

PRUEBAS PRACTICADAS EN EL PROCESO PENAL - Traslado y valoración / TRASLADO DE LA PRUEBA DOCUMENTAL - Valor probatorio. Valoración probatoria

Algunos de los medios de convicción fueron allegados al proceso contencioso provenientes de una investigación adelantada por la jurisdicción penal militar, documentación que fue remitida mediante oficio n.º 882/BR2-BAPOP-J15-JPM/789 del 1 de diciembre de 1999, suscrito por el Juez Quince de Instrucción Penal Militar, y dirigido al Tribunal Administrativo del Cesar (...) La práctica de ese medio de convicción fue solicitada en la demanda y la parte demandada se pronunció sobre ella en diversas oportunidades procesales del trámite contencioso, lo que implica que ambos extremos procesales tienen pleno conocimiento del contenido de la prueba trasladada, aún cuando de los respectivos documentos no se corrió traslado a las partes en la oportunidad en que fueron acercados al presente litigio.

PRUEBA TRASLADADA - Declaraciones juramentadas. Valor probatorio. Valoración probatoria

Las declaraciones juramentadas rendidas ante las autoridades de la justicia penal militar, pueden hacerse valer en el presente proceso contencioso administrativo, en la medida en que fue la entidad demandada la que las practicó, la parte demandante solicitó el traslado de la prueba al presente trámite resarcitorio y la parte accionada se pronunció respecto del acervo donde reposan esas declaraciones en diferentes oportunidades de las instancias contencioso administrativas. Igualmente, aunque dichos testimonios no fueron recibidos con audiencia de los hoy demandantes, los mismos pueden tenerse en cuenta por el hecho de que se trata de pruebas cuyo traslado al presente trámite fue solicitado en la demanda.

PRUEBA TRASLADADA - Indagatoria. No cumple con los requisitos del juramento. No pueden ser tenidos como medio de prueba

Las indagatorias rendidas por los agentes militares participantes en el operativo surgido de la orden n.º 020 "Anaconda", no pueden ser tenidas como medio de prueba, toda vez que dichas versiones se obtienen sin el apremio del juramento y, por tanto, no reúnen las características necesarias para que pueda considerárselas como testimonios. Lo anterior no obsta para que en algunos casos se tengan en cuenta las afirmaciones que los indagados consientan en hacer bajo la gravedad del juramento, lo que se deduce de la aplicación a contrario sensu de la regla antes aludida. En ninguna de las indagatorias rendidas por los militares investigados por la justicia penal militar en el caso sub lite, se hacen afirmaciones con apremio de juramento, por lo que las mismas no pueden ser apreciadas para decidir el presente litigio

DAÑO ANTIJURIDICO - Configuración. Acreditación

De conformidad con los hechos probados, la Sala tiene por demostrado el daño invocado por la parte actora, es decir, está debidamente acreditada la muerte de la señora Omaira Madariaga Carballo, ocurrida como consecuencia de la herida de arma de fuego que le fue propinada el 28 de agosto de 1997, así como los perjuicios que para los demandantes se siguieron del deceso de la occisa, según pasa a explicarse. En efecto, se tiene acreditado el parentesco que las demandantes –Elida Rosa Carballo (madre), Raquel María Madariaga Carballo (hermana), Emérita Madariaga Carballo (hermana) y Marqueza Madariaga

Carballo (hermana)- tenían con la fallecida Omaira Madariaga Carballo, pues se allegaron al expediente los registros civiles de nacimiento de quienes integran la parte actora. La Sala considera que, debido al nexo de parentesco que existía entre la fallecida y las hoy accionantes en reparación, es presumible que la muerte de aquella implicó para éstas una situación de congoja y dolor.

DAÑO ANTIJURIDICO - Muerte de profesora presentada como guerrillera del ELN, en operativo militar, vereda Quebradaseca en el municipio de Curumaní Cesar / DAÑO ANTIJURIDICO - Ejecución extrajudicial. Falso positivo / DAÑO ANTIJURIDICO - Imputación fáctica y jurídica / IMPUTACION FACTICA Y JURIDICA - Acreditación

En lo que tiene que ver con la imputación fáctica del daño, la Sala observa que dentro del expediente se acreditó que la señora Omaira Madariaga Carballo fue muerta por miembros del Ejército Nacional, pues su cadáver –y el de otras dos personas- fue remitido por miembros de esa fuerza armada a la sede en Curumaní –Cesar- de la Fiscalía General de la Nación, con la consigna de que se trataba de guerrilleros que habían sido “dados de baja” durante un combate armado llevado a cabo en el sector de “Quebradaseca”, en una carretera de zona rural del mencionado municipio. (...) es claro que la señora Omaira Madariaga Carballo fue muerta por acción de miembros del Ejército Nacional y, por tal razón, el daño le es imputable a la entidad demandada -Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-, desde un punto de vista causal y fáctico. (...) en relación con la imputación jurídica del daño, debe decirse que éste fue causado por el Ejército Nacional cuando sus agentes desplegaban una actividad peligrosa, como lo es el desarrollo de un operativo militar con empleo de armas de fuego llevado a cabo con ocasión de la orden de operaciones n.º 20 “Anaconda”.

FUERZA PUBLICA - Muerte de profesora presentada como guerrillera del ELN, en operativo militar, vereda Quebradaseca en el municipio de Curumaní Cesar / UTILIZACION DE ARMAS DE FUEGO - Aplicación de la teoría del riesgo excepcional / TITULO DE IMPUTACION OBJETIVO - Riesgo excepcional. Daño ocasionado con ocasión de una actividad peligrosa / TITULO DE IMPUTACION SUBJETIVO - Falla del servicio. Desplaza el régimen objetivo de responsabilidad si los elementos de la falla se encuentran acreditados

La jurisprudencia de la Sala tiene establecido que el título de imputación que debe ser utilizado para analizar la responsabilidad estatal, es el de riesgo excepcional bajo la óptica de un régimen objetivo de responsabilidad, en el que al demandante le basta probar la existencia del daño, del hecho dañoso y del nexo causal entre el primero y el segundo. 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 o fuerza mayor. Sólo en aquellos casos en que sea evidente, y haya sido alegada, la falla del servicio cometida por la administración, procede el análisis del caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad de falla probada pues, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, en estos eventos es necesario que el Consejo de Estado formule las pertinentes advertencias a la administración con el fin de que ésta procure evitar la reiteración de conductas anormales y, además, para que la decisión asumida por la justicia contenciosa administrativa sirva para trazar políticas públicas en materia de administración.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema consultar sentencia de 8 de julio de 2009, exp. 16974

DECISION DEL PROCESO PENAL - No condiciona la decisión en el proceso contencioso administrativo / VALORACION PROBATORIA EN MATERIA PENAL - Difiere sustancialmente de la realizada por el juez de lo contencioso administrativo en un asunto de responsabilidad estatal / SENTENCIA PROCESO PENAL - No genera efectos de cosa juzgada respecto del proceso contencioso administrativo. Reiteración jurisprudencial / SENTENCIA PROCESO PENAL - Sea condenatoria o absolutoria, no tiene efectos de cosa juzgada en la acción de reparación que se adelante contra el Estado. Precedente jurisprudencial

La Sala pone de presente que, de acuerdo con reiterados pronunciamientos de la Sección Tercera de esta Corporación, el hecho de la absolución penal o disciplinaria de los agentes estatales involucrados en la producción del hecho dañoso, no implica en modo alguno que el trámite contencioso deba concluir de la misma forma –con absolución de la institución a la que pertenecían los efectivos militares-, pues los elementos que están en juego en un proceso indemnizatorio donde se juzga la responsabilidad patrimonial del Estado, son esencialmente distintos a los que se ven involucrados en el adelantamiento de un proceso penal, donde lo que se analiza es la responsabilidad personal del agente (...) ninguna incidencia tiene en el presente proceso contencioso el hecho de que no se hubiese sancionado penalmente a los soldados, suboficiales y oficiales que participaron en la operación militar desplegada por virtud de la orden de operaciones n.º 20 “Anaconda” pues, aún frente a la decisión absolutoria proferida en sede penal militar, puede el juez contencioso concluir que el surgimiento de los daños que se imputan al Estado, tuvo su causa eficiente en un actuar indebido de los agentes de la administración. Antes bien, en el proceso no existe evidencia de que la entidad accionada hubiera culminado la investigación penal militar, lo que denota que el Ejército Nacional no llevó a cabo todas las labores que eran necesarias para esclarecer la verdad sobre los hechos, en especial aquellos aspectos relacionados con la verdadera identidad de las personas que resultaron muertas como resultado del operativo y la extraña forma en que se expidió la orden de operaciones que dio lugar a la acción armada. (...) la decisión que pudiera haberse asumido en el marco de la investigación penal militar adelantada por el Ejército Nacional, no es vinculante sobre la responsabilidad patrimonial del Estado analizada en el marco del presente proceso contencioso de reparación directa.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema consultar sentencia de 13 de agosto de 2008, exp. 16533, sentencia de 10 de febrero de 2011, exp. 19123 y la sentencia de 27 de abril de 2011, exp. 19451

FUERZA PUBLICA - Muerte de profesora presentada como guerrillera del ELN, en operativo militar, vereda Quebradaseca en el municipio de Curumaní Cesar / PRUEBA - Fundada en indicios frente a las contradicciones de los testimonios rendidos / FALLA DEL SERVICIO - Configuración / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Configuración / MUERTE DE PRESUNTOS GUERRILLOS DEL ELN - Debe probarse esta calidad y que su deceso se produjo en combate

En lo relacionado con la falla del servicio que se endilga a la entidad demandada, la Sala encuentra que la misma fue alegada por la parte demandante en sus diferentes intervenciones procesales y, además, que el defecto en la prestación

del servicio se encuentra plenamente demostrado con las pruebas allegadas al expediente (...) la Sala observa que en el proceso se encuentra demostrado que la señora Omaira Madariaga Carballo fue ejecutada por miembros del Ejército Nacional, conclusión a la que se llega después de estudiar las pruebas del expediente y los indicios que pueden construirse a partir de los hechos que resultaron probados (...) el único hecho en el que coinciden los elementos de prueba aludidos, es la afirmación de que el deceso de la señora Omaira Madariaga Carballo y sus acompañantes ocurrió, supuestamente, en el marco de un enfrentamiento armado con un grupo guerrillero, aseveración ésta que pierde toda credibilidad al observarse las inconsistencias en que incurrieron los testimonios y los informes administrativos obrantes en el expediente, de manera que, en lugar de estar probada la existencia de un enfrentamiento, lo que se aprecia es un afán por parte de los militares involucrados por tratar de justificar la forma en que se produjo el hecho dañoso y, en la medida en que quedaron desvirtuadas esas versiones, entonces logra construirse un claro indicio en contra de la entidad demandada pues, de haber sido cierto que la muerte de los tres supuestos guerrilleros fue en legítima defensa de los militares involucrados, entonces los testimonios e informes al respecto habrían sido unívocos y coincidentes. Tal indicio se encuentra reforzado por el hecho de que los militares alteraron la escena de los hechos, con la clara intención de entorpecer posteriores averiguaciones sobre la forma en que se produjo la muerte de la familiar de las hoy demandantes en reparación. (...) Los indicios antes contruidos son prueba válida para imputar responsabilidad a la entidad demandada (...) frente a la afirmación de que la difunta, en su condición de supuesta integrante de la guerrilla del ELN disparó contra la patrulla militar, observa la Sala que no es cierta la versión de la muerte en combate de Omaira Madariaga Carballo, en la medida en que en el expediente se aprecian pruebas indiciarias que –según los criterios jurisprudenciales antes esbozados- son suficientes para concluir que es más probable la hipótesis contraria esto es que su muerte fue consecuencia de una ejecución extrajudicial cometida por los miembros del Ejército Nacional, hecho éste que, según ya se anotó, denota la ocurrencia de una falla del servicio por parte de los militares participantes en la operación.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la prueba indiciaria consultar sentencia de 11 de febrero de 2009, exp. 16337 y sentencia 14 de abril de 2011, exp. 20145

CAUSALES EXCLUYENTES O EXONERATIVAS DE RESPONSABILIDAD - Hecho de la víctima / HECHO DE LA VICTIMA - No se probó / PRUEBA DE ABSORCION ATOMICA - No se practicó por culpa de la entidad demandada / LA SUPUESTA POSESION DE ARMAS DE FUEGO DE LA VICTIMA - No constituye prueba de haber disparado el arma

En la medida en que no está demostrado que la muerte de la señora Omaira Madariaga Carballo ocurrió en el marco de un enfrentamiento armado suscitado entre miembros del Ejército Nacional y guerrilleros del ELN, entonces para la Sala es claro que a la mencionada persona se le quitó la vida cuando se encontraba en estado de indefensión (...) En relación con el hecho de la víctima la entidad demandada alegó en las oportunidades procesales correspondientes que el mismo estaba demostrado (...) la Sala considera que no se configuró esa causal excluyente de responsabilidad (...) estudiadas las pruebas que reposan en el expediente, ninguna de ellas señala que la señora Omaira Madariaga Carballo fuera integrante de grupo guerrillero alguno y/o que hubiese disparado algún arma de fuego en contra de los militares, hecho éste cuya demostración habría podido lograrse por la vía de una prueba de absorción atómica que no fue practicada cuando el cuerpo sin vida de la señora Madariaga Carballo fue remitido a la

Fiscalía de Curumaní, y que correspondía ser impulsada por la entidad demandada en la medida en que era ésta la que reputaba el carácter combatiente de la familiar fallecida de los demandantes. Debe agregarse en este punto que el hecho de que el ejército hubiese remitido el cadáver de la señora Madariaga Carballo –y el de otras personas- acompañado de algunas armas de fuego y otro material de guerra, no es demostrativo de la calidad de guerrillera atribuida a la señora Omaira Madariaga Carballo, pues –se insiste- en el proceso no se demostró que ésta hubiese disparado el arma de fuego que supuestamente le había sido incautada y, además, cuando los efectivos militares movieron los cadáveres de los sitios donde cayeron, borrarón con ello toda evidencia que pudiera señalar que se trataba de combatientes muertos con ocasión de un enfrentamiento armado, circunstancia respecto de la cual la Sala ya concentró su atención en un aparte anterior de esta providencia.

HECHO DE LA VICTIMA - No se probó

Al estudiar el segundo de los argumentos esgrimidos por la parte demandada para sostener la existencia del hecho de la víctima, para la Sala es claro que si estuviera probado –que no lo está- que la señora Omaira Madariaga Carballo estaba acompañando a unos guerrilleros en el momento de su fallecimiento, ello no sería una situación con idoneidad para exonerar de responsabilidad a la entidad demandada pues, según el artículo 24 de la Constitución Política, a los ciudadanos les es dado desplazarse por donde bien les plazca en ejercicio de su derecho fundamental a la libre locomoción y, cuando los órganos administrativos causan daños a los ciudadanos que están haciendo uso legítimo de esa prerrogativa, al Estado le es obligatorio reparar los daños que se causen en tales circunstancias. En este punto se enfatiza que, por un lado, no se demostró que los señores Geovany José Carmaño Rojas y Abimael Solano Salazar –quienes acompañaban a la occisa al momento de los hechos- fueran integrantes de la guerrilla del ELN y, por otro lado, en caso de que lo fueran, tampoco se probó que la señora Omaira Madariaga Carballo conociera esa situación, lo que no le era exigible en razón a que las mencionadas personas se transportaban en una actitud normal y sin que tuvieran distintivos que las identificaran como miembros de algún grupo armado. En el orden de ideas anteriormente expuesto, la Sala considera que las pruebas arrojadas al proceso no son demostrativas de que la señora Omaira Madariaga Carballo fuera integrante de un grupo guerrillero y, además, el hecho de que la occisa circunstancialmente se desplazara en una moto con guerrilleros en el momento en que se produjo su muerte –hecho que no fue demostrado-, sin que los supuestos guerrilleros portaran señales distintivas de su condición beligerante, no es una situación que válidamente pueda exonerar de responsabilidad a la entidad demandada.

FALLA DEL SERVICIO - Muerte de presunta guerrillera del ELN. Contendor fuera de combate / FALLA DEL SERVICIO - Configuración / FALLA DEL SERVICIO - Muerte de persona no combatiente. Violación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Si eventualmente se hubiera demostrado que la señora Omaira Madariaga Carballo era combatiente, entonces debería decirse que la forma en que se le dio muerte no es una reacción proporcional de legítima defensa por parte del Ejército Nacional, pues no es justificado que los actores del conflicto armado acaben con la vida de sus contendores cuando éstos se encuentran fuera de combate. (...) para la Sala es claro que el Ejército Nacional incurrió en una falla del servicio al propinar la muerte a personas no combatientes, hecho que además encuadra con lo que el derecho penal y el derecho internacional de los derechos humanos tienen

señalado como un comportamiento totalmente proscrito y reprochable, que lo es la ejecución extrajudicial y sumaria de personas para hacerlas aparecer como combatientes “dados de baja”. En el caso concreto, el Estado colombiano no cumplió con la obligación que le asistía en relación con el caso de la señora Omaira Madariaga Carballo pues, además de que se le quitó la vida, no se adelantó una investigación seria y dedicada para efectos de establecer la verdad sobre las circunstancias en que se produjo su muerte, falencia que a su vez implicó que no fuera posible la reparación adecuada de los familiares de la fallecida y la imposición de sanciones y castigos para los agentes estatales involucrados en el hecho (...) está proscrita toda conducta realizada por agentes del Estado que pueda poner en peligro los derechos a la vida y a la integridad física de las personas ajenas a los enfrentamientos armados, como lo fue la conducta que se probó como cometida en el caso de autos por los militares que participaron en la operación desplegada en la zona rural de Curumaní –Cesar- con ocasión de la orden n.º 20, consistente en quitarle la vida a una docente no combatiente y luego exhibirla como si se tratara de una guerrillera dada de baja durante un enfrentamiento armado.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 10 de marzo de 2005, exp. 14808

EJECUCION EXTRAJUDICIAL - Noción. Definición. Concepto / EJECUCION EXTRAJUDICIAL - Regulación normativa / PERSONAS PROTEGIDAS - Características / PROTECCION A LAS PERSONAS CIVILES EN TIEMPOS DE GUERRA - Partes en contienda. Obligaciones. Artículo Tercero común a los Convenios de Ginebra de 1949

La Ley 599 de 2000 define la ejecución extrajudicial en su artículo 135, como aquella que se comete en persona protegida conforme con las normas del Derecho Internacional Humanitario, y en el párrafo del citado precepto del Código Penal se determina que “personas protegidas” son aquellas que reúnen las siguientes características (...) Por su parte, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, dispone que en caso de conflicto armado sin carácter internacional, las partes en contienda deben cumplir con las siguientes obligaciones (...) La conducta de “ejecución extrajudicial” ha sido definida por organismos no gubernamentales como Amnistía Internacional, en los siguientes términos (...) la Sala considera que se puede hacer una definición de la conducta antijurídica de “ejecución extrajudicial” de la siguiente forma: se trata de la acción consciente y voluntaria desplegada por un agente estatal, o realizada por un particular con anuencia de aquél, por medio de la cual, en forma sumaria y arbitraria, se le quita la vida a una persona que por su condición de indefensión está protegida por el derecho internacional. En el caso de los combatientes, su asesinato puede ser considerado una ejecución extrajudicial cuando han depuesto las armas.

FUENTE FORMAL: LEY 599 DE 2000 - ARTICULO 135

DERECHOS A LA VIDA, A LA LIBERTAD Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL - Se encuentran consagrados en la Constitución Política de 1991 / DERECHOS A LA VIDA, A LA LIBERTAD Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL - Protección especial en virtud del Bloque de Constitucionalidad / EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES - El papel del Estado en relación con el establecimiento de la verdad, reparación e imposición de sanciones y castigos a aquellas personas que tenga responsabilidad en los hechos

la Sala recuerda que los derechos a la vida, a la libertad y a la integridad personales, además de estar expresamente consagrados en el ordenamiento interno, tienen plena protección por virtud de los tratados internacionales de derechos humanos en los que es parte Colombia -en un típico enlace vía bloque de constitucionalidad-, de acuerdo con los cuales es obligación de los Estados impedir que se presenten situaciones de ejecuciones extrajudiciales y, además, fomentar las políticas que sean necesarias y conducentes para que ese tipo de prácticas no se presenten. Dentro de dichas políticas deseables a la luz del derecho internacional, el Estado colombiano debe propender por una administración de justicia que sea eficaz en el juzgamiento de los eventos en los que se presentan ejecuciones extrajudiciales, de tal manera que pueda establecerse la verdad sobre las mismas, sea posible la imposición de sanciones y castigos a aquellas personas –servidores públicos o particulares- que tengan responsabilidad en los hechos, y sea factible la reparación de los derechos de los familiares de las víctimas que han padecido esas deleznable conductas.

CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS - Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrales o sumarias / DESCONOCIMIENTO DE PRINCIPIOS - Consecuencias

En el anexo a la Resolución 1989/65 adoptada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, se establecieron los “Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias” (...) El desconocimiento de esos principios, o la falla por parte de los Estados en la implementación de las mejoras que son necesarias para prevenir y castigar en debida forma las ejecuciones extrajudiciales cometidas por agentes estatales, implican el incumplimiento de las normas de derecho internacional que consagran los derechos que se ven conculcados por ese tipo de conductas y, si los respectivos casos no son debidamente estudiados y decididos por las instancias judiciales de los respectivos países, entonces los daños que sean causados por motivo de ese incumplimiento serán, eventualmente, materia de análisis de responsabilidad en las instancias judiciales del sistema internacional de derechos humanos.

JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Papel preventivo en casos de ejecuciones extrajudiciales o falsos positivos / JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Pone de relieve las inapropiadas conductas cometidas por los agentes estatales y la obligación de la administración pública de eliminarlas de raíz

En aras de concretar el papel preventivo que debe tener la jurisprudencia contencioso administrativa en casos como el presente, es pertinente que la Sala ponga de relieve que, de conformidad con observaciones hechas recientemente por el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, en Colombia se ha presentado de manera recurrente, por parte de las fuerzas armadas del Estado, la práctica de quitarle la vida a personas ajenas al conflicto armado y que se encuentran en estado de indefensión, para luego presentarlas a las autoridades y a los medios de comunicación como bajas ocurridas en combate, dentro de lo que eufemísticamente ha dado en llamarse por la opinión pública “falsos positivos” (...) resulta de la mayor importancia para el Consejo de Estado poner de relieve, en casos como el presente, las inapropiadas conductas cometidas por los agentes estatales, con la finalidad de sentar un precedente que obligue a la administración pública a eliminar de raíz este tipo de conductas, y

para que el caso reciba la reparación debida que haga innecesaria la recurrencia de los ciudadanos ante las instancias internacionales.

FALLA DEL SERVICIO - Ejecución extrajudicial. Muerte de ciudadana en operativo militar / FALLA DEL SERVICIO - Configuración

La Sala sostiene la tesis de que la muerte de la señora Omaira Madariaga Carballo ocurrió como consecuencia de una ejecución extrajudicial efectuada por el Ejército Nacional, pues se trata de un homicidio efectuado deliberadamente por agentes estatales, sin que se hubiera demostrado que la víctima fuera combatiente, en circunstancias en las cuales tampoco pudo acreditarse por la entidad demandada que el hecho se hubiera producido con ocasión de un combate o en cumplimiento legítimo y proporcional de las funciones que correspondían al cuerpo militar desplazado a la zona rural del municipio de Curumaní. Expuestos como quedaron los razonamientos anteriores, para la Sala es claro que en el proceso de conocimiento se encuentran acreditados todos los presupuestos necesarios para que pueda predicarse la falla del servicio de la conducta asumida por el Ejército Nacional por intermedio de sus agentes, en la medida en que las pruebas arrojadas al proceso dan pie para concluir que los militares participantes en el operativo llevado a cabo el 28 de agosto de 1997, le quitaron la vida a la señora Omaira Madariaga Carballo, en situaciones ajenas al desarrollo de un enfrentamiento armado que nunca existió, e hicieron aparecer a la mencionada señora como si se tratara de una guerrillera dada de baja durante un combate, hecho que amerita la indemnización a favor de la parte demandante, situaciones todas estas que implican la condena patrimonial a cargo de la entidad demandada.

REPARACION INTEGRAL DEL DAÑO - Medidas de carácter no pecuniario / MEDIDAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA - Graves violaciones a los Derechos Humanos / DERECHO BLANDO O SOFT LAW - Criterios auxiliares de interpretación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos / PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA, JURISDICCION ROGADA Y NO REFORMATIO IN PEJUS - Restricciones. Cumplimiento de mandatos contenidos en normas internacionales de Derechos Humanos

De acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, existen casos en los que el juez puede ordenar medidas de carácter no pecuniario, que atiendan a la reparación integral del daño, aunque ello conlleve el desconocimiento de los mencionados principios procesales. Esto ocurre cuando se juzga la responsabilidad del Estado por graves violaciones de los derechos humanos pues, en estos eventos, la obligación de reparar integralmente el daño surge, principalmente, de distintos tratados y convenios de derechos humanos ratificados por Colombia que prevalecen en el orden interno, pero también de otros instrumentos de derecho internacional que, aunque no tienen carácter estrictamente vinculante –razón por la cual se los denomina “derecho blando” o “soft law”–, gozan de cierta relevancia jurídica y práctica en el ámbito internacional y nacional en tanto exhiben “una clara e inequívoca vocación axiológica o normativa general” y sirven como “criterio[s] auxiliar[es] de interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos” Así las cosas, se ha considerado que es posible establecer restricciones a los principios de congruencia, jurisdicción rogada y no reformatio in pejus con el fin, bien sea de dar cumplimiento a los mandatos contenidos en normas internacionales de derechos humanos con prevalencia en el orden interno, o de proteger otros derechos, valores y principios constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia.

REPARACION INTEGRAL DEL DAÑO - Adopción de medidas no pecuniarias encaminadas a la satisfacción y a la no repetición / EJECUCION EXTRAJUDICIAL - Investigación deficiente por parte de la jurisdicción penal militar. Se ordena reabrir la investigación penal para el esclarecimiento de la verdad / JUSTICIA RESTAURATIVA - Medidas de satisfacción / MEDIDAS DE SATISFACCION - De carácter administrativo. Simbólicas o conmemorativas

Como no es posible retrotraer el hecho causante del daño padecido por las demandantes, como lo es la muerte de la señora Omaira Madariaga Carballo, la Sala considera que es pertinente la adopción de medidas no pecuniarias encaminadas a la satisfacción y a la no repetición de las conductas que fueron materia de pronunciamiento en el presente fallo, las cuales se concretan en lo siguiente: Como el hecho de la ejecución extrajudicial de la señora Omaira Madariaga Carballo fue investigado en forma deficiente por la jurisdicción penal militar, y en dicha pesquisa no pudieron establecerse las verdaderas circunstancias en que se produjo su fallecimiento, se compulsarán copias a la autoridad pertinente para que se reabra la investigación penal en relación con los hechos ocurridos el 28 de agosto de 1997 en la vereda "Quebradaseca" de zona rural del municipio de Curumaní –Cesar-. Para tal efecto, como la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura tienen establecido que los tribunales militares no tienen jurisdicción para juzgar crímenes cometidos por integrantes de la fuerza pública cuando éstos sean presuntamente culpables de delitos ajenos al ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, entonces se compulsarán las copias pertinentes a la Fiscalía General de la Nación, para que esa entidad adelante una investigación exhaustiva respecto de los hechos materia del presente litigio, encaminada a identificar y castigar a los responsables de la muerte de la señora Omaira Madariaga Carballo. Comoquiera que los miembros del Ejército Nacional que perpetraron el homicidio de la señora Omaira Madariaga Carballo exhibieron su cadáver como si se tratara el de una persona delincuente, el Ministerio de Defensa Nacional deberá realizar una publicación de los apartes pertinentes del presente fallo, en un medio escrito de amplia circulación nacional y en uno de amplia circulación local en el departamento del Cesar, con la inclusión de un aviso en el que conste que la muerte de la señora Omaira Madariaga Carballo no ocurrió con ocasión de un combate de tropas del Batallón Guajiros con la guerrilla del ELN, sino que fue consecuencia de una ejecución extrajudicial (...) El Ministerio de Defensa Nacional realizará una publicación de esta sentencia en un lugar visible al público de la sede principal de dicha entidad, y la divulgará por medios escritos y magnéticos a todos los batallones y brigadas del Ejército Nacional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 20001-23-31-000-1999-00274-01(21377)

Actor: ELIDA ROSA CARBALLO Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 30 de marzo de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander-Norte de Santander y Cesar (Sala de Descongestión), mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda de reparación directa interpuesta contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional con ocasión de la muerte de la señora Omaira Madariaga Carballo.

SÍNTESIS DEL CASO

A las 5:30 a.m. del día jueves 28 de agosto de 1997, la señora Omaira Madariaga Carballo, de 31 años de edad, que se transportaba en una motocicleta en compañía de los señores Geovanny Carmaño Rojas y Abimael Solano Salazar, resultó muerta por acción de integrantes del Ejército Nacional, quienes presentaron a la mencionada señora como una guerrillera dada de baja durante un combate librado con una cuadrilla de la guerrilla del ELN, supuestamente ocurrido en la vereda "Quebradaseca" del municipio de Curumaní –Cesar-. La fallecida era una profesora que prestaba sus servicios en zona rural del municipio de Curumaní –Cesar-, oficio por el que era reconocida dentro de la comunidad, sin que existan evidencias de que fuera integrante de algún grupo armado.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. Mediante demanda presentada el 24 de marzo de 1999 ante el Tribunal Administrativo del Cesar, las señoras Elida Rosa Carballo, Raquel María Madariaga Carballo, Emérita Madariaga Carballo y Marqueza Madariaga Carballo, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa

prevista en el artículo 86 del C. C. A., solicitaron que se declarara responsable a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional por la muerte de la señora Omaira Madariaga Carballo, ocurrida el 28 de agosto de 1997 en zona rural del municipio de Curumaní –Cesar- (fls. 9 a 15 c.1.).

1.1. Como reparación del daño sufrido, las demandantes pidieron que se diera prosperidad a las pretensiones resarcitorias que a continuación se citan:

2º) Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Nación Colombiana–Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, o quien haga sus veces, a pagarles a mis patrocinados así:

A) PERJUICIOS MORALES SUBJESTIVO (sic)

1. Para la señora ELIDA ROSA CARBALLO, madre de la occiso (sic) OMAIRA MADARRIAGA (sic) CARBALLO, el equivalente a un mil gramos (1.000) de oro fino.

2. Para la señora RAQUEL MARÍA MADARIAGA CARBALLO, hermana de la occiso (sic), el equivalente a quinientos (500) gramos de oro fino;

3. Para la señora EMÉRITA MADARIAGA CARBALLO, hermana de la occiso (sic), el equivalente a quinientos gramos (500) de oro fino.

4. Para la señora MARQUEZA MADARIAGA CARBALLO, hermana de la occiso (sic), el equivalente a quinientos gramos (500) de oro fino.

B) PERJUICIOS MATERIALES

Daños y perjuicios materiales, por concepto de daño emergente y lucro cesante (art. 1614 del C.C.), más los intereses compensatorios que sumen, desde la fecha en que se produjo el daño, hasta la fijación de la indemnización, teniendo en cuenta el valor del salario mínimo legal mensual o en su defecto el salario que devengaba en calidad de educadora del municipio de Curumaní –Cesar-, y los índices del precio al consumidor, o lo que resulte probado dentro del proceso, teniendo en cuenta la indemnización debida y la futura, con el auxilio de transporte en cualquier caso ajustado con base en los índices del precio del DANE. Además se tenga en cuenta la edad del occiso (sic), su probabilidad de vida, con base en las tablas de la superintendencia bancaria, sobre la vida probable de los colombianos.

1.2. Según las demandantes, la señora Omaira Madariaga Carballo fue muerta a manos de integrantes del Ejército Nacional, y su cadáver fue presentado como el de una guerrillera dada de baja, cuando lo cierto es que la occisa era una profesora que trabajaba en una escuela de la vereda “Quebradaseca” ubicada en zona rural del municipio de Curumaní –Cesar-.

1.3. Citan como fundamentos jurídicos de sus pretensiones varios artículos de la Constitución Política, así como los artículos 77, 78, 86, 136 y 206 del Código Contencioso Administrativo, y con base en esos preceptos consideran que, como la muerte de la señora Omaira Madariaga Carballo se produjo a manos de agentes estatales y sin que existiera justificación alguna para el proceder homicida de los integrantes del Ejército, entonces debe repararse el daño antijurídico causado por la existencia de una falla del servicio desplegada por la entidad demandada.

1.4. A folio 11 de la demanda, se estima la cuantía en los siguientes términos:

Es usted competente para conocer de la presente acción, en razón a las partes, lugar donde sucedieron los hechos, naturaleza de la acción y la cuantía que estimo superior A CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$150 000 000.00).

II. Trámite procesal

2. El Ministerio de Defensa Nacional presentó **contestación de la demanda** (fl. 20 c.1.) con oposición a todas las pretensiones formuladas por los actores, en la que manifestó que se atiene a lo que resulte probado respecto de los hechos.

3. Cerrada la etapa probatoria en la primera instancia¹, el Ministerio de Defensa Nacional y el representante del Ministerio Público presentaron sus **alegatos de conclusión**, así:

3.1. La entidad demandada (f. 446 y 447, c. 1) solicitó que se negaran las súplicas de la demanda, pues considera que en el proceso se evidenció que la señora Omaira Madariaga Carballo se movilizaba en motocicleta con los señores Geovany Carmaño Rojas y Abimael Solano Salazar, de quienes se demostró que eran subversivos integrantes del Ejército de Liberación Nacional –ELN-, y que abrieron fuego contra una patrulla militar. En ese orden, considera que no hay lugar a declarar responsabilidad administrativa a cargo del Ministerio de Defensa Nacional pues, cuando el Ejército Nacional le quitó la vida a la familiar de las demandantes, la víctima incurrió en un hecho que propició su propia muerte y, además, porque los militares obraron bajo el amparo de la legítima defensa ante un ataque enemigo. Afirma que lo anterior quedó demostrado en la investigación

¹ Mediante auto del 6 de junio de 2000 (folio 442 cuaderno 1).

penal militar adelantada con ocasión de los hechos ocurridos en la madrugada del 28 de agosto de 1997.

3.2. El Ministerio Público (f. 449 a 451, c. 1), por su parte, solicitó que no se accediera a las pretensiones de la demanda, pues:

...no está acreditada en el plenario la falta o falla de la administración pública ni aún la culpa de los servidores públicos, quienes en ejercicio de sus funciones como miembros de la fuerza pública, encargados de vigilar el orden público y preservar la tranquilidad ciudadana en todo el territorio nacional... fueron atacados y agredidos con arma de fuego por miembros de la subversión (E.L.N.), quienes en compañía de la educadora OMA YDA (sic) MADARIAGA, se desplazaban en una motocicleta por la vereda "Quebrada Seca" (sic), jurisdicción de Curumaní –Cesar-.

4. Remitido el expediente al Tribunal Administrativo de Santander-Norte de Santander y Cesar (Sala de Descongestión), éste emitió **sentencia de primera instancia** en la que decidió: "**DENIÉGANSE LAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA**". Para tal efecto, el Tribunal *a quo* consideró que la señora Omaira Madariaga Carballo falleció con ocasión de un ataque perpetrado por guerrilleros del E.L.N. en contra de una patrulla militar, lo que estaría demostrado con los resultados de la investigación judicial adelantada por la justicia penal militar; y atendiendo a que la parte demandante no cumplió con la carga de demostrar los hechos alegados en el libelo introductorio. Dicho razonamiento lo expuso el juzgador de primera instancia en los términos que a continuación se citan:

Analizada (sic) las pruebas que obran en el proceso encontramos que el (sic) efectivamente la víctima OMAIRA MADARIAGA CARBALLO, falleció a consecuencia de las heridas producidas con arma de fuego, en enfrentamiento sostenido entre una patrulla del Ejército Nacional y miembros de milicias obreras del ELN.

(...)

En el caso en comento el abogado demandante solo se conformó con relatar los hechos en la demanda y no demostrarlos en el transcurso del proceso, por lo tanto la Sala encuentra que no se dan los tres elementos para comprometer la responsabilidad del Estado.

(...)

En este orden de ideas, podemos observar que el caudal probatorio es totalmente opuesto a la versión dada por el apoderado de la parte actora. Sin embargo se tiene como cierto que, que (sic) los soldados se encontraban en una misión constitucional de preservar el orden público y su presencia no era discrecional, era con el objeto de desarrollar operaciones de seguridad de acuerdo al plan "Anaconda" de registro y control del área, para contrarrestar el accionar subversivo de las milicias urbanas de los grupos de bandoleros de la (sic) FARC, y ELN,

por lo tanto se encontraban en ejercicio de un poder legítimo y cumpliendo funciones propias del cargo (fl. 243 a 245) (f. 460, c. ppl).

5. Inconforme con la decisión antes reseñada, la parte demandante interpuso y sustentó en tiempo **recurso de apelación** contra la sentencia de primera instancia (f. 464-466, c. ppl.), en el que solicitó que ésta fuera revocada y que, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda. Considera que el Tribunal *a quo* realizó una apreciación equivocada del material probatorio obrante en el proceso, en la medida en que basó su decisión en los testimonios rendidos por los mismos militares participantes en la operación con ocasión de la cual resultó muerta la señora Omaira Madariaga Carballo los cuales, por esa misma razón, ofrecían serios motivos de duda en cuanto a su credibilidad. Agrega que, como se trata de testimonios rendidos sin oportunidad de contradicción para las víctimas, y sin que los mismos hayan sido ratificados en el trámite contencioso, entonces no debían ser apreciados para decidir el caso de autos. Finalmente manifiesta que las apreciaciones vertidas por los militares que rindieron declaración en la investigación penal militar, son abiertamente inverosímiles y que, por lo tanto, está demostrado que no decían la verdad cuando fueron interrogados (f. 464 a 466, c. ppl).

6. En el momento procesal correspondiente para rendir **alegos de conclusión en segunda instancia**², las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

III. Competencia

7. La Sala es competente para decidir el asunto por tratarse del recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander-Norte de Santander y Cesar (Sala de Descongestión) en un proceso que, por su cuantía (f. 10 c. 1)³, tiene vocación de doble instancia.

² El despacho sustanciador de la época corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, mediante auto del 8 de noviembre de 2001 (folio 474, cuaderno principal).

³ En la demanda se estima la cuantía de la totalidad de las pretensiones en ciento cincuenta millones de pesos (\$150 000 000), las que divididas entre las cuatro demandantes equivalen a \$37 500 000. Por concepto de perjuicios morales (folio 10), se solicitó una indemnización de mil (1 000) gramos de oro, equivalentes a \$14 115 860, a favor de la

IV. Validez de los medios de prueba

8. Dado que algunos de los medios de prueba relacionados en el acápite anterior fueron practicados en un proceso ajeno al presente trámite contencioso, la Sala emite las siguientes consideraciones para indicar que dichas pruebas se pueden valorar para decidir el presente asunto:

8.1. En primer lugar, algunos de los medios de convicción fueron allegados al proceso contencioso provenientes de una investigación adelantada por la jurisdicción penal militar, documentación que fue remitida mediante oficio n.º 882/BR2-BAPOP-J15-JPM/789 del 1 de diciembre de 1999, suscrito por el Juez Quince de Instrucción Penal Militar, y dirigido al Tribunal Administrativo del Cesar, visible a folio 38 del expediente.

8.1.1. La práctica de ese medio de convicción fue solicitada en la demanda (folio 12), y la parte demandada se pronunció sobre ella en diversas oportunidades procesales del trámite contencioso, lo que implica que ambos extremos procesales tienen pleno conocimiento del contenido de la prueba trasladada, aún cuando de los respectivos documentos no se corrió traslado a las partes en la oportunidad en que fueron acercados al presente litigio. Al respecto ha dicho la jurisprudencia de la Sección Tercera:

En cuanto al traslado de las pruebas, esta Sección ha expresado, en otras ocasiones, que aquellas que no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil o que no hubieren sido solicitadas en el proceso contencioso administrativo por la parte contra la cual se aducen o no hubieren sido practicadas con audiencia de aquélla, no podrán valorarse en el proceso contencioso administrativo⁴. También ha dicho la Sala que, en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aún cuando hayan

señora Elida Rosa Carballo, lo que quiere decir que para esa persona se solicitó una indemnización por perjuicios materiales en un monto de \$23 384 140, que resulta de restar el valor de los perjuicios morales del valor global de los perjuicios estimados para cada uno de los demandantes. Se aplica en este punto el numeral 10º del artículo 2º del Decreto 597 de 1988 “por el cual se suprime el recurso extraordinario de anulación, se amplía el de apelación y se dictan otras disposiciones”, que modificaba el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, y que dispone que la cuantía necesaria para que un proceso iniciado en el año 1999 fuera de doble instancia, debía ser superior a \$18 850 000.

⁴ [11] Sentencia de julio 7 de 2005, expediente 20.300.

sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de la parte solicite que haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión⁵.

8.2. En segundo orden, las declaraciones juramentadas rendidas ante las autoridades de la justicia penal militar, pueden hacerse valer en el presente proceso contencioso administrativo, en la medida en que fue la entidad demandada la que las practicó, la parte demandante solicitó el traslado de la prueba al presente trámite resarcitorio⁶ y la parte accionada se pronunció respecto del acervo donde reposan esas declaraciones en diferentes oportunidades de las instancias contencioso administrativas. Igualmente, aunque dichos testimonios no fueron recibidos con audiencia de los hoy demandantes, los mismos pueden tenerse en cuenta por el hecho de que se trata de pruebas cuyo traslado al presente trámite fue solicitado en la demanda.

8.3. En tercer lugar, las indagatorias rendidas por los agentes militares participantes en el operativo surgido de la orden n.º 020 “*Anaconda*”, no pueden ser tenidas como medio de prueba, toda vez que dichas versiones se obtienen sin el apremio del juramento y, por tanto, no reúnen las características necesarias para que pueda considerárselas como testimonios⁷. Lo anterior no obsta para que en algunos casos se tengan en cuenta las afirmaciones que los indagados consientan en hacer bajo la gravedad del juramento, lo que se deduce de la aplicación *a contrario sensu* de la regla antes aludida. En ninguna de las indagatorias rendidas por los militares investigados por la justicia penal militar en el caso *sub lite*, se hacen afirmaciones con apremio de juramento, por lo que las mismas no pueden ser apreciadas para decidir el presente litigio.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 2009, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, radicación No. 47001-23-31-000-1993-03405-01(16469), actor: Alonso Cure Martínez y otros, demandado: Nación–Ministerio de Defensa–Policía Nacional.

⁶ Dicha solicitud se hizo en la demanda, en los siguientes términos: “3o) *OFICIAR AL JUZGADO 15 PENAL MILITAR, con dirección conocida en la CIUDAD DE VALLEDUPAR-CESAR, para que con destino al presente proceso remita: // a.) Fotocopia auténtica del EXPEDIENTE SEGUIDO POR LA MUERTE DE LA SEÑORA OMAIDA (sic) MADARIAGA CARBALLO, Y OTROS, OCURRIDA EN LA VEREDA QUEBRADA SECA...*”.

⁷ Puede consultarse al respecto la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de abril de 2000, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, radicación N.º 11898, actor: José Francisco Montero Ballén, demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

8.4. Finalmente, y en cuarto lugar, debe decirse que todos los documentos allegados al proceso mediante el oficio n.º 882/BR2-BAPOP-J15-JPM/789 del 1º de diciembre de 1999, pueden tenerse como auténticos, pues cumplen con los requisitos establecidos el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil⁸.

V. Los hechos probados

9. Con base en las pruebas recaudadas en el proceso contencioso administrativo, valoradas en su conjunto, se tienen como ciertas las siguientes circunstancias fácticas relevantes:

9.1. La señora Omaira Madariaga Carballo –occisa-, nacida el 24 de mayo de 1965 en Aguachica –Cesar-, era hija de la señora Elida Rosa Carballo León. También era hermana de las señoras Raquel María Madariaga Carballo, Emérita Madariaga Carballo y Marqueza Madariaga Carballo (registros civiles obrantes en copia auténtica a folios 3 a 7 del c. 1).

9.2. La señora Omaira Madariaga Carballo era docente en la Escuela Nueva “Los Ángeles” de Curumaní –Cesar-, cargo del cual tomó posesión el 31 de enero de 1997⁹, y en el cual permaneció hasta el día 28 de agosto de 1997. El hecho fue narrado en similares términos por todos los testigos que rindieron declaración dentro del trámite contencioso administrativo, entre ellos el señor César Augusto D’León (folio 433), quien era el director de la escuela donde trabajaba la occisa y que afirmó en su diligencia de testimonio que *“ella era compañera de trabajo mío en la Escuela Nueva Pitalito, yo siempre he sido el director de ahí y ella maestra seccional...”*¹⁰.

⁸ “ART. 254..... **Valor probatorio de las copias.** Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:// 1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.”

⁹ Como constancia de la posesión del cargo docente por parte de la señora Omaira Madariaga Carballo, con la demanda se anexó copia auténtica del acta de la posesión llevada a cabo el 31 de enero de 1997 ante el alcalde de Curumaní –Cesar-.

¹⁰ El testigo Vicente Picón Uribe (folio 427) afirmó: *“...supe que era una maestra DIOMAIRA (sic) MADARIAGA, era conocida mía, ella me ayudó a atender al padre una vez que fue a la vereda, iba de misión, yo pertenecía a la Junta de Acción Comunal de allá... Yo la conocía como maestra allá desde hacía diez años, muy buena maestra, la conocí de maestra ahí, siempre desde que yo llegué allá a la parcela...”*. El deponente Ezequiel Fuentes Clavijo (folio 429), por su parte, manifestó que *“...yo sinceramente viví como un año allá en la vereda, todo ese tiempo fue educadora allá, eso fue como en el año 1996, no sé cuánto tiempo tendría de estar ella allá...”*. El declarante José Ismael

9.3. El 28 de agosto de 1997, el oficial C-3 comando operativo n.º 7 perteneciente al Batallón de Contraguerrillas n.º 2 “Los Guajiros”, teniente coronel Héctor Eduardo Peña Porras, expidió la orden de operaciones fragmentaria n.º 20 denominada “Anaconda”, con el propósito de “...desarrollar operaciones de control militar de área con maniobra de infiltración a partir del día 27 22 :00 horas agosto de 1997 en el área general de las veredas la Calichoza, Quebrada Seca (sic), con el fin de capturar o dar de baja en caso de resistencia armada elementos subversivos que delinquen en esa área”. Según se dice en la segunda página del referido documento, las acciones militares debían iniciarse “... con maniobra de infiltración a partir del día 22 22:00 horas agosto de 1997...” (Copia autenticada de la orden de operaciones n.º 20 se aprecia a folios 243 a 247 del cuaderno 1).

9.4. En la mañana del día jueves 28 de agosto de 1997, la señora Omaira Madariaga Carballo se dirigió hacia Curumaní para asistir a un paro de educadores que por la época se llevaba a cabo en ese municipio, para lo cual abordó una motocicleta marca Suzuki 125 en compañía de los señores Carlos Daniel Martínez Espinosa y Geovany José Carmaño Rojas quienes, según versiones consignadas en los testimonios practicados en el presente proceso, accedieron a transportar benévolamente a la docente al lugar de la reunión. En la ya citada declaración del señor César Augusto D´León se dijo al respecto:

El día 27 de agosto el magisterio organizó un paro, el sindicato, los días 27 y 28 de agosto de 1997, debido a eso nos tocó a nosotros trasladarnos al casco urbano... ella también bajó ese día para asistir al paro, hicimos una marcha, el sindicato nos dijo que el día 28 al día siguiente, día jueves, nos debíamos concentrar en la escuela Gabriela Mistral, cada quien cogió por su lado, ella se fue para la vereda a llevar un balón de football que le había regalado EFRÉN MORENO aspirante a la Alcaldía de Curumaní, y para informarle que el viernes no se presentaran los niños a clase porque el paro seguía, ella les llevó el balón y les informó eso a los niños, la reunión estaba para las 8 am, ella se vino a primeras horas de la mañana con el objetivo de asistir a la reunión, en el camino pidió una colita o sea un chance a dos señores que venían en una moto... (folio 434).

Villegas Pérez (folio 431), por su lado, afirmó que “...tenía como cuatro años de ser profesora allá, también había estado en Luna Uno y Pitalito...La conocí siendo profesora, en las reuniones de la Junta de Acción Comunal, ella tenía una parcela ahí en la misma vereda y participaba de las reuniones, ella actuaba bien como profesora, era buena profesora... yo la traté únicamente como profesora...”. Finalmente, el testigo Patrocinio Díaz Gutiérrez (folio 439) aseveró que “... yo lo único que se es que ella era la profesora de la vereda Quebrada Seca...”.

9.5. En la tarde del día 28 de agosto de 1997, las unidades del ejército pertenecientes al Batallón “Guajiros” que habían sido desplegadas por virtud de la orden de operaciones n.º 20 “Anaconda”, reportaron la ocurrencia de un combate con una cuadrilla guerrillera del ELN en el sector denominado “Quebradaseca”, con ocasión del cual, según información de los militares, se dio de baja a tres guerrilleros –dos hombres y una mujer-, cuyos cuerpos fueron entregados en la unidad de fiscalías del municipio de Curumaní, junto con una moto suzuki 125, y con el armamento y el material de intendencia que portaban los supuestos guerrilleros¹¹, sin que se hiciera diligencia de levantamiento de los cadáveres en el lugar de fallecimiento¹². Los detalles del supuesto combate fueron consignados en el oficio n.º 108/BR-2 S-3 375 del 29 de agosto de 1997 (folio 246) dirigido al oficial C-3 Comando Operativo n.º 7, suscrito por el comandante de patrulla –subteniente Miller González González-, en el cual se dijo:

Siendo las 05:20 horas se registra el objetivo observando una aparente calma. Sobre las 05:30 horas se hace inteligencia de combate a una vivienda que está ubicada cerca al objetivo, sin obtener ninguna información de valor. Sobre las 05:40 horas, se recibe información del personal que se encuentra en la parte alta asegurando puntos críticos, que en dirección a la vivienda donde se encontraba realizando inteligencia se dirigía una motocicleta color rojo, en la cual se transportaban 3 sujetos entre ellos una mujer. Inmediatamente se

¹¹ Según “informe de contacto armado” n.º 106/BR2-CO7 S-3 375 de fecha 29 de agosto de 1997 (folio 57), en el operativo se incautaron los siguientes elementos: pistola Pietro Beretta calibre 9mm n.º 017999, pistola Browning 9mm (sin número), revólver Smith and Wesson calibre 38 largo (sin número), granada de mano m-26, 1 proveedor para pistola Pietro Beretta, 3 proveedores para pistola Browning, cartuchos calibre 9 mm, vainillas calibre 38, motocicleta marca Suzuky TS 125 roja con chasis n.º SF-11^a1SC 58357. La moto Suzuky fue remitida a la investigación que posteriormente iniciaría la jurisdicción penal militar, mediante oficio n.º 005/BR-2 CO7 (folio 284), y sobre ella se practicó una diligencia de inspección judicial (folio 296), en la que pudo establecerse que estaba en condiciones de funcionamiento. En relación con las armas, también se llevó a cabo diligencia de inspección judicial (folio 208) en la que se determinó que tenían adecuado estado para ser disparadas, y que habían sido disparadas recientemente.

¹² De ello se deja constancia en el informe fechado el 28 de agosto de 1997, suscrito por el teniente Miller González González (f. 43, c.1), comandante de la unidad de contraguerrilla. En el referido informe se dice: “A eso de las 05:40 horas me encontraba en cumplimiento de la Orden de operaciones No. 20 ANACONDA, emitida por el Comando del Comando operativo n.º 7 del Cesar, cuando recibí por parte del personal de tropa que se encontraba en la parte alta que hacia el sitio donde yo me encontraba instalado se dirigía una motocicleta de color rojo con tres ocupantes, de inmediato se procedió a interceptar el automotor y estos al percatarse de la presencia de la tropa de inmediato abrieron fuego con armas cortas y granadas de fragmentación, de inmediato se reacciona procediéndose a la baja de los tres subversivos.”// “Los cuerpos y el material fueron puestos a disposición de la fiscalía del Municipio de Curumaní y del C.T.I. quienes efectuaron el levantamiento de los cadáveres”. Se aclara en este punto que el levantamiento de los cadáveres se llevó a cabo en la Inspección Central de Policía del municipio de Curumaní (Cesar), y no en el sitio donde cayeron muertos, según se observa en las respectivas actas visibles a folios 60 y siguientes.

alertó al personal con el fin de detener la moto para efectuar una requisita a los ocupantes de la misma. En el momento en que la moto con los tres sujetos llegan cerca al lugar donde se encontraba la tropa, se les da a viva voz la señal de ALTO e inmediatamente al percatarse (sic) de la presencia del ejército, estos abrieron fuego con armas cortas y granadas de fragmentación. En la reacción de la tropa cae abatido uno de los sujetos, los otros dos emprenden la huida abriendo fuego contra el personal que se encontraba de seguridad. Estos al reaccionar dan de baja a los dos sujetos entre ellos la mujer, inmediatamente la tropa es atacada desde los cerros más altos del sector con fuego nutrido de ametralladora y mortero. La tropa reacciona hacia los cerros haciendo que los bandoleros emprendan la huida, en el registro se encuentra un campo minado, evitando el avance de la tropa (folio 247).

9.6. Los cadáveres de los supuestos guerrilleros muertos en combate, entre ellos el de la señora Omaira Madariaga Carballo, fueron materia de las respectivas diligencias de levantamiento realizadas en la morgue del municipio de Curumaní¹³, en cuyas actas se dejó constancia de que se trataba de cuerpos remitidos por el Ejército Nacional, que portaban vestimenta de civil. En relación con la familiar de las demandantes se dejaron consignados los siguientes datos:

PRENDAS DE VESTIR: PANTALÓN JEAN COLOR VINOTINTO, BLUSA COLOR NEGRO, PANTIS COLOR BLANCO, BOTAS A CUERO COLOR NEGRO, BRASIERES COLOR BLANCO.

DESCRIPCIÓN DE HERIDAS: UN ORIFICIO DE ENTRADA POR EL OÍDO LADO IZQUIERDO CON SALIDA EN EL TEMPORAL DERECHO (folio 64).

9.7. Al cadáver de la señora Omaira Madariaga Carballo se le practicó estudio de necropsia el 28 de agosto de 1997. También se realizó estudio *post mortem* de los cadáveres de los señores Diovanis José Carmaño Rojas (folio 110) y Abimael Solano Salazar¹⁴. En relación con los hallazgos hechos en el cadáver de la familiar de los accionantes, en el acta de necropsia se dejaron consignados los siguientes datos de interés para el presente proceso:

*CABEZA: Presenta herida a nivel temporoparietal derecha.
(...)*

¹³ Las actas de las diligencias de levantamiento de cadáver y los exámenes de necrodactilia reposan en copia auténtica a folios 59 a 64. En todas las actas se dice que "El cadáver fue traído por el Ejército Nacional de la vereda Quebradaseca". En relación con el primer cadáver, se dice que es de identidad desconocida -N.N.- (folio 59), y el segundo cadáver es identificado como del señor Diovanis José Carmaño Rojas (folio 62).

¹⁴ En el levantamiento del cadáver se había dicho que este occiso era N.N., no obstante lo cual su identidad pudo ser consignada en el acta de necropsia visible a folio 116. Es en las actas de necropsia donde se afirma que el examen fue practicado en el mesón de la morgue del cementerio de Curumaní.

DESCRIPCIÓN DE HERIDA POR PROYECTIL ARMA DE FUEGO.

HERIDA No. 1

ORIFICIO DE ENTRADA: A nivel de conducto auditivo izquierdo a 8cm de la línea media y a 13 cm del vértex.

ORIFICIO DE SALIDA: A nivel temporoparietal derecho 7 cm de diámetro a 8 cm de la línea media y a 6 cm del vértex.

TRAYECTORIA: de izquierda-derecha, de abajo-arriba.

EXAMEN INTERNO.

CUERO CABELLUDO: Presenta compromiso a nivel temporoparietal.

CRÁNEO: Presenta fractura temporo-parietal derecha conminuta al igual que fractura de esfenoides y destrucción total de oído izquierdo a nivel temporal izquierdo.

CEREBRO Y MENINGES: Compromiso del lóbulo temporal izquierdo, parietal derecho y temporal derecho

(...)

CONCLUSIÓN: mujer adulta joven quien fallece por choque neurogénico secundario a laceración cerebral severa debido a herida por proyectil de arma de fuego (folios 106 y siguientes).

9.7.1. Por su parte, en la necropsia practicada al cadáver del señor Diovanis José Carmaño Rojas, se consignan los siguientes datos relevantes:

DESCRIPCIÓN DEL CADÁVER: Se encuentra cadáver de hombre adulto sobre el mesón de la morgue del cementerio de Curumaní, Cesar, desnudo, contextura delgada con heridas por arma de fuego en diferentes partes del cuerpo.

(...)

BOCA: dentadura parcialmente destruida debido a herida por proyectil de arma de fuego.

(...)

TÓRAX: presenta herida a nivel costal derecho.

(...)

EXTREMIDADES: presenta herida a nivel de brazo derecho abierta con exposición ósea al igual que herida en brazo izquierdo y herida a nivel de articulación de rodilla izquierda.

(...)

CONCLUSIÓN: Hombre adulto quien fallece por choque neurogénico secundario a laceración cerebral severa por proyectil de arma de fuego.

9.7.2. Y en la necropsia practicada al cadáver del señor Abimael Solano Salazar, se consigna la siguiente información relevante:

DESCRIPCIÓN DEL CADÁVER: Se encuentra cadáver de hombre adulto sobre el mesón de la morgue del cementerio de Curumaní, Cesar, desnudo, contextura gruesa con múltiples heridas en diferentes partes del cuerpo.

(...)

BOCA: destrucción parcial de dentadura del lado izquierdo secundaria a trayectoria de proyectil de arma de fuego.

CUELLO: Presenta herida región posterior secundaria a proyectil de arma de fuego.

TORAX: Presenta herida a nivel del tórax anterior izquierdo secundaria a proyectil de arma de fuego.

(...)

EXTREMIDADES: Presenta herida a nivel de hombro izquierdo secundaria a proyectil de arma de fuego, presenta herida a nivel de pierna derecha secundaria a proyectil de arma de fuego, además se encuentran heridas a nivel del glúteo derecho n.º 3 a nivel del borde inferior tercio-medio de 2x2cm de diámetro forma irregular por una profundidad de 3 a 4 cm no encontrándose objeto metálico alguno.

(...)

DESCRIPCIÓN DE LAS HERIDAS POR PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO

Herida n.º 1

Orificio de entrada: de 0.5 cm de diámetro a nivel de región posterior del cuello sobre la línea media a 20 cm del vértex.

Orificio de Salida: de 6x6 cm de diámetro a 4 cm de la línea media y a 17 cm del vértex a nivel de mejilla izquierda.

Trayectoria: de abajo-arriba, de derecha-izquierda, de atrás-adelante.

(...)

CONCLUSIÓN: Hombre adulto quien fallece por choque neurogénico secundario a lesión medular severa cervical debido a herida por proyectil de arma de fuego (folio 118).

9.8. La jurisdicción penal militar adelantó averiguación preliminar por los hechos ocurridos el 28 de agosto de 1997, durante la cual se recogieron las declaraciones juramentadas de los efectivos militares participantes en la operación desarrollada con ocasión de la orden de operaciones n.º 20 "Anaconda", en las que se hizo afirmación de los siguientes hechos:

9.8.1. La patrulla militar divisó la aproximación de tres sujetos sospechosos que se transportaban en una motocicleta.

9.8.2. Se hizo una señal verbal de "alto" que fue desatendida por los sujetos quienes, al ver la presencia de la patrulla militar, trataron de dar vuelta a la moto y

desenfundaron pistolas y revólveres con los que abrieron fuego contra los militares.

9.8.3. Los sujetos sospechosos abandonaron la moto y en la huida fueron dados de baja en el monte adyacente a la carretera, a una distancia considerable de donde cayó el vehículo.

9.8.4. Cuando los militares respondieron el fuego proveniente de las personas que viajaban en la moto, una cuadrilla guerrillera que supuestamente se parapetaba en lo alto de una colina, abrió fuego contra la patrulla militar.

9.8.5. Ante el ataque que se dirigió desde diferentes flancos contra la patrulla militar, los integrantes de ésta decidieron evacuar la zona, llevando consigo los cadáveres de quienes se transportaban en la motocicleta antes aludida. Afirman que no pudo hacerse levantamiento de los cadáveres en la zona del combate, debido al hostigamiento que estaban recibiendo por parte de los guerrilleros del ELN.

9.9. Para efectos de facilitar la apreciación crítica de las pruebas que obran en el expediente en relación con las afirmaciones antes enumeradas, la Sala hace una cita extensa de las declaraciones juramentadas que obraron en la investigación penal militar.

9.9.1. Declaración juramentada rendida por el comandante de la patrulla militar, teniente Miller González González (f. 98 y sgts.), quien afirmó:

Esto sucedió por la vereda el tigre, por un sitio que denominan ellos quebradaseca, a unos 30 minutos en carro, del municipio de Curumaní, iban dos patrullas del Comando Operativo de la Contraquerilla Búfalo Uno del Batallón 40 y la contraquerilla demoledor del Batallón Guajiros, al llegar al sitio donde supuestamente se conocía que había presencia de bandoleros se le dio la orden al comandante de la Patrulla de Búfalo Uno... asegurar puntos críticos a un lado de la carretera, y yo me interné un poco más con la contraquerilla mía, al toparme con más cerros, hice subir tres escuadras para que aseguraran puntos críticos, y yo me quedé con una escuadra haciendo registro de la parte de abajo, al no encontrar nada ahí, me dirigí hacia una casa que quedaba cerca de un cerro, a verificar si había habido presencia de bandoleros en ese sector, al acercarme a la casa, ordené a un personal que subiera al cerrito a asegurarlo y yo me quedé con tres soldados en la parte de abajo como a las cinco y treinta y cinco de la mañana se me informó por radio de la presencia de una moto que venía por una trocha que llega a esa casa, yo inmediatamente alerté a la tropa que tenía cerca, y

como a los dos minutos escuchamos el ruido de la moto, y al momentito ya divisamos la moto... en la moto se movilizaban tres personas, dos hombres y una mujer, la mujer iba en el centro de la moto, al yo tenerlos ya con buena visibilidad les grité alto, que éramos tropas del Batallón Guajiros, un segundo más tarde nosotros escuchamos una explosión fuerte que nos cayeron cerca tierra y hojas (sic), comenzaron a hacernos disparos con armas cortas, y las ojivas pegaron en un árbol en el que yo me cubrí, simultáneamente ellos tiraron la moto, un individuo comenzó a hacer resistencia y los otros se replegaron hacia la parte de atrás, la tropa reaccionó y pocos minutos más tarde ya no se escucharon más disparos en este sector donde nos encontrábamos nosotros, nos acercamos hacia donde estaba el sujeto y él ya estaba tendido con una pistola browning y una granada de mano en la cintura. Poco después comenzaron a escucharse disparos de arma corta, sonaron varias explosiones, yo le informé por radio a la patrulla que se encontraba en los cerros cerca a la carretera que tuviera cuidado que para allá iban dos sujetos con armas disparando, ellos me contestaron que ya los tenían divisados y que estos les habían lanzado granadas de mano y les habían disparado, y la tropa dejó de disparar, se ordenó un registro tanto de la patrulla del lado de allá como la del lado de nosotros y ellos me reportaron que habían sido dados de baja los dos sujetos y uno de ellos era una mujer. Cinco minutos más tarde comenzó (sic) a escucharse disparos hacia donde yo tenía la tropa asegurando los cerros más cercanos a la casa donde sucedieron los primeros hechos, la tropa me reportó por radio que desde los cerros más altos les estaban disparando con ametralladora y que habían caído cerca de ellos dos granadas de mortero, poco después el fuego ya fue nutrido y nosotros nos percatamos de que en los cerros de los alrededores estaba el grupo subversivo, cuando ya fue muy nutrido el fuego por parte de ellos y nosotros estábamos en las posiciones más bajas, nos tocó repeler el ataque y comenzar a desplazarnos hacia la carretera. Este hecho duró como media hora, viendo que nosotros estábamos en una parte desventajosa para la tropa, y que nos estaban prácticamente cerrando todas las salidas, se tomó la decisión de salir del terreno, contestando el fuego que aún nos hacían y moviendo con nosotros los cadáveres de los sujetos, con la motocicleta...

9.9.2. Declaración juramentada del soldado voluntario Fabio Manuel Díaz Sarmiento (folios 125 y siguientes), quien dijo:

... cuando estábamos allá arriba se oyó una explosión unos tiros, nosotros nos acostamos viendo para ver (sic) de donde provenían los tiros o sea al rato como a los diez minutos que se calmó, nosotros nos bajamos del cerro y ya estaba un muerto, después al rato ya se oyeron disparos, de los otros cerros, cuando al rato fuimos nosotros, donde estaba la otra contraguerrilla, se encontraban haciendo registro y estaban los dos subversivos una muchacha y un muchacho... después como a la hora comenzaron a disparar de los cerros los subversivos, después llegó el apoyo de los cascabeles y nos dieron la orden de bajarnos y no se más... (f. 125 y sgts).

9.9.3. Declaración juramentada rendida por el sargento segundo Albeiro Echavarría Ocampo (folios 200 y siguientes), quien integraba otra patrulla militar

destacada en el sector, que narra las circunstancias en que supuestamente ocurrió el combate en el que murió la señora Omaira Madariaga Carballo, en los siguientes términos:

...minutos después yo observé que del lado contrario de la ruta que seguíamos en la parte de abajo por el camino se acercaba una moto con tres personas, informé por radio al señor Teniente GONZÁLEZ GONZÁLEZ MILLER, de que hacia el sector donde ellos se encontraban se dirigía esta moto, minutos después al parecer al llegar la moto al sitio donde se encontraba mi Teniente con una escuadra escuchamos varios disparos y explosiones, segundos después dos sujetos al parecer un hombre y una mujer corrían por donde entraron hacia el sector donde se encontraba el SS. VILLEROS asegurando el lado derecho siendo éstos dados de baja por esta patrulla, al hacer el registro siguiente del sector encontramos en primera instancia en el lugar donde hubo el primer enfrentamiento con la escuadra de mi Teniente, hubo un bandolero dado de baja, con una motocicleta SUZUKI roja, en el suelo aproximadamente unos 200 metros hacia el sector donde se encontraba la patrulla del SS. VILLEROS, estaban los dos sujetos restantes entre ellos una mujer, muertos todos tres con armas cortas, dos pistolas, un revólver y una granada de mano...

9.10. El Juzgado Quince (15) de Instrucción Penal Militar, mediante decisión adoptada el 23 de junio de 1998, resolvió “**ABSTENERSE**, como en efecto se hace, por parte de este despacho, **no proferir ninguna medida de aseguramiento** (sic)... (negrilla del texto citado)” en contra de los militares involucrados en la operación militar desplegada con ocasión de la orden de operaciones n.º 20 “*Anaconda*” (fls. 300 y sgts.), ello con la consideración de que no se había probado en la investigación que se hubiera cometido algún ilícito por parte de los militares investigados.

9.11. A través de decisión calendada 10 de agosto de 1998 (folios 324 y siguientes), el comando del Batallón de Contraguerrillas n.º 2 determinó “**DISPONER LA CESACIÓN DE TODO PROCEDIMIENTO**, a favor de los sindicatos CP. DUQUE LÓPEZ IVÁN DARÍO, SLV. DURANGO HOLGUÍN HUGO ANTONIO y SLV. CHARRIS DOMÍNGUEZ JOHNY FEDERICO, de generales de ley consignadas en autos, y por darse uno de los fenómenos consagrados en el artículo 316 del Código Penal Militar...” (negrilla del texto citado), lo que fue motivado en que existía una causal de justificación de la conducta de los indagados. Las consideraciones que tuvo en cuenta el comando del batallón, se citan en los términos siguientes:

En el caso que nos ocupa, la agresión está planteada, en primer lugar por la puesta en peligro de los derechos a la vida, de que fueron objeto los miembros de la patrulla militar el 28 de agosto de 1997 por parte de la conducta desviada de los integrantes de la célula guerrillera; ataque que se presentó, cuando al tratar de interceptar una motocicleta en la que se desplazan tres subversivos son agredidos con disparos de armas de fuego, por estos y otros guerrilleros que utilizaban armas de fuego de largo alcance y gran poder (ametralladora y mortero) prevalidos de su ventajosa posición en las colinas cercanas.- Fue una agresión injusta, actual e inminente.-

9.12. Conocida la anterior decisión, la procuraduría judicial que actuaba ante el comando militar solicitó que se declarara la nulidad de todo lo actuado, en la medida en que en la investigación no se practicaron todas las pruebas que eran necesarias para establecer las circunstancias en que se produjo el combate del 28 de agosto de 1997. En palabras del agente del Ministerio Público:

A pesar de encontrar concordancia en algunos testimonios, encuentra esta representante del Ministerio Público que se debía ahondar más en la presente investigación, pues no se ha determinado nada sobre la mujer OMAIRA MADARRIAGA (sic), quien se dice era profesora, para lo cual se debe insistir en hacer esta averiguación a la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar. Asimismo se debe hacer la investigación sobre la motocicleta con el n.º de la placa que tiene para determinar a nombre de quién está registrada. Igualmente pedir información al DAS y a la SIJIN sobre los occisos con el fin de establecer su vínculo con otros actos delictuales.

De la misma manera encuentra esta Delegada que la orden de operaciones n.º 20 "Anaconda" fue expedida el día 28 de agosto de 1997 a las 22:00 horas y los hechos investigados en este proceso tienen su acontecer de conformidad al informe presentado por el CT MILLER GONZÁLEZ, el mismo día 28 de agosto de 1997 pero a las 5:40 de la mañana, para lo cual es importante aclarar el porqué la Orden de Operaciones n.º 20 se realizó después de los hechos sucedidos en la mañana del 28 de agosto de 1997.

También considera esta Representante del Ministerio Público, se debe investigar sobre las armas que portaban los occisos con el fin de conocer si se encontraban registradas y a nombre de qué persona (folio 338).

9.13. En respuesta a la anterior solicitud, el Tribunal Superior Militar de las Fuerzas Militares de Colombia, decidió:

Revocar el interlocutorio que dictó el 10 de agosto de 1998 el señor Comandante del Batallón de Contraguerrillas Nro. 2 "Guajiros", mediante el cual dispuso la cesación de todo procedimiento a favor de los militares C.P. IVÁN DARÍO DUQUE LÓPEZ, SLV. HUGO ANTONIO DURANGO HOLGUÍN y SLV. JHONY FEDERICO CHARRIS

DOMÍNGUEZ, sindicados del delito de homicidio y devolver la actuación para que el señor Juez de primera instancia disponga el perfeccionamiento de la investigación sobre los aspectos señalados en la parte motiva de esta decisión (f. 350 y sgts).

9.13.1. Para tal efecto, consideró el Tribunal Superior Militar:

Por ello y con miras a que los argumentos probatorios que lleven a establecer el necesario corte del poder punitivo del Estado no conlleven sombras de duda y la decisión se base en lo “comprobado” como lo ordena la ley, se procederá a revocar el auto consultado con el fin de que se perfeccione la investigación en los aspectos señalados por la representante de la sociedad, esto es; se aclare por parte del oficial C-3 del Comando Operativo n.º 7, la razón por la cual al haberse expedido la orden fragmentaria de operaciones n.º 20 ANACONDA el día 28 de agosto a las 22:00 horas (folio 134) aparece actuando en cumplimiento de esa orden el comandante de la patrulla, Subteniente MILLER GONZÁLEZ, el mismo día a las 05:40 horas (folio 1) cuando sucedieron los hechos, o sea 16 horas antes de emitirse dicho mandato, situación que debe aclarar igualmente el nombrado oficial subalterno.

Asimismo se hace necesario agotar los esfuerzos para establecer la identidad completa en cuanto a sus antecedentes, de la señora OMAIRA MADARIAGA de quien se dice era profesora pero nada se averiguó al respecto, como tampoco de los occisos ABIMAEEL SOLANO SALAZAR y GEOVANY JOSÉ CARMAÑO ROJAS (f. 343).

9.14. En cumplimiento de la decisión anterior, el Juzgado Quince de Instrucción Penal Militar libró sendos oficios para establecer la identidad de la señora Omaira Madariaga Carballo, y la procedencia de algunos de los elementos incautados durante el supuesto combate ocurrido el 28 de agosto de 1997 (folio 358). La Gobernación del Cesar, en respuesta al requerimiento, expidió el oficio del 30 de septiembre de 1999, en el que dijo que *“cuando ocurrieron los hechos mencionados la docente era nombrada por el Alcalde Municipal, y por tanto la certificación que usted nos solicita debe expedirla la respectiva alcaldía”* (folio 365). Aunque en el plenario se observa que las instancias judiciales penales militares libraron oficio dirigido al alcalde municipal de Curumaní, no se aprecia que dicha autoridad territorial hubiera respondido la solicitud. También se practicó declaración juramentada del teniente coronel Héctor Eduardo Peña Porras en relación con las razones por las cuales la orden de operaciones n.º 20 *“Anaconda”* había sido elaborada un día posterior a la fecha en que la operación debía iniciarse, frente a lo cual respondió que *“... Según la orden de operaciones anexa el inicio de la operación estaba a partir del día 27 de agosto a partir de las 22 horas y según informe del Oficial el hecho ocurrió el 28 de agosto a las 5:00,*

situación completamente lógica y no como se está dando a entender en su pregunta número 5...” (f. 377).

9.15. En el expediente no reposa decisión alguna asumida por el Tribunal Superior Militar en relación con la investigación penal adelantada con ocasión del combate supuestamente ocurrido el 28 de agosto de 1997.

V. Problema jurídico

10. Para emitir una decisión de mérito en el proceso de la referencia, la Sala deberá verificar si están probados los elementos que estructuran responsabilidad en cabeza del Estado, labor en la cual tendrá que dar solución a los siguientes interrogantes:

10.1. La Sala estudiará si dentro del proceso estuvo demostrada la causal excluyente de responsabilidad de hecho exclusivo de la víctima, alegada por la parte demandada, quien afirma que la señora Omaira Madariaga Carballo propició su propia muerte al encontrarse acompañando a unos guerrilleros involucrados en el combate supuestamente ocurrido el 28 de agosto de 1997. El mismo estudio deberá hacerse en relación con la afirmación de que la señora Omaira Madariaga Carballo era integrante de la guerrilla, hecho que estaría demostrado, según la entidad demandada, porque a la occisa se le encontró un arma de fuego con la que, según dice la entidad demandada, habría disparado contra la patrulla militar desplegada en el sector de Quebradaseca de zona rural del municipio de Curumaní –Cesar-.

10.2. Igualmente, será necesario analizar si el hecho de que a los militares involucrados en el operativo militar realizado el 28 de agosto de 1997 no se les hubiese declarado penalmente responsables por parte de la jurisdicción penal militar, implica que la jurisdicción de lo contencioso administrativo deba pronunciarse absolviendo de toda responsabilidad patrimonial al Ejército Nacional, como lo consideró el Tribunal Administrativo de Santander-Norte de Santander y Cesar (Sala de Descongestión), en la sentencia recurrida en alzada.

10.3. Finalmente, en caso de que se decida que es procedente la declaración de responsabilidad de la entidad demandada, es necesario que la Sala determine si

es posible aplicar a la indemnización de los perjuicios, los criterios de reparación integral que han sido fijados por la Sección Tercera en otras oportunidades –en acogida de los criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, cuando se demuestra que el daño se produjo con ocasión de conductas violatorias de los derechos humanos de los demandantes. Esto a pesar de que la parte actora no solicitó en su demanda el reconocimiento de este tipo de reparación.

11. Previo al abordaje de las preguntas antes formuladas, es necesario determinar si está probada la existencia de un daño, y si el mismo es imputable a la entidad demandada.

VI. Análisis de la Sala

12. De conformidad con los hechos probados, la Sala tiene por demostrado **el daño** invocado por la parte actora, es decir, está debidamente acreditada la muerte de la señora Omaira Madariaga Carballo, ocurrida como consecuencia de la herida de arma de fuego que le fue propinada el 28 de agosto de 1997, así como los perjuicios que para los demandantes se siguieron del deceso de la occisa, según pasa a explicarse.

12.1. En efecto, se tiene acreditado el parentesco que las demandantes –Elida Rosa Carballo (madre), Raquel María Madariaga Carballo (hermana), Emérita Madariaga Carballo (hermana) y Marqueza Madariaga Carballo (hermana)- tenían con la fallecida Omaira Madariaga Carballo, pues se allegaron al expediente los registros civiles de nacimiento de quienes integran la parte actora.

12.2. La Sala considera que, debido al nexo de parentesco que existía entre la fallecida y las hoy accionantes en reparación, es presumible que la muerte de aquélla implicó para éstas una situación de congoja y dolor.

13. En lo que tiene que ver con la **imputación fáctica** del daño, la Sala observa que dentro del expediente se acreditó que la señora Omaira Madariaga Carballo fue muerta por miembros del Ejército Nacional, pues su cadáver –y el de otras dos personas- fue remitido por miembros de esa fuerza armada a la sede en Curumaní –Cesar- de la Fiscalía General de la Nación, con la consigna de que se trataba de

guerrilleros que habían sido “dados de baja” durante un combate armado llevado a cabo en el sector de “Quebradaseca”, en una carretera de zona rural del mencionado municipio.

13.1. En efecto, en el expediente reposan los informes emitidos por el Batallón “Guajiros” con sede en Valledupar en los que se da parte de los resultados del operativo llevado a cabo en virtud de la orden de operaciones n.º 020 “*Anaconda*”, en los que se pone en conocimiento de las autoridades pertinentes “...sobre los hechos ocurridos el día 2805:40-AGO-97 donde se sostuvo contacto armado con bandoleros de la cuadrilla CAMILO TORRES RESTREPO del autodenominado Ejército de Liberación Nacional ELN, donde fueron dados de baja los sujetos CARLOS DANIEL MARTÍNEZ ESPINOSA, cabecilla de la cuadrilla, GEOVANY JOSÉ CARMAÑO ROJAS... y OMAIRA MARRIAGA (sic) CARBALLO”.

13.2. Igualmente, en las declaraciones rendidas por los militares participantes en la operación se dice con claridad que ellos dispararon contra tres personas que se movilizaban en una motocicleta y les quitaron la vida, y que, una vez terminado el tiroteo, los militares trasladaron los cadáveres de los supuestos guerrilleros dados de baja, hacia el casco urbano del municipio de Curumaní –Cesar-.

13.3. Según la versión militar consignada en los respectivos informes rendidos por el comandante de la patrulla –teniente Miller González González- y por el comandante del Comando Operativo n.º 7 –teniente coronel Héctor Eduardo Peña Porras-, así como en las declaraciones juramentadas rendidas durante la investigación preliminar adelantada por la jurisdicción penal militar, en el sitio de los hechos fueron encontradas varias armas de fuego junto con los cadáveres de los supuestos guerrilleros dados de baja.

13.4. De manera que, en el contexto de lo demostrado en el proceso, es claro que la señora Omaira Madariaga Carballo fue muerta por acción de miembros del Ejército Nacional y, por tal razón, el daño le es imputable a la entidad demandada -Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-, desde un punto de vista causal y fáctico.

14. Ahora bien, en relación con la **imputación jurídica** del daño, debe decirse que éste fue causado por el Ejército Nacional cuando sus agentes desplegaban una actividad peligrosa, como lo es el desarrollo de un operativo militar con

empleo de armas de fuego llevado a cabo con ocasión de la orden de operaciones n.º 20 "Anaconda", evento frente al cual la jurisprudencia de la Sala tiene establecido que el título de imputación que debe ser utilizado para analizar la responsabilidad estatal, es el de riesgo excepcional bajo la óptica de un régimen objetivo de responsabilidad, en el que al demandante le basta probar la existencia del daño, del hecho dañoso y del nexo causal entre el primero y el segundo. 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 o fuerza mayor).

15. Sólo en aquellos casos en que sea evidente, y haya sido alegada, la falla del servicio cometida por la administración, procede el análisis del caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad de falla probada pues, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, en estos eventos es necesario que el Consejo de Estado formule las pertinentes advertencias a la administración con el fin de que ésta procure evitar la reiteración de conductas anormales y, además, para que la decisión asumida por la justicia contenciosa administrativa sirva para trazar políticas públicas en materia de administración. Al respecto dijo la Sección Tercera en la sentencia del 8 de julio de 2009:

Dado que la muerte del señor Germán Eduardo Giraldo Agudelo se produjo como consecuencia de las heridas que le fueron causadas con arma de fuego de dotación oficial, durante un operativo policivo, para decidir la responsabilidad del Estado debe tenerse en cuenta que el criterio jurisprudencial vigente en relación con el título de imputación bajo el cual deben ser decididas las demandas interpuestas con el fin de obtener la reparación de los daños causados en ejercicio de actividades peligrosas, es el de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, de acuerdo con el cual al demandante le basta acreditar que la actividad peligrosa fue la causa del daño cuya reparación solicita, en tanto que la entidad para exonerarse, deberá demostrar la existencia de una causa extraña como la culpa exclusiva de la víctima.

Esto siempre que no se invoque en la demanda el régimen de falla del servicio, caso en el cual se estudia la responsabilidad bajo ese título de imputación, de una parte, porque el mismo es aplicable aún tratándose de daños causados con ocasión de actividades peligrosas, y de otra, porque de esa manera se cumple con la función consustancial a la jurisprudencia contenciosa administrativa de identificar las falencias que se presentan en el ejercicio de la actividad administrativa, con el propósito de que: (i) la definición para un caso concreto se convierta en advertencia para la administración con el fin de que ésta procure evitar

*la reiteración de conductas anormales y (ii) esa decisión sirva para trazar políticas públicas en materia de administración*¹⁵.

16. De conformidad con lo anterior, la Sala principiará por analizar la falla del servicio que se endilga a la Nación-Ministerio de Defensa Ejército Nacional, respecto de la cual se dice que los miembros de la patrulla militar involucrada en los hechos le quitaron la vida a la familiar de los demandantes, sin que hubiera justificación para ello. Acto seguido, se estudiará la causal eximente de responsabilidad alegada por la entidad demandada –hecho de la víctima-, quien sostiene que la señora Omaira Madariaga Carballo era integrante de un grupo guerrillero y que fue muerta por el Ejército Nacional en el marco de un combate armado en el que, según aduce la entidad demandada, estaba participando activamente la fallecida pariente de las accionantes.

17. En lo relacionado con la **falla del servicio** que se endilga a la entidad demandada, la Sala encuentra que la misma fue alegada por la parte demandante en sus diferentes intervenciones procesales y, además, que el defecto en la prestación del servicio se encuentra plenamente demostrado con las pruebas allegadas al expediente, según pasa a indicarse.

17.1. Lo primero que debe precisarse al respecto, es que no es posible compartir lo que sostiene el Tribunal *a quo* en su sentencia, al insinuar que no puede haber condena patrimonial en esta jurisdicción por el hecho de que la investigación penal militar, cuyo resultado no se conoce con las pruebas obrantes en el expediente, no culminó con decisión de condenar penalmente a los militares involucrados.

17.1.1. Frente a este punto, la Sala pone de presente que, de acuerdo con reiterados pronunciamientos de la Sección Tercera de esta Corporación, el hecho de la absolución penal o disciplinaria de los agentes estatales involucrados en la producción del hecho dañoso, no implica en modo alguno que el trámite contencioso deba concluir de la misma forma –con absolución de la institución a la que pertenecían los efectivos militares-, pues los elementos que están en juego en un proceso indemnizatorio donde se juzga la responsabilidad patrimonial del Estado, son esencialmente distintos a los que se ven involucrados en el

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2009, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, radicación n.º 05001-03-26-000-1993-00134-01(16974), actor: Fanny de J. Morales Gil y otros, demandado: Nación–Ministerio de Defensa–Policía.

adelantamiento de un proceso penal, donde lo que se analiza es la responsabilidad personal del agente. Sobre este tema se ha dejado sentada la postura que a continuación se cita:

La Sala reitera el criterio jurisprudencial conforme al cual la sentencia penal que se profiera en el proceso penal que se adelante contra el servidor estatal, sea ésta condenatoria o absolutoria, no tiene efectos de cosa juzgada en la acción de reparación que se adelante contra el Estado por esos mismos hechos, porque, conforme se ha sostenido en las providencias en las que se ha acogido dicho criterio: (i) las partes, el objeto y la causa en ambos procesos son diferentes: a través del ejercicio de la acción penal, el Estado pretende la protección de la sociedad, con la represión del delito y para ello investiga quién es el autor del mismo y cuál su responsabilidad; a través del ejercicio de la acción de reparación, la víctima del daño antijurídico pretende la indemnización de los perjuicios que le ha causado el Estado con una acción que le sea imputable; (ii) los principios y normas que rigen ambos procesos son, en consecuencia, diferentes, lo cual incide, entre otros eventos en los efectos de las cargas probatorias, así: en el proceso penal la carga de la prueba de la responsabilidad del sindicado la tiene el Estado, quien deberá desvirtuar la presunción de responsabilidad que por mandato constitucional ampara a todas las personas; en tanto que en la acción de reparación directa, quien finalmente soporta los efectos adversos de la carencia de prueba de los elementos de la responsabilidad estatal es el demandante, y (iii) el fundamento de la responsabilidad del Estado no es la culpa personal del agente, sino el daño antijurídico imputable a la entidad; de tal manera que aunque se absuelva al servidor por considerar que no obró de manera dolosa o culposa, en los delitos que admiten dicha modalidad, el Estado puede ser condenado a indemnizar el daño causado, bajo cualquiera de los regímenes de responsabilidad y, en cambio, el agente puede ser condenado penalmente, pero el hecho que dio lugar a esa condena no haber tenido nexo con el servicio.

Adicionalmente, se observa que la responsabilidad patrimonial del Estado no constituye el efecto civil de un ilícito penal, por eso, no son aplicables las normas relacionadas con los efectos de la sentencia penal absolutoria sobre la pretensión indemnizatoria que se formule en proceso separado del penal. Ello por cuanto la responsabilidad del Estado, conforme a lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, se genera en los eventos en los cuales se causa un daño antijurídico imputable a la entidad demandada, al margen de que ese daño hubiera sido causado con una conducta regular o irregular.

Y, finalmente, si bien la sentencia penal que se dicte contra el servidor estatal no tiene efectos de cosa juzgada en la acción de reparación directa, no puede desconocerse el valor probatorio que la misma pueda tener en este proceso; por lo tanto, la sentencia penal puede ser el fundamento de la decisión de reparación, cuando constituya la única prueba de las circunstancias del ilícito que ha sido juzgado, de la cual se infieran los demás elementos de la responsabilidad estatal, como lo son el hecho, la autoría del agente estatal y el nexo con el servicio; pero, se insiste, ese valor de la sentencia penal no surge del hecho de que la misma produzca efectos de cosa juzgada sobre la acción de

reparación sino porque esa sentencia constituye una prueba documental para el proceso, que bien puede brindar al juez contencioso certeza sobre los elementos de responsabilidad.

En consecuencia, aunque en el caso concreto se hubiera proferido en el proceso penal decisión definitiva, favorable a los intereses del servidor público, dicha decisión no impide que se valore esa misma conducta para establecer si la misma fue o no constitutiva de falla del servicio, es decir, que a pesar de que para el juez penal el servidor estatal no fue penalmente responsable del daño, podrán valorarse las pruebas que obren en este proceso, incluida esa decisión, para establecer si el daño sufrido por los demandantes es imputable al departamento de Caldas y si, además, el título de imputación es el de falla del servicio¹⁶.

17.1.2. Así las cosas, ninguna incidencia tiene en el presente proceso contencioso el hecho de que no se hubiese sancionado penalmente a los soldados, suboficiales y oficiales que participaron en la operación militar desplegada por virtud de la orden de operaciones n.º 20 “Anaconda” pues, aún frente a la decisión absolutoria proferida en sede penal militar, puede el juez contencioso concluir que el surgimiento de los daños que se imputan al Estado, tuvo su causa eficiente en un actuar indebido de los agentes de la administración.

17.1.3. Antes bien, en el proceso no existe evidencia de que la entidad accionada hubiera culminado la investigación penal militar, lo que denota que el Ejército Nacional no llevó a cabo todas las labores que eran necesarias para esclarecer la verdad sobre los hechos, en especial aquellos aspectos relacionados con la verdadera identidad de las personas que resultaron muertas como resultado del operativo y la extraña forma en que se expidió la orden de operaciones que dio lugar a la acción armada.

17.1.4. Frente a esta última cuestión, no puede perderse de vista el hecho de que cuando el comando del Batallón de Contraguerrillas n.º 2, mediante decisión fechada el 10 de agosto de 1998, determinó cesar toda averiguación relacionada con la responsabilidad de los militares participantes en la operación “Anaconda”, la procuraduría judicial que ejercía funciones de vigilancia sobre lo actuado en dicho

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 2008, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio, radicación n.º 17001-23-31-000-1995-06024-01(16.533), actor: Libardo Sánchez Gaviria y otros, demandado: Departamento de Caldas. La tesis jurisprudencial ha sido recientemente reiterada en otras sentencias de la Sección Tercera –Subsección “B”-, entre ellas la sentencia del 10 de febrero de 2011 (radicación n.º 19.123) y la sentencia del 27 de abril del mismo año (radicación n.º 19.451), ambas con ponencia de la Consejera de Estado Ruth Stella Correa Palacio.

trámite, al ver la carencia probatoria dentro del mismo, solicitó que se dejara sin efectos el sobresimiento procesal pues, según consideró, en el proceso no se habían adelantado todas las labores necesarias para establecer plenamente la identidad de la señora Omaira Madariaga Carballo. Del mismo modo, la procuraduría solicitó que se indagaran las razones por las cuales la orden de operaciones n.º 20 había sido expedida en la misma fecha de ocurrencia de los hechos, situación ésta que resulta por lo menos extraña.

17.1.5. Ante dicha solicitud, el Tribunal Superior de las Fuerzas Militares decidió revocar la decisión asumida por el Batallón “Guajiros” y, en su lugar, dispuso que se librarán los oficios pertinentes para establecer el oficio al que se dedicaba la señora Omaira Madariaga Carballo –de quien se decía que era profesora en una vereda-, así como para obtener las explicaciones relacionadas con la fecha de expedición de la orden de operaciones n.º 20 “*Anaconda*”.

17.1.6. A pesar de lo anterior, en el expediente no reposa prueba alguna que acredite que dichas dudas hubieran sido saldadas, razón por la cual se considera que la investigación penal adelantada por el Ejército Nacional no arroja los elementos suficientes como para considerar, como se hizo por parte de las autoridades juzgadoras en dicho trámite –y por el Tribunal de primera instancia en el presente juicio-, que los agentes estatales actuaron de conformidad con el ordenamiento jurídico cuando le quitaron la vida a la familiar de los hoy demandantes en reparación y que, por tanto, no había lugar a proferir una condena en responsabilidad a cargo de la Nación.

17.1.7. Así las cosas, insiste la Sala en que la decisión que pudiera haberse asumido en el marco de la investigación penal militar adelantada por el Ejército Nacional, no es vinculante sobre la responsabilidad patrimonial del Estado analizada en el marco del presente proceso contencioso de reparación directa. Además, analizada la indagación adelantada, cuyo resultado final no se conoce en el *sub lite*, allí no existen elementos que permitan a la Sala llegar a la conclusión de que los agentes participantes en la operación “*Anaconda*”, actuaron de conformidad con la normatividad que debía regir sus actividades y que, por tanto, es inexistente la falla del servicio que se le imputa a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.

17.2. En segundo lugar, la Sala observa que en el proceso se encuentra demostrado que la señora Omaira Madariaga Carballo fue ejecutada por miembros del Ejército Nacional, conclusión a la que se llega después de estudiar las pruebas del expediente y los indicios que pueden construirse a partir de los hechos que resultaron probados.

17.2.1. En efecto, en el proceso está probado que los militares que participaron en la operación denominada “*Anaconda*”, no procuraron las medidas que eran necesarias para que el levantamiento de los cadáveres se hiciera en la forma apropiada para establecer las circunstancias en que se produjeron las muertes y, por el contrario, procedieron a alterar la escena del crimen moviendo los cuerpos del lugar de su yacimiento, conducta ésta que podría indicar que los efectivos militares tenían la intención de ocultar las verdaderas circunstancias en que se produjo la muerte de la pariente de las demandantes, máxime cuando recurrieron a falsedades para efectos de tratar de justificar las razones por las cuales fue alterada la escena de los hechos.

17.2.2. En contra de lo anterior, podría argumentarse que la conducta antes reseñada estuvo justificada por el hecho de que los acontecimientos se produjeron en el marco de un combate armado, pero lo cierto es que las únicas pruebas que al respecto existen en el proceso, están constituidas por lo que afirman los militares participantes en la operación, tanto en los informes posteriores a la acción armada, como en los testimonios rendidos en el marco de la investigación penal militar. Dichas versiones están plagadas de contradicciones que impiden otorgarles credibilidad y que, además, constituyen un indicio en contra de la responsabilidad de la entidad demandada.

17.2.3. Al respecto, la Sala resalta el hecho de que, según las declaraciones rendidas dentro del proceso penal militar y los informes elaborados en relación con los resultados de la operación, los acontecimientos que aquí se estudian tuvieron ocurrencia el día 28 de agosto de 1997, aproximadamente a las cinco de la mañana, y la orden de operaciones n.º 20 “*Anaconda*” fue elaborada, extrañamente, el mismo día en que sucedieron los hechos, situación que resulta inexplicable en la medida en que en el mismo documento se dice que las labores de infiltración debían realizarse a partir del día 27 de agosto, esto es, un día anterior a la fecha de expedición de la directiva militar. Del mismo modo, las reglas de la experiencia indican que el planeamiento de una misión como la que se relata

en la orden de operaciones, debía realizarse con alguna anticipación al inicio de las actividades, pero en el presente caso se observa que la orden fue elaborada en forma concomitante o incluso posterior a los hechos que hoy se relatan, situación que resulta también extraña.

17.2.4. Tal irregularidad, plenamente demostrada en el presente trámite contencioso, fue advertida dentro del proceso penal militar y puesta en evidencia por la procuraduría judicial que actuaba frente al caso en aquella instancia, lo que implicó que, por decisión del Tribunal Superior Militar, se revocara la decisión de cesación del procedimiento asumida por el Batallón de Contraguerrillas n.º 2 “Los Guajiros” y, en su lugar, se adelantaran las averiguaciones necesarias para solucionar tales contradicciones. Reabierto el proceso, se interrogó al comandante del batallón quien, al tratar de exponer las explicaciones pertinentes, se limitó a decir que era normal que la muerte de los tres supuestos guerrilleros ocurriera con posterioridad a la infiltración de los efectivos militares en la zona, respuesta ésta que es una clara evasiva frente a las inconsistencias que se pretendían investigar y que, en todo caso, no mereció mayor averiguación por parte de los organismos de la jurisdicción penal militar.

17.2.5. También se aprecia que cuando el oficial al mando del grupo de soldados –teniente Miller González González- elaboró el informe correspondiente a los resultados de la operación “*Anaconda*”, afirmó que la patrulla fue atacada por los “subversivos” que se movilizaban en la moto y que los efectivos militares, al reaccionar, dieron de baja a aquellos y, además, repelieron un ataque que otros guerrilleros estaban realizando desde unos cerros adyacentes a la vía, acción esta en la que supuestamente se logró poner en huida a los agresores¹⁷. En contradicción con lo anterior, cuando el mismo oficial rindió declaración juramentada ante la justicia penal militar afirmó que, debido al ataque que estaba recibiendo la tropa desde partes altas y en atención a la posición desventajosa en que se encontraba la patrulla, “... se tomó la decisión de salir del terreno, contestando el fuego que aún nos hacían y moviendo con nosotros los cadáveres de los sujetos...”. Es decir, de acuerdo con la segunda versión vertida por el mismo oficial, no fueron los guerrilleros los que salieron huyendo, sino que fueron los militares quienes tuvieron que emprender la retirada.

¹⁷ Se dice en el aludido informa, ya citado *supra* párrafo 9.5. de esta providencia: “... inmediatamente la tropa es atacada desde los cerros más altos del sector con fuego nutrido de ametralladora y mortero... la tropa reacciona hacia los cerros haciendo que los bandoleros emprendan la huida...”.

17.2.6. Adicionalmente, en el informe contenido en el oficio n.º 108/BR-2 S-3 375 del 29 de agosto de 1997, se dice que el ataque guerrillero desde las montañas comenzó de forma inmediata, mientras que en la declaración juramentada del mismo oficial que elaboró dicho informe se asevera que el ataque inició 5 minutos después de haberse dado de baja a los supuestos guerrilleros que se movilizaban en la moto, lo que, a su vez, es contrario a lo vertido en la declaración juramentada rendida por el sargento segundo Albeiro Echavarría Ocampo, quien menciona que “... *después, como a la hora, comenzaron a disparar de los cerros los subversivos...*”. Todo ello denota una clara inconsistencia de los militares participantes en la operación, quienes con sus testimonios pretendían acreditar la existencia del combate, pero no pudieron ponerse de acuerdo sobre la forma en que este se produjo.

17.2.7. Frente a tales contradicciones, se observa que el único hecho en el que coinciden los elementos de prueba aludidos, es la afirmación de que el deceso de la señora Omaira Madariaga Carballo y sus acompañantes ocurrió, supuestamente, en el marco de un enfrentamiento armado con un grupo guerrillero, aseveración ésta que pierde toda credibilidad al observarse las inconsistencias en que incurrieron los testimonios y los informes administrativos obrantes en el expediente, de manera que, en lugar de estar probada la existencia de un enfrentamiento, lo que se aprecia es un afán por parte de los militares involucrados por tratar de justificar la forma en que se produjo el hecho dañoso y, en la medida en que quedaron desvirtuadas esas versiones, entonces logra construirse un claro indicio en contra de la entidad demandada pues, de haber sido cierto que la muerte de los tres supuestos guerrilleros fue en legítima defensa de los militares involucrados, entonces los testimonios e informes al respecto habrían sido unívocos y coincidentes. Tal indicio se encuentra reforzado por el hecho de que los militares alteraron la escena de los hechos, con la clara intención de entorpecer posteriores averiguaciones sobre la forma en que se produjo la muerte de la familiar de las hoy demandantes en reparación.

17.2.8. Los indicios antes contruidos son prueba válida para imputar responsabilidad a la entidad demandada, si se tiene en cuenta lo que en recientes pronunciamientos, frente a casos similares al de autos, ha dicho esta Subsección:

5.2. *En casos como el presente, en los que varias personas mueren como consecuencia de múltiples impactos de arma de fuego, en*

hechos en los que en principio no resulta posible identificar a los autores materiales de un delito, la prueba indiciaria resulta idónea y única para determinar la responsabilidad, pues aquella compagina elementos debidamente comprobados para arribar con ellos a la certeza de otros, para efectos de endilgar responsabilidad a los inculpados.

(...)

Se trata de un medio de prueba permitido que demanda la demostración del hecho indicador, para así tener como probado el inferido¹⁸. 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 necesariamente a la imputación de la responsabilidad¹⁹. Los indicios se constituyen en la prueba indirecta por excelencia, pues a partir de un hecho conocido y en virtud de una operación apoyada en las reglas de la lógica y en las máximas de la experiencia, se establece la existencia de un hecho desconocido.

El juez dispone muy a menudo de conocimientos generales vinculados con el hecho a probar y útiles, de alguna manera, a los defectos de su determinación; es más, sin estos conocimientos la valoración de la prueba sería normalmente imposible. Se trata de las nociones derivadas de la experiencia común que encuentran su formulación sintética en las denominadas máximas de la experiencia y que desarrollan un papel relevante en la valoración de las pruebas²⁰.

Al analizar un caso concreto, el operador jurídico puede verse enfrentado a la necesidad de hacer inducciones a partir de hechos probados. Al respecto, Michele Taruffo da cuenta "(..)" que no toda inferencia que vaya de un "hecho conocido" al "hecho ignorado" ofrece la prueba de éste último, dado que pueden existir inferencias dudosas, vagas o contradictorias o, en todo caso, tan "débiles" como para no ser suficientes a este efecto; en cambio, es concebible que la prueba se obtenga cuando las inferencias formuladas por el juez sean suficientemente "seguras" y "fuertes" para reducir el margen de error y de inaceptabilidad del razonamiento presuntivo "(..)"²¹.

Las máximas de la experiencia permiten concluir que casos similares pueden compartir elementos comunes, como el que ahora se estudia.

El Código de Procedimiento Civil establece que los indicios deberán ser apreciados en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica,

¹⁸ [17] "En la prueba por indicios necesariamente intervienen tres elementos: un hecho, el que indica; otro hecho, el indicado y una relación de causalidad, concomitancia o conexión entre aquél y éste. El indicio parte de un hecho conocido, establecido en el proceso por cualquier medio de prueba distinto del mismo indicio, esto es, que todos los medios de prueba permiten el hecho indicador. El hecho indicado debe ser resultado lógico crítico de la inferencia entre el primero y el segundo hecho, en donde la integración de los tres elementos anotados, permiten la existencia del indicio" (Cabrera Acosta, Benigno Humberto, *Teoría General del Proceso y de la Prueba*, Quinta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, págs. 458 y ss).

¹⁹ [18] Al respecto se puede consultar la sentencia de 11 de febrero de 2009, M.P. Myriam Guerrero de Escobar, expediente 16337.

²⁰ [19] TARUFFO, Miguel, "La Prueba de los Hechos", Ed. Trotta, Madrid, pág 219.

²¹ [20] TARUFFO, Miguel, "La Prueba de los Hechos", Ed. Trotta, Madrid, pág. 472.

teniendo en consideración su gravedad, concordancia, convergencia y su relación con los demás medios de prueba que obren en la actuación procesal (...). Así mismo, para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso y el juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes (artículos 248 a 250)²².

17.2.9. Así las cosas, en la medida en que no está demostrado que la muerte de la señora Omaira Madariaga Carballo ocurrió en el marco de un enfrentamiento armado suscitado entre miembros del Ejército Nacional y guerrilleros del ELN, entonces para la Sala es claro que a la mencionada persona se le quitó la vida cuando se encontraba en estado de indefensión, conclusión que se refuerza cuando se analizan las inconsistencias que presentan los medios de prueba en los que reposa el argumento que en su defensa formuló la entidad demandada – hecho de la víctima-, quien sostiene que la responsabilidad estatal está eximida en el presente caso porque, supuestamente, la familiar de los demandantes estaba en compañía de unos guerrilleros, o bien hacía parte del grupo guerrillero al que se pretendía combatir y, además, portaba armas de fuego que fueron utilizadas en contra de los efectivos militares participantes en la operación denominada “Anaconda”.

18. En relación con el **hecho de la víctima** la entidad demandada alegó en las oportunidades procesales correspondientes que el mismo estaba demostrado por dos motivos: (i) porque la señora Omaira Madariaga Carballo estaba acompañando a los guerrilleros en el momento en que el Ejército realizó el operativo militar el 28 de agosto de 1997; y (ii) porque la occisa supuestamente era integrante de la guerrilla del ELN y disparó contra la patrulla militar destacada en el sector de “Quebradaseca”, con lo que habría propiciado la reacción armada de los militares involucrados en la operación. Respecto del primer argumento referido en el párrafo anterior, la Sala considera que no se configuró esa causal excluyente de responsabilidad teniendo en cuenta lo siguiente:

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 14 de abril de 2011, C.P. Stella Conto Diaz del Castillo, radicación n.º 05001233100019960023701 (20145), actor: Ramona María Angulo Arrieta y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional. Según se dice en la citada providencia, el problema jurídico a resolver en aquella oportunidad era el siguiente: *“El problema jurídico que la demanda formula se contrae a la imputación en contra de la Nación-Ministerio de Defensa, por la muerte de Leonardo Bertel Navaja, Edwin Manuel Madera Mármol y Miguel Enrique Arriola, en hechos ocurridos el 26 de junio de 1994. Según la actora –asunto que habrá de esclarecerse- efectivos del Ejército Nacional dispararon contra las víctimas en estado de indefensión, obligadas a vestir prendas de uso privativo de las fuerzas militares...”*.

18.1. Cuando están demostrados los presupuestos básicos de la responsabilidad –como en el caso de análisis-, corresponde a la entidad demandada la carga de demostrar la configuración de cualquiera de las causales excluyentes de responsabilidad previstas por el ordenamiento jurídico, en aplicación de la regla establecida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según la cual *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

18.2. La Sala considera al respecto que el Ministerio de Defensa–Ejército Nacional no demostró que la señora Omaira Madariga Carballo –o cualquiera de las otras dos personas que resultaron muertas- fuera integrante activa de la cuadrilla guerrillera que, según la entidad demandada, trabó combate con la patrulla desplegada en la zona de “Quebradaseca”. Por el contrario, las declaraciones rendidas durante el proceso contencioso administrativo por los señores Vicente Picón Uribe, Ezequiel Fuentes Clavijo, José Ismael Villegas, César Augusto D’León y Patrocinio Díaz Gutiérrez, dan cuenta de que la señora Omaira Madariaga Carballo era docente en una escuela de la zona veredal del municipio de Curumaní, labor que venía desempeñando desde varios años antes de su deceso, con notoriedad dentro de la comunidad, y con reconocimiento por parte de sus propios compañeros en la labor profesoral.

18.2.1. En respaldo de las afirmaciones hechas por los testigos antes mencionados, con la demanda se aportó una copia auténtica del acta de posesión en el cargo docente por parte la señora Omaira Madariaga Carballo, suscrita ante el alcalde municipal de Curumaní –Cesar- en enero de 1997, lo que da cuenta de que, efectivamente, la occisa estaba ejerciendo la labor docente en el momento en el que fue asesinada por miembros del Ejército Nacional.

18.2.2. De hecho, el señor César Augusto De’León, quien era el director de una de las escuelas en las que laboraba la familiar de los demandantes, afirmó que el día 28 de agosto de 1997, la señora Omaira Madariaga Carballo iba a desplazarse al casco urbano del municipio de Curumaní, con el objeto de asistir a una reunión de profesores que se efectuaría con ocasión del paro docente que por esa época se desarrollaba, relato que, por su riqueza descriptiva y circunstancial, merece ser dotado de toda credibilidad.

18.2.3. Además, estudiadas las pruebas que reposan en el expediente, ninguna de ellas señala que la señora Omaira Madariaga Carballo fuera integrante de grupo guerrillero alguno y/o que hubiese disparado algún arma de fuego en contra de los militares, hecho éste cuya demostración habría podido lograrse por la vía de una prueba de absorción atómica que no fue practicada cuando el cuerpo sin vida de la señora Madariaga Carballo fue remitido a la Fiscalía de Curumaní, y que correspondía ser impulsada por la entidad demandada en la medida en que era ésta la que reputaba el carácter combatiente de la familiar fallecida de los demandantes.

18.2.4. Debe agregarse en este punto que el hecho de que el ejército hubiese remitido el cadáver de la señora Madariaga Carballo –y el de otras personas- acompañado de algunas armas de fuego y otro material de guerra, no es demostrativo de la calidad de guerrillera atribuida a la señora Omaira Madariaga Carballo, pues –se insiste- en el proceso no se demostró que ésta hubiese disparado el arma de fuego que supuestamente le había sido incautada y, además, cuando los efectivos militares movieron los cadáveres de los sitios donde cayeron, borraron con ello toda evidencia que pudiera señalar que se trataba de combatientes muertos con ocasión de un enfrentamiento armado, circunstancia respecto de la cual la Sala ya concentró su atención en un aparte anterior de esta providencia.

18.3. Al estudiar el segundo de los argumentos esgrimidos por la parte demandada para sostener la existencia del hecho de la víctima, para la Sala es claro que si estuviera probado –que no lo está- que la señora Omaira Madariaga Carballo estaba acompañando a unos guerrilleros en el momento de su fallecimiento, ello no sería una situación con idoneidad para exonerar de responsabilidad a la entidad demandada pues, según el artículo 24 de la Constitución Política²³, a los ciudadanos les es dado desplazarse por donde bien les plazca en ejercicio de su derecho fundamental a la libre locomoción y, cuando los órganos administrativos causan daños a los ciudadanos que están haciendo uso legítimo de esa prerrogativa, al Estado le es obligatorio reparar los daños que se causen en tales circunstancias.

²³ “ART. 24.- **Modificado. A.L. 02/2003, art. 2º.** Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia.// El Gobierno Nacional podrá establecer la obligación de llevar un informe de residencia de los habitantes del territorio nacional, de conformidad con la ley estatutaria que se expida para el efecto.”

18.4. En este punto se enfatiza que, por un lado, no se demostró que los señores Geovany José Carmaño Rojas y Abimael Solano Salazar –quienes acompañaban a la occisa al momento de los hechos- fueran integrantes de la guerrilla del ELN y, por otro lado, en caso de que lo fueran, tampoco se probó que la señora Omaira Madariaga Carballo conociera esa situación, lo que no le era exigible en razón a que las mencionadas personas se transportaban en una actitud normal y sin que tuvieran distintivos que las identificaran como miembros de algún grupo armado. En el orden de ideas anteriormente expuesto, la Sala considera que las pruebas arrimadas al proceso no son demostrativas de que la señora Omaira Madariaga Carballo fuera integrante de un grupo guerrillero y, además, el hecho de que la occisa circunstancialmente se desplazara en una moto con guerrilleros en el momento en que se produjo su muerte –hecho que no fue demostrado-, sin que los supuestos guerrilleros portaran señales distintivas de su condición beligerante, no es una situación que válidamente pueda exonerar de responsabilidad a la entidad demandada.

18.5. De otra parte, frente a la afirmación de que la difunta, en su condición de supuesta integrante de la guerrilla del ELN disparó contra la patrulla militar, observa la Sala que no es cierta la versión de la muerte en combate de Omaira Madariaga Carballo, en la medida en que en el expediente se aprecian pruebas indiciarias que –según los criterios jurisprudenciales antes esbozados- son suficientes para concluir que es más probable la hipótesis contraria²⁴, esto es que su muerte fue consecuencia de una ejecución extrajudicial cometida por los miembros del Ejército Nacional, hecho éste que, según ya se anotó, denota la ocurrencia de una falla del servicio por parte de los militares participantes en la operación.

²⁴ Sobre los criterios que deben tenerse en cuenta para el análisis de las diferentes hipótesis que pueden construirse para la valoración de los hechos frente a un caso, esta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse. Al respecto se puede consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 7 de abril de 2011, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación n.º 27001-23-31-000-1995-02471-01, n.º interno 20 333, actor: José Antonio Campos y otros, demandado: La Nación-Ministerio de Defensa-Armada Nacional. Se dijo en el párrafo 22 de dicha providencia: “22. Cuando en un caso particular existen diversas pruebas que apoyan diferentes versiones o hipótesis sobre los hechos, el juez deberá elegir entre ellas eligiendo la versión que esté soportada con un mayor nivel de probabilidad lógica, labor en la cual será necesario observar cuál de las hipótesis del caso responde a una mejor inferencia lógica de las pruebas que las soportan, aplicando en este examen las llamadas máximas de la experiencia, que no son más que generalizaciones surgidas de los hallazgos generalmente aceptados por la ciencia o del sentido comúnmente aceptado...”.

18.5.1. Se puede tener certeza de la anterior aseveración porque, en primer lugar, al revisar el acta de la necropsia practicada al cadáver de la señora Omaira Madariaga Carballo, se observa que a la occisa se le propinó una herida de bala cuyo orificio de entrada se ubicó “a nivel del conducto auditivo izquierdo”, disparo éste que no pudo haberse efectuado en el marco de un enfrentamiento armado según las condiciones relatadas por los militares participantes en la operación pues, si fuera cierto que la mencionada señora estaba dirigiendo un ataque armado contra la patrulla militar, entonces era de esperarse que las heridas las recibiera por el frente y, aún si así hubiera sido, no se encuentran razones que expliquen el hecho de que la dirección del disparo fuera de abajo hacia arriba, cuando los militares afirmaron haber disparado a los ocupantes de la moto cuando estos transitaban por una carretera, la cual era custodiada por los miembros del Ejército desde una posición ventajosa en la que, según las reglas de la experiencia, lo lógico sería que la trayectoria del disparo fuera de arriba hacia abajo.

18.5.2. Del mismo modo debe decirse que, según las versiones de los militares participantes en la operación, cuando se inició el enfrentamiento con quienes viajaban en la motocicleta, dos de los pasajeros se apearon del vehículo y empezaron a correr en dirección inversa a la que se encontraban los militares, posición en la cual era aún más difícil para los supuestos guerrilleros reaccionar con sus armas en una forma que pudiera implicar riesgo para los militares que se encontraban a sus espaldas. Además, en estas circunstancias, sería de esperar que las heridas recibidas por la occisa lo fueran en la parte posterior de su cuerpo, pero lo que se observa es que la herida mortal recibida por la señora Omaira Madariaga Carballo, se propinó en el lado izquierdo de la cabeza, lo que tampoco es compatible con la forma en que los integrantes de la patrulla militar pretenden explicar los hechos.

18.5.4. El anterior análisis se refuerza aún más cuando se revisa lo que consta en las necropsias practicadas a los cadáveres de las otras personas que fueron reportadas como muertas en combate. En efecto, en la necropsia correspondiente al cadáver del señor Diovani José Carmaño Rojas, se observa que el cuerpo presentaba una herida mortal cuyo orificio de entrada se ubicaba a nivel maxilar inferior con orificio de salida en la región occipital y biparietal (folio 111), herida respecto de la cual se pueden realizar las mismas observaciones que se hicieron en el párrafo anterior, en la medida en que se trata de una lesión que sólo podría

haberse producido con la fuente del disparo ubicada en una posición de inferioridad respecto del occiso, lo cual no sería compatible con lo que afirman los militares, quienes manifiestan que dispararon de frente a los ocupantes de la moto, o bien por la espalda cuando intentaron huir. Además, las lesiones por arma de fuego padecidas por el señor Caramaño Rojas fueron recibidas por el costado derecho del cuerpo, hecho que es abiertamente contradictorio con la forma en que se propinaron las heridas a la fallecida familiar de las hoy demandantes en reparación –recibidas en el lado izquierdo de la cabeza-, lo que constituye una inconsistencia adicional que pone en entredicho la versión de los militares participantes en la operación.

18.5.5. Otro tanto puede decirse en relación con las características de las lesiones padecidas por el señor Abimael Solano Salazar, quien presenta una herida mortal por proyectil de arma de fuego en la parte posterior del cuello, con orificio de salida en la mejilla derecha, cuya trayectoria es “*de abajo a arriba, de derecha a izquierda, de atrás hacia delante*” (folio 117), la cual sólo pudo haberse producido por un disparo recibido por la espalda, y con el arma homicida ubicada por debajo de la posición del orificio de entrada, características éstas que, una vez más, resultan contradictorias con las versiones sobre los hechos expresadas por los integrantes de la patrulla desplegada en la zona con ocasión de la orden de operaciones “*Anaconda*”.

18.5.6. La Sala considera que el hecho de que tanto el cadáver de la señora Omaira Madariaga Carballo, como los de los señores Abimael Solano Salazar y Diovani José Carmaño Rojas, presentaran impactos de arma de fuego que no pudieron haber sido propinados en las condiciones que relatan los integrantes de la patrulla, incluso algunos de ellos recibidos de forma lateral y con trayectoria de abajo hacia arriba, es indicativo de que la herida mortal les fue causada en una situación ajena a un enfrentamiento armado, pues las versiones que soportan la hipótesis contraria no están respaldadas con las características que en su momento exhibieron los cadáveres de los supuestos guerrilleros dados de baja.

18.5.7. Ahora bien, debe resaltarse en este punto que, si eventualmente se hubiera demostrado que la señora Omaira Madariaga Carballo era combatiente, entonces debería decirse que la forma en que se le dio muerte no es una reacción proporcional de legítima defensa por parte del Ejército Nacional, pues no es justificado que los actores del conflicto armado acaben con la vida de sus

contenedores cuando éstos se encuentran fuera de combate. Al respecto ha dicho al Sección Tercera:

El apoderado solicitó en el recurso de apelación que se exonere de responsabilidad a la Administración, o en su defecto que reduzca la indemnización por cuanto la conducta de la víctima fue causa eficiente en la producción del daño antijurídico, por no haber atendido las órdenes de alto de los uniformados.

Este planteamiento de la demandada no es de recibo para la Sala, por cuanto no se desprende del informe rendido por las Fuerzas Militares en relación con los hechos que condujeron a la muerte del señor Raúl Vaca Garzón, que su comportamiento ameritara, que el soldado Jairo Acosta Muñoz, disparara toda vez que, de un lado no era el procedimiento adecuado para tratar de detener a una persona que solo desatendía las órdenes de las autoridades públicas, en tanto que siempre deben las fuerzas del orden procurar causar el menor daño, pero jamás atentar directamente contra la vida de los ciudadanos, salvo en casos extremos en los que se ponga en inminente y real peligro la integridad de los uniformados. Y por cuanto la Sala ha considerado que la defensa putativa reconocida en un proceso penal, no constituye elemento suficiente para liberar de responsabilidad patrimonial al Estado, habida cuenta que subsistió una apreciación errónea de la conducta de la víctima por parte del conscripto, como lo refirió la providencia en el proceso penal²⁵.

19. De conformidad con lo antes expuesto, para la Sala es claro que el Ejército Nacional incurrió en una falla del servicio al propinar la muerte a personas no combatientes, hecho que además encuadra con lo que el derecho penal y el derecho internacional de los derechos humanos tienen señalado como un comportamiento totalmente proscrito y reprochable, que lo es la ejecución extrajudicial y sumaria de personas para hacerlas aparecer como combatientes “dados de baja”. En el caso concreto, el Estado colombiano no cumplió con la obligación que le asistía en relación con el caso de la señora Omaira Madariaga Carballo pues, además de que se le quitó la vida, no se adelantó una investigación seria y dedicada para efectos de establecer la verdad sobre las circunstancias en que se produjo su muerte, falencia que a su vez implicó que no fuera posible la reparación adecuada de los familiares de la fallecida y la imposición de sanciones y castigos para los agentes estatales involucrados en el hecho, según pasa a explicarse.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de marzo de 2005, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, radicación No. 85001-23-31-000-1995-00121-01(14808), actor: María Elina Garzón y otros, demandado: Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.

19.1. La Ley 599 de 2000 define la ejecución extrajudicial en su artículo 135, como aquella que se comete en persona protegida conforme con las normas del Derecho Internacional Humanitario, y en el párrafo del citado precepto del Código Penal se determina que “personas protegidas” son aquellas que reúnen las siguientes características²⁶:

Parágrafo. *Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario:*

1. *Los integrantes de la población civil.*
2. *Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.*
3. *Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.*
4. *El personal sanitario o religioso.*
5. *Los periodistas en emisión o corresponsales de guerra acreditados.*
6. *Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.*
7. *Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados.*
8. *Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.*

19.2. Por su parte, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, dispone que en caso de conflicto armado sin carácter internacional, las partes en contienda deben cumplir con las siguientes obligaciones:

- 1) *Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, heridas, detención, o por cualquier otra causa serán tratadas, en todas las circunstancias, con humanidad sin distinción alguno de carácter desfavorable basado en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.*

²⁶ El Código Penal Militar vigente para la época de los hechos –Decreto 2550 de 1988-, disponía que el homicidio tendría causal de agravación cuando se realice “Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, o aprovechándose de esa situación” (artículo 260 numeral 6º).

A tal efecto están y quedan prohibidas, en todo tiempo y lugar, respecto a las personas arriba aludidas:

a) Los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios.

(...)

d) Las condenas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio por un tribunal legalmente constituido y dotado de las garantías judiciales reconocidas por los pueblos civilizados.

19.3. La conducta de “ejecución extrajudicial” ha sido definida por organismos no gubernamentales como Amnistía Internacional, en los siguientes términos:

Norma básica 9. No se perpetrarán, ordenarán ni encubrirán ejecuciones extrajudiciales o “desapariciones”, y hay que incumplir órdenes de hacerlo.

No se debe privar a nadie de la vida de forma arbitraria o indiscriminada. Una ejecución extrajudicial es un homicidio ilegítimo y deliberado perpetrado u ordenado por alguna autoridad, sea nacional, estatal o local, o llevado a cabo con su aquiescencia.

El concepto de ejecución extrajudicial se compone de varios elementos importantes:

- es un acto deliberado, no accidental,

- infringe leyes nacionales como las que prohíben el asesinato, o las normas internacionales que prohíben la privación arbitraria de la vida, o ambas.

Su carácter extrajudicial es lo que la distingue de:

- un homicidio justificado en defensa propia,

- una muerte causada por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que han empleado la fuerza con arreglo a las normas internacionales,

- un homicidio en una situación de conflicto armado que no esté prohibido por el derecho internacional humanitario.

En un conflicto armado, aún cuando éste no sea internacional, tanto los soldados y agentes armados de un Estado como los combatientes de grupos políticos armados tienen prohibido llevar a cabo ejecuciones arbitrarias y sumarias. Tales actos contravienen el artículo 3 común de los convenios de Ginebra (que además prohíbe la mutilación, la tortura o el trato cruel, inhumano o degradante, la toma de rehenes y otros abusos graves contra los derechos humanos)²⁷.

²⁷ Amnistía Internacional, Unidad Didáctica II. “Dossier”. Fuerzas de Seguridad y Derechos Humanos. 24. Diez normas Básicas de derechos humanos para funcionarios encargados

19.4. En el anterior orden de ideas, y partiendo de los textos jurídicos citados en precedencia, la Sala considera que se puede hacer una definición de la conducta antijurídica de “ejecución extrajudicial” de la siguiente forma: se trata de la acción consciente y voluntaria desplegada por un agente estatal, o realizada por un particular con anuencia de aquél, por medio de la cual, en forma sumaria y arbitraria, se le quita la vida a una persona que por su condición de indefensión está protegida por el derecho internacional. En el caso de los combatientes, su asesinato puede ser considerado una ejecución extrajudicial cuando han depuesto las armas.

19.5. De conformidad con las normas pertinentes, está proscrita toda conducta realizada por agentes del Estado que pueda poner en peligro los derechos a la vida y a la integridad física de las personas ajenas a los enfrentamientos armados²⁸, como lo fue la conducta que se probó como cometida en el caso de autos por los militares que participaron en la operación desplegada en la zona rural de Curumaní –Cesar- con ocasión de la orden n.º 20, consistente en quitarle la vida a una docente no combatiente y luego exhibirla como si se tratara de una guerrillera dada de baja durante un enfrentamiento armado.

19.6. Al respecto, la Sala recuerda que los derechos a la vida, a la libertad y a la integridad personales, además de estar expresamente consagrados en el

de hacer cumplir la ley, en www.es.amnesty.org. En la parte pertinente del escrito que se está citando de la organización internacional no gubernamental, se establecen las siguientes fuentes normativas que sirvieron para la redacción de la norma transcrita: Principios Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias (principios 1 y 3), artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

²⁸ Al respecto, resulta pertinente citar la definición de “ejecución extrajudicial” que con base en las normas antes citadas hizo el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en intervención que hiciera en el “Conversatorio sobre justicia penal militar organizado por el Comité Institucional de derechos humanos y derecho internacional humanitario”, celebrado en Medellín el 14 de septiembre de 2005. En dicha intervención se dijo: *“En lo referente al homicidio perpetrado por agentes del Estado colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, es de precisar que esta conducta se identifica con lo que en el derecho internacional de los derechos humanos recibe el nombre de ejecución extrajudicial.// Hay ejecución extrajudicial cuando individuos cuya actuación compromete la responsabilidad internacional del Estado matan a una persona en acto que representa los rasgos característicos de una privación ilegítima de la vida. Por lo tanto, para que con rigor pueda hablarse de este crimen internacional la muerte de la víctima ha de ser deliberada e injustificada.// La ejecución extrajudicial debe distinguirse, pues, de los homicidios cometidos por los servidores públicos que mataron:// a. Por imprudencia, impericia, negligencia o violación del reglamento.// b. En legítima defensa.// c. En combate dentro de un conflicto armado.// d. Al hacer uso racional, necesario y proporcionado de la fuerza como encargados de hacer cumplir la ley.”*

ordenamiento interno, tienen plena protección por virtud de los tratados internacionales de derechos humanos en los que es parte Colombia²⁹ -en un típico enlace vía bloque de constitucionalidad-, de acuerdo con los cuales es obligación de los Estados impedir que se presenten situaciones de ejecuciones extrajudiciales³⁰ y, además, fomentar las políticas que sean necesarias y conducentes para que ese tipo de prácticas no se presenten.

19.7. Dentro de dichas políticas deseables a la luz del derecho internacional, el Estado colombiano debe propender por una administración de justicia que sea eficaz en el juzgamiento de los eventos en los que se presentan ejecuciones extrajudiciales, de tal manera que pueda establecerse la verdad sobre las mismas, sea posible la imposición de sanciones y castigos a aquellas personas –servidores públicos o particulares- que tengan responsabilidad en los hechos, y sea factible la reparación de los derechos de los familiares de las víctimas que han padecido esas deleznable conductas. Al respecto, en el anexo a la Resolución 1989/65 adoptada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, se establecieron los “*Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*”, en los siguientes términos:

1. Los gobiernos prohibirán por ley todas las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias y velarán porque todas esas ejecuciones se tipifiquen como delitos en su derecho penal y sean sancionables con penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de tales delitos. No podrán invocarse para justificar esas ejecuciones circunstancias excepcionales, como por ejemplo, el estado de guerra o de riesgo de guerra, la inestabilidad política interna ni ninguna otra emergencia pública. Esas ejecuciones no se llevarán a cabo en ninguna

²⁹ De acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política “*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecerán en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...).*” El Consejo de Estado –Sección Tercera- ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación con el carácter absoluto e inviolable del derecho a la vida de las personas, en aplicación de las normas del derecho interno integradas al derecho internacional de los derechos humanos. Esos criterios fueron consignados en las siguientes providencias: sentencia del 8 de julio de 2009, radicación n.º 05001-23-26-000-1993-00134-01(16974), actor: Fanny de J. Morales Gil y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Policía; sentencia del 23 de agosto de 2010, radicación n.º 05001-23-25-000-1995-00339-01(18480), actor: Pedro Saúl Cárdenas y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército; las dos providencias son con ponencia de la Consejera de Estado Ruth Stella Correa Palacio.

³⁰ En el artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se hace la siguiente previsión: “*1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por ley, nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente*”. En el numeral 2º *ibidem* se dispone que, en los países donde exista la pena de muerte, “*...sólo podrá imponerse en sentencia definitiva dictada por tribunal competente*”.

circunstancia, ni siquiera en situaciones de conflicto armado interno, abuso o uso ilegal de la fuerza por parte de un funcionario público o de una persona que actúe con carácter oficial o de una persona que obre a instigación, o con el consentimiento o la aquiescencia de aquélla, ni tampoco en situaciones en las que la muerte se produzca en prisión. Esta prohibición prevalecerá sobre los decretos promulgados por la autoridad ejecutiva.

2. Con el fin de evitar ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, los gobiernos garantizarán un control estricto, con una jerarquía de mando claramente determinada, de todos los funcionarios responsables de la captura, detención, arresto, custodia y encarcelamiento, así como de todos los funcionarios autorizados por la ley para usar la fuerza y las armas de fuego.

3. Los gobiernos prohibirán a los funcionarios superiores o autoridades públicas que den órdenes que autoricen o inciten a otras personas a llevar a cabo cualquier ejecución extralegal, arbitraria o sumaria. Toda persona tendrá el derecho y el deber de negarse a cumplir esas órdenes. En la formación de esos funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deberá hacerse hincapié en las disposiciones expuestas.

4. Se garantizará la protección eficaz, judicial o de otro tipo, a los particulares y grupos que estén en peligro de ejecución extralegal, arbitraria o sumaria, en particular aquellos que reciban amenazas de muerte.

(...)³¹

8. Los gobiernos harán cuanto esté a su alcance para evitar las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias recurriendo, por ejemplo, a la intercesión diplomática, facilitando el acceso de los demandantes a los órganos intergubernamentales o judiciales y haciendo denuncias públicas. Se utilizarán los mecanismos intergubernamentales para estudiar los informes de cada una de esas ejecuciones y adoptar medidas eficaces contra tales prácticas. Los gobiernos, incluidos los países en los que se sospeche fundadamente que se producen ejecuciones extralegales arbitrarias o sumarias, cooperarán plenamente en las investigaciones al respecto.

(...)

9. Se procederá a una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial en todos los casos en que haya sospecha de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, incluidos aquellos en los que las quejas de parientes u otros informes fiables hagan pensar que se produjo una muerte no debida a causas naturales en las circunstancias referidas. Los gobiernos mantendrán órganos y procedimientos de investigación para realizar esas indagaciones. La investigación tendrá como objetivo determinar la causa, la forma y el momento de la muerte, la persona responsable y el procedimiento o práctica que pudiera haberla provocado. Durante la investigación se realizará una autopsia adecuada, se recopilarán y analizarán todas las pruebas materiales y documentales y se recogerán las declaraciones de testigos. La

³¹ Los principios contenidos en los numerales 5, 6 y 7, cuya cita se omite, se refieren a la prohibición de la extradición de personas a países donde puedan ser sumariamente ejecutados y a la implementación de las políticas que son necesarias para evitar las ejecuciones extrajudiciales en los sitios de reclusión.

investigación distinguirá entre la muerte por causas naturales, la muerte por accidente, el suicidio y el homicidio.

10. La autoridad investigadora tendrá poderes para obtener toda la información necesaria para la investigación. Las personas que dirijan la investigación dispondrán de todos los recursos presupuestarios y técnicos necesarios para una investigación eficaz, y tendrán también facultades para obligar a los funcionarios supuestamente implicados en esas ejecuciones a comparecer y dar testimonio. Lo mismo regirá para los testigos. A tal fin, podrán citar testigos, inclusive a los funcionarios supuestamente implicados, y ordenar la presentación de pruebas.

11. En los casos en los que los procedimientos de investigación establecidos resulten insuficientes debido a la falta de competencia o de imparcialidad, a la importancia del asunto o a los indicios de existencia de una conducta habitual abusiva, así como en aquellos en los que se produzcan quejas de la familia por esas insuficiencias o haya otros motivos sustanciales para ello, los gobiernos llevarán a cabo investigaciones por conducto de una comisión de encuesta independiente o por otro procedimiento análogo. Los miembros de esa comisión serán elegidos en función de su acreditada imparcialidad, competencia o independencia personal. En particular, deberán ser independientes de cualquier institución, dependencia o persona que pueda ser objeto de la investigación. La comisión estará facultada para obtener toda la información necesaria para la investigación y la llevará a cabo conforme a lo establecido en estos Principios.

12. No podrá procederse a la inhumación, incineración, etc., del cuerpo de la persona fallecida hasta que un médico, a ser posible un experto en medicina forense, haya realizado una autopsia adecuada. Quienes realicen la autopsia tendrán acceso a todos los datos de la investigación, al lugar donde fue descubierto el cuerpo, y a aquél en el que suponga que se produjo la muerte. Si después de haber sido enterrado el cuerpo resulta necesaria una investigación, se exhumará el cuerpo sin demora y de forma adecuada para realizar una autopsia. En caso de que se descubran restos óseos, deberá procederse a desenterrarlos con las precauciones necesarias y a estudiarlos conforme a técnicas antropológicas sistemáticas.

13. El cuerpo de la persona fallecida deberá estar a disposición de quienes realicen la autopsia durante un periodo suficiente con objeto de que se pueda llevar a cabo una investigación minuciosa. En la autopsia se deberá intentar determinar, al menos, la identidad de la persona fallecida y la causa y forma de la muerte. En la medida de lo posible, deberán precisarse también el momento y el lugar en que ésta se produjo. Deberán incluirse en el informe de la autopsia fotografías detalladas en color de la persona fallecida, con el fin de documentar y corroborar las conclusiones de la investigación. El informe de la autopsia deberá describir todas y cada una de las lesiones que presente la persona fallecida e incluir cualquier indicio de tortura.

14. Con el fin de garantizar la objetividad de los resultados, es necesario que quienes realicen la autopsia puedan actuar imparcialmente y con independencia de cualesquiera personas, organizaciones o entidades potencialmente implicadas.

15. Los querellantes, los testigos, quienes realicen la investigación y sus familiares serán protegidos de actos o amenazas e violencia o de cualquier otra forma de intimidación. Quienes estén supuestamente implicados en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias serán apartados de todos los puestos que entrañen un control o poder directo o indirecto sobre los querellantes, los testigos y sus familias, así como sobre quienes practiquen las investigaciones.

16. Los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda la información pertinente a la investigación, y tendrán derecho a presentar otras pruebas. La familia del fallecido tendrá derecho a insistir en que un médico u otro representante suyo calificado esté presente en la autopsia. Una vez determinada la identidad del fallecido, se anunciará públicamente su fallecimiento, y se notificará inmediatamente a la familia o parientes. El cuerpo de la persona fallecida será devuelto a sus familiares después de completada la investigación.

17. Se redactará en un plazo razonable un informe por escrito sobre los métodos y las conclusiones de las investigaciones. El informe se publicará inmediatamente y en él se expondrán el alcance de la investigación, los procedimientos y métodos utilizados para evaluar las pruebas, y las conclusiones y recomendaciones basadas en los resultados de hecho y en la legislación aplicable. El informe expondrá también detalladamente los hechos concretos ocurridos, de acuerdo con los resultados de las investigaciones, así como las pruebas en que se basen esas conclusiones, y enumerará los nombres de los testigos que hayan prestado testimonio, a excepción de aquellos cuya identidad se mantenga reservada por razones de protección. El gobierno responderá en un plazo razonable al informe de la investigación, o indicará las medidas que se adoptarán a consecuencia de ella.

(...)

18. Los gobiernos velarán porque sean juzgadas las personas que la investigación haya identificado como participantes en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, en cualquier territorio bajo su jurisdicción. Los gobiernos harán comparecer a esas personas ante la justicia o colaborarán para extraditarlas a otros países que se propongan someterlas juicio. Este principio se aplicará con independencia de quienes sean los perpetradores o las víctimas, del lugar donde se encuentren, su nacionalidad, y el lugar en el que se cometió el delito.

19. Sin perjuicio de lo establecido en el principio 3 supra, no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias. Los funcionarios superiores, oficiales u otros funcionarios públicos podrán ser considerados responsables de actos cometidos por funcionarios sometidos a su autoridad si tuvieron una posibilidad razonable de evitar dichos actos. En ninguna circunstancia, ni siquiera en estado de guerra, de sitio o en otra emergencia pública, se otorgará inmunidad general previa de procesamiento a personas supuestamente implicadas en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias.

*20. Las familias y las personas que estén a cargo de las víctimas de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias tendrán derecho a recibir, dentro de un plazo razonable, una compensación justa y suficiente*³².

19.8. El desconocimiento de esos principios, o la falla por parte de los Estados en la implementación de las mejoras que son necesarias para prevenir y castigar en debida forma las ejecuciones extrajudiciales cometidas por agentes estatales, implican el incumplimiento de las normas de derecho internacional que consagran los derechos que se ven conculcados por ese tipo de conductas y, si los respectivos casos no son debidamente estudiados y decididos por las instancias judiciales de los respectivos países, entonces los daños que sean causados por motivo de ese incumplimiento serán, eventualmente, materia de análisis de responsabilidad en las instancias judiciales del sistema internacional de derechos humanos.

19.9. Ahora bien, en aras de concretar el papel preventivo que debe tener la jurisprudencia contencioso administrativa en casos como el presente, es pertinente que la Sala ponga de relieve que, de conformidad con observaciones hechas recientemente por el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias³³, en Colombia se ha presentado de manera recurrente, por parte de las fuerzas armadas del Estado, la práctica de quitarle la vida a personas ajenas al conflicto armado y que se encuentran en estado de indefensión, para luego presentarlas a las autoridades y a los medios de comunicación como bajas ocurridas en combate, dentro de lo que eufemísticamente ha dado en llamarse por la opinión pública “falsos positivos”. Al respecto dijo el relator:

Las fuerzas de seguridad han perpetrado un elevado número de asesinatos premeditados de civiles y han presentado fraudulentamente a esos civiles como “bajas en combate”. Aunque al parecer estos llamados falsos positivos no respondían a una política de Estado,

³² La resolución que se cita fue objeto de acompañamiento y reiteración en la Resolución n.º 44/162 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada en la 82ª sesión plenaria de la asamblea, celebrada el 15 de diciembre de 1989, en la cual se dijo que la asamblea “*hace suyos... los principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, enunciados en el anexo a la resolución 1989/65 del Consejo Económico y Social, de 24 de mayo de 1989*”.

³³ Informe dirigido a la Asamblea General de la ONU por el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, Philip Alston, presentado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 14 periodo de sesiones, Tema 3 de la agenda, “*Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*”, distribuido al público el 31 de marzo de 2010. El aludido informe también fue referido por la Sala en la ya citada sentencia del 14 de marzo de 2011 (C.P. Stella Conto Díaz del Castillo). Ver *supra* nota al pie n.º 22.

tampoco fueron hechos aislados. Esos homicidios fueron cometidos por un gran número de unidades militares y en todo el país. Se produjeron porque las unidades militares se sintieron presionadas para demostrar que su lucha contra las guerrillas tenía resultados positivos a través del “número de bajas”. Hubo además algunos alicientes: un sistema oficioso de incentivos ofrecidos a los soldados para que produjeran bajas y un sistema oficial de incentivos ofrecidos a los civiles para que proporcionaran información que condujera a la captura o muerte de guerrilleros. Este último sistema careció de supervisión y transparencia. En general, hubo falta fundamental de rendición de cuentas y problemas en todas las etapas de los procesos disciplinarios y de investigación.

19.10. En relación con el *modus operandi* de los llamados “falsos positivos”, el relator de la ONU hizo la siguiente observación:

(...) Una vez que estas víctimas son asesinadas, las fuerzas militares organizan un montaje de la escena, con distintos grados de habilidad, para que parezca un homicidio legítimo ocurrido en combate. El montaje puede entrañar, entre otras cosas, poner armas en manos de las víctimas; disparar armas de las manos de las víctimas; cambiar su ropa por indumentaria de combate u otras prendas asociadas con los guerrilleros; o calzarlas con botas de combate. Las víctimas son presentadas por los militares y anunciadas a la prensa como guerrilleros o delincuentes abatidos en combate. A menudo se entierra a las víctimas sin haberlas identificado (bajo nombre desconocido), y en algunos casos en fosas comunes³⁴.

19.11. De modo que resulta de la mayor importancia para el Consejo de Estado poner de relieve, en casos como el presente, las inapropiadas conductas cometidas por los agentes estatales, con la finalidad de sentar un precedente que obligue a la administración pública a eliminar de raíz este tipo de conductas, y para que el caso reciba la reparación debida que haga innecesaria la recurrencia de los ciudadanos ante las instancias internacionales.

³⁴ En el informe se hace un relato de las posibles causas por las que el relator de la ONU considera que se ha propiciado la práctica de las ejecuciones judiciales en Colombia, entre los que se encuentran: presiones ejercidas por los mandos militares para la obtención de resultados en los combates; el régimen de recompensas estatuido en las fuerzas militares; en relación con la responsabilidad penal de las personas involucradas en los homicidios, en el informe se considera que la “falta de atribución de responsabilidad penal ha sido un factor clave” pues “los soldados sabían que podían cometer tales actos y salir impunes”, y se destaca la dificultad que tienen los órganos investigativos como el Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía para llevar a cabo los levantamientos de los cadáveres en forma apropiada; y, finalmente, la atribución de competencias a la jurisdicción penal militar para el juzgamiento criminal de los casos relacionados con ejecuciones extrajudiciales, cuando lo cierto es que el conocimiento de los mismos debería recaer en la jurisdicción ordinaria.

19.12. Así las cosas, aplicados al caso particular los criterios antes señalados, la Sala sostiene la tesis de que la muerte de la señora Omaira Madariaga Carballo ocurrió como consecuencia de una ejecución extrajudicial efectuada por el Ejército Nacional, pues se trata de un homicidio efectuado deliberadamente por agentes estatales, sin que se hubiera demostrado que la víctima fuera combatiente, en circunstancias en las cuales tampoco pudo acreditarse por la entidad demandada que el hecho se hubiera producido con ocasión de un combate o en cumplimiento legítimo y proporcional de las funciones que correspondían al cuerpo militar desplazado a la zona rural del municipio de Curumaní.

20. Expuestos como quedaron los razonamientos anteriores, para la Sala es claro que en el proceso de conocimiento se encuentran acreditados todos los presupuestos necesarios para que pueda predicarse la falla del servicio de la conducta asumida por el Ejército Nacional por intermedio de sus agentes, en la medida en que las pruebas arrimadas al proceso dan pie para concluir que los militares participantes en el operativo llevado a cabo el 28 de agosto de 1997, le quitaron la vida a la señora Omaira Madariaga Carballo, en situaciones ajenas al desarrollo de un enfrentamiento armado que nunca existió, e hicieron aparecer a la mencionada señora como si se tratara de una guerrillera dada de baja durante un combate, hecho que amerita la indemnización a favor de la parte demandante, situaciones todas estas que implican la condena patrimonial a cargo de la entidad demandada.

21. No obstante, la Sala debe precisar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas, dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, debe atender a los **principios de reparación integral y de equidad**. Esto significa que, en los procesos en los que se juzgue la responsabilidad patrimonial del Estado, el juez de lo contencioso administrativo deberá verificar con qué potestades y facultades cuenta para lograr el resarcimiento pleno del perjuicio y el restablecimiento de los derechos conculcados.

22. Por regla general, estas facultades se encuentran limitadas por los principios de congruencia, de jurisdicción rogada y *de no reformatio in pejus*, de manera que para que proceda el reconocimiento de medidas tanto de carácter compensatorio –como son la indemnización de los perjuicios morales y materiales causados–

como de carácter restitutorio, es necesario que exista una petición expresa de la parte demandante en tal sentido.

23. Con todo, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado³⁵, existen casos en los que el juez puede ordenar medidas de carácter no pecuniario, que atiendan a la reparación integral del daño, aunque ello conlleve el desconocimiento de los mencionados principios procesales. Esto ocurre cuando se juzga la responsabilidad del Estado por graves violaciones de los derechos humanos pues, en estos eventos, la obligación de reparar integralmente el daño surge, principalmente, de distintos tratados y convenios de derechos humanos ratificados por Colombia que prevalecen en el orden interno³⁶, pero también de otros instrumentos de derecho internacional³⁷ que, aunque no tienen carácter estrictamente vinculante –razón por la cual se los denomina “*derecho blando*” o “*soft law*”–, gozan de cierta relevancia jurídica y práctica en el ámbito internacional y nacional en tanto exhiben “*una clara e inequívoca vocación axiológica o normativa general*”³⁸ y sirven como “*criterio[s] auxiliar[es] de interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos*”³⁹.

24. Así las cosas, se ha considerado que es posible establecer restricciones a los principios de congruencia, jurisdicción rogada y no *reformatio in pejus* con el fin, bien sea de dar cumplimiento a los mandatos contenidos en normas

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 21 de febrero de 2001, exp. 20046, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de 26 de marzo de 2009, exp. 17.794, C.P. Enrique Gil Botero; de 20 de febrero de 2008, exp. 16996 C.P. Enrique Gil Botero.

³⁶ Entre ellos, la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 63), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 13), y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 9). Se hace claridad en que, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, para que un tratado de derechos humanos ratificado por el Congreso prevalezca en el orden interno –en resultado de integrarse al bloque de constitucionalidad como lo ha entendido la Corte Constitucional- es necesario que se refiera a derechos ya reconocidos en la propia Constitución. Siendo así, se entiende que los tratados mencionados prevalecen en el orden interno, debido a que el derecho de las víctimas de hechos delictivos a la reparación se encuentra expresamente en el artículo 250 del ordenamiento superior.

³⁷ Entre ellos, el conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad; los Principios y directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones; la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos y de abuso de poder; y la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

³⁸ Luis Manuel Castro. “Soft law y reparaciones a víctimas de violaciones de derechos humanos: Reflexiones iniciales”, en Rodrigo Uprimny (coord.), *Reparaciones en Colombia: Análisis y propuestas*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 2009. p. 66.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-872 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

internacionales de derechos humanos con prevalencia en el orden interno, o de proteger otros derechos, valores y principios constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia.

VI. Conclusión

25. En el anterior orden de ideas, en el presente caso está demostrada la responsabilidad que le asiste al Ministerio de Defensa–Ejército Nacional, y deberá ser revocada la sentencia que en primera instancia profirió el Tribunal Administrativo de Santander-Norte de Santander y Cesar (Sala de Descongestión) por la cual se denegaron las pretensiones de la demanda para, en su lugar, declarar la responsabilidad administrativa de la entidad demandada. Adicionalmente, es procedente que la Sala adopte medidas adicionales de restitución integral de los derechos conculcados con las conductas dañosas desplegadas por el Ejército Nacional, según se explicará en los párrafos subsiguientes.

VII. Liquidación de perjuicios

26. En la demanda se solicita el reconocimiento de una indemnización por **perjuicios morales** a razón de 1 000 gramos de oro fino para la madre de la occisa –señora Elida Rosa Carballo- y de 500 gramos de oro fino para cada una de sus hermanas –las señoras Raquel María Madariaga Carballo, Emérita Madariaga Carballo y Marqueza Madariaga Carballo-.

27. De acuerdo con el criterio que ha sido adoptado por la Sala desde la sentencia del 6 de septiembre de 2001 –expediente No. 13.232-, cuando se demuestra el padecimiento de un perjuicio moral en su mayor grado, se ha reconocido una indemnización equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, reconocimiento que es el subrogado de lo que antes reconocía la Sala como mayor indemnización, que eran 1 000 gramos de oro. Se dijo por la Sala en la aludida sentencia:

En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, ha quedado clara su sujeción directa al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que, conforme a lo expresado, hace no solo necesario, sino improcedente,

el recurso a la analogía, para aplicar el Código Penal vigente, a fin de definir aspectos relativos a la valoración del daño moral.

Visto lo anterior, considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba dar aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. Como ha quedado demostrado, razones de orden jurídico, apoyadas igualmente en fundamentos de orden práctico, justifican, en la actualidad, esta decisión. Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral.

Lo anterior se expresa sin perjuicio de que, con el fin de garantizar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia en este aspecto, esta Corporación establezca pautas que sirvan de referencia a los juzgados de inferior jerarquía, cuyos fallos, sin embargo, en cuanto tasan la indemnización del perjuicio aludido, sólo podrán ser revisados por la instancia superior dentro del marco de sus competencias, dada la inexistencia de una norma prevista en ley o reglamento que pueda considerarse de obligatoria aplicación en la materia.

Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el quantum de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales (...)⁴⁰.

28. La Sala considera que la muerte de la señora Omaira Madariaga Carballo y la forma en que ésta ocurrió -violentamente y con ocultamiento de la verdad por parte de los agentes estatales que perpetraron el homicidio-, implicó una situación de gran congoja y estrés para la madre y hermanas de la occisa, por lo que es pertinente reconocer a favor de la señora Elida Rosa Carballo la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria del presente fallo, y a favor de cada una de las demás demandantes –hermanas de la víctima- la suma equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, radicación No. 66001-23-31-000-1996-3160-01(13232-15646), Belén González y otros – William Alberto González y otra, demandado: Nación – Ministerio de Transporte – Instituto Nacional de Vías –INVÍAS-.

vigentes al momento de la ejecutoria de ésta sentencia, tal como se ha reconocido en casos similares al de autos⁴¹.

29. Ahora bien, en la demanda se solicitó también el reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de **lucro cesante**. Al respecto, aunque en el proceso pudo demostrarse que la señora Omaira Madariaga Carballo ejercía una actividad de sustento antes de resultar muerta –era docente en un colegio de zona rural de Curumaní-, no pudo evidenciarse que las demandantes –hermanas y madre de la víctima-, todas ellas mayores de edad, dependieran económicamente de la occisa, por lo que no habrá lugar a reconocer los perjuicios que en este punto se analizan.

VIII. Reparación integral del daño

30. Como no es posible retrotraer el hecho causante del daño padecido por las demandantes, como lo es la muerte de la señora Omaira Madariaga Carballo, la Sala considera que es pertinente la adopción de medidas no pecuniarias encaminadas a la satisfacción y a la no repetición⁴² de las conductas que fueron materia de pronunciamiento en el presente fallo, las cuales se concretan en lo siguiente:

31. Como el hecho de la ejecución extrajudicial de la señora Omaira Madariaga Carballo fue investigado en forma deficiente por la jurisdicción penal militar, y en dicha pesquisa no pudieron establecerse las verdaderas circunstancias en que se produjo su fallecimiento, se compulsarán copias a la autoridad pertinente para que se reabra la investigación penal en relación con los hechos ocurridos el 28 de agosto de 1997 en la vereda “Quebradaseca” de zona rural del municipio de

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 28 de mayo de 2012, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación n.º 50001-23-31-000-1998-00220-01, n.º interno 23503, actor: Manuel Pinto Montenegro y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional.

⁴² La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante Resolución 2005/35 del 19 de abril de 2005, adoptó los “Principios y directrices básicos sobre el derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves al derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, y en el capítulo IX de dicha resolución – “Reparación de los años sufridos”- consagró las medidas encaminadas a la satisfacción – numeral 22- y a las garantías de no repetición –numeral 23-. Las primeras están relacionadas con la cesación de violaciones continuadas y la consecución de la verdad sobre los hechos para su divulgación. Las segundas están relacionadas con las medidas que deben adoptar los Estados para que no queden impunes las faltas cometidas por sus agentes.

Curumaní –Cesar-.

31.1. Para tal efecto, como la Corte Constitucional⁴³ y el Consejo Superior de la Judicatura⁴⁴ tienen establecido que los tribunales militares no tienen jurisdicción para juzgar crímenes cometidos por integrantes de la fuerza pública cuando éstos sean presuntamente culpables de delitos ajenos al ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, entonces se compulsarán las copias pertinentes a la Fiscalía General de la Nación, para que esa entidad adelante una investigación exhaustiva respecto de los hechos materia del presente litigio, encaminada a identificar y castigar a los responsables de la muerte de la señora Omaira Madariaga Carballo.

32. Comoquiera que los miembros del Ejército Nacional que perpetraron el homicidio de la señora Omaira Madariaga Carballo exhibieron su cadáver como si se tratara el de una persona delincuente, el Ministerio de Defensa Nacional deberá realizar una publicación de los apartes pertinentes del presente fallo, en un medio escrito de amplia circulación nacional y en uno de amplia circulación local en el departamento del Cesar, con la inclusión de un aviso en el que conste que la muerte de la señora Omaira Madariaga Carballo no ocurrió con ocasión de un combate de tropas del Batallón Guajiros con la guerrilla del ELN, sino que fue consecuencia de una ejecución extrajudicial perpetrada por los efectivos militares desplegados con ocasión de la orden de operaciones n.º 20 del 28 de agosto de 1997, expedida por el entonces comandante de la unidad militar, señor Héctor Eduardo Peña Porras, quien en aquella época detentaba el grado militar de teniente coronel al mando del Comando Operativo n.º 7 del Batallón de Contraguerrilla Guajiros. En el aviso que se publique en cumplimiento de la presente orden, se hará constar que el oficial al mando de la patrulla militar que dio muerte a la señora Omaira Madariaga Carballo, lo era el señor Miller González González, quien en aquella época detentaba el grado de teniente.

33. El Ministerio de Defensa Nacional realizará una publicación de esta sentencia en un lugar visible al público de la sede principal de dicha entidad, y la divulgará por medios escritos y magnéticos a todos los batallones y brigadas del Ejército Nacional.

⁴³ Sentencias C-358 de 1997 y C-878 de 2000.

⁴⁴ Sala Jurisdiccional Disciplinaria, providencia del 14 de agosto de 2008.

IX. Costas

34. El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 establece que se condenará en costas a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones procesales de las partes dentro del proceso, razón por la cual no se condenará en costas.

35. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –Subsección “B”-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

REVÓCASE la sentencia del 30 de marzo de 2001 proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Santander-Norte de Santander y Cesar –Sala de Descongestión-, y en su lugar se dispone:

PRIMERO. DECLÁRASE administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional de los daños padecidos por los demandantes con ocasión de la muerte de la señora Omaira Madariaga Carballo, ocurrida el 28 de agosto de 1997 en zona rural del municipio de Curumaní –Cesar-.

SEGUNDO. CONDÉNASE a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional a pagar a favor de los demandantes, a título de indemnización de perjuicios, lo siguiente:

A) A favor de la señora Elida Rosa Carballo, la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de ejecutoria de la presente sentencia, como indemnización de perjuicios morales.

B) A favor de cada uno de las señoras Raquel María Madariaga Carballo, Emérita Madariaga Carballo y Marqueza Madariaga Carballo, la suma equivalente 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de ejecutoria de la presente sentencia.

TERCERO. COMPÚLSENSE copias auténticas de la totalidad del expediente en el que consta el trámite contencioso administrativo de la referencia, con destino a la Fiscalía General de la Nación, con la finalidad de que se adelante la investigación penal que sea conducente a efectos de establecer la identidad de los responsables de la muerte de la señora Omaira Madariaga Carballo, ocurrida el 28 de agosto de 1997 en la vereda “Quebradaseca” en zona rural del municipio de Curumaní –Cesar-. La investigación tendrá por objeto castigar penalmente a los directa o indirectamente responsables en ese hecho.

CUARTO. ORDÉNASE al Ministerio de Defensa Nacional realizar una publicación de los apartes pertinentes del presente fallo, en un medio escrito de amplia circulación nacional y en uno de amplia circulación local en el departamento del Cesar, con la inclusión de un aviso en el que conste que la muerte de la señora Omaira Madariaga Carballo no ocurrió con ocasión de un combate de tropas del Batallón Guajiros con la guerrilla, sino que fue consecuencia de una ejecución extrajudicial perpetrada por los efectivos militares desplegados con ocasión de la orden de operaciones n.º 20 del 28 de agosto de 1997, expedida por el entonces comandante de la unidad militar, señor Héctor Eduardo Peña Porras, quien en aquella época detentaba el grado militar de teniente coronel al mando del Comando Operativo n.º 7. En el aviso que se publique en cumplimiento de la presente orden, se hará constar que el oficial al mando de la patrulla militar que dio muerte a la señora Omaira Madariaga Carballo, lo era el señor Miller González González, quien en aquella época detentaba el grado de teniente.

QUINTO. ORDÉNASE al Ministerio de Defensa Nacional realizar una publicación escrita de esta sentencia en un lugar visible al público de la sede principal de dicha entidad, y la divulgación de la misma providencia por medios físicos y/o magnéticos en todos los batallones y brigadas del Ejército Nacional.

SEXTO. Sin costas.

SÉPTIMO. DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

OCTAVO. Por secretaría **EXPÍDANSE** copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, las cuales se entregarán a quien acredite estar actuando como apoderado judicial dentro del

proceso.

NOVENO. En firme la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de primera instancia para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente de la Sala

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO