se condene en costas a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL**.

2.- Fundamentos de hecho

2.1.- El 3 de septiembre de 2006 el señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) se encontraba compartiendo con un grupo de amigos en un billar situado en un pueblo cercano a la vereda de Costa Rica de la Jurisdicción de San Juan de Arama, Meta, en donde lo abordó un miliciano quien al parecer con anterioridad también se había llevado a su otro hermano Alonso Andrés López Giraldo, por lo que se retiró del lugar a hablar con él sin que regresara a dicho lugar.

2.2.- El 29 de marzo de 2007 la señora **MARÍA GLORIA GIRALDO FRANCO** presentó la denuncia radicada bajo el número URI674 por la desaparición forzada y por su posterior asesinato ejecutado por miembros del Ejército Nacional.

2.3.- Indicó que ella denunció los hechos mucho tiempo después porque su familia estaba amenazada por los paramilitares y que las personas que residían en la zona rural no podían salir, porque si no los mataban o los desaparecían.

2.4.- Expuso que la Justicia Penal Militar realizó aseveraciones contrarias a la verdad, puesto que acusó al señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) de ser miembro de los grupos armados y al margen de la Ley, pues él era conocido en la comunidad como un joven de buenos modales, decente, respetuoso, colaborador, que en sus tiempos libres se dedicaba a compartir con los vecinos.

2.5.- El 10 de mayo de 2013 la Subunidad de Apoyo a la Unidad Nacional de la Fiscalía para la Justicia y Paz en la ciudad de Villavicencio, Meta, hizo entrega de los restos óseos del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) a se señora madre **MARÍA GLORIA GIRALDO FRANCO**.

2.6.- La Fiscalía General de la Nación en dicho acto de entrega de forma oficial informó a la familia López Giraldo que la causa de la muerte consistió en una baja en combate como guerrillero por parte del Ejército Nacional, a lo cual los familiares manifestaron su objeción por cuanto él nunca perteneció a un grupo armado al margen de la Ley.

2.7.- Una vez entregados los restos mortales del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) cesó la desaparición forzada de la víctima toda vez que había sido reportado en el Cementerio de La Macarena como persona no identificada "NN" por parte de miembros del Ejército Nacional con el fin de ocultar el crimen de la ejecución extrajudicial.

2.8.- Los familiares del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) decidieron darle cristiana sepultura en el Cementerio Central de Villavicencio, conforme al compromiso realizado con la Subunidad de Apoyo a la Unidad Nacional de la Fiscalía para la Justicia y Paz según acta N° UNJP-GE-F006 del 10 de mayo de 2003.

2.9.- Expuso que la desaparición forzada y el asesinato del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) causó en la familia López Giraldo mucho dolor, sufrimiento, aflicciones y un menoscabo a sus valores significativos, más aún cuando no hay protección por parte de las autoridades para prevenir este crimen, desidia a la hora de desarrollar la investigación y por la falta de resultados en la judicialización de responsables.

2.10.- El 14 de agosto de 2014 la Fiscal Coordinadora de la Subunidad de Apoyo a la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz mediante Oficio N° 2919 informó que Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) fue reportado por el Ejército Nacional como muerto en combate el 3 de septiembre de 2006 y que se encuentra en curso investigación en el Juzgado 88 de I.P.M. bajo el radicado N° 162 y en la Fiscalía 8 UNODES con el preliminar N° 173874.

2.11.- Indicó que a la fecha de presentación de la demanda desconocen los resultados de las anteriores investigaciones porque le han negado el acceso a los mismos.

2.12.- El Ejército Nacional incurrió en una falla del servicio por las violaciones de los derechos humanos del cual fue objeto la víctima como la desaparición forzada, su posterior ejecución extrajudicial, el ocultamiento de las verdaderas circunstancias de la muerte a sus familiares por tratar de presentar el crimen bajo la dolosa versión de que fue fruto de un enfrentamiento en combate con un grupo subversivo.

2.13.- Explicó que la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional además de ser responsable de los atroces hechos lo es por omisión al incumplir

el deber constitucional contenido en el artículo 2° de la Constitución Política de Colombia en que las autoridades están instituidas para proteger la vida, honra y bienes de los habitantes en el territorio nacional.

2.14.- Expuso que la responsabilidad del Estado se encuentra comprometida por infringir los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, debido a que se encuentra demostrado que el homicidio del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) fue producto de acciones ilícitas del Ejército Nacional, pues nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente.

2.15.- Insistió que el Estado Colombiano incumplió sus obligaciones asumidas como Estado Miembro por incurrir en una de las dos situaciones establecidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH – consistente en que sus fuerzas de seguridad utilizaron la fuerza letal fuera de los parámetros internacionalmente reconocidos.

2.16.- Enfatizó que el Estado Colombiano desconoció su obligación de brindar protección integral al derecho a la vida del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) por su desaparición forzada y su posterior ejecución extrajudicial, porque no fueron adoptadas las medidas para prevenir las situaciones de violencia, intimidación y persecución, por cuanto la fuerza pública ni siquiera hacía presencia en el sector donde ocurrieron los hechos.

2.17.- Manifestó también que la agresión vivida por Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) constituye un acto que atenta contra su integridad personal, por cuanto es catalogado como un hecho de tortura al haberle infligido un trato degradante y cruel contra su humanidad, así como la tortura psicológica que tuvo que enfrentar la familia al enterarse de lo sucedido.

2.18.- Finalmente, alegó que el Estado Colombiano a la fecha no ha cumplido con sus obligaciones adquiridas internacionalmente por su falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de la desaparición forzada y ejecución extrajudicial del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.).

3.- Fundamentos de derecho

El apoderado judicial de la parte demandante se basó en los artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 11, 12, 13, 21, 22, 28, 29, 38, 39, 42, 44, 45, 55, 56, 90, 93, 94 y 217 de la Constitución Política de Colombia.

Invocó los artículos 101, 103, 104 y 165 del Código Penal, en concordancia con el artículo 259 del Código de Justicia Penal Militar.

Destacó los artículos 140, 159 a 268 y siguientes del CPACA.

Trajo a colación las siguientes normas de carácter internacional, los artículos 3°, 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 6° num. 1°, los artículos 2°, 7° y 17 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, los artículos 1°, 4° num. 1.1., 5° num. 2°, 23, 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contras las Desapariciones Forzadas, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y los Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones al DIH a interponer recursos y obtener reparaciones.

De igual maneral, del precedente jurisprudencial citado sobresale la Sentencia proferida el 14 de abril de 2011 por la Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección 3ª del Consejo de Estado con ponencia de la Consejera Estella Conto Díaz Del Castillo dentro del radicado N° 050012331000199600237 01 (20145).

Igualmente, resaltó la Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2014 de la Sala de lo Contencioso Administrativo con ponencia del Consejero Ramiro Pazos Guerrero dentro del expediente N° 32988.

II.- CONTESTACIÓN

El 25 de octubre de 2016¹ la apoderada judicial de la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL** dio contestación a la demanda, puso en entredicho la gran mayoría de los hechos y se opuso rotundamente a las pretensiones.

En este sentido, propuso como defensa la inexistencia de los medios probatorios que endilguen responsabilidad a la entidad demandada, pues aduce que los hechos por los cuales se demanda la reparación directa son materia de investigación, por lo que no es posible predicar una falla del servicio del Ejército Nacional.

Igualmente, sostuvo que en el expediente no existe prueba idónea mediante la cual se pruebe que la muerte se produjo por algún miembro del Ejército Nacional. Por lo tanto, alegó que hasta que no exista certeza de que el Ministerio de Defensa Nacional tuviera relación con los hechos no se le puede atribuir responsabilidad alguna a la entidad demandada.

Por último, indicó que no se encuentran demostrados los elementos de la responsabilidad administrativa por falla del servicio, motivos por los cuales solicita se nieguen las súplicas de la demanda.

III.- TRAMITE DE INSTANCIA

El 31 de julio de 2015² la demanda fue presentada ante la Secretaría de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual posteriormente por auto de sala del 20 agosto de 2015³ declaró la falta de competencia funcional de esa Corporación.

El 22 de septiembre de 2015⁴ fue recepcionado el expediente en la Oficina de Apoyo Judicial de la Sede Judicial de los Juzgados Administrativos de Bogotá D.C., el cual fue sometido a reparto correspondiéndole el conocimiento a este Despacho⁵, quien por auto del 26 de enero de 2016⁶ la admitió.

¹ Folios 181 a 198 del Cuaderno 1

² Ver reverso folio 70 del Cuaderno 1

³ Folios 81 a 82 del Cuaderno 1

⁴ Folio 87 del Cuaderno 1

⁵ Folio 88 del Cuaderno 1

⁶ Folio 90 del Cuaderno 1

El 5 de agosto de 2016⁷ se practicaron las notificaciones vía correo electrónico a la Procuraduría 80 Judicial Administrativa de Bogotá, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional de Colombia.

Entre los días 12 y 15 de septiembre de 2016⁸ se surtieron las diligencias de notificación por medio de la empresa de correo postal, a la Procuraduría 80 Judicial Administrativo de Bogotá D.C., a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

Igualmente, se corrieron los traslados previstos en los artículos 172 y 199 del CPACA desde el 8 de agosto al 25 de octubre de 2016. La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional de Colombia dio contestación a la demanda dentro del término.

De forma simultánea, el 12 de septiembre de 2016⁹ el apoderado judicial de los demandantes presentó escrito de reforma de la demanda, la cual fue admitida por auto del 18 de agosto de 2017¹⁰. Dicha admisión fue notificada por estado el 22 de agosto de 2017¹¹ y vía correo electrónico el día 23 del mismo mes y año¹² a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, quien guardó silencio durante el término de traslado de la reforma del libelo demandatorio.

El 21 de junio de 2018¹³, se realizó la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, en la cual se evacuaron los tópicos de saneamiento, excepciones previas, fijación del litigio, se exhortó a las partes para que conciliaran sus diferencias sin existir ánimo conciliatorio y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes. De igual forma, de oficio se decretó la contradicción del dictamen aportado con la reforma de la demanda.

⁷ Folios 93 a 97 del Cuaderno 1

⁸ Folios 102 a 113 del Cuaderno 1

⁹ Folios 116 a 179 del Cuaderno 1

¹⁰ Folio 218 del Cuaderno 3

¹¹ Ver constancia consignada a folio 219 del Cuaderno 3

¹² Folio 220 a 223 del Cuaderno 3

¹³ Folios 254 a 257 del Cuaderno 1 incluido 1 CD-R contentivo de la audiencia inicial del 21 de junio de 2018

Posteriormente, en audiencia de pruebas del 29 de noviembre de 2018¹⁴ se practicaron las pruebas decretadas, se declaró finalizada la etapa probatoria y se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión. El mismo término se concedió al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- Parte demandada

La vocera judicial del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional alegó de conclusión con documento radicado el 13 de diciembre de 2018¹⁵.

Hizo planteamientos similares a los consignados en el escrito de contestación de la demanda, de los cuales sobresale el cuestionamiento de la responsabilidad administrativa endilgada a la entidad porque la parte demandante no logró demostrar que el delito de desaparición forzada en la humanidad del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) hubiera sido por parte del Ejército Nacional.

Insistió que hay una deficiencia probatoria que impide al Juzgador adoptar una decisión distinta a la de negar las pretensiones del libelo introductor, por cuanto el daño no es imputable al Estado porque no es posible establecer el causante de la muerte del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.)

Trajo a colación el precedente jurisprudencial contenido en la Sentencia del 27 de abril de 2015 proferido por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón dentro del radicado N° 25000232600201100479-01 para advertir que no se encuentran reunidos los siguientes presupuestos: i) no se demostró que el señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) fue privado ilegalmente de su libertad, ii) no existe prueba de una intervención directa de agentes estatales, iii) no existe prueba de la supuesta aquiescencia para incurrir en la comisión de delito de desaparición de la víctima, y iv) no existe sentencia penal, disciplinaria o internacional que involucre directamente a algún miembro del Ejército Nacional como responsable del deceso del señor López Giraldo.

¹⁴ Folios 289 a 294 del Cuaderno 1 incluido 1 DVD-R contentivo de la audiencia de pruebas del 29 de noviembre de 2019

¹⁵ Folios 296 a 299 del Cuaderno 3

En consecuencia, alegó que no se reúnen los presupuestos para estructurar la responsabilidad administrativa y extracontractual de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

2.- Parte demandante

El 13 de diciembre de 2018¹⁶ la apoderada judicial de la parte demandante presentó sus alegaciones finales para lo cual solicitó al Despacho acceder a las súplicas de la demanda.

Alegó que en el presente caso existen indicios graves que estructuran la responsabilidad administrativa de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, por existir contradicciones entre las pruebas sobre las circunstancias fácticas que rodearon los hechos.

Expuso que no es cierto que el señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) fuera guerrillero de las FARC por cuanto existen medios de prueba que demuestran lo contrario, por cuanto desde el momento de la desaparición la familia emprendió un proceso de búsqueda, para lo cual la señora María Gloria Giraldo Franco presentó una denuncia ante la Fiscalía General de la Nación. El señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) tampoco tenía antecedentes delictivos, para lo cual allegó un certificado de antecedentes y requerimientos judiciales.

De igual manera, sostuvo que con la declaración de la señora Elizabeth Herrera López se logró demostrar que el señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) tenía su domicilio en Bogotá D.C., que se desempeñaba como taxista y que frecuentaba el hogar de sus padres y hermanos para celebrar fechas especiales, las fiestas del pueblo, como lo hizo para la época de su desaparición.

Insistió que con el testimonio de la señora Elizabeth Herrera López se prueba que para el día de su desaparición el señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) se dedicaba a una labor honrada, decente y legal como conductor de servicio público y que inclusive apoyaba económicamente a la familia.

¹⁶ Folios 211 a 241 del Cuaderno 2

Igualmente, alegó que con la declaración de ella se demostró que verídicamente se encontraba en la región para unas festividades y que también en esos momentos estuvo en la búsqueda de su hermano Alonso Andrés López Giraldo.

Indicó como uno de los indicios graves contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional el hecho de la falta de voluntad de la Jurisdicción Penal Militar para dar a conocer las circunstancias en que se dio la muerte a la víctima en el supuesto combate debido a que fueron múltiples derechos de petición radicados ante la Justicia Penal Militar con el fin de obtener copia de la investigación y del expediente sin que se le diera una respuesta de fondo.

Enfatizó que la entidad demandada desplegó acciones que develaron un ocultamiento del cuerpo, de la verdad de los hechos y de las pruebas, porque el Ejército Nacional a sabiendas de que la Registraduría Nacional del Estado Civil cuenta con las muestras de cedulación la Institución Castrense no cumplió con el deber de identificar la persona fallecida, a pesar que contaba con el Protocolo de Necropsia N° 068 / 2006 del 5 de septiembre de la misma anualidad y con la necrodactilia decadactilar del cuerpo supuestamente abatido en combate, con lo cual se podía pedir inmediatamente el respectivo cotejo, pero que solo se hizo tres años después.

Indicó que si hubiese realizado el cruce o cotejo de las huellas del occiso tan pronto fue su deceso, ello hubiera permitido hacer entrega del cuerpo de la víctima en un modo más expedito, sin que se hubiera prolongado más tiempo su desaparición.

De otra parte, argumentó que la señora María Gloria Giraldo Franco en la denuncia formulada por la desaparición de su hijo Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) indicó que vestía un esqueleto blanco, una pantaloneta color crema y que calzaba chanclas, lo cual contradice lo referenciado por el Ejército Nacional dado que lo reportaron con un camuflado y botas de caucho, lo que deriva en una carencia de veracidad de ésta afirmación ya que en el levantamiento del cadáver, el cuerpo fue registrado con imágenes que dan cuenta de un estado casi de desnudez, en esqueleto con pantaloneta y unos zapatos que no eran propiamente zapatos.

Sumado a lo anterior agregó otro indicio grave de lo declarado al interior del proceso que cursa en la Jurisdicción Penal Militar como las contradicciones en

las versiones rendidas por el SLP Luis Hernando Hernández Picón y Mauricio Sánchez Serrano, dado que por un lado manifestaron que se ordenó montar la seguridad e instalar una emboscada mecánica con puestos de observación al norte y sur porque por radio se había reportado el paso de una camioneta de estacas carpada conducida por un hombre de vestido negro con un fusil al lado y que como al minuto se reportó la presencia de otro carro conducido por un hombre que llevaba un fusil; y que por otro lado expusieron que el día 3 de septiembre de 2006 en el sector de Caño Corrientoso, La Macarena los sujetos vestían de sudadera y de camiseta.

Basado en lo anterior, expuso que hay indicios graves que comprometen la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, como que las prendas reportadas del cuerpo no corresponden con la realidad y que en la orden de operaciones ni en la misión táctica se encuentra reseñado como guerrillero al señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.).

Alegó también que concurren inconsistencias diversas que desvirtúan la veracidad de la versión del Ejército Nacional y que generan indicios graves sobre la no ocurrencia de un combate y más bien una comisión de la desaparición forzada y presunta ejecución extrajudicial.

Indicó igualmente que en la declaración Carlos Orlando Betancourt Vargas se refirió que neutralizaron dos automotores pero no existe registro fotográfico, ni elementos incautados, pues al preguntarle al testigo sobre el material incautado y por las dos camionetas, se adujo que el material de guerra quedó en manos del personal de la FUDRA, y que como era imposible evacuar el material de intendencia y víveres decidieron destruirlos en el sector, donde quedaron los vehículos debido a que era imposible su extracción.

De acuerdo a ello, cuestionó el anterior procedimiento por la forma de ocultamiento de los hechos y de la verdad, por la destrucción intempestiva, abrupta e irregular de los elementos materiales recolectados al momento de la inspección al cadáver y de la escena de los hechos, con lo cual consideró que transgredió el deber de resguardo de la cadena de custodia.

De otra parte, alegó inconsistencias en las declaraciones del SLP Flaminio Vásquez González y del CT Jhon Darwin Chávez Mejía en lo atinente a la supuesta neutralización del enemigo, pues consideró que los miembros del Ejército Nacional ejecutaron un procedimiento irregular por cuanto

inicialmente se informa como causa de la muerte del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) el combate llevado a cabo, pero que de acuerdo a lo narrado por ellos se deduce que no es un acto de defensa propia sino una supuesta emboscada a dos vehículos con el empleo de minas denominadas "Kleimore" sin que hubiera mediado un ataque del enemigo.

En ese orden de ideas sostuvo que esta situación pone en entredicho la verdadera causa de la muerte, pues consideró que de acuerdo a lo observado de manera integral el expediente de la Jurisdicción Penal Militar se desprende que el propósito de las minas era solo de causar la detención del carro donde supuestamente se movilizaba el señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.), pero que en el Informe Técnico Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses da cuenta que en el cuerpo de la víctima fueron encontrados cinco fragmentos metálicos, 3 pertenecientes a proyectiles de carga única y dos restantes a munición para cartucho de carga múltiple utilizados comúnmente en escopetas.

Respecto a este aspecto señaló que al SLP Mauricio Sánchez Serrano en sede de la Jurisdicción Penal Militar se le indagó sobre la razón del porque se le habían encontrado al cuerpo de la víctima elementos constitutivos de carga múltiple diseñadas para ser utilizadas en armas de fuego tipo escopetas, a lo cual manifestó que la camioneta en la cual se desplazaba el señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) fue neutralizada con una mina "kleimore" y que esas minas eran fabricadas con perdigones y que de pronto fueron los que le ocasionaron la muerte.

Igualmente, trajo a colación que el mismo declarante se contradujo al manifestar que en un principio dijo que no los conocía pero después adujo que lo vio en la segunda camioneta al momento de neutralizarla. Y que inclusive tampoco existe coherencia en lo dicho por los soldados cuando se les indagó sobre las ataduras de pies y manos a lo cual manifestaron que ello se produjo al momento de la extracción de los cuerpos en helicópteros y porque debieron poner las cuerdas en las bolsas.

Aduce, que si la causa de la muerte fue por el impacto de los perdigones de la mina denominada "kleimore" entonces la víctima no tuvo la oportunidad de reaccionar.

Por tanto, concluyó la inexistencia de un enfrentamiento, pues tras analizar los patrones de las ejecuciones extrajudiciales consideró que en el presente caso la muerte de Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) se trató de un escenario amañado y postizo, causado por las directrices impartidas por los mandos de la fuerza militar demandada con el objeto de otorgar reconocimientos militares como ascensos. En consecuencia, solicitó acceder a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Este Juzgado tiene competencia para conocer esta acción porque así lo determinan los artículos 104 numeral 1, 155 numeral 6 y 156 numeral 6 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.- Problema Jurídico

Conciérne a este estrado judicial determinar si la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL**, es administrativamente responsable por los daños y perjuicios invocados por los demandantes con ocasión de los hechos ocurridos en la Vereda Costa Rica, Jurisdicción de San Juan de Arama- Meta, donde fuera desaparecido el señor **LUIS ALBERTO LÓPEZ GIRALDO** y posteriormente asesinado el 3 de septiembre de 2006 presuntamente por integrantes del Ejército Nacional, o si por el contrario esa muerte por el resultado legítimo de la operación militar "feroz" que tenía como propósito la neutralización del grupo insurgente FARC – EP.

3.- Responsabilidad extracontractual del Estado

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, ocasionados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

La responsabilidad del Estado se hace visible cuando se configura un daño, el cual es clasificado como antijurídico cuando la persona que lo sufre no tiene el

deber jurídico de soportar el perjuicio derivado de aquel, tal como ha sido definido por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁷.

Una vez verificada la ocurrencia del daño, surge el deber de repararlo completamente con el fin de hacer efectivo el principio de igualdad ante las cargas públicas, compensación que debe ser proporcional al daño sufrido.

Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración entendiendo por tal, el componente que:

“...permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado, la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas). Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público”.¹⁸

Por su parte, la Corte Constitucional también ha definido el daño antijurídico como aquel perjuicio provocado a una persona el cual no tiene la obligación jurídica de soportarlo. Al respecto ha señalado:

“La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. (...)”

Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública¹⁹.

¹⁷ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042; C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁸ Consejo de Estado; Sección Tercera; sentencia del 16 de septiembre de 1999; Exp. 10922 C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996.

Así pues, se concluye que para la configuración del primer elemento de la responsabilidad del Estado, se exige que además de existir un daño, sea antijurídico, lo que equivale a decir que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que se constituiría en una ruptura del principio de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas.

Ahora, con relación a la imputabilidad, el Consejo de Estado la definió "*como la atribución jurídica que se le hace a una entidad pública, por el daño padecido por el administrado, y por el que, en principio estaría en obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad*"²⁰.

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto.

Así, para que el Estado indemnice el daño causado al administrado, es necesario que además de ser antijurídico, haya sido causado por la acción u omisión de las autoridades públicas, *Vr. Gr.*, que el daño se haya ocasionado como consecuencia de una conducta desarrollada por una autoridad pública o una omisión o ausencia de cumplimiento de sus funciones. Es decir, que concurren la causalidad material - *imputatio facti* y la atribución jurídica - *imputatio iuris*.

La imputabilidad, como se vio, no solamente tiene un componente jurídico, que surge de la conducta asumida por la Administración frente a sus deberes funcionales, sino que también tiene un ingrediente fáctico, circunscrito a la relación de causalidad que debe existir entre la acción o la omisión de la autoridad y la producción del daño que declara la parte demandante haber sufrido. Esto lleva al plano del *onus probandi*, dado que a la misma le incumbe probar que los hechos lesivos sucedieron bajo las circunstancias de tiempo, modo y lugar denunciadas, en virtud a que la mera afirmación, en estos casos, resulta insuficiente para dar por establecidos los hechos.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, Sentencia de 26 de mayo de 2011, Rad. No. 1998-03400-01 (20097).

En sentencia de 13 de abril de 2016²¹, la Sección Tercera del Consejo de Estado, se pronunció frente al principio de imputabilidad así:

“Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la reparación del daño antijurídico cabe atribuirse 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 los criterios de la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. Siendo esto así, los criterios de imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrecen estos criterios, 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”.

.....

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible.

.....

En una teoría de la imputación objetiva construida sobre la posición de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante”²².

Con base en las condiciones concretas en las que se haya producido el hecho, el Despacho deberá entonces adaptar el régimen de responsabilidad al caso concreto, dando aplicación al principio *iura novit curia*. De esta manera, cuando el daño se produzca como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas se aplicará el régimen de daño especial; si el daño proviene de la realización de actividades peligrosas se aplicará el riesgo excepcional; y si surge por defectuoso funcionamiento de la Administración o

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de abril de 2016, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. No. 51561.

²² Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.



por falta de actividad de la misma cuando tiene el deber de hacerlo, se aplicará la falla probada del servicio.

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

El Estado Social de Derecho se traduce en el respeto a la dignidad humana, la libertad e igualdad, se encuentra orientado entre otros deberes constitucionales por el consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política, consistente en 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, la Constitución Política, en el artículo 12, prohíbe todo acto de desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

En virtud a ello, 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. (...)”

Por su parte, el artículo 217 Constitucional dispone que las Fuerzas Militares tienen como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La anterior disposición de carácter constitucional, contiene el deber general para las autoridades públicas, en especial, para las entidades demandadas, de proteger a todos los habitantes del territorio nacional, y cuando la norma determina esta obligación, se refiere a la vida, honra, bienes, creencias, libertades y derechos de cada uno de ellos.

5.- La obligación del Estado de garantizar la seguridad personal a la luz del Bloque de Constitucionalidad y Derecho Internacional Humanitario DIH

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 Humanitario²³ encuentra un desarrollo particularmente amplio en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949²⁴. 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 constitucionalidad²⁵ y es particularmente relevante para el contexto colombiano, pues se ocupa, precisamente, de los conflictos de carácter no internacional. (...)”²⁶

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.

²³ 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.

²⁴ “*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.

²⁵ 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.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C 007 de 2018.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha reconocido como derechos inherentes de las personas los de la vida, la libertad y la seguridad personal, así se puede apreciar en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁷, los artículos 4 y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁸ y los artículos 6 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.²⁹

6.- De la responsabilidad patrimonial del Estado por falla del servicio derivada de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario de civiles víctimas del conflicto armado interno

Tal como lo ha venido sosteniendo la Sección Tercera del Consejo de Estado³⁰, cuando en forma deliberada se oculta o esconde el paradero de una persona, con ello no sólo se 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)³¹.

²⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos. ARTICULO 3°. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

²⁸ 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 personales. (...)”

²⁹ 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. 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. (...)”

³⁰ 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.

³¹ “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...”

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 vida³², 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 propio³³, 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.(…)”³⁴

³² “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.”

³³ “Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 29 de julio de 1988. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras.”

³⁴ 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.

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 inadmisibles, 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 (...)"³⁵

En providencia posterior, la Alta Corporación deliberó:

"(...) 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 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.

³⁵ 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)

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. ³⁶

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 (...)"³⁷. (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

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Expediente 41511 Demandante: Ana Carlina Ocampo de Vásquez.

³⁷ 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).

análisis contextual las denominas “falsas acciones de cumplimiento” de los mandatos constitucionales y legales por parte de agentes estatales, específicamente de miembros de las fuerzas militares en Colombia desde los años ochenta, pero con mayor frecuencia y rigurosidad a partir del año 2004 se viene presentando como una actividad sistemática, dirigida contra personas de la población civil y, con la participación directa o la aquiescencia de los mencionados miembros de las fuerzas militares, por lo que los hechos ocurridos el 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 demás Sub-secciones vienen pronunciándose y que han acaecido en los diferentes puntos cardinales del país. (...)”³⁸

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*”³⁹, concluyéndose que los elementos estructurantes 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.

7.- Caso concreto

Las señoras **MARÍA GLORIA GIRALDO FRANCO, NOHEMÍ LÓPEZ GIRALDO, ÁNGELA GRACIELA LÓPEZ GIRALDO** y el señor **ALEXANDER LÓPEZ GIRALDO** promovieron demanda de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, con la finalidad de que sea declarada administrativamente responsable de los perjuicios sufridos por los actores con ocasión de los hechos ocurridos en la vereda Costa Rica de la Jurisdicción de San Juan de Arama, Meta, donde fue desaparecido el señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) y posteriormente asesinado el día 3 de septiembre de 2006 presuntamente por integrantes del Ejército Nacional.

Los demandantes como sustento de la demanda aportaron los documentos denominados “*Proyecto para la Documentación de Casos Tipo de Desaparición Forzada*”

³⁸ 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

³⁹ Sección Tercera, Sub-sección C, Auto de 17 de septiembre de 2013, exp. 45092.

en la región Ariari – Guayabero⁴⁰, “Ejecuciones Extrajudiciales en Colombia 2002-2010⁴¹ e “Informe de Recomendaciones⁴² a efectos de ilustrar el *modus operandi* de los perpetradores de las ejecuciones extrajudiciales en Colombia.

En consonancia a lo anterior en Sentencia del 28 de agosto de 2014⁴³ y recientemente planteados en la Sentencia del 12 de septiembre de 2019⁴⁴ de la misma Corporación, sobresale el estudio de patrones de conducta en materia de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, identificados por el Relator de la ONU en el informe de 2010.

Del texto del Informe rendido por el relator de las Naciones Unidas se extraen los siguientes patrones del *modus operandi* de las ejecuciones extrajudiciales atribuidas a los miembros del Ejército Nacional, así:

- 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 desarmadas;
- e).- En muchas ocasiones las víctimas son previamente señaladas por informantes anónimos, encapuchados o reinsertados susceptibles de facilitar

⁴⁰ Ver documento digital contenido en el CD-R a folio 75 del Cuaderno 2

⁴¹ Ver documento digital contenido en el CD-R a folio 75 del Cuaderno 2

⁴² Ver documento digital contenido en el CD-R a folio 75 del Cuaderno 2

⁴³ 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° 050012325000199901063 01 (32988)

⁴⁴ 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° 440012331002301000238 01 (53833)

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;

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.

En casos relacionados con ejecuciones extrajudiciales el precedente jurisprudencial ha determinado como régimen de responsabilidad aplicable el de la falla del servicio por las violaciones a deberes funcionales de origen convencional, constitucional y legal a cargo del Estado⁴⁵.

Luego 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

⁴⁵ Ver Sentencia del Sentencia 12 de septiembre de 2019 de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 3ª del Consejo de Estado Expediente N° 440012331002301000238 01 (53833)

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 estatales⁴⁶.

En lo que respecta al juicio de responsabilidad del Estado es del caso resaltar que el Consejo de Estado 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, 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. (...)”⁴⁷

En este contexto el Consejo de Estado plantea una la flexibilización en la apreciación y valoración de los medios probatorios frente a graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, lo que permite analizar los diferentes indicios que surgen de los elementos probatorios incorporados al proceso y así poder observar las hipótesis posibles

⁴⁶ *Ibidem*

⁴⁷ 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).

en torno al mismo hecho para así determinar cuál tiene mayor grado de probabilidad.

Partiendo de lo anterior, en el presente asunto se allegaron cuatro pruebas trasladadas correspondientes a las investigaciones que rodearon las circunstancias fácticas del deceso del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.), así: **i)** Proceso penal radicado bajo el N° 500016000567200902919 00 adelantado por la señora María Giraldo Franco por el delito de desaparición forzada actualmente conocido por la Fiscalía N° 140 Especializada de Bogotá D.C., sin sentencia⁴⁸; **ii)** Proceso Penal N° 1192 adelantado por la presunta comisión de homicidio en averiguación de responsables inicialmente conocido por el Juzgado 88 de Instrucción Penal Militar y posteriormente reasignado por la Fiscalía 28 Penal Militar⁴⁹; **iii)** Procedimiento de ubicación, exhumación, identificación y ceremonia de entrega de restos óseos adelantado por la Fiscalía 137 del Grupo de Búsqueda de Desaparecidos de la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Justicia Transicional⁵⁰; e **iv)** Indagación Preliminar N° 585 conocido por el Juzgado 82 de Instrucción Penal Militar tramitado con ocasión al extravió del material de guerra incautado el 3 de septiembre de 2006⁵¹.

Del análisis de las pruebas trasladadas junto con los demás medios de pruebas practicados en el presente asunto surgen las hipótesis probables de la desaparición del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) y posterior deceso, así:

i).- La madre del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) en la denuncia⁵² formulada ante la Fiscalía General de la Nación afirmó que el día 8 de diciembre de 2003 el Frente 27 de las FARC desapareció su hijo en el municipio de San Juan de Arama, Meta, que posteriormente lo asesinaron y que su cuerpo estaba enterrado en Santo Domingo, Meta.

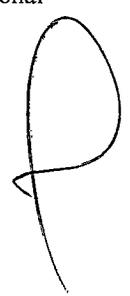
⁴⁸ Copias contenidas en el Cuaderno 4 integradas por los folios 1 a 239, las cuales fueron remitidas mediante Oficio N° 98 F/140 del 19 de julio de 2018 procedente de la Fiscalía 140 Especializada de la Dirección Especializada contra las Violaciones a los Derechos Humanos – Eje Temático de Desaparición y el Desplazamiento Forzado obrante a folios 1 a 3 del Cuaderno 4

⁴⁹ Copias contenidas en los Cuadernos 6, 7, 8 y 9 integrado por los folios 1 a 944, las cuales fueron enviadas por la Fiscalía 28 Penal Militar mediante Oficio N° 000554 / MD-DEJPMGDGJ-F28JB-41.12 obrante a folio 947 del Cuaderno 9

⁵⁰ Copias contenidas en el Cuaderno 5 integradas por los folios 1 a 215, cuyas piezas procesales fueron allegadas con Oficio sin número del 8 de noviembre de 2018 procedente de la Fiscalía 137 del Grupo de Búsqueda Desaparecidos de la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Justicia Transicional obrante a folio 216 del Cuaderno 5

⁵¹ *Ibidem*

⁵² Folios 12 a 14 del Cuaderno 2



ii).- Posteriormente, la madre del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) en escrito fechado el 10 de diciembre de 2014⁵³ dirigido a la Corporación Colectivo Socio Jurídico Orlando Fals Borda manifestó que el desaparecimiento de su hijo fue el 12 de septiembre de 2006 en el municipio de San Juan de Arama, Meta.

iii).- Luego en la demanda, la parte actora atribuye la desaparición forzada y su posterior ejecución extrajudicial del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) al Ejército Nacional para el día 3 día de septiembre de 2006⁵⁴ en el municipio de San Juan de Arama, Meta, pues consideran que fue ocasionada de manera deliberada con el fin de presentar resultado positivo en una aparente operación militar.

iv).- Con posterioridad, en los alegatos de conclusión la parte actora adujo el uso desproporcionado de la fuerza empleada en la operación militar, por cuanto considera que el Ejército Nacional neutralizó los dos carros bajo la modalidad de la maniobra de emboscada mecánica.

En estos términos al efectuar una valoración de las actuaciones del proceso penal radicado bajo el N° 500016000567200902919 00 adelantado por la señora María Giraldo Franco por el delito de desaparición forzada actualmente conocido por la Fiscalía N° 140 Especializada de Bogotá D.C., se tiene que a la fecha no hay sentencia condenatoria de los responsables de la conducta punible, pues únicamente obra la manifestación rendida por la madre en la denuncia que le atribuye el hecho al grupo insurgente de las FARC.

Igualmente, del proceso penal N° 234 adelantado por el Juzgado 88 de Instrucción Penal Militar en contra de los señores Mayor Jhon Darwin Chávez Mejía, SLP Mauricio Serrano Sánchez, SLP Luis Hernández Picón y SLP Flaminio Vásquez González por el presunto delito de homicidio se tiene que mediante auto interlocutorio del 29 de diciembre de 2017⁵⁵ se dispuso la cesación del procedimiento, así como el archivo definitivo de las diligencias, al considerarse que las dos personas abatidas fue el resultado de una maniobra de emboscada legítima ejecutada por personal de la Compañía Ballesta del BACOA – 1 que comandaba el Teniente Jhon Darwin Chávez Mejía.

⁵³ Folio 40 del Cuaderno 2

⁵⁴ Folio 42 del Cuaderno 2

⁵⁵ Folios 906 a 924 del Cuaderno 9

Teniendo en cuenta que en el presente asunto no hay una prueba directa que demuestre que el desaparecimiento del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) y su posterior deceso sea atribuible a la Nación – Ministerio de Defensa, es necesario acudir a la prueba indiciaria, para lo cual el precedente jurisprudencial hace alusión de las reglas probatorias a seguir para que el Juzgador declare la existencia de un indicio:

(...) Y es que como ya se sabe, el indicio se estructura sobre tres elementos: 1. Un hecho conocido o indicador, 2. Un hecho desconocido, que es el que se pretende demostrar, y 3. Una inferencia lógica a través de la cual, y partiendo del hecho conocido, se logra deducir el hecho que se pretende conocer. Es así como desde 1894, el insigne tratadista Carlos Lessona, enseñaba, refiriéndose a la estructura del indicio que este: "...se forma con un razonamiento que haga constar las relaciones de causalidad o de conexión entre un hecho probado y otro a probarse..."; o en términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: "el hecho conocido o indicador debe estar plenamente demostrado en el proceso, esto es, debe ser un hecho que tenga certeza jurídica y que sirva de base para a través de inferencias lógicas realizadas por el juez en el acto de fallar, permitan llegar a deducir el hecho desconocido". (...) **Es el juzgador quien declara la existencia de un indicio, cuando establece un hecho indicador, aplica una o varias reglas de la experiencia e infiere lógicamente otro hecho indicado. Es el juez quien construye el indicio, en cada caso concreto.** En la misma sentencia la Corte Suprema de Justicia señala los requisitos de existencia de la prueba indiciaria: "De conformidad con la previsión legal sobre la prueba indiciaria... el hecho indicador del cual se infiere la existencia de otro acaecimiento fáctico, debe estar debidamente acreditado por los medios directos de prueba (testimonio, peritación, inspección, documento, confesión); ha de ser indivisible, pues los elementos que lo integran no pueden a su vez tomarse como hechos indicadores de otros acaecimientos fácticos; independiente, ya que a partir de un hecho indicador no pueden estructurarse varios hechos indicados; si son varios han de ser concordantes, de manera que los hechos inferidos guarden armonía entre sí como partes que integran un mismo fenómeno; **convergentes, es decir que la ponderación conjunta de los distintos indicios dé lugar a establecer una sola conclusión y no varias hipótesis de solución;** y, finalmente, que en su apreciación, como ocurre con todos los medios de prueba, el juzgador acuda a las reglas de la sana crítica, establezca el nivel de probabilidad o posibilidad, y, en tal medida señale si son necesarios, contingentes, graves o leves, y su relación con los demás medios de prueba que obran en la actuación". En la misma providencia se determinan las varias clases de indicios: "Los indicios pueden ser necesarios cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca, la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; y contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado. **Estos últimos, a su vez, pueden ser calificados como graves, cuando entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador, sino de la común ocurrencia de las cosas; y leves, cuando el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece**". (...)”⁵⁶ (Negrilla y Subrayado fuera de texto).

⁵⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Sentencia 24 de marzo de 2011. Exp. Radicación N°: 05001-23-26-000-

En armonía con el anterior precedente jurisprudencial los artículos 240, 241 y 242 del Código General del Proceso, establecen que para que un hecho pueda considerarse como indicio debe estar debidamente probado en el proceso. Y a su vez, que el Juez debe apreciarlos en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.

De entrada se observa una contradicción en los hechos narrados en la denuncia formulada por la señora María Gloria Giraldo Franco el día 29 de marzo de 2007 y los fundamentos fácticos de la demanda del medio de reparación directa objeto de estudio.

Es del caso precisar que inicialmente la señora **MARÍA GLORIA GIRALDO FRANCO** presentó denuncia penal solo hasta el día 29 de marzo de 2007⁵⁷, por lo que la Fiscalía al preguntarle el por qué no había denunciado antes, ella manifestó lo siguiente:

“Por que (sic) la guerrilla me amenazaba y me decía que tenía mas (sic) hijos, y que estaba (sic) mis hijas pero que ahora como salí ya de por allá desde el 18 de noviembre de 2006 además pues como he visto que han recuperado mucos (sic) cuerpo, (sic) espero que puedan encontrar los restos de mis hijos y poder tener donde ir a llorarlos.”⁵⁸.

En aquella época, se tiene que la denunciante manifestó a las autoridades que uno de sus hijos, el señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.), residía en Bogotá, se dedicaba a manejar taxi y que como estaba en vacaciones se desplazó hasta la vereda de Costa Rica del municipio de San Juan de Arama donde ella vivía junto con su esposo a pasar navidad y que para el día 8 de diciembre de 2003 salió al pueblo a compartir con unos amigos, pero que ese día, ella estaba en la casa cuando llegaron unos muchachos que le dieron aviso de que él se fue con un miliciano para averiguar del porque se habían llevado a su hermano Alonso Andrés López Giraldo, pero que lamentablemente no se volvió a saber nada de él.

Igualmente, de allí se desprende que la madre atribuyó el hecho de la desaparición forzada y su posterior ejecución extrajudicial al grupo insurgente Frente 27 de las FARC⁵⁹, pues según ella afirmó que estuvo indagando sobre

1995-01411-01(17993) Acción de Reparación Directa. Actor: José Leonel Montoya Urrea y Otros.
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional-Ejército Nacional.

⁵⁷ Folios 6 a 10 del Cuaderno 4

⁵⁸ Ver manifestación consignada en el folio 7 del Cuaderno 4

⁵⁹ Ver folio 7 del Cuaderno 4

su paradero y que obtuvo información de que lo habían matado porque se había puesto muy "crecido" y que su cuerpo fue enterrado por los lados de Santo Domingo abajo del municipio de Vista Hermosa.

En contraste a ello de las pruebas incorporadas al proceso obra una consulta de la base de datos denominada "Registro de Hechos Atribuibles a Grupos Organizados al Margen de la Ley" de la Fiscalía General de la Nación, en la que se reporta como fecha de desaparecimiento forzado el 4 de diciembre de 2004 atribuible al Frente 27 de las FARC⁶⁰. A su vez, obra certificación de la Fiscalía 8ª Especializada en Apoyo a Fiscalía 14 Guala, Meta, mediante el cual certificó que se encuentra en tramite la investigación previa N° 173874 por el delito de desaparición forzada del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) el día 8 de diciembre de 2004⁶¹.

No obstante lo anterior, de la lectura del contenido de la demanda surge otra versión, pues de los hechos 3.10, 3.11, 3.12 y 3.13 la parte actora⁶² manifestó entre otras circunstancias que la fecha de la desaparición forzada y posterior ejecución extrajudicial de Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) fue el día 3 de septiembre de 2006, que la razón por la cual ella había denunciado mucho tiempo después obedeció a que estaban amenazados por paramilitares, que estos hechos se los atribuía a miembros del Ejército Nacional porque un señor se le acercó al billar que al parecer era quien se había llevado a Alonso Andrés López Giraldo, que luego lo llevó a un lugar retirado, y que desde esa fecha nunca más regresó, ni a la casa, ni a su lugar de residencia. Finalmente, aducen que la Fiscalía General de la Nación en la noticia criminal consignó de forma incorrecta la fecha de la desaparición porque realmente sucedieron en septiembre de 2006.

Por otro lado, en audiencia de pruebas del 29 de noviembre de 2018⁶³ la testigo Elizabeth Herrera López declaró otras circunstancias disimiles a las reseñadas en la demanda, debido a que ella expuso que conoció a Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) cuando tenía aproximadamente de 22 a 25 años en la vereda Costa Rica del municipio de San Juan de Arama, Meta, por cuanto trabajaba con su mamá María Gloria Giraldo Franco, asimismo indicó que para la época de la desaparición forzada del joven era cercana a la familia como en el año

⁶⁰ Folios 170 a 171 del Cuaderno 5

⁶¹ Folio 79 del Cuaderno 5.

⁶² Ver folio 26 del Cuaderno 1

⁶³ Minutos 9:10 a de la audiencia de pruebas del 29 de noviembre de 2018 contenida en el DVD-R obrante a folios 289 a 295 del Cuaderno 3

2002, porque para esa fecha los paramilitares empezaron a incursionar en la región.

Igualmente, narró que para las fiestas de fin de año recuerda que Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) llegó a visitar la casa de los padres para pasar con ellos las festividades, ya que en ese tiempo trabajaba con un taxi en la ciudad de Bogotá D.C. De igual manera, la testigo explicó que para esa época también estaba desaparecido el hermano Alonso Andrés López Giraldo, pues no se sabía si lo había reclutado la guerrilla, o los paramilitares o si el Ejército Nacional era responsable de su desaparición.

La declarante Elizabeth Herrera López hizo hincapié en que ella era muy cercana a la familia porque ayudo a buscarlo, por cuanto acompañó a la señora María Gloria Giraldo Franco a Santo Domingo, Meta, hablaron con el comandante de las FARC alias "político", quien les manifestó que ellos no tenían nada que ver porque el señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) se lo llevó el Ejército Nacional. Refirió que para ese entonces tampoco formaba parte de algún grupo armado insurgente. Después se enteraron que su cuerpo fue hallado en una fosa común por información que les suministró el presidente de la Junta Acción Comunal de la época.

De otra parte, en los medios probatorios se observan las consultas de los antecedentes penales, entre ellos se tiene que para el año 2003 estaba vigente la medida de aseguramiento de detención preventiva sin libertad en contra del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) identificado con cédula de ciudadanía N° 80.214.785 por los delitos de falsedad material en documento público y rebelión⁶⁴. Igualmente, obra registro de orden de captura vigente para la misma época por los delitos de secuestro simple, fabricación y tráfico de armas de fuego o municiones y terrorismo⁶⁵, según Oficio N° DGPO-SIES-GODE-ARRAJ-100442 del 21 de febrero de 2011 procedente del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS⁶⁶.

Esta información también se encuentra registrada en el Sistema de Información de Antecedentes y Anotaciones de la Fiscalía General de la Nación⁶⁷. Y fue reiterada en Oficios N° S-21983/ARECE-GRURE-38.10 del 21

⁶⁴ Folio 99 del Cuaderno 5

⁶⁵ Folio 108 del Cuaderno 2

⁶⁶ Ver Folios 99 a 100 del Cuaderno 4, ver folios 107 a 109 del cuaderno 5, ver folios 181 a 187 del Cuaderno 5, ver folio 99 del Cuaderno 5

⁶⁷ Folios 181 a 182 del Cuaderno 5

de febrero de 2012 y 22707 /ARECE – GRURE- 38.10 de la Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL de la Policía Nacional⁶⁸.

No obstante la existencia de los antecedentes penales del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.), de ello no se puede inferir que el Ejército Nacional llevó a cabo la presunta ejecución extrajudicial, ni mucho menos se puede catalogar que el propósito de la operación militar estuviera únicamente dirigida a capturarlo, pues como se encuentra visto sus familiares antes de su deceso desconocían su paradero sumado a que en el expediente ni siquiera se tiene certeza de las verdaderas circunstancias de cómo sucedió el desaparecimiento.

Igualmente, no se encuentra demostrado que antes de su deceso lo hubieran tildado en la vereda de Costa Rica del municipio de San Juan de Arama, Meta, como insurgente o que la Fuerza Pública lo hubiera señalado previamente por medio de informantes anónimos, encapuchados o reinsertados, que es lo que generalmente se percibe en el *modus operandi* en las prácticas de las ejecuciones extrajudiciales, pues contrario a lo narrado en la demanda lo que se observa es que aún persiste el hecho desconocido del desaparecimiento forzado del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) ya que los familiares no tienen certeza de la fecha en que ocurrió la misma.

Tan así que de los medios de prueba no es posible tener por cierto que el señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) haya sido retirado de la vereda Costa Rica del municipio de San Juan de Arama, Meta, por terceros que tuvieran relación con el Ejército Nacional o por miembros de la Institución Castrense, debido que en el plenario no hay testigos directos que den cuenta de tal circunstancia ni hay indicios que permitan inferir esta hipótesis como la más probable, pues de la valoración de las pruebas surgen tres fechas de la desaparición del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) que refieren que fue para los días 8 de diciembre de 2003, 8 de diciembre de 2004 y 3 de septiembre de 2006.

Lo único que se puede corroborar en el acervo probatorio es que para el día 3 de septiembre de 2006, entre las 11:00 y las 11:45 am, el señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) se encontraba en la vereda Caño Corrientoso del municipio de La Macarena, Meta, según actuaciones adelantadas por el Juzgado 88 de Instrucción Penal Militar, mediante las cuales se obtuvo información de que uno de los automotores neutralizados por la tropa militar

⁶⁸ Folios 361 a 364 del Cuaderno 7

tenía nexos con grupos al margen de la Ley⁶⁹. La Fiscalía 113 Local de Bogotá informó que en el curso de la investigación penal N° 110016109582006000106, en la que se indagaba el hurto de la camioneta de placas BSR 585, se logró establecer que se estaba en presencia de una organización al margen de la Ley que se dedicaba al hurto de camionetas Toyota Land Cruiser, las cuales las ubicaban cero kilómetros y después las adecuaban con estacas para desaparecerlas y así reportarlas como hurtadas⁷⁰.

En este contexto respecto a estos medios de prueba desde ya debe advertirse que los hechos indicadores conllevan a un razonamiento lógico que permite producir certeza o gran probabilidad de que el señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) para el día 3 de septiembre de 2006 hacia las 11:00 am se encontraba en la vereda de Caño Corrientoso del municipio de La Macarena, lo que desvirtúa lo dicho en la demanda sobre que para ese entonces estaba en la vereda de Costa Rica del municipio de San Juan de Arama, Meta.

Por lo tanto, es necesario determinar si el señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) tuvo participación directa en las hostilidades registradas por el Ejército Nacional ese día 3 de septiembre de 2006 o si por el contrario se trataba de una persona civil que gozaba de inmunidad contra el ataque directo impetrado por la tropa que estaba desarrollando la operación militar "Feroz" en la vereda Caño Corrientoso del municipio de La Macarena, Meta.

En atención a lo antes reseñado en el Derecho Internacional Humanitario – DIH- que rige los conflictos armados no internacionales el artículo 3° común a los Convenios de Ginebra describe el contexto de conflictos no internacionales, así:

"(...) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

⁶⁹ Folio 35 del Cuaderno 5

⁷⁰ Folio 121 del Cuaderno 6

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
 - b) la toma de rehenes;
 - c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
 - d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.
- 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.
 Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.
 Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.
 La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto. (...)»⁷¹

De acuerdo con ello de la Guía para Interpretar la noción de Participación Directa en las Hostilidades del Comité Internacional de la Cruz Roja⁷² se desprende el principio de distinción no solo entre personas civiles y fuerzas armadas, sino también entre las personas civiles que participan directamente en las hostilidades y las que no.

En este sentido llama la atención la aplicación del principio de distinción en un conflicto armado no internacional, pues la diferenciación recae en que todas las personas que no son miembros de las fuerzas armadas estatales o de los grupos armados organizados de una parte en conflicto son personas civiles y, por consiguiente, tienen derecho a protección contra los ataques directos, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación⁷³.

De otra parte, la Guía para Interpretar la noción de Participación Directa en las Hostilidades del Comité Internacional de la Cruz Roja precisa que la noción de participación directa en las hostilidades se refiere a actos específicos ejecutados por personas como parte de la conducción de las hostilidades entre partes en un conflicto armado⁷⁴.

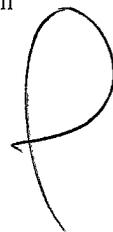
De la misma manera, dicha guía establece que para considerar un acto como participación directa en las hostilidades deben cumplirse los requisitos

⁷¹ Consulta efectuada en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-gc-0-art3-5tdlrm.htm>

⁷² Consulta efectuada en la <https://www.icrc.org/es/publication/guia-participacion-directa-hostilidades-derecho-internacional-humanitario-dih>

⁷³ Consulta efectuada en la <https://www.icrc.org/es/publication/guia-participacion-directa-hostilidades-derecho-internacional-humanitario-dih>, página 19 de la Guía para Interpretar la noción de Participación Directa en las Hostilidades del Comité Internacional de la Cruz Roja

⁷⁴ *Ibidem*



acumulativos, así: i) debe haber probabilidades de que el acto tenga efectos adversos sobre las operaciones militares o sobre la capacidad militar de una parte en un conflicto armado, o bien, de que cause la muerte, heridas o destrucción a las personas o los bienes protegidos contra los ataques directos (umbral de daño), y ii) debe haber un vínculo causal entre el acto y el daño que pueda resultar de ese acto o de la operación militar coordinada de la que el acto constituya parte integrante (causalidad directa) y iii) el propósito específico del acto debe causar directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra (nexo beligerante).

Bajo esta premisa, es de resaltar el ámbito temporal de la pérdida de la protección en los siguientes términos:

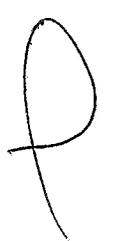
“(…) Las personas civiles pierden la protección contra los ataques directos durante la duración de cada acto específico que constituya una participación directa en las hostilidades; los miembros de los grupos armados organizados que pertenecen a una parte no estatal en un conflicto armado, en cambio, cesan de ser civiles (v., más arriba, apartado II) y pierden la protección contra los ataques directos durante todo el tiempo que asuman una función continua de combate. (...)”⁷⁵

En este sentido, la Guía para Interpretar la noción de Participación Directa en las Hostilidades del Comité Internacional de la Cruz Roja hizo la advertencia que además de las restricciones que impone el Derecho Internacional Humanitario respecto a los métodos y medios de combate, y sin perjuicio de las demás restricciones que dimanen de otros instrumentos de derecho internacional aplicables, el tipo y el grado de fuerza que está permitido emplear contra las personas que no tienen derecho a protección contra los ataques directos no deben ser excesivos en relación con lo que efectivamente sea necesario para lograr el objetivo militar legítimo en las circunstancias del caso.

Respecto a lo anterior, de las pruebas allegadas al proceso surge como causa probable de la muerte del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) que fue el resultado de una maniobra de neutralización ejecutada por el Ejército Nacional ejecutada en el marco de la operación militar “feroz” desarrollada en la vereda Caño Corrientoso del municipio de La Macarena-, Meta.

En efecto, está probado que el Capitán Omar Antonio Rodríguez Bedoya en calidad de Oficial B-2 BRIM N° 3 informó de forma inmediata el resultado

⁷⁵ *Ibíd.*, página 20



operaciones acontecido para el día 3 de septiembre de 2006 al Fiscal 5° Local de La Macarena, Meta, en los siguientes términos:

"(...)

FUERZA DE TAREA CONJUNTA OMEGA
 FUERZA DE DESPLIEGUE RAPIDO
 BRIGADA MÓVIL N° 3

N° 132/FUDRA-BRIM3-B-2-INT-252

ASUNTO: Informe baja terrorista

AL: Dr. FRANCISCO JAVIER CARDONA MEDINA
 FISCAL QUINTO LOCAL
 La Macarena-Meta.-

. Con toda atención, me permito poner en conocimiento del señor **FISCAL QUINTO LOCAL** la baja de dos terroristas en combate de encuentro con terroristas de la ONT-FARC, tropas del BCG_52 dieron de baja dos terroristas Sexo masculino, vestían camuflado, botas de caucho, coordenadas (02°26'17"LN 73°27'38"LW, sector Caño Corrientoso jurisdicción del municipio La Macarena (Meta) en desarrollo de la operación justiciero sujeta a la campaña militar "OMEGA".

Incautando el siguiente material así.

Fusil Galil SAR	01
Proveedores para Fusil Galil	05
Munición 7.62 para fusil Galil	310
Pistola Jericó 96301470	01
Munición 9 mm	02
Fusil AK - 47 S/N	01
Proveedores para Fusil AK-47	06
Munición 7.62 para Fusil AK-47	370
Granadas de mano tipo piña	02
Granadas de mano IM-26	06

(...)"⁷⁶

En este punto no es factible tener como indicio grave uno de los patrones de conducta del *modus operandi* de las ejecuciones extrajudiciales en contra de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, respecto a que no se identificó al abatido de forma concomitante, pues tal premisa se encuentra desvirtuada por cuanto la Fiscalía 5ª Local de la Macarena, Meta, tan pronto efectuó la inspección judicial de los occisos abatidos esto es el día 5 de septiembre de 2005, de forma inmediata remitió las diligencias a la Justicia Penal Militar, cuyo conocimiento inicialmente le fue asignado al Juzgado 84 de Instrucción Penal Militar⁷⁷ y posteriormente remitido al Juzgado 88 de Instrucción Penal Militar⁷⁸, quien por auto del 28 de agosto de 2007 ordenó remitir al Grupo de Lofoscopia Forense del Instituto de Medicina Legal y

⁷⁶ Folio 276 del Cuaderno 7

⁷⁷ Se desprende de los consignado a folio 36 del Cuaderno 6

⁷⁸ Ibídem

Ciencias Forenses las necrodactilias tomadas a los cadáveres identificados con los números "67" y "68".

En este aspecto se tiene que dicho cotejo de huellas decadactilares fue objeto de remisión a la Registraduría Nacional, quien el día 23 de septiembre de 2007 después de realizar la validación de reseñas enviadas el 13 de julio de 2009 mediante Oficio N° CJ-41954-12 determinó que correspondía a las del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.)⁷⁹.

En consonancia con ello tampoco se puede inferir que la inhumación del cadáver no se realizó como "nn" porque la Fiscalía 169 de la Sub Unidad de Apoyo de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, en el curso de las diligencias investigativas y científicas de inhumación de los cuerpos catalogados como "NN" en el Cementerio de La Macarena concluyó en su Informe Pericial de Necropsia N° 2011010100000000199⁸⁰ que el cuerpo atinente al N° "68" de 2006 correspondía al mismo que se exhumo con Rad. Exh. N° 075-2010 Fosa 30 acta 01 y al cuerpo de Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.). Inclusive fue realizado el cotejo genético de los restos del joven para con sus padres, en donde se determinó una relación de parentesco biológico de 88.723 billones de veces más probable según resultado de laboratorio de identificación de genética N° 1105000035⁸¹.

Sumado al hecho de que las autoridades locales tampoco tardaron en la expedición del certificado defunción, según se desprende de la copia expedida por el Centro de Atención de Salud La Macarena⁸².

Lo anterior, fue soportado entre otros elementos probatorios en la exhumación efectuada en el Cementerio Municipal de La Macarena, Meta, el día 4° de mayo de 2010⁸³ y conforme a lo consignado en el Informe Ejecutivo N° 010 UNJYP-SAE⁸⁴ contentivo del cotejo dactiloscópico - fehaciente del 12 de agosto de 2011⁸⁵.

Inclusive, la Fiscalía 140 Especializada por el delito de desaparición forzada del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) bajo el radicado N° 500016000567200902919 00, mediante el Informe Investigador de Laboratorio

⁷⁹ Folio 242 del Cuaderno 6

⁸⁰ Folios 150 a 167 del Cuaderno 5

⁸¹ Folios 136 a 137 del Cuaderno 5

⁸² Folio 27 del Cuaderno 6

⁸³ Folios 107 a 113 del Cuaderno 4 y Folios 129 a 134 del Cuaderno 5

⁸⁴ Folios 136 a 138 del Cuaderno 5

⁸⁵ Folios 147 a 149 del Cuaderno 5

-FPJ-13- del 31 de marzo de 2017 también constató la identificación de las huellas contenidas en la necrodactilia decadactilar del cuerpo abatido en combate distinguido con el N° "68" con las impresiones dactilares consultadas estación remota web-service de la Registraduría Nacional del Estado Civil, a través del Sistema Automatizado de Identificación por Huellas Dactilares bajo el código N° 33/00/00737793C.

De otro lado, respecto a la existencia del material de guerra incautado dentro del plenario se constata que el Fiscal 5° Local, Dr. Francisco Javier Cardona Medina mediante autos del 5 y 12 de septiembre de 2006⁸⁶ a prevención procedió a abrir la investigación preliminar por la muerte de dos personas fallecidas en combate identificadas como "nn" bajo los números "67" y "68". De la misma manera, se constata que la Fiscalía 5ª Local realizó la inspección judicial de los cadáveres N° "67" y "68" el día 5 de septiembre de 2006 en donde a su vez registró la incautación de los elementos de guerra⁸⁷.

Pese a que dicho material de guerra incautado resultó extraviado y aun cuando el Juzgado 88 de Instrucción Penal Militar mediante auto del 23 de mayo de 2008⁸⁸ compulsó copias al Juzgado 82 de Instrucción Penal Militar con el fin de que se adelantara la investigación por la pérdida del material, en donde lo único que fue probado es la ausencia del registro de ingreso al depósito de la Brigada Móvil N° 3 aun cuando la Fiscalía 5ª Local efectuó el registro fotográfico del mismo, lo que conllevó a que mediante auto del 3 de noviembre de 2010⁸⁹ el Juzgado 82 se abstuviera de iniciar acción penal en contra del Mayor Juan Carlos Peñaloza Solano.

Pues si bien mediante Oficio N° 1061/MD-CG-FUTCO-FUDRA-BRIM3-B2-53.1 del 18 de marzo de 2008 procedente del Jefe de Estado Mayor y Segundo Comandante BRIM-3⁹⁰, Teniente Coronel Wilson Neyhid Chavez Mahecha, informó que en el depósito de armas decomisadas aun cuando se logró identificar la pistola Jericó N° 96301470 con su respectivo proveedor, así como también se individualizaron 2 fusiles Galil 7.62 sin número y dos fusiles AK-47 conforme a las características del material incautado en la operación "Feroz", en su momento no se pudo tener plena certeza por la falta de registro detallado del material al momento del ingreso.

⁸⁶ Folio 1 del Cuaderno 6 y folio 11 del Cuaderno 6

⁸⁷ Folios 2 a 6 del Cuaderno 6 y Folios 40 a 44 del Cuaderno 4

⁸⁸ Folios 518 a 519 del Cuaderno 8

⁸⁹ Folios 647 a 660 del Cuaderno 8

⁹⁰ Folio 146 del Cuaderno 6

Lo cierto es que se encuentra probado que el Fiscal 5° Local de La Macarena el día 5 de septiembre de 2006⁹¹ cuando realizó la inspección judicial del cadáver distinguido con el N° "68" hizo también el registro de una parte de los elementos incautados.

En efecto, de la inspección judicial realizada al occiso identificado con el número "68" se constata que la Fiscalía al momento de realizar la diligencia para el día 5 de septiembre de 2006⁹², hizo la inspección judicial de los elementos incautados correspondiente a trescientos setenta y dos cartuchos calibre 7.62 para arma de fuego "galil" (sic), trescientos diez cartuchos para AK-47, cinco cartuchos para arma "9 mm" (sic), cinco proveedores "AK 47" (sic), seis proveedores para "galil" (sic), dos proveedores para pistola 9 ml "Gerico" (sic), ocho granadas de mano "seis IM-26" (sic) y "dos tipo piña" (sic) y se observa una placa de automóvil BSR-585 de Bogotá.

De igual manera, obra álbum digital N° 073 que acompaña el acta N° "68" realizado por la Fiscalía Quinta Local del municipio La Macarena, Meta, el 5 de septiembre de 2006⁹³, del cual se observan imágenes del occiso identificado con el N° "68" junto con el material de guerra incautado⁹⁴, así como las respectivas necrodactilias de los occisos N° "67"⁹⁵ y "68"⁹⁶.

Entonces, no es cierto que el material de guerra incautado nunca existió comoquiera que la Fiscalía 5ª Local La Macarena, Meta, realizó la inspección judicial de una parte de los elementos incautados.

En este punto, se tiene que en la investigación adelantada por el Juzgado 88 de Instrucción Penal Militar se prueba⁹⁷ que las dos personas abatidas mediante una maniobra de emboscada mecánica ejecutada por personal de la Compañía Ballesta del BACOA-1 que comandaba el TE Jhon Darwin Chávez Mejía en cumplimiento de la orden de operaciones N° 09 con acción directa del SLP Mauricio Sánchez Serrano, SLP Luis Hernández Picón y SLP Flaminio Vásquez González, eran integrantes de las FARC por cuanto portaban material de guerra e intendencia de origen ilícito y que fueron abatidos en el contexto de legitimidad que demarca el derecho internacional aplicable a los conflictos

⁹¹ Folios 40 a 44 del Cuaderno

⁹² Ver nota consignada a folio 43 del Cuaderno 4

⁹³ Folios 8 a 9 del Cuaderno 6

⁹⁴ Ver folios 23 a 24 del Cuaderno 6

⁹⁵ Ver entre folios 7 a 8 del Cuaderno 6

⁹⁶ Folio 51 del Cuaderno 4

⁹⁷ Folios 922 a 923 del Cuaderno 9

armados por ser agentes subversivos individualizados antes de su neutralización.

En consonancia con lo anterior, de las diferentes necropsias realizadas al cadáver distinguido con el n° "68" y posteriormente exhumado con el nombre de Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) se puede evidenciar que su deceso fue el resultado de la maniobra de emboscada mecánica desarrollada por la tropa militar en ejercicio del uso legítimo de la fuerza, por cuanto su conducta de desplazarse en uno de los Toyota Land Cruiser con material de intendencia y de guerra es catalogado como una acción subversiva que de acuerdo a la orden de operaciones "Feroz" imponía el deber a la Compañía Ballesta detenerlo con el fin de neutralizar al enemigo.

Así, de la necropsia realizada por el Centro de Atención Macarena ESE "Solución Salud" para el día 5 de septiembre de 2006 se desprende que el cadáver distinguido inicialmente con el N° 68 y posteriormente identificado como Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.), se evidencia una primera hipótesis de causa de muerte como es el shock neurogénico por heridas por proyectil de arma de fuego⁹⁸. De igual forma, encontraron en el occiso los siguientes hallazgos, así:

"(...) Cabeza: Orificio de entrada en región temporal derecha de aproximadamente 1x1cm.; Orificio de entrada contiguo al anterior de 0.5x0.5 cms; Orificio de entrada en región occipito-temporal derecho e 1x1cm; Orificio de salida de 2x1 cms en región temporal izquierda; fractura de hueso orbitario izquierdo y destrucción de hueso cigomático izquierdo.

(...)

Cuello: Laceración en cuello región lateral derecho de más o menos 8x2 cms.

(...)

Extremidades

Superiores:

Tatuaje en forma de dragón que va desde hombro izquierdo hasta primer tercio de antebrazo izquierdo. Laceración más ulceración degenerativa por descomposición de 8x8cm en hombro derecho. Laceración de muñecas, de quemadura producida por aparente fricción.

(...)

Inferiores:

Examen Interior:

Cráneo Cerebro: destrucción de masa encefálica a nivel del lóbulo frontal derecho e izquierdo; no se visualiza hipófisis. (...)”⁹⁹

Sumado a lo anterior, se tiene que con posterioridad a la exhumación fueron analizados los restos óseos mediante el Informe Pericial de Antropología

⁹⁸ Folio 49 del Cuaderno 4

⁹⁹ Folios 46 a 49 del Cuaderno 4, folios 289 a 293 del Cuaderno 5, folios 28 a 32 del Cuaderno 6 y folios 282 a 286 del Cuaderno 6



Forense N° DRB-GANF-9-364-1-2011 del 20 de diciembre de 2011¹⁰⁰ del cual sobresalen las siguientes conclusiones:

“(…) Durante el estudio bioantropológico, se establece que el cadáver analizado corresponde a un individuo de sexo masculino, de edad y estatura estimadas de 19 a 28 años y 1,70 cm a 1,88 cm, con patrón ancestral asociado a mestizo con predominancia de rasgos caucasoides, en el cual se identificaron a nivel macroscópico lesiones traumáticas ocurridas en eventos perimortem, compatibles con impactos de proyectil de arma de fuego, posiblemente ocasionados por arma de carga múltiple lo cual sustenta con la recuperación de elemento metálico esférico durante el proceso de limpieza en el orificio de salida #3, la distribución de las lesiones, y observación de depresión en tabla externa del cráneo, como resultado del impacto de uno de sus proyectiles. Debido a la ausencia de tejidos blandos frescos, no se descarta la posibilidad de que se hubieran presentado más lesiones en estos últimos. (...)”¹⁰¹

Del mismo modo se cuenta con el Informe Pericial de Balística N° DRB-GBF-253969-2011 del 26 de diciembre de 2011¹⁰², que da cuenta de la recuperación de tres fragmentos en la inspección del cadáver, y del cual se desprende la siguiente conclusión, así:

“(…) Elementos recuperados en inspección de cadáver:

Fragmentos:	Tres (3) Recuperados en necropsia.
Constitución	Latón
Forma	Irregular
Calibre	Indeterminado
Peso Total	0.868 gramos

Postas: Recuperadas en necropsia

Cantidad:	Dos (2)
Constitución	En plomo y material ferroso
Diámetro	6.54 mm promedio
Masa	1.721 gramos promedio
Masa Total	1.443 gramos
Clasificación	Número de Munición “4B compatible”
Forma original	Esférica
Deformaciones	Presentan alteraciones en su morfología original evidenciadas con abolladuras ocasionadas al hacer contacto con otros elementos durante su recorrido.

CONCLUSIÓN

Los tres (3) fragmentos descritos en el recuadro uno, corresponde a parte de camisa de proyectil de arma de fuego. No se determina calibre, tipo y marcas de armas que los hayan podido disparar debido a la carencia de información técnica presente en los mismos.

Las postas corresponden a elementos constitutivos de cartuchos de carga múltiple, diseñadas para ser utilizadas en armas de fuego tipo escopeta. (...)”¹⁰³

¹⁰⁰ Folios 138 a 146 del Cuaderno 4

¹⁰¹ Folio 145 del Cuaderno 4

¹⁰² Folios 738 a 739 del Cuaderno 4

¹⁰³ Folios 738 a 739 del Cuaderno 8

Luego con ocasión a la solicitud de ampliación, aclaración y complementación respecto del anterior dictamen propuesta por el investigado Mayor Jhon Darwin Chávez Mejía, mediante Informe Pericial N° DRB-LBAF-0000386-2017¹⁰⁴ se hicieron las siguientes acotaciones, así:

“(…) TERCERO

TINTURA VERDE EN LOS FRAGMENTOS a simple vista se puede evidenciar una tintura de color verde en los fragmentos los cuales no son normales si han sido accionados por un arma de fuego y mas (sic) precisamente por una escopeta, ya que ser de tal forma no sería (sic) coherente dicha tintura, pero si vemos el relato contenidos del expediente vemos que la mina Claymore (sic) tiene una tapa de color verde que si coordina con el color de los fragmentos.

De tal manera que se hace necesario que se aclare la composición química de dicho color, ya que este nos podrá indicar de que elementos se trata y se podrá confirmar o desvirtuar si se trata de elementos utilizados en la elaboración de la mina Claymore (sic).

RESPUESTA La coloración verde que usted hace referencia no es para todos los cinco fragmentos, se evidencia solo son tres fragmentos analizados y concluidos en el primer párrafo de la conclusión y dice; “...Los tres (3) fragmentos descritos en el recuadro uno, corresponden a partes de camisa proyectil arma de fuego...”, y esta coloración pertenece a la oxidación que es propia del cobre y el Níquel, elementos constitutivos de los proyectiles encamisados. (...)”¹⁰⁵

Luego, a raíz de la objeción grave formulada contra dicho dictamen por el Mayor Jhon Darwin Chávez Mejía¹⁰⁶ mediante Informe Investigador de Laboratorio – FPJ-13- del 3 de agosto de 2017¹⁰⁷ se concluyó que de la inspección de los 5 fragmentos no fue posible determinar si pertenecían a algún artefacto explosivo por su estado de malformación para lo cual sugirió la práctica de laboratorio de química forense, sin que exista en el expediente constancia de su realización.

En estos términos, se tiene de las diligencias de ampliación de indagatoria rendidas por los señores SLP Mauricio Sánchez Serrano¹⁰⁸, SLP Luis Hernández Picón¹⁰⁹, Mayor John Darwin Chávez Mejía¹¹⁰ y SLP Flaminio Vásquez González¹¹¹, en similares términos coinciden en afirmar que los tres fragmentos se asemejan a los empleados en mina tipo Kleymore.

¹⁰⁴ Folios 826 a 829 del Cuaderno 9

¹⁰⁵ Folio 828 del Cuaderno 9

¹⁰⁶ Folios 838 a 840 del Cuaderno 9

¹⁰⁷ Folios 853 a 855 del Cuaderno 9

¹⁰⁸ Folios 783 a 785 del Cuaderno 9

¹⁰⁹ Folios 788 a 790 del Cuaderno 9

¹¹⁰ Folios 793 a 795 del Cuaderno 9

¹¹¹ Folios 813 a 815 del Cuaderno 9

De la copia parcial del auto interlocutorio del 29 de diciembre de 2017¹¹² proferido por la Fiscalía 28 Penal Militar dispuso la calificación del mérito del sumario consistente en la cesación del procedimiento a favor del Mayor Jhon Darwin Chávez Mejía, SLP Mauricio Serrano Mauricio, SLP Luis Hernández Picón y SLP Flaminio Vásquez González por la presunta comisión de homicidio, entre otras razones por constatarse la legalidad de la maniobra de emboscada ejecutada por la Unidad Militar de la cual eran orgánicos los procesados por encontrarse en cumplimiento de uno de los fines del Estado contenido en el artículo 217 de la Constitución Política de Colombia en el sentido de garantizar la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

Es del caso destacar que el resultado operacional posee coherencia probatoria con otros medios de prueba, tales como las declaraciones del personal que participó en la acción integrado por el Teniente John Darwin Chavez Mejía¹¹³, el Sargento Segundo John Mosquera Caicedo¹¹⁴, SLP Luis Hernando Hernández Picón¹¹⁵, SLP Mauricio Sánchez Serrano¹¹⁶, SLP Diego Carvajal Casallas¹¹⁷, SLP Flaminio González Vásquez¹¹⁸, SLP Neder Mestra Montes¹¹⁹, SV. Carlos Orlando Betancourt Vargas¹²⁰, Jhon Jairo Celis¹²¹, las inspecciones judiciales de los cadáveres de las dos personas que resultaron abatidas, las respectivas necropsias junto al informe de balística de los residuos encontrados a uno de los occisos.

En efecto, de la prueba testimonial recaudada por el Juzgado 88 de Instrucción Penal Militar sobre lo acontecido en la operación militar "FEROZ" para el día 3 de septiembre de 2006 emerge coherencia sobre la versión de las circunstancias fácticas que rodearon la maniobra de emboscada mecánica empleada con el fin de neutralizar dos carros Toyota Land Cruiser que se desplazaban por la trocha vehicular entre las coordenadas 023551-73306.9 situadas en la vereda Caño Corrientoso del municipio La Macarena, Meta, para el día 6 de septiembre de 2006 aproximadamente entre las 11:00 am y las 11:30 conducidos por dos hombres que llevaban consigo un fusil.

¹¹² Folios 906 a 924 del Cuaderno 9

¹¹³ Folios 88 a 92 del Cuaderno 6

¹¹⁴ Folios 93 a 97 del Cuaderno 6

¹¹⁵ Folios 98 a 101 del Cuaderno 6

¹¹⁶ Folios 102 a 105 del Cuaderno 6

¹¹⁷ Folios 106 a 112 del Cuaderno 6

¹¹⁸ Folios 114 a 117 del Cuaderno 6 y folios 390 a 393 del Cuaderno 7

¹¹⁹ Folios 381 a 383 del Cuaderno 7

¹²⁰ Folios 384 a 386 del Cuaderno 7

¹²¹ Folios 387 a 389 del Cuaderno 7

Por este motivo, los declarantes narran que el Comandante del Batallón, Capitán Melquisedec Matéus Achury dio la orden de detenerlos, pero que los insurgentes se percataron de la presencia de la tropa, emprendieron la huida y que al pasar por el frente de la sección tercera de la Compañía "B" del Batallón de Comandos N° 1 "Ambrosio Almeda" fueron empleadas 3 minas Kleimore como maniobra de emboscada mecánica, se abrió fuego durante 30 segundos del cual resultaron dos hombres muertos, que posterior a ello se registraron las dos camionetas en donde encontraron los dos fusiles, una pistola Jericó, una mochila color verde con una USB al parecer con información de inteligencia, víveres con una nota de "abastecimiento para 300 hombres", material de intendencia como camuflados tipo americano, botas de corte alto, ropa interior para mujer, así como material de guerra.

Igualmente, narran que algunos de estos elementos fueron destruidos debido a que era una zona cercana a un campamento de 800 insurgentes y que por esta razón las camionetas fueron abandonadas, pero que los cadáveres, así como el material de guerra junto con la información de inteligencia se evacuaron al día siguiente en helicóptero en consideración a que estaban en un área de alto riesgo por la presencia de guerrilleros del Frente 27 de las FARC, tan así que la aeronave fue impactada con proyectiles de arma de fuego al momento de su evacuación.

Inclusive de las indagatorias rendidas por Mauricio Sánchez Serrano el día 7 de abril de 2011¹²², así como la del CT. Jhon Darwin Chávez Mejía del 5 de septiembre de 2012¹²³, tampoco se deriva un indicio grave que comprometa la responsabilidad penal en la presunta ejecución extrajudicial, tan así que mediante auto del 13 de septiembre de 2012¹²⁴ el Juzgado 88 Penal de Instrucción Penal Militar se abstuvo de imponer medida de aseguramiento.

De lo anterior, emerge con claridad que no es factible inferir que las anteriores circunstancias correspondían a un combate aparente porque además de las declaraciones del personal que participó en la acción, se cuenta con otros documentos que soportan la operación militar, así: i) copia del INSITOP del Batallón de Comandos N° 1 "Ambrosio Almeyda" contentivo del registro del enlace radial para el día 3 de septiembre de 2006 por la frecuencia por radio 75.475 entre el CT. Matéus y el Oficial de Operaciones BACOA 1 MY. Wilmer

¹²² Folios 330 a 332 del Cuaderno 7

¹²³ Folios 397 a 402 del Cuaderno 7

¹²⁴ Folios 420 a 434 del Cuaderno 7

Mora Daza¹²⁵ que dan cuenta de las mismas coordenadas de los hechos, esto es 02°35'51"73°33'06"; ii) Informe del resultado operacional rendido por el Comandante de la Compañía Ballesta Capitán Melquisedec Matéus Achury¹²⁶, en el cual se verifica el empleo de las Minas Klymore en la maniobra de emboscada mecánica, así como el personal que participó en la acción ofensiva; y iii) la orden de operaciones N° 009¹²⁷ en la cual se asignó como misión al BACOA la de ejecutar operación especial de reconocimiento y acción directa sobre el área objetivo "FEROZ" con el fin de neutralizar grupos terroristas al margen de la Ley y recuperar carga valiosa, de la cual autorizaba el empleo de la fuerza en los siguientes términos:

"(...) EMPLEO DE LA FUERZA

Se autoriza a las tropas disparar en defensa propia o para defender otros cuando:

- Se reciben disparos.
- Elementos armados, muchedumbres, y/o manifestantes amenazan la vida humana.
- Usted puede detener las personas que amenazan o emplean la fuerza, la cual podría causar daños corporales graves o interferir con el cumplimiento de la misión. Los detenidos deben ser entregados a la Policía Militar tan pronto sea posible para ser evacuados o entregados a las autoridades.
- Los vehículos civiles automóbiles, lanchas, pueden ser parados y las identidades de los ocupantes verificadas (sic) para propósitos de seguridad, a orden del comando superior.

(...) OBLIGACIONES Y DEBERES DEL COMBATIENTE

Se prohíben los ataques indiscriminados. No sólo están prohibidos los ataques contra personas y contra bienes civiles, sino que deben tomarse todas las precauciones posibles cuando se atacan objetivos militares o cuando se sitúan esos objetivos, para evitar o reducir al mínimo las pérdidas y los daños civiles causados incidentalmente. En ningún caso las pérdidas y los daños serán excesivos con respecto a la ventaja militar concreta y directa prevista.

En caso de observar el BAV capturarlo, en caso de resistencia armada neutralizarlo con fuego recuperado e iniciar movimiento a la zona de extracción.

Empleo de las armas únicamente contra enemigo armado, en caso de agresión directa, para preservar la integridad de la fuerza.

(...) Procedimientos con personal y material enemigo capturado.

- El Material de armamento incautado, en lo posible debe estar sin Manipulaciones, para que el funcionario judicial que conozca de los hechos materia de investigación pueda llevar a cabo la inspección judicial del mismo. (...) ¹²⁸

Ahora, del Informe de Operaciones de la operación militar "FEROZ" se advierte que no se trató de un enfrentamiento aparente, puesto que se puede confirmar

¹²⁵ Folio 70 del Cuaderno 6

¹²⁶ Folios 72 a 79 del Cuaderno 6

¹²⁷ Folios 45 a 62 del Cuaderno 6

¹²⁸ Folio 59 del Cuaderno 6

que el lugar en donde estaba la Compañía "Ballesta" correspondía a un área objetivo para localizar secuestrados sanos y salvos,¹²⁹ lo que comprendió la realización de diferentes maniobras desarrolladas entre los días 30 de agosto de 2006 hasta el 21 de septiembre de 2006. De la misma manera, de los resultados operacionales¹³⁰ se verifica que la tropa militar realizó la infiltración vía aérea desde Tolemaida hasta La Macarena en el avión Hércules bajo la técnica rapell, para luego seguir la avanzada a pie, cuya tropa militar evidenció una cantidad de trochas, picas y cambuches, en donde se logró registrar que el enemigo era aproximadamente de unos 800 narcoterroristas organizados en un área campamentaria intercomunicada por dichas trochas, caminos y picas, inclusive registraron la presencia de personal médico especializado, listas de medicamentos y de procedimientos.

Inclusive obra registro de que la tropa cuando inicio el movimiento táctico a pie el día 31 de agosto de 2006 a las 10:35 instalaron la Base Patrulla Móvil con el fin de determinar el dispositivo real del enemigo, luego el día 2° de septiembre de 2006 a las 7:15 horas encontraron rastros de la presencia del enemigo y con el fin de buscar información continuaron con el despliegue para el día 3 de septiembre de 2006 y al encontrar una trocha vehicular en coordenadas 023551-733306.9 fue informada tal situación al Comando del Batallón, quien dio la orden a la tropa militar de emboscar la misma por un lapso de 24 horas con el fin de neutralizar terroristas que pudiesen desplazarse por la misma.

De igual forma, obra registro del procedimiento desarrollado para el día 3 de septiembre de 2006 consistente en que la tropa militar tomó el dispositivo a lo largo de la trocha de la siguiente forma, "al norte un equipo de exploradores de la CP. A en dirección norte-sur ARPON 3, seguido de BALLESTA 3, BALLESTA 1 y BALLESTA 2, en el sur R4". Que posteriormente el observador del norte CP. PIEDRAHITA informó por radio del movimiento de dos automotores "TOYOTA LAND CRUISER" de color blanco de estacas, carpados, en donde en cada uno de ellos iba un insurgente y que llevaban una velocidad de 70km/h, por lo que procedieron a hacer una maniobra de embosca mecánica en defensa legítima en donde fueron dados de baja dos agentes subversivos con material de guerra, comunicaciones, intendencia y víveres para unos trescientos bandidos por cinco días y una USB. Y que el 4 de septiembre de 2006 a las 10:30 am un helicóptero UH60 realizó la extracción de las bajas, pero que inclusive se

¹²⁹ Folios 49 del Cuaderno 6

¹³⁰ Folios 72 a 79 del Cuaderno 6

produjo un intento de ataque a la BPM y que al salir el helicóptero en dirección sur fue impactado.

Sumado a lo anterior, no fue posible extraer los automotores del área objetivo militar por encontrarse en una zona de función continua de combate y que por tal razón dañaron el motor para dejarlos inmovilizados, asimismo quemaron los víveres junto con los camuflados incautados por ser imposible su retiro.

En este contexto, no es factible dar crédito al indicio al que aluden los demandantes, referido a que Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) fue trasladado al lugar de la supuesta ejecución, teniendo en cuenta que esta área objetivo se trataba de una zona función continua de combate¹³¹. Sumado al hecho que era un terreno donde se situaba un campamento de aproximado 800 insurgentes pertenecientes al grupo armado y al margen de la Ley FARC.

De acuerdo al anterior contexto no se puede concluir que la muerte del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) haya sido el resultado de un ajusticiamiento, pues tampoco se puede dejar de la lado que la operación militar "FEROZ" se trataba de una operación que comprendía una acción ofensiva de menor escala, toda vez que en la zona donde estaban situados era un riesgo latente de vulnerabilidad de la acción enemiga, puesto que estaban alrededor de un campamento de insurgentes que mostraba ventaja militar a la Compañía Ballesta, por lo que la maniobra de emboscada mecánica correspondía el ejercicio de la fuerza que no significada en dicho momento a un exterminio del adversario sino la reducción a la impotencia bélica.

De manera que la labor de la Compañía Ballesta no solamente se limitaba a responder el fuego enemigo, sino primordialmente comprendía la neutralización de los insurgentes lo que implicaba ejercer maniobras defensivas frente a la presencia de grupos beligerantes, por lo que es legítima la Instrucción del Comandante de la Compañía, en impartir la orden de

¹³¹ *Ibíd.*, página 34 se transcribe: (...) El Derecho Internacional Humanitario ha precisado que la función continua de combate no conlleva de iure que se tiene derecho al privilegio de combatiente, sino que distingue a los miembros de las fuerzas combatientes organizadas de una parte no estatal de las personas civiles que participan directamente en las hostilidades solo de forma espontánea, esporádica o no organizada o que asumen funciones exclusivamente políticas, administrativas o cualquier otra función que no sea de combate. Se transcribe cita (...) Durante las reuniones de expertos, predominó la opinión de que las personas cesan de ser civiles en el sentido del DIH mientras asuman continuamente una función que implique una participación directa en las hostilidades ("función continua de combate") en nombre de un grupo organizado que pertenezca a una parte en un conflicto armado no internacional (Expert Paper DPH 2004 (Prof. M. Bothe); Report DPH 2005, pp.43 y s., 48 y ss., 63 y ss., 82 y s.; Report DPH 2006, pp. 9 y ss. 20 y ss., 29, 32, 66 y s., Report DPH 2008, pp. 46 – 60). (...)

detener automóviles civiles cuando cruzaban por la trocha, pues de allí se percibe que el alcance efectivo del empleo de la fuerza fue la de ocasionar daño a los camionetas para así capturar a los eventuales rebeldes que llevaban material de guerra.

En consideración a lo anterior, este Despacho determina que no existen medios probatorios que permitan inferir que el señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.) fue capturado ilegalmente en la vereda de Costa Rica, San Juan de Arama, el día 3 de septiembre de 2006 ni tampoco su ejecución en la vereda Caño Corrientoso del municipio de La Macarena, Meta, por el personal de la Compañía Ballesta del BACON - 1.

La actuación de los miembros del Ejército Nacional no se demostró arbitraria, ya que no todas las secciones que integraban la Compañía "Ballesta" se enfrentaron simultáneamente a los subversivos, de modo que se demostró que el uso de las armas sólo se produjo cuando los automotores conducidos por personas que llevaban material de guerra llegaron al sitio en donde se estaba ejecutando una acción ofensiva del enemigo, momento en el cual por estar cercaa un campamento guerrillero el ataque frontal era inminente, asumiendo una actuación defensiva que llevó a los militares a emplear las mina tipo Kleymore, siendo proporcional ante lo que representaba la actuación de los insurgentes armados, y el carácter inminente del ataque, siendo determinante que estaba de por medio la vida de los uniformados.

En este caso, se constata que siendo la premisa evitar en todo caso el uso de armas que causen más daño, las que deben emplearse únicamente será cuando sea imperioso y extremadamente necesario, como en el caso *sub examine*, en el que los subversivos generaron una situación de peligro grave, de amenaza irreversible para la vida de los miembros del Ejército Nacional que prestaban el servicio asignado en el marco de las funciones atribuidas constitucionalmente a las fuerzas armadas.

En consecuencia, al estar demostrado en el presente asunto que la muerte del señor Luis Alberto López Giraldo (q.e.p.d.), fue el resultado de la acción legítima desplegada por los miembros de la fuerza pública, proporcional a la operación militar al responder a una amenaza grave, actual e inminente, deberá el Despacho negar las pretensiones de la demanda.

8.- Costas

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prescribe que "la sentencia dispondrá sobre la condena en costas". En este caso no es viable condenar en costas a la parte demandante por cuanto el derecho de acción se ejerció sin acudir a maniobras reprochables.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Ocho Administrativo Oral – Sección Tercera del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda de **REPARACIÓN DIRECTA** promovida por **MARÍA GLORIA GIRALDO FRANCO Y OTROS** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL**.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: ORDENAR la liquidación de los gastos procesales, si hay lugar a ello. Una vez cumplido lo anterior **ARCHÍVESE** el expediente dejando las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE
Juez 38 Administrativo Bogotá D.C.

DMAP