



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ – DISTRITO JUDICIAL DEL TOLIMA

Ibagué, trece (13) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Clase de Proceso: Reparación Directa

Demandantes: LUIS ALVARO HENAO Y OTROS

Demandados: MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL Y FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Radicación: No. 73001-33-33-007-2018-00123-00

Asunto: Desaparición forzada

Como toda la actuación de la referencia se ha surtido conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual, el **Juez Séptimo Administrativo de Oralidad del Circuito de Ibagué / Distrito Judicial del Tolima**, en ejercicio legal de la Función Pública de Administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente...

SENTENCIA

I.- COMPETENCIA

Tal y como se expuso en el auto admisorio de la demanda, este Despacho es competente para conocer y decidir el presente asunto, conforme a lo dispuesto en el numeral 6° de los artículos 155 y 156 de la Ley 1437 de 2011.

II.- ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA:

A través de apoderado judicial, los señores **LUIS ALVARO HENAO LOPEZ, JHON FREDY HENAO LOPEZ Y ALEJADRA HENAO LOPEZ**, han promovido el medio de control con pretensión de reparación directa en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL Y FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, con el fin de obtener el reconocimiento de las siguientes

2.1 DECLARACIONES Y CONDENAS:

2.1.1. Declarar que las entidades demandadas son administrativa y solidariamente responsables de todos los daños y perjuicios irrogados a los demandantes con ocasión a la desaparición forzada y posterior muerte de que fue objeto su compañera permanente y madre de los menores, señora María Edenedis Lopez Castaño en hechos ocurridos el 27 de marzo de 2006, en la vereda el Bosque área rural

del Municipio de Herveo (Tolima), en enfrentamiento con el Ejército Nacional y estando retenida ilegalmente a manos de grupos al margen de la ley e igualmente conformados por la permisividad estatal y con violación flagrante de la posición de garante, dado que los dejó establecer pasivamente, habiéndose organizado en forma sistemática y dirigida a cometer delitos de lesa humanidad.

2.1.2. Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a las entidades demandadas a pagar a los demandantes o a quien legalmente represente sus derechos al momento de la sentencia, a título de compensación o indemnización por los perjuicios infligidos, así:

2.1.2.1. Perjuicios Morales: De conformidad con lo estipulado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, para la valoración del daño se debe atender los principios de reparación integral y equidad y observar los criterios técnicos y actuales, teniendo en cuenta la última variación jurisprudencial, se solicita se condene a los entes demandados a pagar a favor de cada uno de los demandantes así:

2.1.2.1.1. Para el señor LUIS ALVARO HENAO LOPEZ en calidad de compañero permanente de María Edenedis López Castaño, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes (o el máximo que este reconociendo la jurisprudencia o la ley al momento del fallo) para la fecha de la ejecución de la sentencia.

2.1.2.1.2. Para el menor JHON FREDY HENAO LOPEZ en calidad de hijo de María Edenedis López Castaño, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes (o el máximo que este reconociendo la jurisprudencia o la ley al momento del fallo) para la fecha de la ejecución de la sentencia.

2.1.2.1.3. Para la menor ALEJANDRA HENAO LOPEZ en calidad de hijo de María Edenedis López Castaño, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes (o el máximo que este reconociendo la jurisprudencia o la ley al momento del fallo) para la fecha de la ejecución de la sentencia.

2.1.2.2. Perjuicios materiales: Bajo la siguiente modalidad.

2.1.2.2.1. Lucro cesante: su fundamento se encuentra en el aporte dejado de generar a su hogar dado que se desempeñaba en oficios varios de ama de casa y tenía bajo su cuidado a sus hijos menores de edad y su compañero permanente, ello de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha establecido que las labores del hogar tienen una contribución económica y teniendo en cuenta el promedio de vida partiendo del hecho que la señora María Edenedis López Castaño, nació el 6 de diciembre de 1895, es decir, para la época de su fallecimiento contaba con 21 años de edad mas la expectativa de vida, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución No. 0497 de 1997 de la Superintendencia Bancaria.

2.1.2.2.2. El ingreso mensual promedio percibido por la señora María Edenedis López Castaño hasta antes de su muerte.

2.1.2.2.3. Los intereses compensatorios desde la fecha de su muerte hasta que se produzca la indemnización.

De acuerdo a los factores mencionados, se tasa aproximadamente este perjuicio en la suma de \$86.331.842, suma que será distribuida por partes iguales para cada uno de los demandantes.

2.1.3. Pagar a los demandantes o a quien represente sus derechos al momento del fallo, los intereses que generen a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, de conformidad con el artículo 1653 del Código Civil, el pago se imputara primero a intereses. Las unas e dinero liquidas a favor de los demandantes, devengaran intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia, de acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

2.1.4. De conformidad con el artículo 188 de la ley 1437 de 2011 y en todo caso, si el demandado resulta vencido en el presente litigio, condenar en costas en los términos del CGP.

2.1.5. De conformidad con lo establecido en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, la parte demandada dará cumplimiento a la sentencia dentro de los 10 meses siguientes a la fecha de ejecutoria.

2.2 Como **HECHOS** para fundamentar sus pretensiones, expuso los que a continuación se sintetizan:

2.2.1. La señora María Edenedis López Castaño y su núcleo familiar tenían como lugar de residencia la Finca Las Margaritas en la Vereda de la Esperanza del Municipio de Herveo, en dicho municipio ha operado el frente Bochevique del ELN, y para el año 2006 el grupo insurgente en labores de monitoreo y tránsito por la vereda la Esperanza, retuvo a la señora María Edenedis López Castaño, siendo trasladada a la vereda el Bosque del Municipio de Herveo en donde presuntamente tenían un campamento.

2.2.2. La señora María Edenedis López Castaño permaneció retenida hasta el 27 de marzo de 2006, fecha en la que se presentó un enfrentamiento entre el grupo insurgente y el Ejército Nacional, que trajo como consecuencia su muerte, estos hechos fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía 36 seccional del Municipio de Fresno, las diligencias de levantamiento y necropsia de los cadáveres fueron realizados en el Hospital San Vicente de Paul, y ese procedimiento de identificación arrojó que una de las fallecidas era Karen Tatiana Hernández Llanos.

2.2.3. Al señor Álvaro Henao le fueron entregadas versiones de terceras personas que indicaban que una de las víctimas del enfrentamiento era su esposa, por lo que inició indagaciones en la Fiscalía y ante el Juzgado 80 de Instrucción Penal Militar de Honda, por intermedio del personero Municipal de Herveo y de la Defensoría del Pueblo logró su intervención en el proceso de investigación en el Juzgado de instrucción penal militar, en su momento este indicó que la investigación preliminar se encontraba archivada, y por parte del Personero Municipal de Herveo se informó de la confusión de la persona de la que se reportó la muerte, por lo que mediante auto de 5 de noviembre se ordenó desarchivar la investigación, ordenando la exhumación del cadáver y la toma de muestras y el cotejo de huellas.

2.2.4. En oficio de 18 de septiembre de 2014, el Juzgado 80 de instrucción penal militar informó al Personero de Herveo que se estaban realizando las gestiones para la exhumación de cadáver y la práctica de la prueba de ADN, posteriormente el 7 de noviembre de 2015 el Personero Municipal remite al Juzgado 80 de Instrucción Penal militar la copia del informe pericial del Instituto de medicina legal que determinó que los restos que reposan en la ciudad de Manizales corresponden a los de la señora María Edenedis López Castaño

2.2.5. El Juzgado 80 de instrucción penal militar oficio el 7 de marzo de 2016 a la registraduría municipal de Herveo la corrección del registro de defunción, allegándose al señor Henao López el registro civil de defunción con fecha de inscripción de 2 de marzo de 2016 con la nota de corrección.

2.2.6. Después de haber transcurrido más de 12 años desde que se generó la muerte en el enfrentamiento armado de 27 de marzo de 2006, se ordenó el cambio de registro de defunción, estas actuaciones irregulares e inadecuadas de los procedimientos de la Fiscalía General de la Nación en el reconocimiento y entrega del Cadáver no les permitió a los demandantes efectuar las honras fúnebres y el ritual de inhumación.

III.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el día 27 de abril de 2018¹, y siendo admitida en auto del 4 de mayo de 2018²; surtida la notificación a la demandada, se advierte que las entidades demandadas se pronunciaron dentro del término concedido para el efecto³.

¹ Folio 2 del archivo "001Cuaderno1Principal" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

² Folios 78 a 82 del Archivo "001CuadernoPrincipal" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

³ Folio 198 del Archivo "001Cuaderno1Tomo2" de la carpeta "002Cuaderno1Tomo2" del expediente digital.

3.1 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1.1. EJERCITO NACIONAL⁴

La apoderada señala que existe ausencia de responsabilidad de la entidad en los hechos de la demanda relacionados con el presunto secuestro y posterior muerte de la señora MARIA EDENEDIS LOPEZ CASTAÑO, y estima configuradas las excepciones de:

Falta de legitimación en la causa por activa respecto del señor LUIS ALVARO HENAO LOPEZ

No esta probada dentro del expediente la unión marital de hecho que existió entre la señora López Castaño (QEPD) y el señor Henao López en los términos prescritos por la ley 979 de 2005 y de acuerdo a la tarifa legal del artículo 256 del CGP, concluyendo que es esencial que se aporte sentencia judicial, escritura pública o acta de conciliación donde se declare la unión marital de hecho con el fin de que pueda ser legitimada en la causa material del proceso de reparación directa.

Culpa exclusiva de la víctima

De conformidad con las pruebas aportadas se tiene que la muerte de la señora MARIA EDENEDIS LOPEZ CASTAÑO, se presentó en un enfrentamiento armado con miembros de la fuerza pública, y la conducta de estos se constituye en legítima ante la agresión que recibieron por parte de los subversivos, configurándose la eximente de responsabilidad, no obra prueba que sustente la tesis planteada por el actor, esto es, que la señora López Castaño se encontraba en calidad de víctima de secuestro por parte de los mismos, hubo una aparente omisión por parte de los familiares de dar aviso a las autoridades del presunto secuestro, y se tiene que la víctima participó de manera eficiente en la producción del daño (muerte) pues es viable aseverar indiciariamente que la señora López Castaño era miembro del grupo al margen de la ley.

Hecho de un tercero

El daño fue producido de forma exclusiva y determinante primero que todo por grupos subversivos que delinquen en la zona (presunto secuestro), aunque no exista prueba de que dicho hecho haya sido cierto, no se debe perder de vista que la entidad no tuvo a cargo el levantamiento del cadáver, en este sentido la entidad que representa no tiene por qué responder por daños antijurídicos ocasionados por terceros o por entidad diferente, máxime cuando no existe relación alguna entre lo alegado y el actuar de la entidad.

Inexistencia de posición de garante por parte del ministerio de defensa – Ejército Nacional

No obra prueba que demuestre que para la fecha de los hechos la señora tuviese calidad de secuestrada o retenida por parte de algún grupo al margen de la ley, la tropa militar en cumplimiento de su misión constitucional sostiene combate con el grupo ilegal con quien se encontraba la señora López Castaño, sin imaginar que la occisa ostentara la calidad de retenida que lo obligara a evitar el resultado dañoso.

Inexistencia de medios probatorios que permitan endilgar responsabilidad al Ejército Nacional

La carga probatoria le compete exclusivamente al apoderado de la parte actora, quien tiene el deber de demostrar en que fundamenta su pedimento, será carga de la parte actora acreditar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que pretende, es decir, en la demostración de que el deceso de la señora MARIA EDENEDIS LOPEZ CASTAÑO obedeció a una falla en el servicio, y que lo relativo al error en la identificación de su cuerpo obedeció a un actuar irregular o inadecuado por parte del Ejército Nacional, no de otra manera podría derivarse la responsabilidad administrativa por falla en el servicio.

⁴ fls. 120 a 137 del archivo denominado "001Cuaderno1Principal" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital

3.1.2. FISCALIA GENERAL DE LA NACION⁵

La apoderada señala que no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar ninguna clase de responsabilidad en cabeza de la entidad, no basta que exista un daño, sino que este sea antijurídico, y que ese daño sea efecto directo de la falla del servicio, lo cual debe estar plenamente demostrado y en el caso en concreto no fue probado. Y propuso como excepciones:

Hecho de un tercero

Teniendo en cuenta que fueron personas ajenas a la institución los causantes de los daños de los cuales se pretende la indemnización, los autores de las conductas que originaron la muerte de la señora MARIA EDENEDIS LOPEZ CASTAÑO fueron miembros de grupos irregulares como fueron el ELN, la Fiscalía no tuvo ninguna intervención en estos hechos, por lo que o podría endilgársele responsabilidad en este caso.

Falta de legitimación en la causa por pasiva

No se allegó denuncia que el demandante hubiera instaurado, no es la Fiscalía llamada a responder por la muerte de la señora López Castaño, pues este hecho ocurrió mientras se efectuaron enfrentamientos entre el Ejército Nacional y el grupo al margen de la ley.

Inexistencia del nexo de causalidad

Se presenta una ruptura del nexo causal respecto de la fiscalía, ya que se observa con claridad que la responsabilidad no se genera en una acción u omisión que ha sido causada por las autoridades públicas, y es claro que en el presente caso no existe acción u omisión de la entidad, que haya sido causa de los pretendidos daños, por lo que mal puede endilgársele responsabilidad patrimonial.

En este caso no existe nexo causal, si se tiene en cuenta que no puede la administración entrar a responder por el daño inferido, como quiera que la entidad no tuvo injerencia en el secuestro de que al parecer fue víctima la señora MARIA EDENEDIS LOPEZ CASTAÑO, tampoco participación alguna en su posterior muerte, pues esta se produjo en medio de enfrentamientos, motivo por el cual se configura como causal excluyente de responsabilidad el hecho de un tercero.

Así las cosas, no se reúnen los presupuestos exigidos para que se configure responsabilidad alguna por parte de la entidad.

Innominada o genérica

Se solicita se declare toda excepción cuyos presupuestos facticos o jurídicos se determinen en el proceso.

3.2 AUDIENCIAS:

3.2.1. INICIAL

La audiencia inicial⁶ se llevó a cabo el 16 de julio de 2019 y, conforme a lo rituado en el artículo 180 del C.P.A. y de lo C.A., se procedió al saneamiento del proceso, se decidió sobre las excepciones previas, se fijó el litigio y se tuvo por fracasada la conciliación por cuanto las demandadas no presentaron fórmulas de arreglo. Así mismo, se incorporaron las pruebas aportadas por cada una de las partes, se decretaron como pruebas trasladadas el proceso adelantado por la Fiscalía 36 seccional de Fresno y los testimonios solicitados por la parte actora a través de despacho comisorio, se negó la

⁵ Fls. 188 a 196 del archivo denominado "001Cuaderno1Tomo2" de la carpeta "002Cuaderno1Tomo2" del expediente digital

⁶ Folios 231 a 241 del Archivo "001Cuaderno1Tomo2" de la carpeta "002Cuaderno1Tomo2" del expediente digital.

incorporación de la prueba trasladada del proceso adelantado por el Juzgado 80 de instrucción penal militar de Honda en cuanto dicho proceso no superó la etapa preliminar y fue archivado, decisión contra la cual el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación.

En auto de 2 de octubre de 2020⁷, el despacho decidió no reponer el auto de 28 de febrero de 2020 y concedió el recurso de apelación, el cual fue resuelto por parte del Tribunal administrativo del Tolima en auto de 18 de diciembre de 2020⁸, que revocó la decisión y en su lugar ordenó se disponga la prueba como documental y se someta a contradicción en el proceso.

Mediante auto de 18 de febrero de 2022⁹, una vez incorporadas las pruebas al expediente, se declaró la preclusión del periodo probatorio y se concedió a las partes el termino para presentar sus alegatos de conclusión.

3.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.3.1. PARTE DEMANDANTE¹⁰

El apoderado de la parte actora manifiesta que esta plenamente probado dentro del proceso que la única persona que se le dio la connotación de civil, fue a la que inicialmente identificaron con el nombre de KAREN TATIANA HERNANDEZ, una vez aclarada la irregularidad dentro del reconocimiento de quien ostentaba la calidad de víctima en el enfrentamiento, quedo plenamente demostrado que la persona a la que se le dio de baja fue la compañera y madre de los aquí demandantes quien en ningún momento queda duda de su calidad de civil, la prueba testimonial recaudada dentro de este proceso no existe la más mínima prueba o indicios de que la señora López Castaño hubiere pertenecido a dicho frente guerrillero.

Durante el transcurso del acaecimiento de los hechos (27 de marzo de 2006) y la fecha de la inscripción en el registro de civil de defunción de la señora EDENEDIS LOPEZ CASTAÑO (02 de marzo de 2016), transcurrieron aproximadamente 10 años, durante los cuales los aquí demandantes tuvieron que soportar la negligencia de los entes demandados para corregir las irregularidades que se dieron durante el fallecimiento de la compañera y madre de los actores.

Es igualmente cierto y así está plenamente probado que una vez aclarada la confusión que el nombre asignado al cadáver pertenecía en realidad al de la señora EDENEDIS LOPEZ CASTAÑO, no existe dentro de la investigación ninguna prueba y menos aún dentro del trámite de este proceso que la compañera y madre de los demandantes hubiese pertenecido al grupo guerrillero, por el contrario, existe prueba testimonial y documental que así lo confirma.

3.3.2. PARTE DEMANDADA – EJERCITO NACIONAL¹¹

La apoderada de la demandada en su escrito de alegaciones señala que al revisar el material probatorio obrante en el expediente se encuentra que el delito del que presuntamente fue víctima la señora López Castaño no fue puesto en conocimiento de ninguna autoridad, por lo tanto, no se acepta que hoy sus familiares pretendan endilgar responsabilidad al Ejercito Nacional bajo el argumento que se violó la posición de garante, puesto que era imposible saber que en el combate se encontraba una presunta civil.

⁷ Archivo "003AutoDecideReposicionConcedeApelacion" de la carpeta "002Cuaderno1Tomo2" del expediente digital.

⁸ Archivo "004AutoRevocaAuto" de la carpeta "006CuadernoTribunalAdministrativo" del expediente digital.

⁹ Archivo "018AutoCorreTrasladoAlegaciones" de la carpeta "002Cuaderno1Tomo2" del expediente digital.

¹⁰ Archivo "022EscritoAlegatosParteDemandante" de la carpeta "002Cuaderno1Tomo2" del Expediente digital

¹¹ Archivo "019EscritoAlegacionesMindefensa" de la carpeta "002Cuaderno1Tomo2" del Expediente Digital

No obra prueba que demuestre que tenía la calidad de secuestrada, por lo que la muerte al tener su origen en un combate indiciariamente se podría inferir que era miembro activo del grupo ilegal, motivo por el cual se encontraba en el lugar de los hechos, tanto así que en la demanda se hace mayor énfasis en el presunto daño padecido como consecuencia del mal procedimiento adelantado por la Fiscalía general de la Nación.

Por otro lado, la ausencia de medios probatorios que permitan acreditar la presunta responsabilidad del Ejército en los hechos deprecados, carga probatoria que exclusivamente le compete al apoderado de la parte actora, en la demostración de que el deceso de la señora López obedeció a una falla en el servicio y que lo relativo al error en la identificación de su cuerpo obedeció a un actuar irregular por parte del Ejército Nacional.

3.3.3. PARTE DEMANDADA – FISCALIA GENERAL DE LA NACION¹²

La apoderada manifiesta que no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar ninguna clase de responsabilidad en cabeza de la entidad, por cuanto no incurrió en una falla del servicio o de la administración, puesto que actuó diligentemente y no se le puede imputar la comisión de los hechos expuestos en la demanda, por lo que no puede predicarse lo inexistente como anormalmente o deficiente, simplemente en el giro ordinario de la actividad cumplió con los deberes que le impone la ley.

Las fallas no se presentaron por actuar de los funcionarios de la entidad, sino por personal ajeno a estas dependencias, además existe dificultad para establecer el nexo de causalidad si se tiene en cuenta que no puede la entidad entrar a responder por el daño inferido a los demandantes.

IV.- CONSIDERACIONES

Sin manifestaciones que efectuar respecto a los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia analizados en el auto admisorio de la demanda, y dado que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del C.P.A. y de lo C.A., en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció un control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna por las partes u observarse por el despacho vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso, se procede a proferir la sentencia de primera instancia que en derecho corresponda.

4.1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Determinar si las Entidades demandadas son administrativamente responsables de los perjuicios padecidos por los demandantes, como consecuencia de la desaparición forzada y el fallecimiento de la señora María Edenedis López Castaño, quien era su compañera permanente y madre, respectivamente y perdió la vida el 27 de marzo de 2006, en zona rural del Municipio de Herveo, presuntamente en medio de un enfrentamiento armado entre un grupo ilegal que la tenía retenida y miembros del ejército Nacional, o si por el contrario en el presente caso se encuentran acreditadas causales eximentes de responsabilidad denominadas “culpa exclusiva de la víctima” y “hecho de un tercero”.

4.2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL PARA DAR RESPUESTA AL PROBLEMA JURIDICO PLANTEADO

- Constitución Política, artículos 2, 6 y 90.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 28 de mayo de 2012. Exp: 50001-23-31-000-1998-00220-01 (23503). C.P. Danilo Rojas Betancourth

¹² Archivo “023EscritoAlegacionesFiscalia” de la carpeta “002Cuaderno1Tomo2” del Expediente digital

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sala Plena. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Exp: 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172). C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz
- Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección B. Sentencia del 29 de mayo de 2014. Radicación No. 05001-23-31-000-2000-4596-01 (29882). C.P. Ramiro Pazos Guerrero
- Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 05 de julio de 2018. Radicación No. 76001-23-31-000-2005-05408-01(39366). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A. Sentencia del 9 de abril de 2021. Exp: 23001-23-31-000-2010-00257-01 (62.908). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico
- Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección B. Sentencia del 23 de noviembre de 2022. Radicación No. 520012331000201000154 01(53464). C.P. Alberto Montaña Plata

4.2.1. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El artículo 90 de la Constitución Política establece que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades.

De lo dispuesto en dicha norma se desprende que la responsabilidad patrimonial del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación de este a la Administración Pública, tanto por acción como por omisión, ya sea atendiendo a los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro.

El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que este no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario al ordenamiento jurídico o porque es “irrazonable”¹³ sin depender de la licitud o ilicitud de la actuación desplegada por la Administración.

Por su parte, la imputación es 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 correspondiente.

4.2.2. REGIMEN APLICABLE POR DAÑOS SUFRIDOS POR MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA

En cuanto al régimen de responsabilidad aplicable en cuando el daño es ocasionado en un operativo militar, el Consejo de Estado en sentencia de 28 de mayo de 2012¹⁴, señaló:

“En lo que tiene que ver con el régimen de responsabilidad aplicable para la solución del caso concreto, comoquiera que el daño ocurrió cuando el Ejército Nacional adelantaba un operativo militar con el empleo de armas de dotación oficial, entonces debe darse aplicación a la línea jurisprudencial según la cual, frente a casos como el presente, el marco de imputación es el propio de las actividades riesgosas, bajo la óptica de un régimen objetivo de responsabilidad, en el cual al demandante le basta probar la existencia del daño, del hecho dañoso y el nexo causal entre el primero y el segundo, y en el que, demostrados esos elementos, a la entidad demandada le corresponde, para exonerarse de responsabilidad, poner en evidencia que el hecho tuvo origen en una de las causales excluyentes de responsabilidad fijadas por el ordenamiento jurídico -hecho de un tercero, hecho de la víctima y fuerza mayor-.

¹³ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 05 de julio de 2018. Radicación No. 76001-23-31-000-2005-05408-01(39366). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 28 de mayo de 2012. Exp: 50001-23-31-000-1998-00220-01 (23503). C.P. Danilo Rojas Betancourth

Sólo en aquellos casos en que se invoque por la parte demandante la falla cometida por la administración pública, y siempre que sea evidente el defecto en el servicio, procede el análisis del caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad subjetiva pues, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, en estos eventos es necesario que el Consejo de Estado ponga en evidencia los errores cometidos por la administración en ejercicio de sus funciones, con el objetivo de que se fijen pautas para que esos yerros no tengan nueva ocurrencia.

(...)

De conformidad con lo anterior, en atención a que en la demanda se señaló que la muerte de los señores Manuel Antonio Pinto Pérez y Luz Clelia Montero fue producida por una acción de los miembros del Ejército Nacional, constitutiva de una falla del servicio consistente en que a los mencionados señores se les asesinó cuando se encontraban en estado de indefensión y con violación de las normas del derecho internacional humanitario, entonces la Sala principiará por estudiar si se configuró ese defecto en la prestación del servicio. Definido aquello, se analizará si en el proceso estuvieron demostrados los elementos necesarios para la exoneración de responsabilidad por un hecho de las víctimas que alega la entidad demandada, consistente en que los fallecidos familiares de los demandantes estaban llevando a cabo una negociación ilegal con los guerrilleros del ELN contra los que se dirigía el ataque del Ejército Nacional.

En lo que tiene que ver con la falla del Servicio, se observa que a los señores Manuel Antonio Pinto Pérez y Luz Clelia Montero se les produjo la muerte cuando el Ejército Nacional se disponía a activar una emboscada, la cual tenía el propósito de abatir a los miembros de un grupo guerrillero que delinquía en zona rural del municipio de Primavera (Meta), maniobra en la cual también se le dio muerte a dos guerrilleros que se movilizaban en una motocicleta.

Dicha conducta es calificada por la parte demandante en reparación como violatoria del Derecho Internacional Humanitario, en la medida en que los miembros del Ejército dirigieron un ataque a gran escala contra los vehículos en los que viajaban personas civiles, sin tomar en cuenta las medidas de precaución necesarias para asegurarse de que en la emboscada no resultarían dañadas personas ajenas al conflicto, afirmación que fue hecha también por una comisionada de la Defensoría del Pueblo que tuvo a su cargo la investigación del suceso, y que manifestó que la fuerza pública actuó “con ligereza y desproporcionalidad” por haber atacado un vehículo, sin antes percatarse de que en el mismo viajaban civiles indefensos –ver párrafo 10.7.2-. Para verificar dichas imputaciones es necesario realizar un análisis de las normas del derecho internacional de los derechos humanos que son aplicables al caso de autos, según pasa a indicarse.”

Posteriormente en sentencia de 2014¹⁵, señaló:

“En consecuencia, tratándose de actividades peligrosas, en principio, no es necesario hacer un análisis subjetivo para estructurar el juicio de responsabilidad del Estado, sino determinar, si la actividad peligrosa, implicó la concreción de una lesión para los bienes, derechos y/o intereses de un sujeto de derecho.

Tenemos entonces que, para que proceda la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado a título de riesgo excepcional, se deben cumplir tres requisitos a saber: (i) la existencia del daño; (ii) que se trate de la utilización de un arma de dotación oficial por parte de un agente de alguno de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, en ejercicio de sus funciones; y, (iii) la relación de causalidad entre ésta y el daño producido como consecuencia directa de la utilización del arma. Sin embargo, frente a estos elementos existen ciertas causales que, de probarse, serían procedentes para eximir de responsabilidad al Estado, tal como son: la fuerza mayor, y el hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima.

De otra parte, la Sala también considera que la responsabilidad por daños ocasionados con arma de dotación oficial en un número importante e casos se debe enmarcar en la clásica responsabilidad subjetiva bajo el título de falla del servicio, cuando se demuestra probatoriamente que de manera ostensible se empleó el uso de la fuerza letal mediante armas de dotación oficial de manera desproporcionada o excesiva.

(...)

¹⁵ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección B. Sentencia del 29 de mayo de 2014. Radicación No. 05001-23-31-000-2000-4596-01 (29882). C.P. Ramiro Pazos Guerrero

Reparación Directa. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2018-00123-00
Demandante: LUIS ALVARO HENAO LOPEZ Y OTROS
Demandados: MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL Y FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Una vez señalado el régimen de responsabilidad por daños causados con armas de dotación oficial en operaciones militares y procedimientos de policía, es menester analizar, si en el caso presente, el daño sufrido por las víctimas con ocasión de la muerte del señor Luis Fernando López Gallego por proyectiles de arma de fuego de dotación oficial, se originó por una ruptura del vínculo funcional entre el daño y la actividad del servicio asignada constitucional y legalmente a los miembros de la fuerza pública, lo cual constituiría una falla en el servicio por el uso desproporcionado de la fuerza letal; o, si existe una causal eximente de responsabilidad de la entidad, por el hecho exclusivo y determinante de la víctima.

(...)

En aras de verificar la configuración de la causal de exoneración de responsabilidad del ente demandado denominada hecho exclusivo y determinante de la víctima, solicitada en el recurso de alzada, analizaremos detenidamente los presupuestos fácticos revelados en el caso bajo examen.

(...)

Además no tiene coherencia el argumento de la legítima defensa esgrimida por la entidad demandada en la medida que los policías no afrontaron ninguna amenaza o peligro inminente, pues no solo los ocupantes estaban desarmados, sino que el tipo de armamento oficial era de largo alcance y el número de hombres uniformados era superior al de los tripulantes del vehículo particular.

Está entonces demostrado que se presentó un uso excesivo de la fuerza letal que, a la postre, finalizó por privar arbitrariamente de la vida a quienes en realidad no ofrecían peligro y, dado el caso de que se hubiese demostrado una infracción legal, lo cierto es que los policías no debían haber tomado la decisión de hacer un uso extremo de la fuerza, y privarlos de la vida

Con fundamento en el acervo probatorio que obra en el expediente, se concluye que la fuente material del daño soportado por el señor Luis Fernando López Gallego, al resultar muerto en un procedimiento de policía, fue producto del uso de la fuerza letal en la actividad de policía desplegada por los miembros de la fuerza pública en servicio activo.

La participación de la víctima no fue idónea ni eficiente, lo que permite colegir que la única fuente del menoscabo del derecho por ella padecido provino del procedimiento de policía, quien no demostró que su actuación haya sido la más conducente a preservar la vida de las personas que pretendía requisar o inmovilizar. Si bien el procedimiento de policía se desarrolló en cumplimiento de un deber legal, el uso de la fuerza letal no fue una reacción de legítima defensa, en consecuencia, es posible afirmar que se usó de manera arbitraria y desproporcionada la fuerza letal, sin que obre otro medio conducente de prueba en el plenario que permita erigir una hipótesis diferente.

En suma, teniendo en consideración que no se probó por parte de la entidad demandada que la muerte del señor Fernando López Gallego ocurrió en el marco de un procedimiento de policía como una reacción de defensa legítima de los uniformados, está acreditada la falla del servicio, participación que contribuyó de manera relevante en la producción del daño, debido a que los policías dispararon indiscriminadamente sus armas de largo alcance de manera irresponsable; razón por la cual es razonable concluir que la policía incurrió en un uso excesivo y desbordado de la fuerza letal, máxime cuando, como quedo acreditado con las pruebas válidamente recaudadas en el proceso contencioso administrativo, que el empleo de esta no se hizo de manera proporcional a la presunta agresión que padecieron los uniformados.

En este estado de cosas, al constatar que la causa eficiente del daño fue el uso letal y desproporcionado de la fuerza, la entidad demandada debe ser declarada responsable y, por ende, el débito resarcitorio alegado por el demandante tiene vocación de prospera.”

4.2.3. OMISION Y/O ERROR EN LA ENTREGA DEL CADAVER

De conformidad con el artículo 290 de la Ley 600 de 2000, vigente en el Departamento del Tolima para la fecha de los hechos, se refiere a los métodos para la identificación de personas:

“(...) En caso de fallecimiento de personas sin identificar, el Funcionario Judicial ordenará de inmediato la correspondiente pesquisa en la zona, con el fin de obtener información útil para la identificación. Igualmente deberá proveer las medidas pertinentes para que el caso sea reportado al Sistema Médico Legal.

Reparación Directa. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2018-00123-00
Demandante: LUIS ALVARO HENAO LOPEZ Y OTROS
Demandados: MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL Y FISCALIA GENERAL DE LA NACION

El perito a cargo de la necropsia obtendrá la necrodactilia, la autopsia oral, las fotografías de filiación y deberá diligenciar los formatos para reporte de cadáveres sin identificar.

De ocurrir en lugar alejado, la diligencia de identificación del occiso, cuando no fuere posible la presencia del funcionario instructor, se hará por el servidor público que tenga funciones de policía judicial, de lo cual se levantará un acta que entregará a la autoridad competente.

No se inhumará ni se cremará el cadáver sin que se hayan realizado la correspondiente necropsia, el examen forense pertinente, y asegurado los elementos de prueba”.

El Consejo de Estado¹⁶ se pronunció respecto de los daños derivados por la no entrega de un cadáver por parte del INPEC, expresando lo siguiente:

“Conviene resaltar que no se solicitó un perjuicio distinto en la demanda relacionado con el daño derivado del desconocimiento del paradero del cadáver del señor Gustavo Vargas Morelo; no obstante, aquello no es impedimento para que la Sala evalué la posible configuración de un daño autónomo derivado de la afectación a derechos convencional y constitucionalmente amparados.

En efecto, la Sala no está limitada por el principio de congruencia en este tipo de daños, puesto que, tal como lo narró la Sección Tercera en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, “La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia”.

(...)

En estas condiciones, debe entenderse que el daño derivado por la no entrega del cadáver y desconocimiento del lugar donde reposan los restos del señor Gustavo Vargas Morelo, debe entenderse que encuadra en lo que hoy la jurisprudencia de esta misma Sala reconoce o identifica como parte de los bienes constitucionalmente protegidos.

Ahora, como ya se ha mencionado, la omisión de entrega del cadáver a los familiares afectó los derechos a la libertad de cultos y de conciencia de los actores; sin embargo, en este caso no es posible la aplicación de una medida de carácter pecuniario –indemnizatorio- en consideración al hecho de su fallecimiento, toda vez que ningún elemento de juicio adicional acredita que esa modificación haya sido de tal entidad que le produjera una alteración trascendental a las condiciones de existencia de algún miembro de su núcleo familiar. De hecho, de lo probado, se advierte lo contrario.”

Así mismo en sentencia de 2021¹⁷ señaló:

“A pesar de lo anterior, la Sala advierte que en el caso sub examine si bien se encuentra reconocido, como un hecho probado, que existió una confusión en la entrega del cadáver de quien en vida se llamaba Luis Ángel Majore Domicó, lo cierto, es que no existen elementos que prueben de manera idónea que el error evidenciado guarde relación o pueda ser considerado la causa de la imposibilidad de velar al cadáver y que generó el sufrimiento y congoja por la cual reclaman los demandantes, como se procede a explicar.

Al respecto, la señora María Rosalba Castrillón manifestó que el sufrimiento padecido por los demandantes responde a una concepción general de la cosmovisión del pueblo Embera Katío relacionada con la posible presencia de espíritus extraños en el cadáver de la persona fallecida, lo que, a su juicio, impidió que se hubieran realizado los rituales de velación del cadáver; sin embargo no concretó el análisis en el caso de los familiares de la víctima directa y tampoco se probó que, en efecto, dicha situación hubiera ocurrido en el caso del joven Luis Ángel Majore Domicó.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A. Sentencia del 25 de octubre de 2019. Exp: 68001-23-31-000-2009-00584-01(48328). C.P. María Adriana Marín

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A. Sentencia del 9 de abril de 2021. Exp: 23001-23-31-000-2010-00257-01 (62.908). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico

Por otra parte, el señor Luis Ángel Domicó Pernía manifestó que la imposibilidad de realizar los rituales de velación del cadáver ocurrió como consecuencia de que su muerte fue violenta y con arma de fuego, por lo que existía un temor en la comunidad de recibir otro ataque similar y, por esta razón, no se realizó la velación ni duelo del fallecido”

4.3 ANÁLISIS DE INSTANCIA

4.3.1. HECHOS PROBADOS RELEVANTES PARA RESOLVER EL PROBLEMA JURÍDICO:

4.3.1.1. Obran los certificados civiles de nacimiento¹⁸, de los cuales se aprecia que: Jhon Fredy Henao López y María Alejandra Henao López son hijos de María Edenedis López y en las declaraciones extra proceso¹⁹ se encuentran declaraciones de que Luis Álvaro Henao López tenía una unión marital de hecho con María Edenedis López, declaraciones que posteriormente fueron ratificadas ante el Juzgado promiscuo de Herveo.

4.3.1.2. Copia del Registro civil de defunción²⁰, de María Edenedis Lopez Castaño con fecha de inscripción 2 de marzo de 201, con la observación “*corrección apellidos y/o nombre del inscrito según oficio No. 0388/MDN-DEJUM-BIPAT-BR6 J80IPM de 23 de febrero de 201*”.

4.3.1.3. Copia del oficio No. 1440 MDN-DEJUM-BIPAT-BR6 J80IPM de 5 de noviembre de 2013²¹, en donde se indica que “*no obra las necrodactilias que debieron ser tomadas en el momento de la inspección al cadáver, el despacho con la información suministrada por su despacho ordenara el desarchivo de las diligencias y señalara fechas para practicar algunas diligencias tendientes a lograr la plena identificación de la persona que falleció en dichos hechos*”.

4.3.1.4. Copia del oficio No. 1635 MDN-DEJUM-BRIM12-J80IPM-790 de 1 de agosto de 2014²², en donde se indica que “*informo que la preliminar de la referencia se encontraba archivada en este despacho y solamente por informaciones dadas por el señor Personero Municipal del Municipio de Herveo Doctor Jorge Andrés Pineda en el oficio No. PMH-374 llegado a finales del mes de octubre de 2013 se hace saber a este Juzgado instructor que al parecer existe una confusión con otra persona de quien de manera equivocada se reportó la muerte tratándose de realmente de la muerte de la señora EDENERIS LOPEZ CASTAÑO esposa del señor Luis Álvaro Henao López, quien al parecer su defunción se produjo en un enfrentamiento con el Ejército Nacional razón por la cual la Fiscalía 36 seccional del Municipio de Fresno remitió a este Juzgado de instrucción las diligencias en el año 2006. (...) debe resaltarse que quien realizó el levantamiento del cadáver en la fecha de los hechos fue la Fiscalía 70 de Fresno Tolima en donde se dice que las Necrodactilias no aparecen ni tampoco se sabe la razón por las cuales no se encuentran y que ese despacho está pendiente de realiza en compañía de los peritos pertinentes exhumación y toma de muestras para pruebas de ADN. (...) Para mayor información y prontitud del resultado que se espera comunico que el suscrito se trasladó a la Fiscalía 36 de Fresno Tolima en donde se habló con el señor Fiscal quien verbalmente manifestó que la diligencia de exhumación desde el año 2007 se había ordenado y que los oficios correspondientes se habían librado sin que la Fiscalía en su momento hubiera realizado lo pertinente para la diligencia indicando que este preciso momento estaba ordenando el desarchivo del expedientes y ordenando una vez mas la prueba de ADN*”.

4.3.1.5. Copia del Oficio PMH-429 de 7 de noviembre de 2015²³, en donde el Personero Municipal de Herveo remite copia del Informe pericial de Genética Forense No. DRBO-LGEF-1402001292 de mayo 26 de 2015, e indica que “*se determina de manera científica que los restos que reposan en el cementerio San Esteban de la ciudad de Manizales Caldas, realmente corresponden a los de la señora MARIA EDENEDIS LOPEZ CASTAÑO y no a KAREN TATIANA HERNANDEZ LLANO, de quien de manera equivocada se reportó la muerte, tratándose realmente de la identidad muerte de la esposa*

¹⁸ Folios 7 a 8 del Archivo “001Cuaderno1Principal” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

¹⁹ Folios 10 a 11 del Archivo “001Cuaderno1Principal” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

²⁰ Folio 9 del Archivo “001Cuaderno1Principal” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

²¹ Folio 12 del Archivo “001Cuaderno1Principal” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

²² Folios 16 a 18 del Archivo “001Cuaderno1Principal” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

²³ Folio 43 del Archivo “001Cuaderno1Principal” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

del ciudadano compareciente”. El informe pericial²⁴, concluye que el cadáver y Jhon Fredy Henao Lopez comparten alelos en todos los sistemas genéticos, como se esperaría entre madre e hijo.

4.3.1.6. Copia de la investigación preliminar No. 429²⁵, en donde señala que en la operación de 27 de marzo de 2006, se dio de baja a la subversiva Karen Tatiana Hernandez Llano alias Paola, la captura de otras personas y la incautación de material, que fueron puestos a disposición de la Fiscal 36 Seccional de Fresno, dentro del informe del batallón se encuentra que “antes de llegar al lugar indicado fuimos sorprendidos por un grupo de terroristas que mediante disparos pretendían detener el avance, en este momento recibimos apoyo aéreo, en el intercambio de disparos fue dado de baja la terrorista Karen Tatiana Hernández integrante de este grupo”, dentro del testimonio recepcionado por parte del juzgado al Teniente OSCAR ANDRES ROSALES se encuentra “al llegar encontramos resistencia desde una parte alta en una mata de monte y a su vez desde otros sectores que los apoyaban desde las partes altas con fuego hacia nosotros, después que recibimos fuego y mientras nos apoyaba los dos helicópteros de la fuerza aérea, nosotros iniciamos persecución detrás de los guerrilleros y pasando por un voladero encontramos el cadáver de una guerrillera que se había votado por ahí. PREGUNTADO: Diga al despacho como se encontraba vestida la guerrillera, que elementos portaba y que heridas presentó. CONTESTO: Ella se encontraba con camisa camuflada, pantalón que no recuerdo el color y botas de caucho negras, yo la vi cuando la sacaron envuelta en un plástico negro y la echaron en una mula hacia un punto que no recuerdo el nombre y nos recogieron los carros, no se que heridas tenía porque no la vi, como armas tenía un fusil AK-47, un proveedor, porta proveedor, las armas quedaron a disposición de mi MY. Soto. PREGUNTADO: Diga al Despacho si tuvo conocimiento que las armas encontradas hayan sido disparadas al momento del combate. CONTESTO: El fusil que tenía la guerrillera creo que si fue disparado porque le encontramos que tenía cartucho en la recámara, de resto no tengo conocimiento”. A su vez GILDARDO CASALLAS expreso “PREGUNTADO: Diga al despacho como se encontraba vestida la occisa, que elementos portaba y que heridas presentó. CONTESTO: Tenía puesto un chaleco porta proveedores no recuerdo el color, una sudadera, una camiseta y unas botas de caucho, de armas portaba un fusil AK-47 y en el chaleco iban proveedores para el mismo, con munición que al parecer portaba cianuro por las características de los cartuchos que encontramos dentro de los proveedores, ya que estaban agujereados, de heridas presentaba notoriamente que había sido impactada en el ojo, yo no le vi más heridas”, en su declaración el SLP WILFRAN FERNANDO VILLANUEVA señaló “Estaba con un pantalón de sudadera blanco con rayas rojas, una guerrera camuflada, unas botas negras de caucho, portaba un fusil AK-47 y un chaleco con 4 proveedores y munición de reserva, las heridas eran una en un ojo y dos en la espalda. PREGUNTADO: Diga al despacho si tuvo conocimiento que las armas encontradas hayan sido disparadas al momento del combate. CONTESTO: Si las dos armas fueron disparadas”, de igual forma el soldado Javier Cortes Ferreira expreso “preguntado: Manifiéstele al despacho como se logró establecer que la persona dada de baja y el herido pertenecían al Frente Bolcheviques del Líbano. CONTESTO: Porque ellos iban vestidos con camuflados, llevaban equipos, pistolas, fusiles, también llevaban brazaletes del ELN en el equipo. PREGUNTADO: Manifiéstele al despacho cuanto tiempo duro el combate CONTESTO: como media hora”.

4.3.1.7. Copia de la declaración rendida por Rosa Alcira Llanos²⁶, que señala “al mirar las fotografías y pertenencias coincide que es mi hija KAREN TATIANA, pero me asalta la duda que sea ella por cuanto este cuerpo tiene un lunar en el lado derecho región pectoral y mi hija no tiene dicho lunar, lo que tiene es una mancha, pero en otra parte del cuerpo como ya lo indiqué. Ante esto pido que se le hagan las pruebas del caso para determinar si en verdad es mi hija y estoy en condiciones de efectuar un reconocimiento, por ello pido que me citen cuando ello vaya a ocurrir”, posteriormente en el acta de reconocimiento del cadáver²⁷, manifiesta bajo la gravedad de juramento que la menor de 14 años de edad y que se encuentra sepultada de acuerdo con los rasgos que presenta es su hija KAREN TATIANA HERNANDEZ LLANOS.

²⁴ Folios 152 a 157 del Archivo “001Cuaderno1Tomo2” de la carpeta “002Cuaderno1Tomo2” del expediente digital.

²⁵ Folios 139 a 290 del Archivo “001Cuaderno1Principal” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

²⁶ Folio 73 del Archivo “001Cuaderno1Tomo2” de la carpeta “002Cuaderno1Tomo2” del expediente digital.

²⁷ Folios 7 a 8 del Archivo “001Cuaderno1Tomo2” de la carpeta “002Cuaderno1Tomo2” del expediente digital.

4.3.1.8. Copia del informe 159 FGN.UIF de 28 de marzo de 2006²⁸, por parte del CTI se indicó como hipótesis: se presume por el armamento que se le encontró y las condiciones en que sucedió los hechos en donde perdiera la vida KAREN TATIANA HERNANDEZ LLANOS que esta pertenecía al grupo armado al margen de la ley BOLCHEVIQUES del Líbano Tolima y quien fue dada de baja en enfrentamiento que tuvo este grupo con miembros del ejército adscritos al batallón patriotas de Honda.

4.3.1.9. Copia del auto del Juzgado de instrucción penal militar que da por terminada la indagación preliminar²⁹, que señala *“contamos con abundante material probatorio, no solamente documental, sino testimonial, que al ser analizados bajo los parámetros de la sana crítica, nos despeja cualquier duda que tanto la menor que resulto muerta, como también la persona lesionada, si eran integrantes de un grupo al margen de la ley, concretamente se pudo establecer que hacía parte física de la cuadrilla Bolchevique del ELN que delinque en ese sector donde ocurrieron los hechos, pues es la organización que tradicionalmente ha hecho presencia e ese lugar y era en su persecución que se había producido la orden de operaciones”,* posteriormente *“el procedimiento utilizado por las tropas del ejercito que participo en esa operación fue desde todo punto de vista ceñido a la constitución y la ley y lo único que hicieron fue el de proteger a una población campesina, (...) reaccionaron el defensa de un derecho propio, como era su propia integridad física que con la agresión de los subversivos estaba en peligro y la única salida que tenían era reaccionar ante una agresión injusta e inminente, siendo así que la propia Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto y en uno de los apartes de la sentencia C – 177 de 2001 se pronuncia en el caso de las muertes producidas por los miembros de la fuerza pública”. (...) así las cosas y estando por demás demostrado que la acción del ejercito que produjeron la muerte de una subversiva y causadas heridas a otro, fueron desde todo punto de vista justificados, por lo que al despacho no le queda otra alternativa diferente a la de proferir auto inhibitorio, por encontrarnos frente a una conducta eminentemente atípica, dando aplicación al Art. 458 del Código penal militar”.*

4.3.1.10 En los despachos comisorios³⁰, se recaudaron las siguientes declaraciones:

ALBEIRO DE JESUS CEBALLOS GONZALEZ, manifestó:

*“(...) A ella se la llevo un grupo que ha operado por acá en Herveo del ELN denominado bolcheviques, eso paso más o menos, no se la fecha exacta finalizando febrero o principios de marzo de 2006, ellos convivieron 5 o 6 años y aproximadamente 10 o 12 años que paso la muerte de ella.
(...)”*

DESPACHO: ¿El fallecimiento que consecuencias trajo para los demandantes? RESPONDIÓ: Pues dolor y pues los hijos como que duele, la niña de 2 añitos y medio y el niño de 4 años hacerse cargo de los hijos causa dolor y desesperación.

(...)”

MARIA SORANI SERNA LOPEZ, manifestó:

“Los conozco a los 2 porque es pariente lejana (...), ellos se juntaron a vivir vivían juntos hasta la fecha que falleció, ellos vivirían juntos unos 5 o 6 años, más o menos 99 empezó la unión, vivían en unión libre (...).

DESPACHO: ¿A qué se dedicaban? RESPONDIÓ: ella cuidaba los niños en la casa y se ayudaba con pollos y marranitos, el en el campo en oficios varios. (...)”.

VICTOR HUGO ROJAS ZULUAGA, manifestó:

“Por medio de las tías de ella, unos 25 años aproximadamente (...) vivían en unión libre, convivieron unos 14 años, más o menos desde el 99 o 2000, (...). Nos dimos cuenta que había sido detenida por un grupo del ELN en el año 2006.

(...)”

DESPACHO: ¿Qué consecuencias trajo el fallecimiento a su núcleo familiar? RESPONDIÓ: una catástrofe completa, quedo los niños muy pequeños una niña de 3 años y un niño de 4 años (...)”.

IRMA LUCIA LOPEZ MENDEZ, manifestó:

²⁸ Folios 9 a 11 del Archivo “001Cuaderno1Tomo2” de la carpeta “002Cuaderno1Tomo2” del expediente digital.

²⁹ Folios 38 a 11 del Archivo “001Cuaderno1Tomo2” de la carpeta “002Cuaderno1Tomo2” del expediente digital.

³⁰ Archivo “Comisión juzgado séptimo administrativo Ibagué” de la carpeta “002CdCuadernoDespachoComisorioFolio13” de la carpeta “004CuadernoDespachoComisorio” del expediente digital.

Reparación Directa. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2018-00123-00
Demandante: LUIS ALVARO HENAO LOPEZ Y OTROS
Demandados: MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL Y FISCALIA GENERAL DE LA NACION

“Los distinguí cuando comenzó a vivir con el muchacho con Álvaro, hace unos 20 años, ellos vivían juntos en la esperanza (...), ellos convivieron 5 o 6 años convivieron.

(...)

DESPACHO: ¿A que se dedicaba la señora Edenedis y el señor Luis Alberto? RESPONDIÓ: agricultor y ella mantenía cerdos y pollos para llevar a la casa.

(...)

DESPACHO: ¿Qué consecuencias trajo el fallecimiento a su núcleo familiar? RESPONDIÓ: mucho sufrimiento de él, él se veía con los niños de lado a lado, le toco trabajar muy duro para ver por ellos. (...).”

4.3.2. DE LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Una vez enlistado el material probatorio allegado al expediente, se tiene que la parte actora pretende que se declare administrativamente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL y a la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN por los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de la muerte de la señora María Edenedis López Castaño quien fue víctima de desaparición forzada por parte del ELN, y su posterior muerte en un enfrentamiento con el Ejército Nacional, así mismo un presunto error en procedimiento de identificación de la fallecida por lo que su cuerpo fue entregado a otras personas, siendo entregado aproximadamente 10 años después de su muerte.

4.3.2.1 De la configuración del Daño

Se encuentra probado el daño alegado con el registro de defunción de la señora María Edenedis López Castaño (v. nums.4.3.1.2) que señalan su fallecimiento y la fecha de inscripción por la orden judicial debido a un error en los nombres y apellidos.

Por otra parte, frente al daño padecido por el núcleo familiar de la víctima, se advierte con los registros civiles de nacimiento y declaraciones extra juicio allegados al plenario (v.num.4.3.1.1), y con lo manifestado por los testigos en cuanto a la aflicción padecida el núcleo familiar (v.num.4.3.1.10).

4.3.2.2 De la imputabilidad de responsabilidad

En el presente caso, la responsabilidad estatal se aduce por: i) el secuestro y/o desaparición forzada de la cual fue víctima de la señora María Edenedis López, ii) su muerte en medio de un enfrentamiento entre el grupo guerrillero y el Ejército Nacional y iii) la no entrega del cuerpo de la fallecida debido a un error en su identificación por parte de la Fiscalía General de la Nación, por tanto, se estudiará uno a uno los cargos pretendidos por la parte actora.

4.3.2.2.1. Del secuestro y/o la desaparición forzada

Si bien de los testimonios practicados por el Juzgado Promiscuo Municipal de Herveo (v.num.4.3.1.10), los testigos coinciden en que la señora López Castaño fue llevada por parte del frente guerrillero en el año 2006, dentro del material probatorio no existe evidencia que los demandantes hayan denunciado o reportado la desaparición y/o secuestro, no obra prueba que revele que esta persona haya sido plagiada por grupos armados y que estos la hubieren privado de su libertad, no se demostró que haya existido proceso penal o trámite adelantado con ocasión a dicha situación.

Ante la falta de prueba que permita deducir que la señora María Edenedis López hubiese sido conducida por grupos al margen de la ley en contra de su voluntad, consecuentemente se desvirtúa el incumplimiento del deber convencional, constitucional y legal de seguridad y protección que le era exigible al Ejército Nacional en relación con la vida de la señora López Castaño.

4.3.2.2.2. Del fallecimiento en un enfrentamiento militar

La Jurisprudencia del Consejo de Estado (v.num.4.2.2) ha señalado que los daños ocasionados cuando el Ejército Nacional adelantaba un operativo militar con el empleo de armas de dotación oficial,

se encuentran bajo la óptica de un régimen objetivo de responsabilidad, en donde le corresponde a la parte actora probar la existencia del daño que para el presente caso es la muerte de la señora López Castaño, hecho que se encuentra acreditado con el registro de defunción (v. nums.4.3.1.2), y el nexos causal el cual se encuentra acreditado en la medida de que fue el Ejército quienes en una operación militar usaron sus armas y en ese intercambio de disparos con el ELN falleció una persona (v. nums.4.3.1.6), que con posterioridad fue identificada como María Edenedis López.

Sin embargo, la entidad demandada señala que los hechos mencionados y el daño ocasionado tuvo como origen una causal excluyente de responsabilidad como es el hecho de la víctima, dentro del expediente se allega investigación preliminar No. 429 (v. nums.4.3.1.6) en donde los miembros del Ejército señalan las condiciones en las que encontraron a la persona muerta en combate portando elementos del grupo subversivo, adicionalmente el CTI concluye que esta persona pertenecía al ELN según las condiciones y circunstancias de su fallecimiento (v. nums.4.3.1.8), de igual forma el Juzgado de Instrucción Penal Militar concluye que la persona lesionada y la fallecida eran integrantes de un grupo al margen de la ley (v. nums.4.3.1.9), por lo que teniendo en cuenta que de las pruebas mencionadas se tiene que la víctima participó de la confrontación armada, se determina que su proceder tuvo injerencia en la producción del daño alegado por la parte actora.

Al estudiar el caso bajo una óptica de falla en el servicio, dentro del expediente se configura una legítima defensa por parte del Ejército Nacional tal y como lo concluye el Juzgado de Instrucción Penal Militar (v. nums.4.3.1.9), puesto que en este caso el uso de las armas era la única forma de repeler o contrarrestar la agresión del grupo subversivo, de la investigación preliminar y las declaraciones contenidas en ella, el uso de las armas fue consecuencia de una reacción ante el ataque del grupo guerrillero (v. nums.4.3.1.6) por lo que su actuar es coherente y congruente con la agresión bajo el criterio de proporcionalidad y dentro de las funciones legales y constitucionales otorgadas a la Fuerza pública.

4.3.2.2.3. Del error en la identificación al cadáver

En cuanto al hecho dañoso, la parte demandante indica que el mismo lo constituye la no entrega del cadáver de María Edenedis López ante la errónea identificación de su cuerpo, lo cual está probado con la corrección en el registro de defunción (v. nums.4.3.1.2) en donde se evidencia que hasta el 2 de marzo de 2016 se llevó a cabo la inscripción esto debido a la orden judicial según oficio No. 0388/MDN-DEJUM-BIPAT-BR6 J80IPM de 23 de febrero de 2016.

Se encuentra probado, que los familiares de la señora López Castaño tuvieron certeza de su muerte hasta el año 2016, aspecto que se corrobora porque el registro de defunción se suscribió a solicitud del Juzgado de Instrucción Penal Militar, así mismo se encuentra probado que el cuerpo fue entregado a la señora Rosa Alcira Llanos (v.num.4.3.1.7).

En el presente caso, al estudiar el caso bajo el título de falla en el servicio, se puede determinar una omisión por parte de la Fiscalía en la identificación del Cuerpo puesto que de acuerdo a la normatividad aplicable (v.num.4.2.3), en el caso de cadáveres sin identificar estos no pueden ser inhumados son que se haya realizado la correspondiente necropsia y en ese mismo momento el perito deberá obtener la necrodactilia y deberá diligenciar los formatos de reporte de cadáveres sin identificar, actividades que no fueron practicados por la entidad como se evidencia de los oficios del Juzgado de Instrucción Penal Militar y de la Personería de Herveo (v.nums.4.3.1.3, 4.3.1.4 y 4.3.1.5) que denotan la no realización de las Necrodactilias como lo señala el artículo 290 de la ley 600 de 2000 y solo es hasta la práctica de una prueba de ADN que es posible establecer la identidad de la señora María Edenedis López (v.num.4.3.1.5).

En razón a que se encuentra que el daño padecido por la errónea identificación y no entrega del cadáver le resulta imputable a la entidad demandada Fiscalía General de la Nación, surge su deber de reparar los perjuicios causados a los demandantes al probarse la existencia de una falla en el servicio.

Corolario de lo expuesto, se declarará probada las excepciones de “culpa exclusiva de la víctima y de “Inexistencia de medios probatorios que permitan endilgar responsabilidad al Ejército Nacional” propuesta por el Ejército Nacional al presunto secuestro y fallecimiento de la señora María Edenedis López, sin embargo, respecto de la errónea identificación y no entrega del cadáver imputable a la Fiscalía General de la Nación, se procederá a pronunciarse en cuanto a la indemnización de los perjuicios solicitados.

4.3.2.3 DE LOS PERJUICIOS

En el presente caso la indemnización se efectúa en razón a la errónea identificación y no entrega del cadáver, lo cual se materializa en la afectación a bienes o derechos convencional y constitucionalmente protegidos (v.num.4.2.4), y estos deben ser reconocidos como una tercera categoría de daños inmateriales autónomos, por cuanto su afectación es a los derechos a la libertad de cultos y de conciencia de los actores, en este caso ante la negativa de indemnización del fallecimiento de la señora María Edenedis López, por los argumentos previamente mencionados, es posible indemnizar de forma a las víctimas, en casos en que no sea suficiente, pertinente, oportuna o posible con medidas de reparación no pecuniarias.

Como es el caso en cuanto pasaron alrededor de 10 años después del fallecimiento de la señora López castaño para que se registrara su fallecimiento y les hubiere sido entregado su cuerpo, la jurisprudencia determina que en casos excepcionales y que no hubieren sido resarcidos, puede existir una indemnización de hasta 100 SMLMV, este monto debe ser proporcional a la intensidad del daño y a la naturaleza del derecho afectado.

Este despacho considera, que se encuentra acreditado que Jhon Fredy Henao López y María Alejandra Henao López son hijos de María Edenedis López (v.num.4.3.1.1), sin embargo, respecto del señor Luis Álvaro Henao López quien se presenta al proceso en condición de compañero permanente, al expediente no se allegó documento idóneo que acredite la existencia de la unión marital de hecho, puesto que la ley 979 de 2005, dispone que la existencia de la unión se declarará, “1. por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes, 2. por Acta de Conciliación suscrita por los compañeros permanentes, en centro legalmente constituido o 3. Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia.”

Conforme a lo anterior se reconocerá para los demandantes Jhon Fredy Henao López y María Alejandra Henao López en calidad de hijos de María Edenedis López, una suma equivalente a 20 SMLMV para cada uno de ellos, teniendo en cuenta la vulneración de sus derechos a la libertad de cultos y de conciencia, debido a la no entrega del cadáver de su madre al momento de su fallecimiento sino aproximadamente 10 años después de su muerte.

4.4. DE LA CONDENA EN COSTAS.

El artículo 365 del C.G.P., aplicable al caso por disposición expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en virtud de la derogatoria del Código de Procedimiento Civil, dispone que “*En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión*”.

En el presente caso, se accedió de forma parcial a las pretensiones de la demanda, en la medida de que solo prosperaron las pretensiones en contra de la Fiscalía General de la Nación, el Despacho se abstendrá de condenar en costas de conformidad con el numeral 5 del artículo 365 del CGP.

V.- DECISIÓN

Como natural corolario de lo expuesto, la Juez Séptima Administrativa de Oralidad del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Reparación Directa. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2018-00123-00
Demandante: LUIS ALVARO HENAO LOPEZ Y OTROS
Demandados: MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL Y FISCALIA GENERAL DE LA NACION

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción denominada “Culpa exclusiva de la víctima” y de “Inexistencia de medios probatorios que permitan endilgar responsabilidad al Ejército Nacional” propuestas por el Ejército Nacional, por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: DECLARAR patrimonialmente responsable a la NACIÓN – FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, por los daños ocasionados a los demandantes, por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR, como consecuencia de la anterior declaración, a la NACIÓN FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar las siguientes sumas por concepto de DAÑOS INMATERIALES AUTONOMOS consistentes en la afectación a bienes o derechos convencional y constitucionalmente protegidos, a favor de JHON FREDY HENAO LÓPEZ y MARÍA ALEJANDRA HENAO LÓPEZ, una suma equivalente a 20 SMLMV para cada uno de ellos.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: CUMPLASE lo dispuesto en esta providencia, en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA, en firme la presente sentencia por Secretaría efectúese la devolución de los dineros consignados por la actora por gastos de proceso, si los hubiere, lo cual deberá realizarse por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, acorde con lo establecido en la Circular DEAJC19-43 del 11 de junio de 2019, y los lineamientos establecidos para tal fin.

SEXTO: En firme la presente sentencia **ARCHÍVESE** el expediente previa cancelación de su radicación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE



OSCAR GIOVANNY POLANIA LOZANO
JUEZ

Firmado Por:
Oscar Giovanni Polania Lozano
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
007
Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **36a51de693ed602e130d7f831549d43493829a3b28cb8a47912c6d9b41e1032a**

Documento generado en 13/03/2023 03:04:18 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>