

EJERCITO NACIONAL - Desbordamiento en el cumplimiento de sus funciones. Falla del servicio / FALLA DEL SERVICIO - Ejército Nacional. Violación del Derecho Internacional Humanitario / FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO - Violación de normas de derecho humanitario / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Violación del Derecho Internacional Humanitario

La Sala encuentra plenamente probado que el 6 de enero y el 3 de septiembre de 1990 el Ejército Nacional, a través de las Brigadas Móviles 1 y 2, adelantaron operaciones militares en el municipio de Yondó, jurisdicción del departamento de Antioquia, siendo afectada la vereda La Concepción, conocida también como La Concha; que tales acciones estuvieron motivadas por la posible presencia de grupos guerrilleros en la zona, información que fue verificada previamente por lo menos en cuanto se refiere al operativo efectuado el 6 de enero de 1990 y que en razón de estas medidas la población civil que habitaba la zona resultó damnificada por lo cual debió resguardarse temporalmente en un albergue ubicado en el municipio de Barrancabermeja, con apoyo de las autoridades locales, el Comité Regional de Derechos Humanos y Pastoral Social. La verificación de tales hechos sin lugar a dudas constituye un evento de falla del servicio, tal y como lo ha considerado la Corporación en casos similares al que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, falla que se ha encontrado configurada en razón de estos criterios: el “desbordamiento en el cumplimiento de sus funciones” y la violación del derecho internacional humanitario por parte del Ejército. El material probatorio al cual se hizo referencia permite a la Sala catalogar la actuación del Ejército Nacional como desbordada y excesiva; en efecto, se debe tener en cuenta que los operativos fueron sorpresivos tanto para los habitantes de la zona como para las autoridades locales, a quienes no se les previno en manera alguna a fin de que pudieran tomar medidas de resguardo y precaución, más aún en consideración a los medios ofensivos utilizados pues se trató de un ataque desde el aire, reforzado con acciones en tierra por soldados profesionales armados que además se acantonaron en el lugar por períodos considerables (entre uno y tres meses, según lo manifestado por los testigos y las autoridades locales), dando lugar a que la población se viera avocada a refugiarse en el albergue disponible en el municipio cercano de Barrancabermeja, eso sin contar con los daños materiales que tales hechos acarrearán. Por estas mismas circunstancias, tales operaciones contravienen abiertamente la normativa internacional reseñada, específicamente en cuanto a la prohibición de realizar ataques indiscriminados y a la infracción del principio de distinción; esto por cuanto que no se tomó medida alguna, o por lo menos la demandada no lo demostró, tendiente a prevenir y evitar que la población no combatiente se viera afectada con las acciones ofensivas que pretendían llevarse a cabo con la finalidad de combatir a los grupos insurgentes que al parecer operaban en la zona, máxime si se tiene en cuenta que no resultaba del todo evidente tal situación, pues apenas se tuvo en consideración lo dicho por un ‘informante’ y esto sólo en relación con los operativos del 6 de enero de 1990; además, la demandada no acreditó que al verificar la credibilidad de tal versión también se hubiera establecido la ausencia de población civil no combatiente en la zona que iba a ser objeto de ataque.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS MORALES - Condena impuesta por el tribunal en gramos oro. Modificación en salarios mínimos legales mensuales

La condena impuesta en atención a la distinción efectuada entre los demandantes que derivaron el perjuicio moral únicamente de los hechos ocurridos el 6 de enero de 1990 y quienes lo padecieron sólo en virtud del operativo del 3 de septiembre de 1990. De otra parte, en cuanto la condena impuesta lo fue en gramos de oro, habrá de modificarse en todo caso para calcularla en salarios mínimos legales

mensuales vigentes, pues en lo que se refiere a la cuantía de las indemnizaciones por perjuicios morales, debe recordarse que de acuerdo con lo expresado en sentencia del 2001, esta Sala abandonó el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980 para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicios morales; se ha considerado, en efecto, que la valoración de dichos perjuicios debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y se ha sugerido la imposición de condenas en salarios mínimos legales mensuales, lo cual impone modificar en este aspecto la sentencia de primera instancia. Nota de Relatoría: Ver sentencia de 6 de septiembre de 2001, expediente 13232- 15646 M.P. Alir E. Hernández Enríquez

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., cinco (5) de junio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 05001-23-31-000-1991-06890-01(14526)

Actor: VICTORIANO MARQUEZ Y OTROS

Demandado: NACION -MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA - APELACION SENTENCIA

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 15 de agosto de 1997, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“1. Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército por los daños y perjuicios causados por destrucción de los bienes materiales, a los señores Victoriano Márquez Hernández; Manuel Antonio Nieto Martínez; Rafael Erasmo Hernández Oliveros; José Antonio Sandoval Cáceres; Angel Pompeyo Mosquera; Jaime de Jesús Santiago; José Gustavo Alba Zapata; José Antonio Giraldo Mesa; Carlos Jiménez Campo; Eustorgio Pedroza Rueda; Hipólito Vega Ducuara; Julio Enrique Arce; Jairo Iván Ardila Tafur; Aristarco Bejarano Palomeque; José Manuel Jiménez Campo, y Harold Pedroza Bustos con ocasión de los hechos ocurridos los días 6 de enero y 3 de septiembre de 1990, en un monto de 400 gramos oro para cada uno de ellos.

Igualmente, y solo por los hechos del 6 de enero de 1990, a los señores José Eliécer Rojas, Carlos Jairo Berrío Berrío; Angel María Burbano; María Bernarda Muñoz Rojas; Sixto Mosquera; Heraclio Ballén; Leonicio Toro Berrío; José Noel Morales, y Eusebio Orduz Jerez 400 gramos oro para cada uno de ellos.

Además, sólo por los hechos del 3 de septiembre de 1990 a los señores Carmen Ramona Correa; Amparo de Jesús Pavas de Granada; Roque Cruz Melgarejo, y Martín Alonso Vergara Blanquiset, 400 gramos oro para cada uno de ellos.

2. Condénase al pago de perjuicios morales en el equivalente a 1.000 gramos de oro por los hechos del 10 de enero de 1990, en los que perdieron la vida los señores Arsenia López y Elibardo Orduz Galvis, a las siguientes personas:

Yorleida María Morales López, José Noel Morales López, Yesneira Morales López, Eusebio Orduz Jerez, y Herminia Galvis Garcés.

En todos los casos, los gramos de oro se pagarán según el valor certificado por el DANE a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

3. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

4. Si esta providencia no fuere apelada, consúltese.”

1.- ANTECEDENTES:

1.1.- La demanda.

El presente proceso corresponde a los expedientes números 916890, 917050, 916860, 917023 y 917051 cuya acumulación dispuso el Tribunal Administrativo de Antioquia en auto del 19 de marzo de 1993 (fl. 205 c.5).

Expediente No. 916890:

El 31 de octubre de 1991, el señor **VICTORIANO MÁRQUEZ HERNÁNDEZ** presentó, mediante apoderado judicial y ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, demanda de reparación directa contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, solicitando que fuera declarada responsable “*por los hechos ocurridos en la Vereda la Concepción del Municipio de Yondó Antioquia los días 6 de enero de 1990 y el 3 de septiembre del mismo año*”.

En virtud de lo dicho, el demandante pretende que se condene a la demandada al pago de los daños sufridos, así: por concepto de perjuicios morales el valor equivalente a 1.000 gramos de oro; por concepto de perjuicios materiales la suma de \$6'380.000 que corresponden al valor de los bienes perdidos por los hechos del 6 de enero de 1990 y la suma de \$2'178.000 por los bienes perdidos en los hechos ocurridos el 3 de septiembre del mismo año; de igual forma reclama como perjuicios materiales los honorarios del abogado que representa sus derechos en esta acción. (fl. 5).

La demanda así presentada fue soportada en los hechos que a continuación se resumen:

- Aproximadamente a las 5 de la mañana del día 6 de enero de 1990 en la vereda La Concepción del municipio de Yondó, *“aviones bombarderos”* del Ejército Nacional *“causaron la destrucción de casi todas las viviendas de los campesinos de la zona, disparando indiscriminadamente sobre las casas, los animales y las personas”*, dentro de las cuales se encontraba el demandante dentro de su casa junto con su familia.
- Como consecuencia de esta acción resultó herida su menor hija, quien quedó con defectos físicos de por vida; adicionalmente se vieron obligados a salir de la región porque el Ejército ocupó la zona y *“quemó las viviendas de los campesinos..., junto con todo lo que se encontraba adentro”* y tomaron los animales y cosechas *“para el sustento de la tropa”*.
- Cuando el Ejército abandonó la zona y regresaron a la parcela solo encontraron *“desolación y miseria”*, teniendo que valerse de *“dinero prestado”* para construir de nuevo su vivienda y comprar lo necesario *“para continuar trabajando y cultivando sus tierras”*.
- El día 3 de septiembre de 1990, aproximadamente a las 11:30 A.M. nuevamente el Ejército bombardeó la vereda *“y al igual que en la anterior incursión, quemaron las viviendas entre ellas la que había construido el demandante, destruyendo nuevamente todas sus pertenencias, teniendo que huir con su familia hacia Barrancabermeja a la espera de que el Ejército desocupara la región”*.

- Se afirma en la demanda que:

“Nunca les dijeron a los campesinos que se iba a efectuar un operativo militar, ni mucho menos que desocuparan la zona, después de los hechos se han enterado de que supuestamente en estas acciones el Ejército adelantaba acciones contra la guerrilla pero sabido es de que no es cierto y solo se trató de un acto de amedrantamiento a la población civil que ocupa la zona a fin de hostigarlos para que les informaran donde estaba la guerrilla, pues así se lo hicieron saber a algunos de los campesinos que fueron retenidos y ultrajados.”

- Finalmente, se adujo que el demandante ha tenido que soportar dolor y angustia porque el “bombardeo” acabó con su casa, sus cultivos, sus animales, con la tranquilidad y la economía familiar, aunado a las lesiones sufridas por su hija y a la necesidad de “abandonar sus tierras y pertenencias al Ejército”.

El 15 de noviembre de 1991, el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda, la cual se notificó en debida forma (fls. 23 a 25).

En los mismos términos fue presentada la demanda dentro del **expediente No. 916860**, siendo demandante el señor **HAROLD PEDROZA BUSTOS**. Sin embargo, por concepto de los perjuicios materiales sufridos con ocasión de los hechos ocurridos el 6 de enero de 1990, pretende una indemnización por la suma de \$8'303.000 y por los perjuicios derivados de los hechos acaecidos el 3 de septiembre de 1990, reclama la suma de \$6'110.000. (fls. 1 al 18, c. 3). La demanda fue admitida por auto del 13 de noviembre de 1991 y notificada en debida forma (fls. 20 a 22, c.3)

De igual manera se encuentra la demanda presentada el 12 de diciembre de 1991 en el **expediente No. 917051** que corresponde al señor **LEONICIO TORO BERRIO** y quien solicitó por concepto de los perjuicios materiales sufridos con ocasión de los hechos ocurridos el 6 de enero de 1990 una indemnización por la suma de \$518.000 y por los perjuicios derivados de los hechos acaecidos el 3 de septiembre de 1990, reclama la suma de \$2'119.000 (fls. 1 al 18, c. 2). La demanda fue admitida por auto del 20 de enero de 1992 y notificada en debida forma (fls. 19 a 23, c.2).

Expediente No. 917023:

El 5 de diciembre de 1991 -fls. 26 a 87 c.4-, los señores MANUEL ANTONIO NIETO MARTINEZ, RAFAEL ERASMO HERNÁNDEZ OLIVEROS, CARMEN RAMONA

CORREA, JOSE ANTONIO SANDOVAL CÁCERES, ANGEL POMPEYO MOSQUERA, JORGE ELIECER ROJAS, JAIME DE JESUS SANTIAGO, CARLOS JAIRO BERRIO BERRIO, JOSE GUSTAVO ALBA ZAPATA, AMPARO DE JESUS PAVAS DE GRANADA, ROQUE CRUZ MELGAREJO, ANGEL MARIA BURBANO, MARIA BERNARDA MUÑOZ ROJAS, MARTIN ALONSO VERGARA BLANQUISET, JOSE ANTONIO GIRALDO MEZA, CARLOS JIMENEZ CAMPO, EUSTORGIO PEDROZA RUEDA, HIPOLITO VEGA DUCUARA, JULIO ENRIQUE ARCE, SIXTO MOSQUERA, JAIRO IVAN ARDILA TAFUR, ARISTARCO BEJARANO PALOMEQUE, JOSE MANUEL JIMENEZ CAMPO, HERÁCLITO BALLÉN, obrando mediante apoderado judicial presentaron demanda de Reparación Directa en contra de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, a fin de que se le declare responsable por los hechos ocurridos los días 6 de enero y 3 de septiembre de 1990 en la vereda La Concepción del municipio de Yondó, departamento de Antioquia.

Los hechos a que alude la demanda son los siguientes:

-Aproximadamente a las 5 de la mañana del 6 de enero de 1990 sorpresivamente el Ejército Nacional llevó a cabo un *“bombardeo indiscriminado contra los habitantes, sus casas de habitación y ganados, viéndose los campesinos obligados a salir rápidamente de sus viviendas dejando abandonadas todas sus pertenencias”*, debieron refugiarse en las veredas vecinas y llegaron incluso hasta el municipio de Barrancabermeja, dejando todo atrás.

- Luego del bombardeo, el Ejército ocupó la región *“acabando de destruir lo que el bombardeo había dejado en pie”*, hasta que con ayuda de la Cruz Roja, la Personería de Yondó y delegados de derechos humanos pudieron regresar para encontrar que *“ya todos sus bienes habían desaparecido unos consumidos por el fuego, otros por los soldados y otros por los animales”*, razón por la cual tuvieron que *“volver a iniciar de nuevo”*.

- Pese a la *“paz aparente de que gozaban”*, nuevamente el 3 de septiembre de 1990 el Ejército repitió *“su operativo contra los campesinos de la vereda”*, destruyendo sus bienes y además agrediendo a los campesinos.

Debido a este suceso, se refugiaron en distintos albergues sin que se tenga conocimiento de investigación o sanción alguna contra los responsables de

tales hechos, más aún teniendo en cuenta que *“Si los operativos militares realizados eran acciones contra la guerrilla, el ejército ha debido evacuar primero a los campesinos que nada tienen que ver con estas actividades”*.

En razón a lo anterior, los demandantes solicitaron que la entidad demandada fuera condenada a pagar, a cada uno de ellos, el valor equivalente a 1.000 gramos de oro como reparación de los perjuicios morales sufridos por *“el dolor y la angustia”* soportada *“al ver destruidos todos sus bienes y avocados a la miseria”* y *“reducido a cenizas el trabajo de tantos años”*, teniendo que *“abandonar temporalmente sus tierras y su vida de campo a la espera de que el Ejército cesara sus hostilidades para poder regresar a mirar desolación y tristeza”*.

Por concepto de perjuicios materiales solicitaron para cada uno de los demandantes el reconocimiento de los gastos por honorarios de abogado, así como los siguientes valores que corresponden, según ellos, a los bienes perdidos o destruidos con ocasión de las operaciones del Ejército durante los días 6 de enero y 3 de septiembre de 1990:

MANUEL ANTONIO NIETO MARTINEZ	\$ 8'174.500
RAFAEL ERASMO HERNÁNDEZ OLIVEROS	\$ 5'255.000
CARMEN RAMONA CORREA	\$ 1'420.000
JOSE ANTONIO SANDOVAL CÁCERES	\$ 5'372.000
ANGEL POMPEYO MOSQUERA	\$32'251.500
JORGE ELIECER ROJAS	\$ 2'085.000
JAIME DE JESUS SANTIAGO	\$11'527.000
CARLOS JAIRO BERRIO BERRIO	\$ 7'245.000
JOSE GUSTAVO ALBA ZAPATA	\$ 4'359.000
AMPARO DE JESUS PAVAS DE GRANADA	\$ 2'540.000
ROQUE CRUZ MELGAREJO	\$33'900.000
ANGEL MARIA BURBANO	\$ 5'546.000
MARIA BERNARDA MUÑOZ ROJAS	\$ 1'232.000
MARTIN ALONSO VERGARA BLANQUISET	\$ 3'210.000
JOSE ANTONIO GIRALDO MEZA	\$ 9'100.000
CARLOS JIMENEZ CAMPO	\$20'700.000
EUSTORGIO PEDROZA RUEDA	\$47'200.000
HIPOLITO VEGA DUCUARA	\$20'345.000
JULIO ENRIQUE ARCE	\$14'770.000

SIXTO MOSQUERA	\$ 6'627.000
JAIRO IVAN ARDILA TAFUR	\$ 3'583.000
ARISTARCO BEJARANO PALOMEQUE	\$15'566.500
JOSE MANUEL JIMENEZ CAMPO	\$ 7'950.000
HERÁCLITO BALLÉN	\$ 4'110.000

La demanda fue admitida por auto del 3 de febrero de 1992 y notificada en debida forma (fls. 100 a 102, c.4)

Expediente No. 917050:

El 12 de diciembre de 1991 -fls. 17 a 35 c.1-, el señor JOSE NOEL MORALES ZAPATA, actuando en nombre propio y de sus menores hijos ANAIS, YORLEIDA MARIA, JOSE NOEL y YESNEIRA MORALES LOPEZ, así como los señores EUSEBIO ORDUZ JEREZ y HERMINIA GALVIS DE ORDUZ, obrando mediante apoderado judicial, presentaron demanda de Reparación Directa en contra de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, a fin de que se le declare responsable por los hechos ocurridos el día 6 de enero de 1990 en la vereda La Concepción del municipio de Yondó, departamento de Antioquia.

Los hechos a que alude la demanda son los siguientes:

- Aproximadamente a las 5 de la mañana del 6 de enero de 1990 el Ejército Nacional *“comenzó el bombardeo contra la población civil”* y el señor JOSE NOEL MORALES ZAPATA junto con su compañera permanente ARSENIA LOPEZ CAMARGO salieron de su casa con sus cuatro hijos menores de edad, buscando protección, pero JOSE NOEL fue *“detenido por el EJERCITO NACIONAL, torturado y ultrajado con el único fin de que informara dónde se encontraba la guerrilla”*.

Mientras tanto su señora que *“buscaba refugio”* y se transportaba en una chalupa el día 10 de enero de 1990 fue interceptada, junto con otras personas, *“por una flotilla naval que se encontraba patrullando”* y resultó muerta la señora ARSENIA LÓPEZ al tiempo que fue herida su menor hija ANAIS con *“secuelas de por vida”*.

En esa misma fecha y por la acción de la misma flotilla naval, también perdió la vida el señor ELIBARDO ORDUZ GALVIS.

- A más de lo anterior, el 6 de enero de 1990 EUSEBIO ORDUZ y HERMINIA GALVIS, habitantes de la región de San Lorenzo, aledaña a la vereda La Concepción, *“también fueron sorprendidos por el bombardeo de la población civil”*, quedando algunos de sus bienes consumidos por la tropa o destruidos por causa del bombardeo.

- Aducen los demandantes que el Ejército *“ha entorpecido las investigaciones”* por estos hechos recogiendo *“todo documento que diera cuenta de estos muertos”*.

En razón a lo anterior, los demandantes solicitaron que la entidad demandada fuera condenada a pagar, a cada uno de ellos, el valor equivalente a 1.000 gramos de oro como reparación de los perjuicios morales sufridos, los cuales *“saltan a la vista ante la magnitud de los hechos relatados”*, que dejan *“una profunda huella en quien lo sufre, en quienes tienen que convivir con el dolor de perder a sus seres queridos y perder sus bienes.”*

Por concepto de perjuicios materiales solicitaron para cada uno de los demandantes el reconocimiento de los gastos por honorarios de abogado, así como los siguientes valores que corresponden, según ellos, a los bienes *“que perdieron o fueron destruidos”* por el Ejército con las acciones del 6 de enero de 1990:

Para JOSE NOEL MORALES ZAPATA la suma de \$ 5'614.000; adicionalmente los gastos funerarios del sepelio de su compañera permanente ARSENIA LOPEZ CAMARGO y los gastos que implicó la atención médica de su hija ANAIS MORALES LOPÉZ, lo cual suma \$960.000. Reclama también el pago de los perjuicios patrimoniales *“resultantes de la pérdida de la ayuda económica de que se vio privado a raíz de la muerte de su compañera permanente”*.

Para ANAIS, YORLEI, JOSE NOEL y YESNEIRA MORALES LOPEZ solicitaron el pago de los perjuicios derivados de la pérdida de alimentos a cargo de su madre ARSENIA LOPEZ CAMARGO, en el valor que se pruebe o, por razones de equidad,

en el equivalente en pesos a 4.000 gramos oro dando aplicación a los artículos 4 y 8 de la Ley 153 de 1887 y 107 del Código Penal.

Para EUSEBIO ORDUZ JEREZ se reclama la suma de \$1'186.000 por los bienes perdidos el 6 de enero de 1990 y la suma de \$900.000 por los bienes perdidos el 10 de enero de 1990.

Para EUSEBIO ORDUZ JEREZ y HERMINIA GALVIS DE ORDUZ se reclama el pago de \$300.000 por concepto de los gastos funerarios de su hijo ELIBARDO ORDUZ GALVIS; de igual forma reclaman el resarcimiento de la pérdida de ayuda económica y la posibilidad de exigir alimentos a su hijo fallecido en el valor que se pruebe o, por razones de equidad en el equivalente en pesos a 4.000 gramos oro dando aplicación a los artículos 4 y 8 de la Ley 153 de 1887 y 107 del Código Penal.

La demanda fue admitida por auto del 9 de diciembre de 1991 y notificada en debida forma (fls. 37, 43, 44 c.1)

1.2.- La contestación de la demanda.

En el trámite de los expedientes 916890, 916860 y 917051, la apoderada de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, contestó la demanda y solicitó la práctica de pruebas con el fin de demostrar que su defendida (fls. 27, 28 c.5; fls. 32,33 c. 3; fls. 26,27 c.2):

“no es responsable de los hechos aducidos en el libelo demandatorio, dando cumplimiento al objetivo para lo cual fueron creados como son la defensa de la soberanía, la independencia y la integridad del territorio Nacional y del orden constitucional ... por lo tanto no se le puede indilgar (sic) responsabilidad alguna por estar haciendo presencia y enfrentando a los grupos alzados en armas que están en contra del orden constitucional, no existe relación causal entre los hechos y el daño aducido por el actor, ya que dicha conducta es producto de los grupos subversivos que buscan desestabilizar la tranquilidad del pueblo colombiano, no siendo responsable la Nación de los actos de ellos ni los surtidos para contrarrestarlos.”

En el trámite de los expedientes 917023 y 917050 se argumentó además que (fl. 105, c.4; fls. 46,47 c.1):

“La conducta asumida por el ente demandado fue acorde a las Normas Constitucionales y Legales, en ningún momento se configuró la culpa o negligencia al actuar, como es proteger a las personas y bienes que se ven afectadas por los enemigos del orden y la tranquilidad social, que a través del secuestro, extorsión, destrucción de oleoductos y ataques a la

población militar y civil pretenden obtener su objetivo, como es acabar con la estructura social y económica, es la forma como demuestran su inconformidad.

Por tanto no puede ahora responsabilizar al estado por querer defender su estado de derecho, si bien es cierto se deja actuar a dicho personal, entonces reclaman por falta o falla en el servicio por omisión por no actuar contra el enemigo, pero una vez se entra en contacto con el enemigo ya que no hay otra forma, ellos atacan con armas aún de mejor calidad que las del mismo ejército...”.

1.3.- Alegatos de conclusión.

Vencido el período probatorio, en providencia del 9 de abril de 1996 el Tribunal corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl.307, c.5).

La apoderada de la parte demandada describió el traslado solicitando tener en cuenta lo dicho al contestar la demanda y, además, que según quedó probado el sitio atacado *“era un campamento de las FARC, con escuela de entrenamientos de cuadros”*, siendo *“imposible para las Fuerzas armadas saber quién es quién”*.

Así mismo, adujo que los demandantes no probaron ser los propietarios de los inmuebles, bienes, cultivos y demás elementos por los cuales reclaman la indemnización; de igual forma, adujo que la jurisprudencia ha sido reiterativa en afirmar que *“la pérdida de bienes materiales, no ocasiona perjuicio moral alguno”*. Que en el caso de María Arcenia López y Elibardo Orduz el Estado no es responsable de su muerte porque *“fueron encontrados con los demás subversivos que le hicieron frente a las fuerzas armadas”*.

De otra parte, sostuvo que no se probaron las aducidas lesiones sufridas por la menor Anais Morales López, como tampoco que ésta menor, junto con sus hermanos Yarleida, José Noe y Yesnera fueran hijas de María Arcenia López. (fls. 308 a 311, c.5)

El Ministerio Público conceptuó diciendo que se encontraba probada la acción del Ejército en una *“descomunada operación militar”* que lesionó los derechos de los demandantes, lo cual *“constituye una falla en el servicio causante de daños y perjuicios que comprometieron la responsabilidad del Estado y que es preciso indemnizar”*.

Sin embargo, señaló que no está probada la existencia de los bienes afectados, lo cual imposibilita determinar su valor para cuantificar la respectiva indemnización, aspecto sobre el cual el dictamen pericial tampoco resulta demostrativo de tal situación. (fls. 314, 315 c.5).

La parte actora guardó silencio.

1.4.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, en sentencia del 15 de agosto de 1997¹, decidió declarar la responsabilidad patrimonial de la entidad pública demandada, al encontrar probado que el Ejército Nacional incursionó durante los días 6 de enero y 3 de septiembre de 1993 en las veredas La Concepción y San Lorenzo del Municipio de Yondó, departamento de Antioquia y que estas acciones dieron lugar a la destrucción de “casas, sembrados, muebles, utensilios de cocina, etc.”, con lo cual los demandantes sufrieron “*detrimento en sus patrimonios*” y por esa razón deben ser indemnizados, en tanto:

“Derivado del art. 90 de la Carta Política de 1991, el daño antijurídico comporta una responsabilidad objetiva, directa y anónima, esto es, desvinculada de cualquier consideración respecto a culpabilidad o ilicitud de la acción que dio origen al daño. No importa entonces la existencia de una falla o irregularidad en la prestación del servicio, pues justamente esta figura se crea como reacción al insuficiente amparo que ofrece el régimen de falla del servicio.

Lo que se examina bajo esta óptica, es simplemente si la víctima sufrió un daño que no estaba obligada a soportar, esto es, una lesión que no tenía previsión en las normas legales como carga para el particular. Lo que importa en este régimen no es ya la ilegalidad o culpabilidad en la actividad de la administración, sino que el concepto que cobra fuerza es el del daño. Advertida la existencia de un daño sufrido por un particular, habrá que dilucidar si el daño fue producido por una entidad pública, y con esto es suficiente para entender que esa entidad es responsable del detrimento patrimonial o personal de la víctima, a menos claro está, que dicha entidad logre demostrar que el hecho dañoso se debió a culpa exclusiva de la víctima, a la acción exclusiva y determinante de un tercero ..., o la fuerza mayor, eventos en los cuales ella - la entidad- se exonerará de todo tipo de responsabilidad.”

Respecto de la muerte de María Arsenia López y de Elibardo Orduz, quienes perdieron la vida el día 10 de enero de 1990, dijo el Tribunal que “no existe certeza en cuanto a que los afectados con el bombardeo por parte del Ejército pertenecieran

¹ Folios 316 al 348, c.5

a células guerrilleras, y además, que en la labor de preservación del orden público no es admisible la utilización de mecanismos que puedan atentar contra gran parte de la población civil...". Agregó que aunque la única prueba válida para acreditar la muerte de una persona es el registro civil de defunción, en todo caso obran en el expediente varios documentos que acreditan el fallecimiento de las mencionadas personas.

En cuanto a la indemnización del daño moral, el Tribunal señaló que ésta pretensión se fundó en *"los daños sufridos en los bienes de los demandantes"*, aspecto sobre el cual el Consejo de Estado ha sostenido que *"la pérdida de cosas materiales, por sí misma, no amerita reconocimiento."*, pero que sin embargo:

"independientemente de los perjuicios morales a que tienen derecho algunos de los demandantes por la pérdida de sus seres queridos, también tienen derecho a ello quienes reclaman por la pérdida de lo que podría llamarse su Entorno.

No puede desconocerse el fuerte impacto psicológico sufrido por los demandantes, al ver arrasados sus cultivos, destruidas sus viviendas, muertos sus animales, extraviadas sus pertenencias. Y, esa aflicción y ofensa por las pérdidas sufridas se hace más intensa por la forma en que se produjo y que colocaba a los afectados no solo ante la imposibilidad de oponerse y resistir a los mismos, sino el natural miedo, temor y terror vivido en su momento.

(...)

Pero no es tanto en sí, la pérdida de las cosas materiales lo que en el fondo implica en el presente proceso el reconocimiento de perjuicios morales, sino de lo que ello se deriva para los afectados, esto es, los trastornos de toda naturaleza ocasionados a las condiciones de existencia y el atentado, contra un derecho fundamental como es el de la propiedad (propiedad de todo lo amenazado con la actuación del ejército), el cual adquiere tal naturaleza como lo ha sostenido la Corte Constitucional cuando el mismo está vinculado con el derecho al trabajo y a la subsistencia ..., la desazón y la congoja, el pesar y la afrenta que produjo en los demandantes la acción Estatal, que arrasó con sus pertenencias, los DESPLAZADOS, así fuese temporalmente de sus sitios de laboreo, colocándolos frente a un futuro sin salida clara y enfrentándolos a un "Nuevo comenzar".

El desplazamiento conlleva al deterioro de la calidad de vida, debido al abandono de las pertenencias y de la ocupación cotidiana; se rompe la unidad familiar y se pierde el significado de la vida en común."

Fundado en estas consideraciones, el Tribunal fijó como indemnización por daño moral el valor equivalente a 400 gramos oro para los demandantes afectados por los hechos ocurridos el 6 de enero y el 3 de septiembre de 1990.

De otra parte, en cuanto al daño moral sufrido por algunos de los demandantes con la muerte de Arsenia López y Elibardo Orduz, reconoció el equivalente a 1000 gramos oro, excepción hecha respecto del demandante José Noel Morales Zapata, quien no probó su condición de compañero permanente de Arsenia López; en cuanto a la menor Anais Morales López el Tribunal también denegó las pretensiones de la demanda al encontrar la inexistencia de poder para demandar, además de no haber sido acreditadas las lesiones de las cuales se dijo ser víctima.

Finalmente, el Tribunal decidió negar los perjuicios materiales reclamados por los demandantes al no encontrar en el expediente *“ningún medio de prueba que conduzca a afirmar que efectivamente y realmente el perjuicio sufrido por cada demandante, lo fue en la forma en que aparece reseñado en la demanda.”*; advirtió el Tribunal que aun cuando se practicó un dictamen pericial, éste *“carece de relevancia”* porque el avalúo de los daños, según lo afirmaron los mismos peritos, se realizó únicamente con base en lo dicho en la demanda, pero sin constatar su existencia.

Uno de los magistrados que integraron la Sala de Decisión del Tribunal suscribió la providencia con Salvamento el Voto al considerar que en el presente caso no había lugar a la acumulación de los procesos respecto de los cuales se profirió la sentencia, porque los hechos tuvieron ocurrencia en lugares y fechas diferentes y están sujetos a términos de caducidad distintos por lo cual no podían acumularse en una sola demanda, ni el Tribunal tenía competencia territorial para conocer de todas ellas. (fls. 349, 350 c.5).

1.5.- El recurso de apelación.

El apoderado de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional se opuso a la sentencia proferida por el *a quo* y solicitó su revocatoria -fls. 359, 360 c.5- argumentando que los testimonios recepcionados en el proceso *“expresaron las recomendaciones por parte de la tropa a los habitantes de la vereda de no retirarse (sic) de sus casas resguardarse y esperar”* y que tales recomendaciones no fueron atendidas por Arsenia López y Elibardo Orduz, luego, ellos *“bajo su propio riesgo se expusieron innecesariamente, sorprendiendo igualmente que fueran encontrados al igual que los subversivos que se enfrentaron e hirieron al personal de la tropa, resultando luego del operativo como presuntamente muertas”*. Adicionalmente, que

tampoco se acreditó, con las formalidades exigidas por el Decreto 1260 de 1970, el fallecimiento de estas personas.

De otra parte, el apelante cuestionó la decisión del Tribunal en el sentido de reconocer perjuicios morales por la pérdida del entorno, cuando lo cierto es que los perjuicios morales fueron solicitados por la pérdida de los bienes, y en esa medida el Tribunal modificó las pretensiones de los actores, además de no verificarse la existencia de tales perjuicios.

Adujo finalmente que no está debidamente probado que Yorleida, José Noel y Esneira Morales López sean hijos de José Noel Morales, quién demandó en nombre de éstos invocando su calidad de padre con el fin de reclamar los perjuicios a ellos causados por la muerte de su madre Arsenia López y las lesiones causadas a su hija menor Anais Morales López.

El Tribunal concedió el recurso de apelación mediante providencia del 29 de octubre de 1997 y el 11 de marzo de 1998 fue admitido por esta Corporación. (fls. 353 y 362, c. 5).

El 23 de abril de 1998 se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl. 364 c. 3).

Dentro de dicho término el apoderado de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, reiteró textualmente las argumentaciones presentadas en la sustentación del recurso y señaló que no había lugar a declarar la responsabilidad patrimonial de la demandada, por lo cual solicitó, en consecuencia, la revocatoria del fallo impugnado. (fls. 365 a 369, c.3).

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

2.- CONSIDERACIONES

Con el fin de resolver el recurso de apelación en el presente proceso, la Sala abordará los siguientes aspectos. i) Delimitación de la competencia de la Sala, ii) Precisiones respecto del régimen de responsabilidad aplicable, iii) Situación Probatoria y iv) Determinación de la responsabilidad del Estado en el caso

concreto; de encontrarse acreditada la responsabilidad estatal se abordará el tema atinente a la indemnización de perjuicios.

2.1. Delimitación de la competencia de la Sala:

El recurso de apelación del cual conoce la Sala en esta oportunidad fue interpuesto únicamente por la entidad pública demandada y en esa medida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, se entiende interpuesto en lo que a dicha parte le resulte desfavorable.

Se advierte entonces que la Sala únicamente verificará si estuvo o no acertada la decisión del Tribunal de instancia al declarar la responsabilidad patrimonial de la Nación - Ministerio de Defensa- Ejército Nacional e imponerle la consecuente condena al pago de los perjuicios morales sufridos por los demandantes; se abstendrá, en cambio, de revisar la sentencia en cuanto negó los perjuicios materiales reclamados y denegó las pretensiones formuladas respecto de José Noel Morales Zapata y Anais Morales López, comoquiera que estos aspectos no fueron impugnados por los respectivos demandantes y porque además, en virtud del principio constitucional que prohíbe la *reformatio in pejus*, no sería legalmente posible agravar la situación que frente al fallo ostenta el hoy apelante único.

2.2. Precisiones respecto del régimen de responsabilidad aplicable:

El Tribunal fundó el análisis del caso en lo que consideró la instauración de la responsabilidad “*objetiva, directa y anónima*” del Estado por virtud de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, señalando, en consecuencia, que a partir de la entrada en vigencia de dicho ordenamiento “*No importa entonces la existencia de una falla o irregularidad en la prestación del servicio*”, sino “*simplemente si la víctima sufrió un daño que no estaba obligada a soportar*”.

Estas afirmaciones del Tribunal ameritan ser precisadas en tanto si bien es cierto que a partir de la Constitución Política de 1991 la interpretación inicial de la jurisprudencia frente a lo dispuesto por el artículo 90 constitucional es la que refiere el *a quo*, esto es que se trataba de una responsabilidad objetiva, tal como se sostuvo inicialmente en la sentencia del 31 de octubre de 1991, expediente 6525, no es menos cierto que dicho criterio se atenuó y finalmente se replanteó al punto que hoy en día con la línea jurisprudencial que se sigue, principalmente a

partir de la sentencia del 13 de julio de 1993², se retomaron los títulos de imputación que tradicionalmente venían sirviendo de fundamento para estructurar la responsabilidad del Estado. Al respecto la citada providencia contiene señalamientos del siguiente orden:

*“la responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pese a la tendencia objetivizante que se aprecia en el art. 90 de la C.N., continúa siendo, **por regla general**, de naturaleza subjetiva como se verá más adelante.*

Existe la tentación inicial de interpretar la mencionada disposición como consagratoria de la responsabilidad objetiva del Estado; la paulatina decantación de la jurisprudencia de la Sala conduce, sin embargo, a concluir, por una parte, que esta norma, de rango constitucional, es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de la responsabilidad patrimonial contractual o de la extracontractual; y, por otra en cuanto a esta última se refiere, que son dos los elementos basilares que la comprometen: el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo Estado.

Del daño antijurídico ha dicho la Sala en varias providencias cuyo apoyo se ha buscado en la doctrina y en la jurisprudencia españolas, que equivale a la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en obligación de soportar; de esta manera, se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo, constituyendo un elemento estructural del daño indemnizable y objetivamente comprobable. Quizás sea esta característica la que ha inclinado a pensar que ha ocurrido un tránsito, por imperio constitucional de una responsabilidad de tipo subjetivo a otro objetivo. Esa conclusión no corresponde a la realidad.

La ilicitud o antijuricidad del daño están ínsitos en el daño mismo sin referencia alguna a la licitud o ilicitud de su causa; en otras términos, el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esa doble causa corresponde, en principio a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva.

(...)

Por consiguiente, "si la palabra imputación implica... la idea de que tal o cual hecho es atribuido o puesto en conexión con determinado individuo", según lo enseña Hans Kelsen ("Teoría General del Derecho y del Estado", pág. 108), es evidente que el juzgador ha de establecer el título de imputación en relación con alguna o algunas de las tantas personas jurídicas de derecho público que estructuran el Estado, cuya existencia se justifica por la distribución de competencias.

Lo mismo se debe predicar en relación con los daños causados por los particulares que actúan investidos de función administrativa del Estado.

² Expediente 8163, actor: José Elías Rivera Arenas y otros.

Con esta orientación, es lógico concluir que la falla del servicio ha sido, en nuestro derecho, y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al juez administrativo le compete - por principio - una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación administrativa a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.

Sin perjuicio, claro está, de que, por razones jurídicas o por motivos de equidad, existan otros títulos de imputación excepcionales que determinan las diversas clases de responsabilidad sin falla, tal por ejemplo el desequilibrio ante la igualdad frente a las cargas públicas.

En este panorama se puede observar, como ya se dijo, cierta tendencia objetivizante, en cuanto al tratamiento del daño indemnizable se refiere del artículo 90 de la Constitución Política, y el mantenimiento de la falla del servicio como principal título de la imputación del daño al Estado y, por lo tanto, la conservación de la regla general de la responsabilidad subjetiva”.

Efectuadas las precisiones que anteceden, se tiene entonces que la responsabilidad de la entidad pública demandada en el asunto *sub exámine* debe aparecer configurada, en principio, a título de falla del servicio como regla general de imputación.

Para el efecto habrá de examinarse el material probatorio acopiado en los distintos procesos acumulados, cuestión que se abordará en seguida.

2.3. Situación Probatoria:

La Sala encuentra en cada uno de los expedientes acumulados el siguiente material probatorio:

Respecto del señor VICTORIANO MÁRQUEZ HERNÁNDEZ, demandante en el expediente No. 916890:

a) Según lo informado al Tribunal Administrativo de Antioquia por la Procuraduría Provincial de Barrancabermeja en el oficio número 2835 del 27 de agosto de 1992, en dicha dependencia se radicó una denuncia presentada por el señor Rafael Sarmiento Garzón en contra de miembros del Ejército Nacional por hechos ocurridos en la vereda La Concepción del municipio de Yondó el 6 de enero de 1990. Esta denuncia fue retirada directamente por el mismo denunciante el 2 de febrero de 1990 argumentando que su familia “*apareció sana y salva y sin ningún problema.*” A su turno, la Procuraduría Provincial, en providencia del 5 de febrero

de 1990, dispuso archivar la actuación “*por no existir hecho para investigar*”. (fls. 50, 58, 59 c.5)

b) Mediante el Oficio No. 1193 del 9 de septiembre de 1992, el Comandante del Batallón del Ejército Nueva Granada con sede en Barrancabermeja informó al Tribunal Administrativo de Antioquia que “*no aparecen registradas operaciones para el municipio de Yondó (Antioquia) para el año de 1990*”; así mismo, que:

“Para el período comprendido entre en 6 de enero y el 8 de septiembre de 1990, no se tiene conocimiento sobre daños contra el patrimonio económico del señor VICTORIANO MÁRQUEZ HERNÁNDEZ. Por lo cual, no se ha iniciado investigación penal contra ningún miembro de la Fuerza.”
(fl. 61 c.5)

c) En actuaciones cumplidas ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal, atendiendo la comisión impartida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, los señores Dionisio José Toro Berrío, Julio Enrique Arce, Aristarco Bejarano Palomeque, Carlos Jairo Berrío Berrío, Hipólito Vega Ducuara, Rafael Erasmo Hernández, Miguel Antonio Nieto Martínez, Eraclio Ballén, rindieron los siguientes testimonios (fls. 89 a 112, c.5):

Dionisio José Toro Berrío:

“El seis de enero que metieron la represión esa del gobierno, el ejército, nosotros salimos huyendo, tiraron una bomba, ardieron una casa, partieron una mata de coco, quemaron las casas, fueron 83 animales de aves que mataron o se comieron... todo eso fue bombardeado, todas las casas fueron quemadas (...). PREGUNTADO: Con qué clase de armas los atacaron. CONTESTO: Tiraron bombas de los helicópteros. (...). PREGUNTADO: Los militares se bajaron de los helicópteros. CONTESTO: Se bajaron y se quedaron como un mes, eran bastantes. PREGUNTADO: En qué fecha se retiraron los militares? CONTESTO: Como al mes. (...). PREGUNTADO: Durante el tiempo que permanecieron los militares en la vereda sus habitantes qué hicieron. CONTESTO: Casi todos los habitantes de la vereda nos fuimos para Barrancabermeja, para el albergue de los campesinos de la pastoral y derechos humanos, nosotros estuvimos allá más de un mes (...). PREGUNTADO: Qué fue lo que sucedió el 3 de septiembre de 1990. CONTESTO: En septiembre también metieron un operativo, tiraron bombas, nosotros salimos a correr eso fue como a las seis de la mañana, era un aguasero (sic) de balas, nosotros somos indefensos. PREGUNTADO: En esta región hay guerrilla. CONTESTO: No, hay campesinos. (...). PREGUNTADO: En el operativo del tres de septiembre qué daños causaron. CONTESTO: Teníamos levantados los ranchitos y no los volvieron a quemar,..., estuvieron más de un mes, nos volvimos a salir otra vez para el albergue. PREGUNTADO: Cuándo regresaron nuevamente a la vereda después del tres de septiembre. CONTESTO: Una gente regresó en octubre (...). PREGUNTADO: Se

afirma dentro de este proceso que no solo VICTORIANO MARQUEZ fue víctima de éstos procedimientos, que también usted, JOSE GUSTAVO ALBA, CARLOS JAIRO BERRIO, EUSTORGIO PEDROZA, JAIME DE JESUS SANTIAGO, JOSÉ ELIÉCER ROJAS y como treinta personas más, manifiéstele al Juzgado si usted conoce a las personas que le acabamos de mencionar ... CONTESTÓ: Sí, todos somos de aquí de la región, de los demás que no están hay están ROQUE CRUZ, RODRIGO RODRÍGUEZ, JOSE GIRALDO, HERNÁN VEGA y bastantes más .” (fls. 89, 90, c.5):

Julio Enrique Arce:

“PREGUNTADO: Quiénes realizaron estos operativos. CONTESTÓ: Tiene que ser el Ejército, en el segundo operativo solo se veía ejército por todas partes. (...). Los que entraron a mi casa venían de camuflado con unos escopetones largos, entraban como de a diez, ellos a mi no me maltrataron, ellos nos decían que dónde estaban los guerrilleros, nos investigaron, no me di cuenta si hubo heridos. PREGUNTADO: Qué tiempo se quedaron después del segundo operativo. CONTESTÓ: Alguito más de un mes, no nos dejaban salir de la casa nos decían que no saliéramos, que corríamos peligro, nos decían que les regaláramos plátano, ellos se metieron a la platanera y los cortaban, les vendí seis gallinas a dos mil pesos, me las pagaron ... PREGUNTADO: Los vecinos suyos en el segundo operativo qué se hicieron. CONTESTÓ: Se fueron, yo pensaba salir pero tenían todo cercado y no me dejaron. PREGUNTADO: Usted conoció a VICTORIANO MÁRQUEZ cuánto hace y en razón de qué. CONTESTÓ: Sí lo conocía era agricultor. PREGUNTADO: Qué pérdidas tuvo el señor VICTORIANO MÁRQUEZ. CONTESTÓ: El perdió la casita, los animales, las cosechas, perdió todo... en el primer operativo, en el segundo también estaba aquí, se terminó todo lo que había hecho nuevo. (...). PREGUNTADO: En estos dos operativos cuántas familias habían. CONTESTÓ: Aproximadamente unas cuarenta familias. PREGUNTADO: De estas familias, cuántas se quedaron en la región. CONTESTÓ: Una sola, la mía.” (fl. 91 vuelto, 92 c.5)

Aristarco Bejarano Palomeque:

“PREGUNTADO: Díganos quiénes fueron los que realizaron estas operaciones el 6 de enero y 3 de septiembre de 1990 en ésta vereda? CONTESTÓ: El Ejército Nacional brigada móvil no se si era la uno o dos, venían con la cara tismadas (sic) y con tiras en la cabeza. PREGUNTADO: Cómo realizaron este operativo. CONTESTÓ: Vino el avión grande, tiró hacia arriba una luz de bengala al momento de regreso venían cuatro helicópteros entraron cuatro aviones cafiris (sic) y comenzaron a tirar bombas y ninguno había visto una cosa de estas. (...). PREGUNTADO: Cuéntenos si conoce a VICTORIANO MÁRQUEZ, cuánto hace y en razón de qué. CONTESTÓ: Sí lo conozco, hace aproximadamente unos ocho años que lo distingo, amigos, vecinos, no es de mi familia. PREGUNTADO: Qué daños sufrió VICTORIANO MÁRQUEZ en éstos operativos. CONTESTÓ: El seis de enero que me diera de cuenta perdió las reces cuatro animales, de resto todo lo que tenía, me di cuenta que le quemaron la casa. PREGUNTADO: Díganos cómo era la situación económica de VICTORIANO MÁRQUEZ en estos operativos? CONTESTÓ: La situación económica de él antes del operativo no digamos que era rico, pero tenía económicamente forma de vivir, agricultor, tenía su finquita y sus animales

(...)." (fls. 94, 95 c.5)

Hipólito Vega Ducuara:

"El seis de enero eran aproximadamente las cinco y media de la mañana, cuando vimos o escuchamos un poco de aviones..., cuando al momentito oímos a una distancia más o menos de quinientos metros, oímos la primer bomba... ahí mismo nos salimos y nosotros todos asustados nos fuimos dejando la casa sola..., como nosotros no fuimos, eso quedó a disposición del ejército que eran los que operaban allí (...). "Después supimos que nos quemaron todo a los tres meses volvimos a regresar y todo era escombros y cenizas (...). En el operativo del tres de septiembre,... y a eso de las once y media de la mañana, vimos unos aviones que pasaban,..., nosotros luego que pasó eso duramos en Barranca como tres meses donde un hijo mío, luego regresamos otra vez a volver a trabajar de nuevo (...). PREGUNTADO: Díganos cuánto tiempo estuvo el ejército ocupando la vereda durante los dos operativos? CONTESTÓ: El seis de enero estuvo casi tres meses, eso fue lo que yo me demoré para ir allá, cuándo llegué ya se habían ido, estaba la zona sola, en el operativo del tres de septiembre estuvieron por hay más o menos dos meses. PREGUNTADO: Cuántas familias habían en la vereda cuando estos operativos? CONTESTÓ: Habíamos cuarenta y siete familias. PREGUNTADO: Cuántas familias quedaron damnificadas? CONTESTÓ: Todas las familias, todos perdimos, las cosechas, animales, las casas, perdimos todo. (...). PREGUNTADO: Díganos si conoce al señor VICTORIANO MÁRQUEZ, cuánto hace y en razón de qué? CONTESTÓ: Sí lo conozco hace más o menos siete años, amigos, no es de mi familia. PREGUNTADO: Díganos, don VICTORIANO MÁRQUEZ qué pérdidas sufrió en el operativo del seis de enero y tres de septiembre? CONTESTÓ: Perdió la casa, se la quemaron el seis de enero, perdió animales y los cultivos, todo el seis de enero, el tres de septiembre no se qué perdió. PREGUNTADO: Cómo era la situación económica del señor VICTORIANO MÁRQUEZ antes y después de los bombardeos? CONTESTÓ: Vivía de las cosechas, antes de los operativos militares, vivía bien con toda la familia, trabajaba de cuenta de él, tenía finquita..., después de los operativos en la miseria como todos nosotros (...). " (fl. 101 vuelto y 102, c.5)

Rafael Erasmo Hernández:

"Como a las 5:30 p.m. llegaron los helicópteros esos cuando vimos fue el plomeo ahí, nosotros no pudimos salir de la casa, todo ese día lo pasamos ahí en la casa... nos tuvimos que venir al otro día para el Bagre y al otro día para Barranca,..., nos quedamos aquí en Barranca como un mes, nos quedamos en el albergue. (...) PREGUNTADO: Cuando regresaron cómo encontraron la vereda? CONTESTÓ: Solo, logrito (sic), asolado todo acabado..., todo lo que estaba adentro lo sacaron. (...). PREGUNTADO: Cuánto tiempo permanecieron los militares en la vereda. CONTESTO: Tres meses. (...)." (fl. 104 c.5)

Manuel Antonio Nieto Martínez:

"El 6 de enero llegó primeramente a mi casa ametrallando y ahí tuvimos

que salir a la carrera, abandonamos los hogares salimos a huir a la montaña, no nos quedó otra que huir, ya más adelante oímos los helicópteros ametrallando, tirando bombas, como a los ocho días me dieron razón que nos habían quemado las casas y todo lo que teníamos nosotros no tuvimos oportunidad de sacar nada (...), después del operativo del 6 de enero volví a parar otra casa y en el operativo del 3 de septiembre me la volvieron a quemar, yo no estaba el día del operativo, yo estaba aquí en Barranca, la señora era la que estaba con los dos niños pequeños cuando ella oyó los aparatos que estaban refallando (sic) arrancó corriendo y cojió (sic) la montaña, ella no tuvo más que abandonar el hogar, yo regresé allá como mes y medio después de eso no encontré nada de lo que teníamos. (..). PREGUNTADO: Infórmele al Juzgado si antes de hacer esos bombardeos el Ejército le avisó a los campesinos que se iba a realizar un operativo militar en esa zona? CONTESTÓ: No, no recibimos aviso de ninguna persona, nosotros cuando nos vimos fue atacados por el ejército desde que llegó fue bombardeando las casas (...). PREGUNTADO: Manifiéstele al despacho las dificultades económicas que ha tenido que soportar el señor VICTORIANO MÁRQUEZ a consecuencia de los hechos ocurridos en el operativo del 6 de enero y 3 de septiembre? CONTESTÓ: ... él perdió todo, ropa, unas cosechas de maíz, animales (...). PREGUNTADO: Díganos cómo era la situación de VICTORIANO MÁRQUEZ antes de los bombardeos? CONTESTÓ: Bueno la situación económica tenía muchas formas de vivir, tenía sus bienes, no era rico pero vivía bien, tenía su casa, animales, ropa. (...)." (fls. 110, 111 vuelto, c.5)

Eraclio Ballén:

"PREGUNTADO: Dígale al Despacho qué tiempo duró ocupada la zona en los operativos del 6 de enero y 3 de septiembre de 1990 por parte de los militares? CONTESTÓ: En la primera duró como unos 55 días aproximadamente, también duraron un poco de tiempo, no tengo presente. PREGUNTADO. Manifiéstele al Despacho qué veredas fueron bombardeadas en los operativos del 6 de Enero y 3 de Septiembre de 1990. CONTESTÓ: La Concepción, en la Esperanza se oyeron tiros. (...). PREGUNTADO: Díganos Ud. Donde se encontraba el 3 de septiembre de 1990? CONTESTÓ: En la vereda Lejanías. PREGUNTADO: Usted está enterado de los daños que hubo en la vereda la Concha en el operativo del 3 de septiembre de 1990?. CONTESTÓ: Me parece que no hubieron (sic), no oí decir. PREGUNTADO: Conoce Ud. al señor VICTORIANO MÁRQUEZ? CONTESTÓ: No. (...)." (fls. 111, 112 c.5).

d) Las fotografías aportadas con la demanda -fl. 29 c.5- a efectos de demostrar cómo quedó la casa luego de los hechos ocurridos el 3 de septiembre de 1990 no pueden ser valoradas como prueba documental, en los términos previstos por el artículo 251 del C.P.C., en tanto no se sabe quién las tomó, en qué fecha, ni cuál es la representación de su contenido.

e) Se rindió un dictamen pericial (fl. 68 ss. C.5) en el cual se concluyó:

"que los daños materiales sufridos por el señor VICTORIANO MÁRQUEZ

HERNÁNDEZ en las incursiones militares acaecidas el 6 de enero de 1.990 y el 3 de septiembre del mismo año en la vereda la Concepción de este municipio de Yondó, en la finca de su propiedad ascienden a la suma total de \$12'359.000, igualmente conceptuamos que estas tierras se encuentran en óptimas condiciones para los cultivos que en esta zona son aptos de realizar como son yuca, plátano, maíz, cacao, arroz, árboles frutales, etc., sin necesidad de abonos, ni mecanizados, a pesar de las secuelas que quedaron en estas tierras con los bombardeos efectuados” (fl. 171, c.5).

El avalúo efectuado por los peritos recayó sobre los bienes que el demandante “poseía y perdió” el 6 de enero de 1990 y el 3 de septiembre del mismo año y se basó en la visita efectuada el 25 de septiembre del año 1.992 a la vereda La Concepción conocida también con el nombre de la Concha, donde se encuentra ubicada la finca del señor Márquez Hernández y

“avaluaron los daños solicitados en la demanda basados en la copia de la misma facilitada por el Juzgado por cuanto pudimos constatar que la finca y la vereda en general se encuentra en completo abandono y observamos igualmente las huellas dejadas por las bombas en esta finca y en la región y los restos de las viviendas que se ve fueron incineradas hace bastante tiempo de lo cual tomamos sendas fotografías lo mismo que de una de las bombas que no explotaron y que anexamos al presente dictamen.”

La foto aportada por los peritos, se dice “*corresponde a una bomba no explotada totalmente se encontró en la vereda la Concepción*” (fl. 173), pero al dictamen no se anexaron fotos que den cuenta del estado de las viviendas según se dijo en el dictamen.

La apoderada de la parte demandada solicitó aclaración y complementación del dictamen ya que, en su criterio, los peritos “*simplemente se limitan a aumentar las cifras aportadas en la demanda sin determinar cuál fue el criterio, cto (sic) requerido, factores que influyeron, índice o sistemas de valoración que den cuenta de dicho concepto*” (fl. 196 c.5).

Al atender la referida solicitud, los peritos señalaron que:

“no es cierto que nos hubiéramos limitado a aumentar las cifras aportadas en la demanda, pues hicimos un trabajo claro, transparente y minucioso de todos y cada uno de los bienes que pudimos comprobar perdió el señor en los hechos que dieron origen a la demanda, pues al trasladarnos al lugar de los hechos pudimos comprobar por nosotros mismos que efectivamente Márquez Hernández había sido perjudicado por los hechos de Enero y Septiembre de 1.990 durante las incursiones militares en la región.

Consultamos almacenes de electrodomésticos, almacenes de provisiones agrícolas, almacenes de depósitos de materiales, aserrios, talabarterías,

depósitos de venta de productos de consumo, la feria para establecer el precio del ganado, el mercado para comprobar el precio actual de venta de los productos agrícolas teniendo en cuenta la calidad de los mismos ..., se averiguó además el valor de la mano de obra en la construcción de las viviendas que fueron quemadas o destruidas totalmente, encontrándose de ellas en el momento de inspeccionar la finca no obstante el transcurso del tiempo los vestigios de la tragedia que allí se vivió (...).

El valor que se le dió a sus muebles y enseres y a sus ropas no fue el más alto del mercado, se hizo teniendo en cuenta la clase de ropa que ellos usan que es común en la zona, el valor de los platos y enseres de cocina que allí se utilizan, aunque no obstante se encontraron vestigios de haber tenido bienes de la mejor calidad, de ahí las investigaciones que se realizaron para efectuar el avalúo en la forma en que lo hemos efectuado.

Con base en lo anterior una vez verificados la veracidad de los daños, la existencia de los bienes, las consultas empleadas, nuestra experiencia, y, los sistemas de valoración ya referidos, procedimos a rendir nuestro concepto, avaluando los bienes sin descuidar ningún detalle que pudiera ser contundente para avaluar y precisar el valor de todos y cada uno de ellos.

Al inspeccionar el inmueble se encontraron pedazos de ropa, de utensilios de cocina, trozos de madera semidestruidos por el tiempo y las llamas que nos ayudaron a establecer la calidad de los mismos y el estado en que se encontraban al momento de los bombardeos, ..." (fls. 222, 223 c.5)

f) El Personero Municipal de Yondó remitió al Tribunal Administrativo de Antioquia un informe sobre la visita realizada el 7 de septiembre de 1990 en el cual se dejó consignado que:

"[según lo informado por] los pocos habitantes que allí se encontraron, ..., el operativo inició el día 03 de Septiembre desde las 11 y 30 de la mañana, fueron encerrados en una casa desde las 2 hasta las 5 pm. Aproximadamente 35 personas (adultos y niños)..., procedimos ir (sic) a la casa del señor RODRIGO LOPEZ, se vio que la casa estaba totalmente revolcada y todo destruido, igualmente pudimos observar que la Brigada Móvil estaba destrozando una res, para alimento de ellos,... los soldados se encuentran acantonados en una casa desde el sep. 03 - 1.990." (fl. 191, c.5)

Con dicho informe, la Personería aportó copia auténtica³ de denuncias y declaraciones, así como un listado de las personas afectadas en dichos operativos con su respectivo inventario de daños (fls. 178 a 185, 192 a 195, c.3), **documento en el cual se menciona al aquí demandante como uno de los afectados** (fl. 186, c.5).

f) El Presidente del Comité Regional para la Defensa de los Derechos Humanos

³ Código de Procedimiento Civil, artículo 254: "Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos: 1º Cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía... donde se encuentre el original o una copia auténtica."

con sede en Barrancabermeja, informó al Tribunal Administrativo de Antioquia que dicho Comité:

“tuvo conocimiento de los bombardeos ocurridos los días 6 de enero y 3 de septiembre de 1990, en la vereda La Concepción”; que por tales hechos el “campesinado ... salió en éxodo para Yondó, Antioquia y Barrancabermeja”, y que el Comité les colaboró orientándolos para la presentación de denuncias y demandas, así como “económicamente apoyándonos en las administraciones municipales de ambos municipios, para que pudieran regresar a sus respectivas veredas con elementos de primera necesidad (colchones, cobijas, mercados, etc.). Y comprometer al Gobierno para garantizar el mínimo de garantías para su retorno, ya que era el ejército quienes los que habían (sic) destruido violentamente su habitación (sic) natural”. (fl. 227 c.5)

Así mismo, que se pudieron observar daños materiales tales como:

“dieciséis (16) viviendas fueron bombardeadas y la escuela semidestruida y el material didáctico destrozado, se saquearon las viviendas campesinas y las destruyeron e incendiaron, destrucción de cultivos de maíz, plátano y yuca, trayendo como consecuencia la pérdida de sus cosechas, de la casa comunitaria de la Junta de Acción Comunal..., los semovientes: aves de corral fueron destruidas, la tienda comunitaria después de haber sido saqueada fue quemada con todo lo que tenía adentro”. (fl. 228 c.5)

Finalmente, que “como consecuencia de estos operativos efectuados por las Fuerzas Militares, Brigada Móvil 2, batallón Nueva Granada”, resultaron muertos Arsenia López y ELIBARDO Orduz y con “lesiones personales la menor Anais Morales López por parte de la Armada Nacional.” (fl. 228 c.5).

Dicho Comité anexó a éste oficio copias de fotografías y recortes de prensa del periódico Vanguardia Liberal. Las fotografías a que se hace referencia -fls 184 a 188- no pueden ser valoradas como prueba documental en los términos previstos por el artículo 251 del C.P.C., en tanto no se sabe quién las tomó, en qué fecha, ni cuál es la representación de su contenido. De igual forma, en cuanto a los recortes de prensa aportados ha de advertirse que, como lo ha dicho la Sala, “la publicación de la noticia no prueba la ocurrencia del hecho, solo da fe de los términos en que fue divulgada una noticia”.⁴

g) A folio 280 del expediente se encuentra una orden de “Contra Remisión” del Hospital Universitario Ramón González Valencia respecto de la paciente Ana Dolores Morales López, de fecha 18 de enero de 1990, en la cual se consignó

⁴ Sentencia del 2 de febrero de 2005. Expediente 27.888

como diagnóstico de ingreso “*herida de AF penetrante a cráneo*”. A folios 305 y 306 obra copia auténtica de la historia clínica correspondiente a dicha paciente.

h) A folio 301 obra copia del registro civil de nacimiento de María Arsenia López Camargo, en el cual se consigna que tal hecho ocurrió el 31 de julio de 1963 y que la inscripción del mismo tuvo lugar en San Pablo - Bolívar el 23 de julio de 1989.

Respecto del señor HAROLD PEDRAZA BUSTOS, demandante en el expediente No. 916860:

a) Con la demanda -fls. 16 a 18- se aportaron fotografías tendientes a demostrar cómo quedó la casa luego de los hechos ocurridos el 6 de enero de 1990, las cuales no pueden ser valoradas como prueba documental en los términos previstos por el artículo 251 del C.P.C., en tanto no se sabe quién las tomó, en qué fecha, ni cuál es la representación de su contenido.

b) La Procuraduría Provincial de Barrancabermeja en el oficio número 2835 de 1992 remitió al Tribunal Administrativo de Antioquia la misma información allegada al expediente número 916890, respecto del archivo de una denuncia por hechos ocurridos en la vereda La Concepción. (fls. 42 a 52, c.5).

c) Mediante el Oficio No. 1197 del 4 de septiembre de 1992, el Comandante del Batallón del Ejército A.D.A. No. 2 con sede en Barrancabermeja, informó al Tribunal Administrativo de Antioquia que el 3 de septiembre de 1990 el Batallón “*no realizó operaciones por esa área*” y que la información sobre lo ocurrido en tal fecha debía ser solicitada “*a la Brigada Móvil No. 1, con sede en Villavicencio, que en esa época realizó operaciones en esa área.*”

Respecto de las operaciones efectuadas en el mes de enero de 1990, en dicho oficio se señaló lo siguiente:

“Como antecedentes de la operación, el día 27 de diciembre se presentó en las instalaciones del Batallón el sujeto ..., quien manifestó ser integrante de la cuadrilla 24 de las FARC y reconocer la ubicación exacta de un campamento y de una escuela nacional de cuadros. (...) una vez evaluada la información, se tomó la determinación de efectuar la operación sobre el campamento y la escuela de bandoleros mencionada.

(...)

El día 06 de Enero de 1990 a las 07:15 horas, despegan del aeropuerto Yariguiez de Barrancabermeja, 2 helicópteros black hawk con tropas de la Batería de Soldados profesionales, la cual se consideró como los capacitados para este tipo de operación,..., con destino al campamento guerrillero donde fueran recibidos por fuego enemigo.

A las 8:15 del mismo día, salen otros dos helicópteros con tropas del Batallón de contraguerrillas No. 5 Los Guanes, en dirección hacia una pista de aterrizaje ubicada en una finca de la guerrilla.

Al observar que de ese objetivo se recibe fuego nutrido del grupo guerrillero, a las 8:30 horas, se ordena un bombardeo sobre este sitio.

A las 08:45 sale una segunda oleada de helicópteros... pero durante el desembarco se recibe fuego del enemigo motivo por el cual se ordena en forma inmediata ser apoyadas desde el aire por un avión artillado AC - 47 (...).

Posteriormente continúa la operación con otras bajas tanto de las propias tropas como del enemigo” (fls. 53, 54 c. 3).

d) El Personero Municipal de Yondó remitió al Tribunal Administrativo de Antioquia un informe en el cual señala que los operativos militares ocurridos entre el 6 y el 8 de enero de 1990 y el 3 de septiembre del mismo año en la vereda La Concepción, Concha y otras, “*causaron daños como fueron: muertes de aves de corral, semovientes, bienes muebles e inmuebles*”. Así mismo, que se tomaron medidas como la evacuación de la “*zona en conflicto a la población civil*” y se solicitó “*a las Fuerzas Militares por intermedio del Alto Gobierno, prudencia en los OPERATIVOS MILITARES y otras medidas de tipo preventivo*”. (fl. 61, c.3).

Con dicho informe, la Personería aportó, al igual que lo hizo en el expediente número 916890, copia auténtica⁵ de denuncias y declaraciones, así como un listado de las personas afectadas en dichos operativos con su respectivo inventario de daños, **documento en el cual aparece mencionado el aquí demandante como uno de los afectados.** (fls. 62 a 89, c.3).

e) Ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Yondó, atendiendo la comisión impartida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, los señores José Antonio Giraldo Meza, José Manuel Jiménez Campo, Martín Alonso Vergara, Amparo de Jesús Pava de Granada, rindieron los siguientes testimonios:

⁵ Código de Procedimiento Civil, artículo 254: “*Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos: 1º Cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía... donde se encuentre el original o una copia auténtica.*”

José Antonio Giraldo:

“El seis de enero de mil novecientos noventa, eran las cinco de la mañana, cuando entró un avión de esos grandes... y dio vueltas en la vereda y siguió y al ratico entró un helicóptero y... faltando un cuarto para las seis entraron cuatro avioncitos pequeñitos y se pegaron enseguida a tirar bombas, de ahí mismo entraron los helicópteros cargados de ejército y empezaron a descargar ejército en toda la vereda y nosotros al ver esto salimos en carrera, dejando todo (...). PREGUNTADO: En el operativo del 3 de septiembre de 1.990 qué sucedió? CONTESTÓ: Pues principió siendo las once de la mañana, yo estaba sembrando maíz, cuándo oímos los helicópteros, nosotros no pensábamos que fuera operativo, cuando oímos fue que comenzaron a tirar bombas (...). PREGUNTADO: Cuánto tiempo estuvo ocupada la vereda en los dos operativos. CONTESTÓ: El seis de enero estuvieron mes y medio cuarenta y cinco días metidos en la vereda y en el segundo operativo del tres de septiembre estuvieron tres meses completos, entraron el tres de septiembre y salieron el cuatro de diciembre. (...). PREGUNTADO: Díganos si usted conoce a HAROLD PEDROZA BUSTOS, cuánto hace y en razón de qué? CONTESTÓ: Si lo conozco, lo distingo desde... hace más de quince años, amigos, no es de mi familia. PREGUNTADO: Qué daños sufrió el señor con las incursiones militares? CONTESTÓ: El seis de enero de 1990, le quemaron la casa con todo lo que tenía, televisor, camas todo lo que tenía, animales, cultivos todo se lo acabaron, el tres de septiembre volvió a perder todo lo que tenía, una cosechita, le tumbaron la casa, volvieron y acabaron con todo. PREGUNTADO: Cómo era la situación económica del señor HAROLD PEDROZA BUSTOS antes de estos operativos militares? CONTESTÓ: El vivía cuadradito, tenía una situación económica buena, tenía ganadito y todas estas cosas tenía una finquita bien pulidita. PREGUNTADO: Después de los operativos militares cómo ha sido la situación económica de HAROLD PEDROZA? CONTESTÓ: Después los operativos..., la situación económica ha sido muy pésima muy mala... quedó bastante mal, no se ha podido recuperar hasta la presente, es que ninguno, todos quedamos en la ruina, perdimos todo.” (fls. 93 a 95, c.3).

José Manuel Jiménez Campo:

“PREGUNTADO: Cómo se efectuaron los operativos militares y qué sucedió? CONTESTÓ: Llegaron el seis de enero a las cinco de la mañana, el primer avión, al momento llegaron dos helicópteros, llegaron como cuatro aviones bombardeando y los helicópteros rafageando (sic) las casas de los campesinos y tirándoles bombas. (...). PREGUNTADO: En los operativos efectuados cuánto tiempo tuvieron los militares ocupada la zona? CONTESTÓ: El seis de enero estuvieron como mes y medio y en el operativo del tres de septiembre estuvieron como tres meses. (...). PREGUNTADO: Usted conoce al señor HAROLD PEDROZA BUSTOS, cuánto hace y en razón de qué? CONTESTÓ: Si lo conozco, lo conozco desde que estaba pequeño, compañeros de trabajo, no es de mi familia. PREGUNTADO: Qué perdió el señor HAROLD PEDROZA BUSTOS con los operativos efectuados el seis de enero y el 3 de septiembre de 1990? CONTESTÓ: Perdió la casa se la quemaron eso no quedó nada hay, todo lo que tenía adentro, animales, cultivos, perdió todo en el primer operativo del seis de enero y en el del tres de septiembre pues lo poquito que estábamos consiguiendo también lo perdió. PREGUNTADO: Cómo era la

situación económica del señor HAROLD PEDROZA BUSTOS antes de los operativos? CONTESTÓ: El tenía sus animalitos, tenía una situación económica buena, tenía su finca, tenía como vivir bien. PREGUNTADO: Después de los operativos militares cuál es su situación económica...? CONTESTÓ: Trabajando por ahí, quedó mal, en la miseria, porque perdió todo lo que tenía en los dos operativos.” (fls. 95 vuelto a 96, c.3).

Martín Alonso Vergara:

“El 6 de enero llegó el avión Hércules y de ahí se fue ese y vino un helicóptero, después que se fue ese llegaron cuatro aviones de esos cazabombarderos y de ahí vinieron cinco helicópteros con tropa, después que descargaron la tropa cogieron a quemar las casas y comercen (sic) los animales (...). PREGUNTADO: Cuánto tiempo permanecieron los militares en la zona o en esa vereda en los dos operativos? CONTESTÓ: En el operativo del seis de enero duraron un mes y en el del 3 de septiembre tres meses(...). PREGUNTADO: Usted conoce al señor HAROLD PEDROZA BUSTOS, cuánto hace y en razón de qué? CONTESTÓ: Sí, desde pelaos..., no es de mi familia. PREGUNTADO: Qué pérdidas sufrió HAROLD PEDROZA BUSTOS en las dos incursiones militares del seis de enero y el 3 de septiembre de 1990? CONTESTÓ: El seis de enero perdió un televisor que tenía a blanco y negro, unos cerdos, unas gallinas, las vacas, la casa la quemaron... con todo lo que había dentro; le destruyeron los cultivos, perdieron sillas de montar, una planta eléctrica, una moto sierra, un televisor a color con betamax y todo estaba nuevo una máquina de coser unas camas esto todo lo quemaron el tres de septiembre volvieron a acabar con todo lo que había logrado conseguir nuevamente. PREGUNTADO: Cómo era la situación económica de HAROLD PEDROZA BUSTOS antes del bombardeo del 6 de enero de 1990? CONTESTÓ: El tenía forma de vivir, vivía cómodamente, tenía unas vaquitas, tenía una finca buena. PREGUNTADO: Después de los bombardeos cómo es la situación económica...? CONTESTÓ: Quedó bastante mal,..., en la ruina (...). (fls. 97 a 98, c.3).

Amparo de Jesús Pava de Granada:

“El seis de enero bombardearon toda la vereda con aviones y helicópteros, quemaron las casas, las gallinas se las comieron los del ejército..., acabaron con todo, nosotros nos fuimos de ahí para Barrancabermeja al albergue campesino el tres de septiembre pasó lo mismo, volvieron a acabar con todo (...). PREGUNTADO: Cuánto tiempo estuvo militarizada la vereda en los dos operativos? CONTESTÓ: La de septiembre fueron tres meses y la de enero un mes. PREGUNTADO: Qué daños se presentaron en la vereda la concepción en estas dos incursiones militares? CONTESTÓ: El seis de enero quemaron todas las casas, donde más hubo daños fue donde HAROLD PEDROZA los cultivos se perdieron todos, mataron todos los animales y en parte se lo comieron casi todo. (...). PREGUNTADO: Usted conoce a HAROLD PEDROZA BUSTOS, cuánto hace y en razón de qué? CONTESTÓ: Sí lo conozco desde la edad de diez años lo distingo, amigos, no es de mi familia, somos vecinos. PREGUNTADO: Qué daños sufrió HAROLD PEDROZA en las dos incursiones militares del seis de enero y el 3 de septiembre de 1990? CONTESTÓ: El seis de enero le quemaron la casa, se comieron los cerdos las gallinas y unas vaquitas, perdió los cultivos de maíz, plátano y yuca, en

los dos operativos. PREGUNTADO: *Cómo era la situación económica de HAROLD PEDROZA BUSTOS antes del bombardeo del 6 de enero de 1990?* CONTESTÓ: *Vivía regular, tenía los animalitos, la casa vivía bien, tenía una situación económica estable, vivía bien con la familia.* PREGUNTADO: *Después de los operativos militares cómo es su situación económica?* CONTESTÓ: *HAROLD quedó en la ruina, para volver a comenzar de nuevo (...).*" (fl. 99, c.3).

e) Se rindió un dictamen pericial el 26 de marzo de 1993 - fls. 100 a 103 c.3- basado tanto en la visita efectuada por los peritos "a la vereda la Concepción, conocida también con el nombre de La Concha" como "en la copia de la demanda", y avaluaron los daños sufridos por el demandante con ocasión de los hechos ocurridos el 6 de enero y el 3 de septiembre de 1990.

La apoderada de la parte demandada solicitó aclaración, adición y ampliación del dictamen (fl. 119 c.3), solicitud que fue atendida por los peritos en los mismos términos a los cuales se hizo alusión en el expedientes números 916890 (fls. 134, 135 c.3).

f) Finalmente, se advierte que a folios 109 a 112 del expediente aparece sin firma alguna un documento de "desembolso" efectuado por el Secretariado de Pastoral Social de Barrancabermeja al señor Roque Cruz Melgarejo, así como un documento denominado "Pagaré de Crédito", al parecer proveniente de la misma institución; se trata de copias simples y no existe referencia alguna que dé cuenta de dónde provienen o de qué manera fueron allegados al proceso dado que la prueba de los mismos no fue decretada. Así mismo aparecen sin anexar al expediente, ni foliar, 3 fotografías.

Respecto del señor LEONICIO TORO BERRÍO, demandante en el expediente No. 917051:

a) Con la demanda -fl. 18 vuelto- se aportaron fotografías tendientes a demostrar cómo quedó la casa luego de los hechos ocurridos el 6 de enero de 1990, las cuales no pueden ser valoradas como prueba documental en los términos previstos por el artículo 251 del C.P.C., en tanto no se sabe quién las tomó, en qué fecha, ni cuál es la representación de su contenido.

b) Mediante oficio del 9 de diciembre de 1992, el Alcalde Municipal de Yondó, departamento de Antioquia, puso en conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia la siguiente información (fls. 40, 41 c. 2):

“Son innumerables los operativos militares que se han desarrollado en el área donde ha habido muertos militares y guerrilleros sin haber podido registrar el número, ya que ésta situación la manejan directamente los mandos militares, lo que sí es de aclarar es que la población civil ha sido duramente golpeada encontrándose en medio de dos fuegos Ejército - guerrilla, cuyos hechos se describen según los archivos que reposan en Personería, y que se han denunciado en su oportunidad.

(...)

Los resultados a lo anterior han sido nefastos como son pérdidas y daños en sus bienes o como son: cosechas, enseres, viviendas y semovientes.

Las medidas que se han tomado, es pedir al alto gobierno que en los casos de operativos militares, ellos se realicen con mayor prudencia del caso y que no se presente violación a los DERECHOS HUMANOS.

En 1.990

Se presentaron operativos militares durante los días 6, 7 y 8 de enero de 1.990 afectando a la población civil presentándose daño en los bienes inmuebles, en igual que enseres de la población civil; afectando a un gran número de veredas (...).

Septiembre de 1990:

Operativos por parte de la Brigada Móvil No. 1 Militar, pérdida de cosechas, dinero y otros enseres afectando a un sin número de veredas (...).”

c) La Procuraduría Provincial de Barrancabermeja en el oficio número 2835 de 1992 remitió al Tribunal Administrativo de Antioquia la misma información allegada al expediente número 916890, respecto del archivo de una denuncia por hechos ocurridos en la vereda La Concepción. (fls. 44 a 52, c.2).

d) Mediante el Oficio No. 2051 del 20 de diciembre de 1992, el Comandante del Batallón del Ejército A.D.A. No. 2 con sede en Barrancabermeja informó al Tribunal Administrativo de Antioquia que el 3 de septiembre de 1990 el Batallón “no realizó operaciones por esa área” y que la información sobre lo ocurrido en tal fecha debía ser solicitada “a la Brigada Móvil No. 1, con sede en Villavicencio, que en esa época realizó operaciones en esa área.”

Respecto de las operaciones efectuadas en el mes de enero de 1990, en dicho oficio se señaló lo siguiente:

“El día 06 de Enero de 1990 a las 07:15 horas, despegan del aeropuerto Yariguiez de Barrancabermeja, 2 helicópteros black hawk con tropas de la

Batería de Soldados profesionales, la cual se consideró como los capacitados para este tipo de operación,..., con destino al campamento guerrillero donde fueran recibidos por fuego enemigo.

A las 8:15 del mismo día, salen otros dos helicópteros con tropas del Batallón de contraiguerrillas No. 5 Los Guanes, en dirección hacia una pista de aterrizaje ubicada en una finca de la guerrilla.

El tiempo de duración de la operación fue desde el 27 - DIC - 90 hasta el 06 - ENE - 91.

No se tiene conocimiento si el señor LEONICIO TORO BERRIO, resultó afectado en su patrimonio. Ni tampoco se inició investigación penal o disciplinaria a ningún miembro de la Institución. (fl. 61 C.2)

e) El Personero Municipal de Yondó informó al Tribunal Administrativo de Antioquia que *“en los Operativos Militares del 6 de Enero y 3 de Septiembre de 1990 si causaron daño a la población civil o campesina de las Veredas la CONCEPCION en especial. La Personería se hizo presente e inspeccionó la zona”*. (fl. 65, c.2).

Con dicho informe, la Personería remitió copia auténtica⁶ de denuncias y declaraciones, así como un listado de las personas afectadas en dichos operativos con su respectivo inventario de daños, que corresponden a las mismas allegadas al expediente No. 916890. Sin embargo se observa que en dicho listado **NO se menciona al aquí demandante como damnificado con los aludidos operativos**. (fls. 186 a 190, c.5).

f) Ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Yondó, atendiendo la comisión hecha por el Tribunal Administrativo de Antioquia, los señores José Gustavo Alba Zapata, Jaime de Jesús Santiago, Hipólito Vega Ducuara, Carlos Jairo Berrío Berrío, José Antonio Giraldo Meza, Eustorgio Pedroza Rueda, Manuel Antonio Nieto Martínez y José Antonio Sandoval, rindieron testimonio:

José Gustavo Alba Zapata:

“En los operativos del seis de enero entraron los aviones como a las seis de la mañana, de ahí cogieron a bombardear toda el área ... desde esa hora salimos nosotros en huida y vinimos a salir al otro día como a las

⁶ Código de Procedimiento Civil, artículo 254: *“Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos: 1º Cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía... donde se encuentre el original o una copia auténtica.”*

cinco de la mañana, nosotros nos salimos para Barranca, la familia y otros vecinos (...). PREGUNTADO: Cuánto tiempo permaneció la región ocupada por el Ejército? CONTESTÓ: En esa vez un mes, (...). PREGUNTADO: En el operativo del tres de septiembre qué sucedió, cómo se efectuó? CONTESTÓ: Casi lo mismo que lo del seis de enero, ese si fue más tarde como a las doce del medio día, llegaron en aviones también ametrallando toda el área, hicieron daños, lo que uno estaba medio consiguiendo volvieron y lo acabaron, acabaron con todo otra vez, también salimos huyendo. PREGUNTADO: En esa oportunidad cuánto tiempo permaneció el ejército en la región? CONTESTÓ: Pues en ese tiempo duró tres meses porque eso estuvimos afuera. (...). PREGUNTADO: Usted conoce a LEONICIO TORO BERRIO, cuánto hace y en razón de qué? CONTESTÓ: Si lo distingo hace por ahí unos dieciocho años, amigos y vecinos, no es de mi familia. PREGUNTADO: ... qué daños sufrió el señor LEONICIO TORO? CONTESTÓ: Pérdidas lo mismo que todos, animales, ganado, cerdos y aves, a él le dañaron la casita, todo lo que tenía dentro de la casa se lo dañaron, a él le quemaron la casa, los dejaron en la calle... PREGUNTADO: Qué daños sufrió en el operativo del tres de septiembre... CONTESTÓ: También perdió lo poco que había conseguido. PREGUNTADO: Cómo era la situación económica del señor LEONICIO TORO antes de LOS OPERATIVOS...? CONTESTÓ: La situación económica de él era buena, tenía su finquita con animales, cultivos de yuca, maíz, arroz y hasta ajonjolí tenía, de animales tenía ganado, gallinas y cerdos, la situación económica de él era buena, vivía bien. PREGUNTADO: Después de los operativos militares cómo es su situación económica? CONTESTÓ: Muy crítica, quedó en la ruina..." (fls. 91 a 92, c.2).

Jaime de Jesús Santiago:

"El seis de enero ... a las seis de la mañana llegó y por hay como a las seis y diez minutos de la mañana llegaron aviones Cafir (sic), empezaron los aviones a bombardear y el helicóptero a disparar conjuntamente, el avión o los aviones tiraban las bombas y el helicóptero rafageaba, duraron todo el día disparando y tirando bombas hasta las seis de la tarde ... la del tres de septiembre empezó entre diez a once de la mañana, llegó otra vez ... y empezaron a disparar y a tirar cohetes, se quedaron todo el día disparando ... yo duré doce días allá en la casa de un vecino (...). PREGUNTADO: Usted conoce al señor LEONICIO TORO BERRIO, cuánto hace y en razón de qué? CONTESTÓ: ... lo conozco por hay de quince a veinte años, como campesinos nos conocemos, amigos, él no es de mi familia. PREGUNTADO: Está enterado de las pérdidas que tuvo... durante las incursiones militares del seis de enero y el 3 de septiembre de 1990? CONTESTÓ: El perdió los animalitos, tres bultos de alambre de púa nuevo, le quemaron la casa en el operativo del seis de enero, y volvió y hizo un ranchito y en el operativo del tres de septiembre se lo quemaron otra vez, acabaron con las cosechas de maíz, yuca, arroz no quedó nada, él quedó sin nada (...). PREGUNTADO: Cómo era la situación económica del señor LEONICIO TORO antes de los operativos militares del seis de enero de 1.990 y el tres de septiembre del mismo año y después de ellos? CONTESTÓ: Tenía sus vaquitas, sus animalitos, una casita buena, tenía herramientas de trabajo, todo lo perdió tenía finquita, con lo que tenía vivía cómodamente, después de los operativos el viejo quedó muy mal, viviendo

en casas ajenas, lo dejaron en la ruina por completo, todo lo que tenía lo perdió...” (fls. 93, 94, c.2).

Hipólito Vega Ducuara:

“PREGUNTADO: Usted conoce al señor LEONICIO TORO, cuánto hace y en razón de qué? CONTESTÓ: Sí, hace unos dieciséis años, lo conocí porque yo compré una finca que colinda con él vivimos como vecinos. PREGUNTADO: Está usted enterado de las pérdidas que tuvo el señor LEONICIO durante las incursiones militares del seis de enero y el 3 de septiembre de 1990? CONTESTÓ: ... de lo que yo sé fue que se le había (sic) perdido seis rollos de alambre de púa, animales,..., perdió las cosechas, las casas se las quemaron con todo, quedó sin nada lo mismo que todos. PREGUNTADO: Manifiéstele al Despacho cómo es la económica (sic) del señor LEONICIO TORO BERRÍO? CONTESTÓ: Pues más bien mala a raíz de los operativos, ahora vive donde una hija. PREGUNTADO: Cuántas familias habían en la vereda la concepción durante estos dos operativos militares? CONTESTÓ: Habían 45 familias.” (fls. 95, 95 vuelto, c.2).

Carlos Jairo Berrío Berrío:

“El seis de enero fue primero un avión grande como a las cuatro de la mañana y después bajó otra vez y a las cinco y cuarto de la mañana subió el mismo avión con seis helicópteros y tres aviones que les dicen cafir (sic) hay mismo comenzaron a bombardear la zona y yo con la familia nos tocó salir huyendo, estaban bombardeando las casas eso duró todo el día. En el bombardeo del tres de septiembre yo no estaba presente, me contaron que entraron a las doce del día y comenzaron a bombardear todo, toda la tarde (...). PREGUNTADO: En el operativo del seis de enero cuánto tiempo estuvo ocupada la vereda por el ejército? CONTESTÓ: Como veintidós días. (...) PREGUNTADO: En el operativo del tres de septiembre cuánto tiempo estuvo ocupada la vereda? CONTESTÓ: Duraron casi como casi dos meses y medio. (...). PREGUNTADO: Su padre... qué pérdidas sufrió en los operativos del seis de enero y el 3 de septiembre de 1990? CONTESTÓ: Eso fue en general, todo lo que había en la casa todo se perdió, la casa la destruyeron, la quemaron, habían cultivos de maíz, plátano y yuca, todo lo acabaron habían cerdos, gallinas y tres vaquitas, se las comieron.” (fl. 97, 97 vuelto, c.2).

José Antonio Giraldo Meza:

“PREGUNTADO: Cuánto tiempo duró el bombardeo en la concha o concepción ese seis de enero? CONTESTÓ: Duró dos días. (...). PREGUNTADO: Díganos si usted conoce al señor LEONICIO TORO BERRIO, cuánto hace y en razón de qué? CONTESTÓ: Sí lo conozco, hace más de quince años, lo distingo, muy amigo mío, no es de mi familia. PREGUNTADO: Díganos si está enterado de los daños que sufrió este señor en el operativo militar del seis de enero de 1990? CONTESTÓ: Le quemaron la casita, le botaron unos bultos de alambre de púa que tenía, le acabaron con lo que tenía, lo dejaron en la calle... los cultivos que tenía se los acabaron... la casa se la quemaron con todo lo que tenía

(...).PREGUNTADO: Antes del 6 de enero de 1990 cómo era la situación económica de este señor? CONTESTÓ: Su situación económica era muy buena, tenía gallinas, marranos, cosechas, la casita, ropita tenía de todo..." (fls. 98 a 100, c.2).

Eustorgio Pedroza Rueda:

"PREGUNTADO: Cuánto tiempo duró ocupada la vereda la concepción en el operativo del seis de enero por el ejército? CONTESTÓ: No me di cuenta cuando salieron, yo regresé al mes y ya no estaban (...). PREGUNTADO: Cómo fue el operativo del tres de septiembre? CONTESTÓ: A eso de las nueve del día, volvió un bombardeo ahí y otra vez salimos en carrera, porque quién iba a esperar una balacera de esas. (...) PREGUNTADO: Cuánto tiempo duró ocupada la vereda en ese operativo? CONTESTÓ: No me acuerdo cuánto fue pero sí duró más de cuarenta días. (...). PREGUNTADO: Díganos si usted conoce al señor LEONICIO TORO BERRIO, cuánto hace y en razón de qué? CONTESTÓ: Sí lo conozco, hace por hay unos quince años, amigos, no es de mi familia. PREGUNTADO: Qué daños sufrió el señor LEONICIO TORO en el operativo militar del seis de enero de 1990? CONTESTÓ: Le quemaron la casita también con todo lo que tenía, perdió gallinas, cerdos, el ganadito que tenía también. PREGUNTADO: En el operativo del trece de septiembre de mil novecientos noventa que daños sufrió...? CONTESTÓ: Las cosechas que tenía cuando la pastoral nos prestó la ayuda se perdió todo lo que estaba volviendo a conseguir volvió y se perdió, tenía un ranchito y se lo volvieron a acabar. (...)." (fls. 100 vuelto a 101, c.2).

Manuel Antonio Nieto Martínez:

"PREGUNTADO: Díganos si usted conoce al señor LEONICIO TORO BERRIO, cuánto hace y en razón de qué? CONTESTÓ: Sí lo conozco, hace aproximadamente unos veinte años, amigos, no es de mi familia. PREGUNTADO: Qué daños sufrió el señor LEONICIO TORO BERRIO en los operativos del seis de enero y tres de septiembre de 1990? CONTESTÓ: Ese señor le quemaron la casita el seis de enero le botaron cinco rollos de alambre de púa que no los encontró por ninguna parte, perdió y se le comieron los animales, gallinas, marranos, hasta una novilla, perdió cultivos, le destruyeron todo, en el operativo del tres de septiembre, le destruyeron la casita nuevamente, le volvieron a acabar con los cultivos, al alambre le echaban machete se le volvieron a comer los animales y todo, lo dejaron en la ruina mejor dicho de manos cruzadas (...)." (fls. 101,102, c.2).

José Antonio Sandoval:

"PREGUNTADO: Manifieste usted si conoce a Leonicio Toro Berrío, desde cuánto hace y por qué motivo? CONTESTÓ: Sí lo distingo desde hace 16 años desde que yo llegué a esa vereda, ya él vivía ahí. PREGUNTADO: Tiene Ud. conocimiento sobre qué daños recibió en sus bienes el señor LEONICIO TORO a consecuencia de esos dos operativos militares? CONTESTÓ: El tenía unos animalitos pero no sé si sufriría daños en eso o nó, él me comento que la casa se la habían quemado no se más nada

(...)." (fl. 105, c.2).

g) Se rindió un dictamen pericial el 26 de marzo de 1993 -fls. 109 a 111 c.2-basado en la visita efectuada por los peritos "a la vereda la Concepción, conocida también con el nombre de La Concha" y "en la copia de la demanda", y avaluaron los daños sufridos por cada uno de los demandantes, con ocasión de los hechos ocurridos el 6 de enero y el 3 de septiembre de 1990.

La apoderada de la parte demandada solicitó aclaración, adición y ampliación del dictamen (fl. 143 c.2), solicitud que fue atendida por los peritos en los mismos términos a los cuales se hizo alusión en los expedientes números 916860 y 916890 (fls. 153 a 155 c.2).

Respecto de JOSE NOEL MORALES ZAPATA, YORLEIDA MARIA, JOSE NOEL y YESNEIRA MORALES LÓPEZ, EUSEBIO ORDUZ JEREZ y HERMINIA GALVIS DE ORDUZ, demandantes en el expediente No. 917050:

a) Según sendos certificados que obran a folios 3 al 6 -c.1-, el 22 de julio de 1989 se registraron los nacimientos de Anais, Yorleida María, José Noel y Yesneira Morales López, hijos de José Noel Morales Zapata y María Arsenia López Camargo.

b) A folio 12 se encuentra copia auténtica del registro de matrimonio contraído entre Eusebio Orduz Jerez y Herminia Galvis Garcés; a folio 13 el Registro Civil de Nacimiento de su hijo Elibardo Orduz Galvis.

c) El Inspector de Policía de San Pablo, departamento de Bolívar, certificó que ante su despacho se presentó el señor Eusebio Orduz Jerez manifestando "que a las 5 A.M. del día 10 de enero de 1990 murió el señor **ELIBARDO ORDUZ GALVIS a manos del Ejército Nacional**". (fl. 14 c,1)

Así mismo, según constancia expedida por el Juzgado 21 de Instrucción Criminal de Puerto Berrio, departamento de Antioquia, se iniciaron diligencias preliminares radicadas bajo el número 672 por la muerte de **ELIBARDO Orduz**, con sindicado N.N. (fl. 16 c.1)

d) El Tribunal dispuso tomar copia a las fotografías aportadas a los procesos acumulados 916860, 916890 y 917023, incorporándolas así a éste expediente; estas fotografías, se reitera, no pueden ser valoradas como prueba documental en los términos previstos por el artículo 251 del C.P.C., en tanto no se sabe quién las tomó, en qué fecha, ni cuál es la representación de su contenido. (fls. 58, 60 a 65 c.1)

e) Mediante Oficio No. 283 de junio 2 de 1992, el Juzgado 21 de Instrucción Penal Militar de Puerto Berrío informó al Tribunal Administrativo de Antioquia que el Juzgado Promiscuo Municipal de Yondó le remitió “*varias actas de levantamiento de cadáveres*”, dentro de las cuales se encuentran las de ARSENIA LOPEZ CAMARGO y ELIBARDO ORDUZ, diligencias practicadas el 10 de enero de 1990 en Barrancabermeja. Así mismo, respecto de estas dos personas “*se dice que recibieron impactos de arma de fuego largo alcance calibre 50*” y que ARSENIA LOPEZ CAMARGO residía en la vereda Ciénaga de San Lorenzo, jurisdicción de Yondó, departamento de Antioquia (fl. 80 c.1). Sin embargo, sobre éste último aspecto señala el Juez lo siguiente:

“La Registraduría Municipal de Yondó previa solicitud efectuada por el despacho, nos hace aclaración que “CIENAGA DE SAN LORENZO” pertenece al Municipio de San Pablo Bolívar; sin embargo, el señor ORDUZ JEREZ nos deja manifiesto que los hechos tuvieron ocurrencia sobre el Río Cimitarra o quebrada del mismo nombre que baja al municipio de San Pablo pasando por su finca.” (fl. 81, c.1).

f) Mediante oficio del 14 de mayo de 1992, el departamento de **Medicina Legal de Barrancabermeja** remitió al Tribunal Administrativo de Antioquia copia simple de las Actas de Necropsia practicadas a ELIBARDO ORDUZ GALVIS y MARIA ARSENIA LÓPEZ CAMARGO, advirtiendo que “*no fue posible remitir original, ya que no se encontró en los archivos de esta dependencia*”. (fl. 131 c.1)

En el Acta de Necropsia No. 0010 correspondiente a ELIBARDO ORDUZ GALVIS se señala que la misma se efectuó el **10 de enero de 1990**, y que la muerte se produjo ese mismo día a las 5:00 A.M., concluyendo que el deceso se produjo por lesiones con arma de fuego de largo alcance “*de carácter mortal*”. En los mismos términos se encuentra el Acta de Necropsia No. 010 correspondiente a ARSENIA LÓPEZ CAMARGO (fls. 132, 133 c.1)

g) El Director del Hospital Psiquiátrico Universitario San Camilo informó al Tribunal Administrativo de Antioquia “*que revisado el archivo general de la Institución **no se encontró registro alguno que corresponda a ANAIS MORALES LÓPEZ***” (Se resalta). (fl. 89 c.1).

h) El Comandante del Ejército Nacional, en oficio 53538 del 1 de julio de 1992, informó al Tribunal Administrativo de Antioquia “*que adelantadas las averiguaciones correspondientes, se estableció que entre los días 6 y 10 de Enero de 1990, ninguna Unidad Militar, adelantó operaciones en la vereda CONCEPCIÓN, Municipio de YONDO (Ant).*” (fl. 130)

i) En oficio No. 217241 del 14 de mayo de 1992, el Jefe de la División de Cedulación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, informó al Tribunal Administrativo de Antioquia que “*no se encontró en el Archivo Alfabético constancia de habersele expedido cédula de ciudadanía a MARIA ARCENIA (sic) LÓPEZ CAMARGO*”. (fl. 134 c.1)

j) Mediante oficio del 14 de mayo de 1992, el Jefe de Sección Estadística del Hospital Ramón González Valencia de Bucaramanga informó al Tribunal Administrativo de Antioquia “*que en nuestros archivos de Historias Clínicas y Registros Médicos hospitalarios, **no figura persona alguna con el nombre de ANAIS MORALES LÓPEZ***”. (fl. 136 c.1)

k) Ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Yondó, atendiendo la comisión hecha por el Tribunal Administrativo de Antioquia, los señores Eustorgio Pedroza Rueda, José Antonio Giraldo Meza, Erasmo Granada y Abel Aguilar, rindieron testimonio:

Eustorgio Pedroza Rueda:

*“PREGUNTADO: Díganos si conoce al señor NOEL MORALES ZAPATA, Eusebio Orduz Jerez, Herminia Galvis de Orduz y a la señora María Arsenia o Arselia López Camargo? CONTESTÓ: **No los conozco, son de otra vereda.** PREGUNTADO: El bombardeo a qué vereda se efectuó? CONTESTÓ: La Concepción, en San Lorenzo, La Esperanza (...). PREGUNTADO: Cuándo se retiró el ejército de la vereda? CONTESTÓ: El 23 al 24 de enero (...).”* (fls. 117, a 118, c.1). (Se resalta).

José Antonio Giraldo Meza:

*“PREGUNTADO: Díganos si conoce al señor NOEL MORALES ZAPATA, Eusebio Orduz Jerez, Herminia Galvis de Orduz y a la señora María Arsenia o Arselia López Camargo? CONTESTÓ: **En esa vereda no los conozco.** (...). PREGUNTADO: Díganos si Ud. vio que el ejército tomó posesión de las casas de la vereda. CONTESTÓ: Sí, la vereda fue ocupada por el ejército. (...). PREGUNTADO: El bombardeo a qué vereda se efectuó. CONTESTÓ: A la vereda la Concepción. PREGUNTADO: Cuántos damnificados dejó el bombardeo. CONTESTÓ: Toda la vereda. (...).”* (fl. 121, c.1). (Se resalta).

Abel Aguilar:

*“PREGUNTADO: Díganos cuáles fueron las fincas bombardeadas? CONTESTÓ: A donde don Eustorgio perdió todo, José Jiménez, Harol, José Giraldo, Victoriano Márquez, Antonio Rodelo, Hipólito Vega, Carlos Jiménez y yo perdí la cosechita que tenía con Carlos Jiménez. PREGUNTADO: **Díganos si conoce al señor NOEL MORALES ZAPATA? CONTESTÓ: No lo conozco.** PREGUNTADO: **Conoce a, Eusebio Orduz Jerez, Herminia Galvis de Orduz y a la señora María Arsenia o Arselia López Camargo? CONTESTÓ: No.** (...).”* (fl. 122, c.1). (Se resalta).

Respecto de los señores MANUEL ANTONIO NIETO MARTINEZ, RAFAEL ERASMO HERNÁNDEZ OLIVEROS, CARMEN RAMONA CORREA, JOSE ANTONIO SANDOVAL CÁCERES, ANGEL POMPEYO MOSQUERA, JORGE ELIECER ROJAS, JAIME DE JESUS SANTIAGO, CARLOS JAIRO BERRIO BERRIO, JOSE GUSTAVO ALBA ZAPATA, AMPARO DE JESUS PAVAS DE GRANADA, ROQUE CRUZ MELGAREJO, ANGEL MARIA BURBANO, MARIA BERNARDA MUÑOZ ROJAS, MARTIN ALONSO VERGARA BLANQUISET, JOSE ANTONIO GIRALDO MEZA, CARLOS JIMENEZ CAMPO, EUSTORGIO PEDROZA RUEDA, HIPOLITO VEGA DUCUARA, JULIO ENRIQUE ARCE, SIXTO MOSQUERA, JAIRO IVAN ARDILA TAFUR, ARISTARCO BEJARANO PALOMEQUE, JOSE MANUEL JIMENEZ CAMPO, HERÁCLITO BALLÉN, demandantes en el expediente No. 917023:

a) Mediante el oficio No. 2052 del 20 de diciembre de 1992, el Comandante del Batallón del Ejército A.D.A. No. 2 con sede en Barrancabermeja informó al Tribunal Administrativo de Antioquia que el 3 de septiembre de 1990 el Batallón *“no realizó operaciones por esa área”* y que la información sobre lo ocurrido en tal fecha debía ser solicitada *“a la Brigada Móvil No. 1, con sede en Villavicencio, que en esa época realizó operaciones en esa área.”*

Respecto de las operaciones efectuadas en el mes de enero de 1990, en dicho oficio se señaló lo siguiente:

“El día 06 de Enero de 1990 a las 07:15 horas, despegan del aeropuerto Yariguiez de Barrancabermeja, 2 helicópteros black hawk con tropas de la Batería de Soldados profesionales, la cual se consideró como los capacitados para este tipo de operación,..., con destino al campamento guerrillero donde fueron recibidos por fuego enemigo.

A las 8:15 del mismo día, salen otros dos helicópteros con tropas del Batallón de contraguerrillas No. 5 Los Guanes, en dirección hacia una pista de aterrizaje ubicada en una finca de la guerrilla.

El tiempo de duración de la operación fue desde el 27 - DIC - 90 hasta el 06 - ENE - 91.” (fl. 124, c.4).

b) Mediante el oficio número 4372 de diciembre 21 de 1992, la Procuraduría Provincial de Barrancabermeja remitió al Tribunal Administrativo de Antioquia la misma información allegada a los demás procesos, consistente en documentación a partir de la cual se establece la denuncia presentada por el señor Rafael Sarmiento Garzón en contra de miembros del Ejército Nacional por hechos ocurridos en la vereda La Concepción del municipio de Yondó el 6 de enero de 1990. (fls. 127, 128, c.4)

c) Mediante el oficio No. 62206 del 30 de diciembre de 2002, el Segundo Comandante del Ejército informó al Tribunal Administrativo de Antioquia *“que revisados los archivos del Departamento E-3 Comando Ejército, no aparecen registrados hechos de orden público en los días 06 de enero y 03 de septiembre de 1.990 en la vereda CONCEPCIÓN municipio de YONDO (ANT).”* (fl. 129 c.4).

d) Mediante oficio del 9 de diciembre de 1992, el Alcalde Municipal de Yondó, departamento de Antioquia, puso en conocimiento del Tribunal Administrativo de Antioquia la misma información allegada al expediente No. 917051 respecto de los operativos militares efectuados en algunas veredas del municipio. (fls. 131 a 134 c. 4)

e) El Personero Municipal de Yondó informó al Tribunal Administrativo de Antioquia que los operativos militares ocurridos entre el 6 y el 8 de enero de 1990 y el 3 de septiembre del mismo año en la vereda La Concepción, Concha y otras, *“causaron daños como fueron: muertes de aves de corral, semovientes, bienes muebles e inmuebles”*. Así mismo, que se tomaron medidas como la evacuación

de la *“zona en conflicto a la población civil”* y se solicitó *“a las Fuerzas Militares por intermedio del Alto Gobierno, prudencia en los OPERATIVOS MILITARES y otras medidas de tipo preventivo”*. (fl. 61, c.3).

De la misma manera, la Personería dijo anexar copia de las denuncias presentadas con ocasión de dichos operativos y del inventario de daños sufridos por los afectados, sin embargo la anunciada documentación no fue anexada a dicho oficio, ni aportada en oportunidad posterior.

f) El Secretariado de Pastoral Social de la Diócesis de Barrancabermeja informó al Tribunal Administrativo de Antioquia que tres de sus delegados que participaron en las Comisiones Interinstitucionales *“para la verificación de los hechos ocurridos el 6 de enero de 1990 y el retorno de los campesinos afectados a sus parcelas y viviendas, observando y comprobando físicamente la veracidad de la destrucción y quema de sus viviendas campesinas y sus enseres domésticos; de los cultivos de maíz, plátano y yuca pisoteados, arrasados y pérdidas de sus cosechas”*; que según lo manifestado por los afectados que se refugiaron *“en el Albergue Campesino de Barranca”*, ellos atribuyeron:

“estos destrozos y daños ocurridos en sus propiedades a las Fuerzas Armadas de Colombia, quienes en un operativo militar armado, por tierra y aire, bombardearon y ametrallaron la vereda, hostigaron a la población civil campesina e hicieron actos de vandalaje y rapiña en las viviendas que se encontraban sin sus campesinos residentes”. (fl. 138, c.4)

Así mismo, que debido a *“los hechos ocurridos a partir del 3 de Septiembre de 1990 hasta la primera semana de noviembre de 1990”*, hubo una segunda Comisión *“constatando la presencia de soldados profesionales de la Brigada Móvil No. 2 y de helicópteros artillados en la vereda La Concha”* y que en dicha oportunidad *“la comunidad campesina manifestaba que no hubo bombardeos pero sí ametrallamiento en algunos lugares, hostigamientos a los campesinos, restricción a la libre movilización, robo y saqueo de animales domésticos, nuevamente pérdida de las cosechas de maíz, yuca y plátano, destrucción de otras viviendas campesinas y restricción al transporte de víveres”*. (fls. 138, 139 c.4).

Se señaló también que ante tales circunstancias el Secretariado de Pastoral Social emprendió diversas acciones para la recuperación de las comunidades afectadas, entre otras, *“otorgando préstamos solidarios de emergencia a los grupos solidarios de trabajo que conformó la comunidad”*.

De todo lo dicho se aportaron copias autenticadas de documentos, fotografías tomadas durante las comisiones y recortes de prensa.

Las fotografías a que se hace referencia -fls 184 a 188- no pueden ser valoradas como prueba documental en los términos previstos por el artículo 251 del C.P.C., en tanto no se sabe quién las tomó, en qué fecha, ni cuál es la representación de su contenido.

De igual forma, en cuanto a los recortes de prensa aportados ha de advertirse que, como lo ha dicho la Sala, *“la publicación de la noticia no prueba la ocurrencia del hecho, solo da fe de los términos en que fue divulgada una noticia”*.⁷

Y en cuanto a la documentación consistente en informes de proyectos y algunos pagarés de crédito -fls. 147 a 168, 172 a 180-, éstos se encuentran en copia tomada de copia al carbón, careciendo así de valor probatorio⁸ al no ajustarse a ninguno de los requisitos de autenticidad previstos en el artículo 254 del C.P.C.⁹ Distinto es el caso de los documentos de similar contenido, que fueron aportados en copia auténtica (fls. 169 a 171 y 181 a 183).

g) Ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Yondó, atendiendo la comisión hecha por el Tribunal Administrativo de Antioquia, los señores Eusebio Orduz Jerez, María Laura Rivera Escobar, José Noel Morales Zapata, Abel Aguilar Pinzón, Diamantina Isabel Rivera Torres, Antonio Rodelo, Castorina Alvarado y Luis Enrique Osorio Velásquez rindieron testimonio y además de declarar sobre la forma en que ocurrieron los hechos del 6 de enero y el 3 de septiembre de 1990, así como la permanencia del ejército en la zona durante unos tres meses aproximadamente en estas dos ocasiones, coincidieron en afirmar que distinguen a los demandantes por ser gente de la región y tener con algunos de ellos relación de amistad y/o vecindad.

Igualmente dijeron tener conocimiento de que éstas personas les quemaron sus casas y se les perdieron sus bienes y enseres, así como los animales y cultivos,

⁷ Sentencia del 2 de febrero de 2005. Expediente 27.888

⁸ Sentencia del 2 de mayo de 2007. Expediente 31.217

⁹ *“...la exigencia del numeral 2º del artículo 254 es razonable, y no vulnera el artículo 83 de la Constitución, como tampoco el 228. En este caso, la autenticación de la copia para reconocerle ‘el mismo valor probatorio del original’ es un precepto que rige para todas las partes en el proceso, y que no tiene otra finalidad que rodear de garantías de certeza la demostración de los hechos, fundamento del reconocimiento de los derechos...”* Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-023 de 11 de febrero de 1998, M.P. Jorge Arango Mejía.

bienes que volvieron a perder con el operativo del 3 de septiembre de 1990 (fls. 313 a 332 c.4).

h) Se rindió un dictamen pericial el 26 de marzo de 1993 -fls. 334 a 361 c.4- basado en la visita efectuada por los peritos “a la vereda la Concepción, conocida también con el nombre de La Concha” y “en la copia de la demanda”, y evaluaron los daños sufridos por cada uno de los demandantes, con ocasión de los hechos ocurridos el 6 de enero y el 3 de septiembre de 1990, o sólo por alguno de estos dos operativos.

La apoderada de la parte actora solicitó que el dictamen fuera aclarado y adicionado (fl. 371 c.4), y la apoderada de la parte demandada también solicitó aclaración y complementación del mismo (fl. 373 c.2), requerimientos atendidos por los peritos en su oportunidad y en los mismos términos señalados para los expedientes números 916860, 916890 y 917051 (fls. 408, 409 c.4).

2.4. Determinación de la responsabilidad del Estado en el caso concreto:

Los distintos elementos probatorios que se acaban de referir, valorados de conformidad con las reglas de la sana crítica, dan lugar a las siguientes conclusiones:

En principio se tiene que tanto el Comandante del Batallón Nueva Granada del Ejército Nacional (exp. No. 916890), como el Comandante del Ejército Nacional (exp. 917050) manifestaron al Tribunal que para el año de 1990 “**ninguna Unidad Militar adelantó operaciones en la vereda CONCEPCION, Municipio de YONDÓ**”, como que según los archivos del Departamento E-3 Comando Ejército tampoco “*aparecen registrados hechos de orden público*” en esa zona para los días 6 de enero y 3 de septiembre de 1990 y que, en cuanto corresponde específicamente a los hechos del 3 de septiembre de 1990, la comandancia del Batallón A.D.A. No. 2 también negó su realización.

Sin embargo, lo cierto es que dicha aseveración se refuta y controvierte de manera evidente a partir de las demás pruebas recaudadas en los respectivos procesos, a saber:

a) La información suministrada reiteradamente (exp. 917023, 917051 y 916880)

por el Comandante del Batallón No. 2 del Ejército Nacional con sede en Barrancabermeja, según la cual el día 6 de enero se adelantó un operativo militar tendiente a atacar “**un campamento y una escuela nacional de cuadros**” de las FARC cuya existencia y ubicación fue reportada por un informante y corroborada por el Ejército, reporte en el cual se hizo precisa referencia a los medios de transporte y personal destinados a la ejecución del operativo, con detalle de fechas, horas y resultados.

Y si bien dicho Comando afirmó no haber adelantado operaciones en la zona el 3 de septiembre de 1990, tampoco desconoció la posible ocurrencia de las mismas pues indicó expresamente que la información al respecto debía ser solicitada “**a la Brigada Móvil No. 1, con sede en Villavicencio, que en esa época realizó operaciones en esa área.**”

b) El conjunto de testimonios rendidos por habitantes de la zona afectada, quienes relataron de manera detallada y por demás coincidente con el precitado informe del Batallón del Ejército, que el día 6 de enero de 1990 aviones y helicópteros del Ejército sorpresivamente efectuaron bombardeos sobre la zona donde se encuentra ubicada la vereda La Concepción, también conocida como La Concha, en jurisdicción del municipio de Yondó, departamento de Antioquia. Así mismo, que tales acciones se repitieron el 3 de septiembre del mismo año.

c) La información suministrada por la Alcaldía Municipal de Yondó en la cual se indicó que durante los días 6, 7 y 8 de enero se efectuaron operativos militares que afectaron “*a un gran número de veredas*”, quedando la población civil “*en medio de dos fuegos Ejército - guerrilla*”. Así mismo, que en el mes de septiembre de 1990 tales operativos se repitieron por parte de la Brigada Móvil No. 1 y que en consecuencia debieron solicitar “*al alto gobierno*” “*mayor prudencia*” en la realización de los operativos militares con el fin de evitar la violación de los derechos humanos.

d) La información aportada por la Personería Municipal de Yondó, según la cual con ocasión de los operativos militares ocurridos entre el 6 y el 8 de enero de 1990 y el 3 de septiembre del mismo año debieron evacuar a la población civil y solicitar a las Fuerzas Militares “*prudencia*” en los operativos y “*medidas de tipo preventivo*”.

Así mismo, que como resultado de la visita efectuada a la vereda el 7 de septiembre de 1990 se observó la presencia de soldados de “la *Brigada Móvil*” y se verificó que el día 3 de septiembre de 1990, hacia el medio día, “*se inició el operativo*”.

e) Los señalamientos efectuados por el Comité Regional para la Defensa de los Derechos Humanos, en el sentido de haber tenido conocimiento de lo ocurrido durante los días 6 de enero y 3 de septiembre de 1990 en la vereda La Concepción, toda vez que debieron prestar su orientación y colaboración a los habitantes de la zona que debieron salir de allí como resultado de los bombardeos efectuados por el Ejército Nacional.

f) Lo manifestado por el Secretariado de Pastoral Social de la Diócesis de Barrancabermeja, según la cual con ocasión de su participación en las Comisiones Interinstitucionales que verificaron la ocurrencia de los hechos acaecidos el 6 de enero y el 3 de septiembre de 1990 “*comprobaron físicamente la veracidad de la destrucción y quema de las viviendas campesinas*”; así mismo, que la población afectada se ubicó en el “*Albergue Campesino de Barranca*” y que en la visita efectuada a la zona por segunda vez, debido a los operativos que tuvieron lugar entre el “*3 de septiembre hasta la primera semana de noviembre de 1990*”, se constató “*la presencia de soldados profesionales de la Brigada Móvil No. 2 y de helicópteros artillados*”. Igualmente, que algunos damnificados presentaron proyectos para la reconstrucción de sus viviendas por razón de los bombardeos y que en atención a ellos se les efectuaron créditos apoyados por el Fondo Rotatorio de Crédito Programa por la Paz. (fls. 169 a 171 y 181 a 183 c.4).

Visto lo anterior la Sala encuentra plenamente probado que el 6 de enero y el 3 de septiembre de 1990 el Ejército Nacional, a través de las Brigadas Móviles 1 y 2, adelantaron operaciones militares en el municipio de Yondó, jurisdicción del departamento de Antioquia, siendo afectada la vereda La Concepción, conocida también como La Concha; que tales acciones estuvieron motivadas por la posible presencia de grupos guerrilleros en la zona, información que fue verificada previamente por lo menos en cuanto se refiere al operativo efectuado el 6 de enero de 1990 y que en razón de estas medidas la población civil que habitaba la zona resultó damnificada por lo cual debió resguardarse temporalmente en un albergue ubicado en el municipio de Barrancabermeja, con apoyo de las autoridades locales, el Comité Regional de Derechos Humanos y Pastoral Social.

La verificación de tales hechos sin lugar a dudas constituye un evento de falla del servicio, tal y como lo ha considerado la Corporación en casos similares al que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, falla que se ha encontrado configurada en razón de estos criterios: el “*desbordamiento en el cumplimiento de sus funciones*” y la violación del derecho internacional humanitario por parte del Ejército.

El primero de los referidos criterios ha sido elaborado a partir de razonamientos del siguiente orden¹⁰:

“(...) en realidad no estaba en juego la vida e integridad personal de los miembros de la fuerza pública que participaron en el enfrentamiento en cuestión, y lo que se presentó fue un desbordamiento en el cumplimiento de sus funciones, que se tradujo en la muerte y lesión de numerosos civiles inocentes que bien se ha podido evitar con algo de mesura y prudencia por parte de los militares, que por tener tal condición, no están exentos del deber de actuar dentro de ciertos límites que garanticen la seguridad de la comunidad en general; como consecuencia de tal desbordamiento y exceso en la utilización de las armas de dotación oficial, se produjo el daño antijurídico ...”.

Igual criterio se expuso en la sentencia del 21 de abril de 2004, expediente 13.946, a saber:

“En tales condiciones para la Sala la entidad demandada excedió en el empleo de los medios que legítimamente les han sido otorgados para la preservación y mantenimiento del orden público, encontrándose probada la falla del servicio alegada por los demandantes.”

Y en cuanto atañe al segundo de los criterios mencionados, en la sentencia de 6 de julio de 2005¹¹, la Sala sostuvo que en tales casos la falla del servicio también se verificaba:

“[A] partir de la violación de normas de derecho humanitario por parte de los miembros de la fuerza pública que intervinieron en el operativo, específicamente las que regulan el trato a la población civil en situaciones de conflicto armado interno.

En efecto, en el presente caso se desconoció el principio de distinción entre combatientes y no combatientes, establecido en el "Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)", incorporado a la normatividad interna

¹⁰ Sentencia del 12 de febrero de 2004, expediente: 13.952. Magistrado Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

¹¹ Expediente 13.969. Magistrado Ponente Alier E. Hernández Enríquez.

mediante la ley 171 de 1994. Sobre el particular, en la sentencia C-225/95, en la que se declaró la exequibilidad del citado tratado, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

“28- Uno de las reglas esenciales del derecho internacional humanitario es el principio de distinción, según el cual las partes en conflicto deben diferenciar entre combatientes y no combatientes, puesto que estos últimos no pueden ser nunca un objetivo de la acción bélica. Y esto tiene una razón elemental de ser: si la guerra busca debilitar militarmente al enemigo, no tiene por qué afectar a quienes no combaten, ya sea porque nunca han empuñado las armas (población civil), ya sea porque han dejado de combatir (enemigos desarmados), puesto que ellos no constituyen potencial militar. Por ello, el derecho de los conflictos armados considera que los ataques militares contra esas poblaciones son ilegítimos, tal y como lo señala el artículo 48 del protocolo I, aplicable en este aspecto a los conflictos internos, cuando establece que las partes "en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares".

“El artículo 4º del tratado bajo revisión recoge esa regla, esencial para la efectiva humanización de cualquier conflicto armado, puesto que establece que los no combatientes, estén o no privados de libertad, tienen derecho a ser tratados con humanidad y a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas.

“29- Este artículo 4º también adelanta criterios objetivos para la aplicación del principio de distinción, ya que las partes en conflicto no pueden definir a su arbitrio quien es o no es combatiente, y por ende quien puede ser o no objetivo militar legítimo. En efecto, conforme a este artículo 4º, el cual debe ser interpretado en armonía con los artículos 50 y 43 del protocolo I, los combatientes son quienes participan directamente en la hostilidades, por ser miembros operativos de las fuerzas armadas o de un organismo armado incorporado a estas fuerzas armadas. Por ello este artículo 4º protege, como no combatientes, a "todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas". Además, como lo señala el artículo 50 del Protocolo I, en caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil. Ella no podrá ser entonces objetivo militar. Es más, el propio artículo 50 agrega que "la presencia entre la población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil". En efecto, tal y como lo señala el numeral 3º del artículo 13 del tratado bajo revisión, las personas civiles sólo pierden esta calidad, y pueden ser entonces objetivo militar, únicamente "si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación."

“Las obligaciones derivadas del principio de distinción.

“30- Esta distinción entre población combatiente y no combatiente tiene consecuencias fundamentales. Así, en primer término, tal y como lo señala la regla de inmunidad del artículo 13, las partes tienen la obligación general de proteger a la población civil contra los

peligros procedentes de las operaciones militares. De ello se desprende, como señala el numeral 2º de este artículo, que esta población, como tal, no puede ser objeto de ataques militares, y quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla. Además, esta protección general de la población civil contra los peligros de la guerra implica también que no es conforme al derecho internacional humanitario que una de las partes involucre en el conflicto armado a esta población, puesto que de esa manera la convierte en actor del mismo, con lo cual la estaría exponiendo a los ataques militares por la otra parte...

“34- En ese orden de ideas, la Corte no comparte el argumento, bastante confuso, de uno de los intervinientes, para quien la protección a la población civil es inconstitucional, por cuanto los combatientes podrían utilizar a esta población como escudo, con lo cual la expondrían "a sufrir las consecuencias del enfrentamiento". Por el contrario, la Corte considera que, como consecuencia obligada del principio de distinción, las partes en conflicto no pueden utilizar y poner en riesgo a la población civil para obtener ventajas militares, puesto que ello contradice su obligación de brindar una protección general a la población civil y dirigir sus operaciones de guerra exclusivamente contra objetivos militares”.

El artículo 13¹² del protocolo II establece:

¹²Sobre el artículo ha comentado la doctrina:

“4768 ¿Qué se ha de entender por “protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares?” Dicho de otro modo: ¿cuál es el alcance del principio general de protección?

“4769 Las operaciones militares designan los movimientos o las maniobras de las fuerzas armadas o de grupos armados en acción. Ellas hacen correr a la población civil dos tipos de riesgos: por una parte, el de los ataques; por otra, los efectos de ataques que pudieran afectarla incidentalmente.

“4770 La protección cubre “los peligros procedentes de operaciones militares”, es decir, que la obligación no sólo consiste en abstenerse de atacar, sino también en evitar y, en todo caso, reducir a un mínimo las pérdidas incidentales y en tomar medidas de salvaguarda.

“4771 Garantizar una protección general de la población civil implica, por consiguiente: “1) prohibir de manera absoluta los ataques dirigidos contra la población civil como tal o contra personas civiles. En el párrafo 2, que se comenta más adelante, figura una mención expresa de esta prohibición; 2) limitar los efectos de las operaciones militares que puedan afectar a las personas protegidas.

“4772 La puesta en práctica de esta protección requiere que se tomen precauciones, tanto por la parte atacante en las diversas fases del ataque (concepción, decisión y ejecución) como por la parte atacada. Por ejemplo, no deberían situarse intencionadamente instalaciones militares en medio de una concentración de civiles para utilizar a éstos como escudo o hacer que la parte adversa renuncie a atacar, sin olvidar las otras medidas de precaución que no se explicitan en el Protocolo II. Cada parte deberá concebirlas y adaptarlas a las circunstancias particulares de buena fe, con los medios de que disponga basándose en los principios generales de protección de la población civil, que son válidos independientemente del carácter internacional o interno del conflicto. Conviene recordar los más importantes de ellos, a saber: el principio de la limitación de los medios de dañar al enemigo, el principio de la distinción y el principio de la proporcionalidad, que sólo rigen cuando no se ha podido garantizar la inmunidad total de la población: - las partes comprometidas en un conflicto no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de medios para dañar al enemigo; - deberá establecerse, en todo momento, una distinción entre las personas que toman parte en las hostilidades y la población civil, de tal manera que esta última sea salvaguardada en la medida de lo posible; - debe examinarse previamente la relación entre la ventaja directa prevista de un ataque y los efectos nocivos que puedan afectar a las personas y los bienes protegidos.”

Tomado de Sylvie-Stoyanka Junod, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, CICR - Plaza & Janés Editores Colombia S. A., Bogotá, 1998.

“Protección de la población civil. 1º La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes.

“2º No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.

“3º Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación” (subraya fuera de texto).

En el presente caso, se desconoció el principio de distinción por parte de los miembros del Ejército Nacional en el operativo del siete de octubre de 1992, dado que los pasajeros del bus, personas civiles, fueron atacados de manera indiscriminada por los miembros de la fuerza pública. Debe recurrirse a la definición de términos del Protocolo I¹³ para entender la anterior afirmación: se trató de un ataque, término bajo el cual quedan comprendidos tanto los actos defensivos como los ofensivos contra el adversario, tal como lo prevé el artículo 49 de dicho protocolo; resulta irrelevante si en este caso los subversivos o la fuerza pública iniciaron el enfrentamiento, dado que el deber de respeto a la población civil subsistía cualquiera que fuera la naturaleza del ataque. En el mismo sentido, además de tratarse de un ataque contra no combatientes, éste fue de carácter indiscriminado, como lo establece, en el mismo protocolo, el artículo 51:

“5. Se consideraran indiscriminados, entre otros, los siguientes tipos de ataque:...

“b) los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”.

Por manera que tomando en consideración los precitados antecedentes jurisprudenciales, los mismos bien pueden repercutir en el caso *sub iudice*, en tanto el material probatorio al cual se hizo referencia permite a la Sala catalogar la actuación del Ejército Nacional como desbordada y excesiva; en efecto, se debe tener en cuenta que los operativos fueron sorpresivos tanto para los habitantes de la zona como para las autoridades locales, a quienes no se les previno en manera alguna a fin de que pudieran tomar medidas de resguardo y precaución, más aún en consideración a los medios ofensivos utilizados pues se trató de un ataque desde el aire, reforzado con acciones en tierra por soldados profesionales armados que además se acantonaron en el lugar por períodos considerables

¹³ Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (protocolo I), incorporado a la normatividad interna mediante la ley 11 de 1992.

(entre uno y tres meses, según lo manifestado por los testigos y las autoridades locales), dando lugar a que la población se viera avocada a refugiarse en el albergue disponible en el municipio cercano de Barrancabermeja, eso sin contar con los daños materiales que tales hechos acarrearán.

Por estas mismas circunstancias, tales operaciones contravienen abiertamente la normativa internacional reseñada, específicamente en cuanto a la prohibición de realizar ataques indiscriminados y a la infracción del principio de distinción; esto por cuanto que no se tomó medida alguna, o por lo menos la demandada no lo demostró, tendiente a prevenir y evitar que la población no combatiente se viera afectada con las acciones ofensivas que pretendían llevarse a cabo con la finalidad de combatir a los grupos insurgentes que al parecer operaban en la zona, máxime si se tiene en cuenta que no resultaba del todo evidente tal situación, pues apenas se tuvo en consideración lo dicho por un 'informante' y esto sólo en relación con los operativos del 6 de enero de 1990; además, la demandada no acreditó que al verificar la credibilidad de tal versión también se hubiera establecido la ausencia de población civil no combatiente en la zona que iba a ser objeto de ataque.

En este orden de ideas, los argumentos esgrimidos por la apoderada de la Nación, tanto al contestar la demanda como al sustentar el recurso de apelación, en el sentido de señalar que al Estado no se le puede responsabilizar por las acciones que adelante en aras de preservar el orden público, resulta desafortunada pues el logro de tal finalidad no legitima *per se* la afectación de los derechos inherentes a la población civil no combatiente, derechos cuya salvaguarda impone la misma Constitución Política a las autoridades de la República (art. 2º) y a la cual obligan los Protocolos de Ginebra, cuya normatividad, por virtud de lo dispuesto en los artículos 93 y 214-2 de la Carta Política, es de aplicación prevalente e irrestricta.

Con fundamento en las motivaciones precedentes, la Sala concluye que debe mantenerse en firme la sentencia apelada en cuanto declaró responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional por los hechos ocurridos los días 6 de enero y 3 de septiembre de 1990 en la vereda La Concepción, jurisdicción del municipio de Yondó - Antioquia.

Ahora bien, cuestión distinta es la que surge respecto de la declaratoria de responsabilidad y consecuente condena al pago de los perjuicios morales que hizo

el Tribunal a favor de YORLEIDA, JOSÉ NOEL y YESNEIRA MORALES LÓPEZ por la muerte de su madre ARSENIA LÓPEZ, así como de MARIA ARSENIA LÓPEZ y EUSEBIO ORDUZ por la muerte de su hijo ELIBARDO ORDUZ GALVIS, pues si bien aparecen debidamente probados los respectivos parentescos (fls. 3 a 6, 12 y 13, c. 1.), lo cierto es que la dificultad estriba en la imputación de tales hechos al Ejército Nacional; sobre estos aspectos la Sala tiene varios reparos.

En efecto, si bien inicialmente se advierte que el fallecimiento de estas dos personas no estaba acreditado puesto que no se aportaron los correspondientes registros o certificados de defunción, de conformidad con la exigencia probatoria prevista por los artículos 101 y 110 del Decreto 1260 de 1970,¹⁴ dicha documentación fue solicitada de oficio por el Despacho del Consejero Ponente (fl. 388, c.6) y allegada por la apoderada de la parte demandante (fls. 391 y 392 c.6), estableciéndose a partir de la misma los siguientes aspectos: los fallecimientos fueron registrados en la Notaría del municipio de San Pablo, departamento de Bolívar, según el denuncia efectuado por el Juzgado 40 de Instrucción Penal Militar de Barrancabermeja, departamento de Santander; de otra parte, en tales registros se señala que la muerte de ARSENIA LOPEZ CAMARGO, así como la de ELIBARDO ORDUZ GALVIS, tuvieron ocurrencia el día 10 de enero de 1990 en el corregimiento de Ciénaga de San Lorenzo, departamento de Bolívar.

También se verifica, con base en las actas de levantamiento remitidas al Tribunal de Antioquia por el Instituto de Medicina Legal de Barrancabermeja, que en efecto tales fallecimientos ocurrieron el día 10 de enero de 1990 y que los cuerpos fueron hallados en el municipio de Barrancabermeja.

De otra parte se advierte que ARSENIA LÓPEZ CAMARGO residía en la vereda Ciénaga de San Lorenzo ubicada en jurisdicción del municipio de San Pablo - Bolívar y que los tres testigos que rindieron declaración en el expediente 917050, quienes habitaban la zona donde se llevaron a cabo las operaciones del Ejército, manifestaron no conocer a ARSENIA ni a ELIBARDO, como tampoco a sus deudos, aquí demandantes.

Los mencionados aspectos permiten a la Sala concluir que los asesinatos de ARSENIA LÓPEZ CAMARGO y ELIBARDO ORDUZ no ocurrieron como

¹⁴ En sentencia del 22 de enero de 2008, expediente 2007-00163-00, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo enfatizó que “cuando el estado civil se aduce como fuente de derechos y de obligaciones (artículo 1º Decreto 1260 de 1970) es necesario acudir a su régimen probatorio establecido en los artículos 101 y siguientes del Decreto 1260 de 1970 (...)”.

consecuencia de los operativos militares realizados en el municipio de Yondó durante los días 6 de enero y 3 de septiembre de 1990, como tampoco existen otros medios de prueba que den lugar a imputar tales hechos a agente estatal alguno.

Así las cosas, la Sala revocará la providencia recurrida en cuanto corresponde a la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la Nación - Ministerio de Defensa, Ejército Nacional por la muerte de ARSENIA LOPEZ y ELIBARDO ORDUZ y la consecuente condena al pago de perjuicios morales que por éste hecho se impuso a favor de YORLEIDA MARIA, JOSE NOEL y YESNEIRA MORALES LÓPEZ, EUSEBIO ORDUZ JEREZ y HERMINIA GALVIS GARCÉS.

Procederá entonces la Sala a verificar lo atinente a la condena impuesta a la demandada a favor de VICTORIANO MÁRQUEZ HERNÁNDEZ, MANUEL ANTONIO NIETO MARTÍNEZ, RAFAEL ERASMO HERNÁNDEZ OLIVEROS, JOSE ANTONIO SANDOVAL CÁCERES, ANGEL POMPEYO MOSQUERA, JAIME DE JESUS SANTIAGO, JOSÉ GUSTAVO ALBA ZAPATA, JOSE ANTONIO GIRALDO MESA, CARLOS JIMÉNEZ CAMPO, EUSTORGIO PEDROZA RUEDA, HIPÓLITO VEGA DUCUARA, JULIO ENRIQUE ARCE, JAIRO IVÁN ARDILA TAFUR, ARISTARCO BEJARANO PALOMEQUE, JOSE MANUEL JIMÉNEZ CAMPO por los perjuicios morales sufridos con ocasión de los hechos ocurridos durante los días 6 de enero y 3 de septiembre de 1990.

Igualmente, por los perjuicios morales sufridos por JOSÉ ELIECER ROJAS, CARLOS JAIRO BERRIO BERRIO, ANGEL MARIA BURBANO, MARIA BERNARDA MUÑOZ ROJAS, SIXTO MOSQUERA, HERACLIO BALLÉN, LEONICIO TORO BERRÍO, JOSE NOEL MORALES y EUSEBIO ORDUZ JEREZ, únicamente con ocasión de los hechos ocurridos el 6 de enero de 1990.

Y por los hechos ocurridos el 3 de septiembre de 1990, los perjuicios morales sufridos por CARMEN RAMONA CORREA, AMPARO DE JESÚS PAVA DE GRANADA, ROQUE CRUZ MELGAREJO y MARTÍN ALONSO VERGARA BLANQUISET.

2.5. La indemnización de perjuicios morales:

En relación con este aspecto la demandada cuestiona la decisión del *a quo* al considerar que los demandantes ubicaron la fuente de los perjuicios morales en la pérdida de sus bienes, pretensión que bajo ese entendido fue inicialmente descartada por el Tribunal, pero que finalmente tales perjuicios fueron reconocidos a partir de lo que denominó la pérdida de “su entorno”, incurriendo con ello en una modificación de la *causa petendi*.

Sobre este particular la Sala encuentra que el Tribunal no modificó la *causa petendi* so pretexto de reconocer los perjuicios morales reclamados, toda vez que en la formulación de tal pretensión los demandantes adujeron que tales padecimientos fueron causados por “*el dolor y la angustia*” soportada “*al ver destruidos todos sus bienes y avocados a la miseria*” y “*reducido a cenizas el trabajo de tantos años*”, teniendo que “*abandonar temporalmente sus tierras y su vida de campo a la espera de que el Ejército cesara sus hostilidades para poder regresar a mirar desolación y tristeza*”.

Luego, como bien puede observarse, no fue únicamente la pérdida de los bienes de los demandantes, como lo sostiene la apelante, el fundamento de la pretensión resarcitoria de los perjuicios morales, sino que además de ésta se alegaron otras circunstancias en las cuales descansó tal pretensión, como fueron la angustia, el temor y el desarraigo, que el Tribunal advirtió y supo apreciar incluso desde la perspectiva de la alteración en las condiciones de existencia, análisis que no sólo es jurídicamente válido sino que además resulta consecuente con la realidad procesal verificada a partir de los distintos elementos probatorios a los cuales se ha hecho ya amplia referencia.

No obstante lo anterior, la Sala advierte la necesidad de verificar si efectivamente todos aquellos demandantes a favor de quienes el Tribunal impuso la respectiva condena habitaban en la zona donde se llevaron a cabo los operativos del Ejército y en consecuencia soportaron tales padecimientos.

Sobre este específico asunto, de entrada descarta la Sala el reconocimiento que de estos perjuicios hizo el Tribunal respecto de JOSE NOEL MORALES y EUSEBIO ORDUZ JEREZ, pues según quedó establecido en el acápite inmediatamente anterior de esta providencia, los testigos citados en relación con su causa fueron coincidentes en manifestar que no conocían a estas personas; además, cuando el señor EUSEBIO ORDUZ JEREZ denunció la muerte de su hijo

lo hizo en el municipio de San Pablo - Bolívar y según lo manifestado al Tribunal por el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Berrío, el mismo señor ORDUZ señaló ante dicho juzgado que la muerte de su hijo tuvo lugar en inmediaciones del Río Cimitarra que pasa "*por su finca*" en el municipio de San Pablo, pero a su vez presentó una declaración ante la Personería de Yondó - Antioquia en la que sostuvo que residía en la vereda San Lorenzo y que allí se encontraba el día de los bombardeos. Finalmente, estas dos personas tampoco aparecen señaladas en el listado de afectados que allegó la Personería de Yondó al Tribunal Administrativo de Antioquia.

En tales condiciones no es posible reconocer a éstas personas la condición de perjudicados moralmente por los hechos que constituyen el objeto del presente proceso.

En el caso de VICTORIANO MARQUEZ HERNÁNDEZ y HAROLD PEDRAZA BUSTOS, los distintos testimonios rendidos en los expedientes 916890 y 916860 permiten tener por establecido que habitaban en la vereda La Concepción durante los hechos ocurridos **los días 6 de enero y 3 de septiembre de 1990**; igualmente aparecen en el listado de afectados remitido por la Personería de Yondó y también como participantes en el Programa para la Reconstrucción de la Vivienda presentado ante la Pastoral Social de Barrancabermeja el día 9 de enero de 1990 (fl. 181 c.4)

En cuanto corresponde al demandante LEONICIO TORO BERRIO, respalda su legitimación en la causa activa el conjunto de testimonios recepcionados en el expediente 917051 y aun cuando no aparece mencionado su nombre en el listado de afectados remitido por la Personería de Yondó, se debe tener en cuenta que dicho listado fue elaborado específicamente en relación con los hechos ocurridos durante los días 6 a 8 de enero de 1990, mientras que el reconocimiento de perjuicios morales que el Tribunal hizo a éste demandante correspondió únicamente a los hechos ocurridos el 3 de septiembre de 1990.

Respecto de MANUEL ANTONIO NIETO MARTINEZ, RAFAEL ERASMO HERNÁNDEZ OLIVEROS, CARMEN RAMONA CORREA, JOSE ANTONIO SANDOVAL CÁCERES, ANGEL POMPEYO MOSQUERA, JORGE ELIECER ROJAS, JAIME DE JESUS SANTIAGO, CARLOS JAIRO BERRIO BERRIO, JOSE GUSTAVO ALBA ZAPATA, AMPARO DE JESUS PAVAS DE GRANADA, ROQUE

CRUZ MELGAREJO, ANGEL MARIA BURBANO, MARIA BERNARDA MUÑOZ ROJAS, MARTIN ALONSO VERGARA BLANQUISET, JOSE ANTONIO GIRALDO MEZA, CARLOS JIMENEZ CAMPO, EUSTORGIO PEDROZA RUEDA, HIPOLITO VEGA DUCUARA, JULIO ENRIQUE ARCE, SIXTO MOSQUERA, JAIRO IVAN ARDILA TAFUR, ARISTARCO BEJARANO PALOMEQUE, JOSE MANUEL JIMENEZ CAMPO, HERÁCLITO BALLÉN, a todos los testigos citados en el expediente en el expediente 917023 se les indagó por éstas personas y manifestaron conocerlos como habitantes de la zona afectada por razones de vecindad o amistad; indicaron que dichas personas se vieron perjudicadas por las acciones del Ejército durante los operativos efectuados en los meses de enero y septiembre de 1990, al igual que las demás familias de la región.

En cuando corresponde específicamente a los demandantes JOSE ANTONIO GIRALDO, JAIME DE JESUS SANTIAGO, EUSTORGIO PEDROZA, ANGEL POMPEYO MOSQUERA, CARLOS JAIRO BERRIO, JOSE MANUEL JIMÉNEZ y CARLOS JIMÉNEZ probatoriamente se encuentra además que fueron mencionados en el listado aportado por la Personería de Yondó sobre los afectados por los hechos ocurridos durante los operativos del 6 al 8 de enero de 1990.

De igual manera CARLOS JIMÉNEZ, HIPÓLITO VEGA, JOSÉ MANUEL JIMÉNEZ, MANUEL ANTONIO NIETO MARTÍNEZ, EUSTORGIO PEDROZA y JOSE ANTONIO GIRALDO aparecen en el listado de afectados remitido por la Personería de Yondó y también como participantes en el Programa para la Reconstrucción de la Vivienda presentado ante la Pastoral Social de Barrancabermeja el día 9 de enero de 1990 (fl. 181 c.4)

No obstante, el Tribunal reconoció a cada uno de los veintiséis (26) demandantes mencionados la misma indemnización, esto es el valor equivalente a 400 gramos de oro, a pesar de haber distinguido entre quienes sufrieron tales perjuicios por los hechos ocurridos tanto el 6 de enero como el 3 de septiembre de 1990 (es el caso de MANUEL ANTONIO NIETO MARTINEZ, RAFAEL ERASMO HERNÁNDEZ OLIVEROS, JOSE ANTONIO SANDOVAL CÁCERES, ANGEL POMPEYO MOSQUERA, JAIME DE JESUS SANTIAGO, JOSE GUSTAVO ALBA ZAPATA, JOSE ANTONIO GIRALDO MEZA, CARLOS JIMENEZ CAMPO, EUSTORGIO PEDROZA RUEDA, HIPOLITO VEGA DUCUARA, JULIO ENRIQUE ARCE, JAIRO IVAN ARDILA TAFUR, ARISTARCO BEJARANO PALOMEQUE, JOSE MANUEL

JIMENEZ CAMPO), quienes únicamente los sufrieron con ocasión del operativo del 6 de enero de 1990 (es el caso de JORGE ELIÉCER ROJAS, CARLOS JAIRO BERRIO BERRIO, ANGEL MARIA BURBANO, MARIA BERNARDA MUÑOZ ROJAS, SIXTO MOSQUERA y HERACLIO BALLÉN) y de quienes derivaron tal perjuicio únicamente por los hechos del 3 de septiembre de 1990 (es el caso de CARMEN RAMONA CORREA, AMPARO DE JESUS PAVAS DE GRANADA, ROQUE CRUZ MELGAREJO y MARTIN ALONSO VERGARA BLANQUISET).

De manera que si bien la Sala encuentra ajustada a derecho la condena impuesta por el Tribunal a efectos de indemnizar el daño moral sufrido por los demandantes que se vieron afectados durante los dos operativos militares, cuantía que bien pudo llegar a ser mayor en consideración a los hechos probados en el *sub iudice*, no resulta procedente su agravación debido al principio de la no *reformatio in pejus* limita al juzgador de segunda instancia en la revisión del presente fallo, según se precisó inicialmente.

Sin embargo, sí encuentra procedente la Sala reducir proporcionalmente la condena impuesta en atención a la distinción efectuada entre los demandantes que derivaron el perjuicio moral únicamente de los hechos ocurridos el 6 de enero de 1990 y quienes lo padecieron sólo en virtud del operativo del 3 de septiembre de 1990.

De otra parte, en cuanto la condena impuesta lo fue en gramos de oro, habrá de modificarse en todo caso para calcularla en salarios mínimos legales mensuales vigentes, pues en lo que se refiere a la cuantía de las indemnizaciones por perjuicios morales, debe recordarse que de acuerdo con lo expresado en sentencia del 2001¹⁵, esta Sala abandonó el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980 para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicios morales; se ha considerado, en efecto, que la valoración de dichos perjuicios debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y se ha sugerido la imposición de condenas en salarios mínimos legales mensuales, lo cual impone modificar en este aspecto la sentencia de primera instancia.

¹⁵ Consultar sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646. Magistrado Ponente: Alier E. Hernández Enríquez.

Por consiguiente, la condena impuesta a efectos de indemnizar los perjuicios morales reconocidos por el Tribunal quedará así:

a) Se condenará a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a pagar a los demandantes MANUEL ANTONIO NIETO MARTINEZ, RAFAEL ERASMO HERNÁNDEZ OLIVEROS, JOSE ANTONIO SANDOVAL CÁCERES, ANGEL POMPEYO MOSQUERA, JAIME DE JESUS SANTIAGO, JOSE GUSTAVO ALBA ZAPATA, JOSE ANTONIO GIRALDO MEZA, CARLOS JIMENEZ CAMPO, EUSTORGIO PEDROZA RUEDA, HIPOLITO VEGA DUCUARA, JULIO ENRIQUE ARCE, JAIRO IVAN ARDILA TAFUR, ARISTARCO BEJARANO PALOMEQUE, JOSE MANUEL JIMENEZ CAMPO: el valor equivalente en pesos a la cantidad de CUARENTA (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

b) Se condenará a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a pagar a los demandantes JORGE ELIÉCER ROJAS, CARLOS JAIRO BERRIO BERRIO, ANGEL MARIA BURBANO, MARIA BERNARDA MUÑOZ ROJAS, SIXTO MOSQUERA y HERACLIO BALLÉN, CARMEN RAMONA CORREA, AMPARO DE JESUS PAVAS DE GRANADA, ROQUE CRUZ MELGAREJO y MARTIN ALONSO VERGARA BLANQUISET, el valor equivalente en pesos a la cantidad de TREINTA (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

Conclusiones:

Visto lo anterior, la sentencia apelada será confirmada en tanto declaró la responsabilidad patrimonial de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional por los hechos ocurridos el 6 de enero y el 3 de septiembre de 1990 en la vereda La Concepción del municipio de Yondó, departamento de Antioquia, pero se modificará en cuanto a la condena impuesta a efectos de indemnizar el daño moral sufrido por algunos de los demandantes, según se especificó en el respectivo acápite de la presente providencia y se denegarán las demás pretensiones de la demanda, lo cual implica, en consecuencia, la revocatoria de la condena impuesta a la demandada por la muerte de ARSENIA LOPEZ y ELIBARDO ORDUZ GALVIS.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍCASE la sentencia proferida el 15 de agosto de 1997 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLÁRASE patrimonialmente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por los daños causados con los operativos militares efectuados los días 6 de enero y 3 de septiembre de 1990 en la vereda La Concepción, jurisdicción del municipio de Yondó, departamento de Antioquia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, **CONDÉNASE** a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a indemnizar los perjuicios morales sufridos por cada uno de los siguientes demandantes y en las siguientes cuantías:

a) Para MANUEL ANTONIO NIETO MARTINEZ, RAFAEL ERASMO HERNÁNDEZ OLIVEROS, JOSE ANTONIO SANDOVAL CÁCERES, ANGEL POMPEYO MOSQUERA, JAIME DE JESUS SANTIAGO, JOSE GUSTAVO ALBA ZAPATA, JOSE ANTONIO GIRALDO MEZA, CARLOS JIMENEZ CAMPO, EUSTORGIO PEDROZA RUEDA, HIPOLITO VEGA DUCUARA, JULIO ENRIQUE ARCE, JAIRO IVAN ARDILA TAFUR, ARISTARCO BEJARANO PALOMEQUE, JOSE MANUEL JIMENEZ CAMPO, el valor equivalente en pesos a la cantidad de CUARENTA (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de ellos.

b) Para JORGE ELIÉCER ROJAS, CARLOS JAIRO BERRIO BERRIO, ANGEL MARIA BURBANO, MARIA BERNARDA MUÑOZ ROJAS, SIXTO MOSQUERA y HERACLIO BALLÉN, CARMEN RAMONA CORREA, AMPARO DE JESUS PAVAS DE GRANADA, ROQUE CRUZ MELGAREJO y MARTIN ALONSO VERGARA BLANQUISET, el valor equivalente en pesos a la cantidad de TREINTA (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de ellos.

TERCERO: DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUELVASE** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE, CÚMPLASE.

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO
Aclara Voto

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

ACLARACION DE VOTO DEL DR. ENRIQUE GIL BOTERO

RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL - Acto terrorista / DAÑO ANTIJURIDICO - Principios constitucionales. Solidaridad. Dignidad de la persona humana en el estado social de derecho

Considero, respetuosamente, que la declaración de responsabilidad con fundamento en la falla del servicio, en el caso concreto, resulta forzada, y, por lo tanto, el título de imputación aplicable era el del daño especial. Nuestra Carta Política no sólo es fuente formal del derecho, sino que también expresa cuál es el ámbito de aplicación material, se estructura bajo una parte dogmática que contiene valores, principios, derechos fundamentales y un preámbulo que igualmente encierra un principio fundamental; y una parte orgánica que se refiere a los operadores jurídicos; nuestro modelo constitucional se transpoló al inglés, donde los valores están en la constitución, las leyes fundamentales limitan o restringen el poder, éste no se crea o regula en el derecho pero si puede limitarlo a través de los derechos; la constitución es norma de normas y contiene límites al legislador. Nuestra sociedad hizo una elección política por estos principios constitucionales, me centraré en la solidaridad, en la dignidad de la persona humana y en el Estado social de derecho, relacionándoles con una justicia no formal sino de contenidos materiales. No se trata de ninguna manera de llegar a la idea del Estado asegurador, pero sí la de plantear la insuficiencia de los fundamentos de la responsabilidad de la administración en los casos de terrorismo, y el examen de la imputación o el “quién debe responder” frente a los daños causados a las víctimas en estos eventos. Es así como de acuerdo a las modernas concepciones de Estado y justicia “... el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad, estos términos justos se expresan mediante principios que especifican derechos y deberes básicos dentro de sus principales instituciones, y regulan a través del tiempo los arreglos del trasfondo de justicia, de manera que los beneficios derivados de los esfuerzos de cada cual estén

justamente distribuidos y se comportan de una generación a la siguiente”; o bien en el principio ético de la prioridad según el cual a aquellos colocados en una posición desventajosa se les debe conceder el argumento que decide la prioridad; concepto que formulado de manera negativa configura el: “Principio de tolerancia: en caso de duda tiene prelación el argumento que tenga más amplio margen de tolerancia”. Toda esta concepción moderna de la justicia la recoge la Corte Constitucional en la referida sentencia T-406 de 1992, donde se puntualiza de manera clara que redunda cualquier otro análisis: “Si fuese necesario dar elementos de juicio en abstracto sobre la justicia distributiva - cuestión de por sí temeraria - se podría recurrir al principio de igualdad, ampliamente debatido en la teoría de la justicia de las últimas décadas, a partir del cual toda distribución de recursos para ser justa, deba mejorar al menos la condición de los más desfavorecidos”. Dentro del Estado social de derecho, su naturaleza, conformación sociopolítica y los principios constitucionales reseñados ab initio, obligan al juez en esta materia en cuanto a su aplicación frente a las víctimas de los operativos militares por él realizados no dejar pasar desapercibido que la persona humana es el epicentro de la Constitución de 1991, y en la tensión del ser humano en su dimensión social - o individuo comunidad -, ésta constituye la razón última de la carta política. Y el juez está sometido al ordenamiento jurídico antes que a la ley, la idea de un orden justo se opone a la manifestación de la justicia sólo a través de la ley; los principios en el nuevo esquema jurídico y político adquirieron una importancia excepcional y la naturaleza del juez le imprime el deber ser de buscar la validez y efectividad de los contenidos de la constitución en los términos del artículo 228 donde debe prevalecer el derecho sustancial; la distinción entre *lex* y *ius* había sido ya formulada desde Santo Tomás de Aquino, prevaleciendo el derecho sobre la norma.

RESPONSABILIDAD APLICABLE - Teoría del daño especial / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Daño especial / RESPONSABILIDAD - No proviene de la naturaleza del hecho que cauce el daño, sino del carácter singular o excepcional del daño ocasionado

En el presente caso, el análisis de los hechos arroja como resultado la ocurrencia de un daño, que a todas luces tiene la característica de ser anormal y excepcional, es decir, un daño antijurídico que los demandantes no tenían la obligación de soportar en cuanto les impuso una carga claramente desigual respecto de la que asumen comúnmente los ciudadanos como consecuencia de la labor de mantenimiento del orden público que cumplía el Estado por medio del poder, la función y la fuerza de policía. La mencionada sentencia de esta Corporación también consagra esta idea. En el caso sub examine, el daño resulta antijurídico, porque un grupo de personas, o una sola de éstas, no tiene que soportar los daños que se generan con motivo de la defensa del orden institucional, frente a las fuerzas de la subversión, el actuar de la administración, en estos casos, es lícito, pero ello no la libera del deber jurídico de indemnizar los daños que cause con tal motivo” Por lo que se viene de exponer, utilizar el daño especial como criterio de imputación en el presente caso implicaba la realización de un análisis que, acorde con el art. 90 Const., tomaba como punto de partida el daño antijurídico que sufrieron los demandantes; que se asuma que el daño causado, desde un punto de vista jurídico y no simplemente de las leyes causales de la naturaleza, se debe entender como fruto de la actividad lícita del Estado; y, que, por consiguiente, se concluye que es tarea del Estado, con fundamento en el principio de solidaridad interpretado dentro del contexto del Estado Social de Derecho, equilibrar nuevamente las cargas que, como fruto de su actividad, soporta en forma excesiva uno de sus asociados, alcanzando así una concreción real el principio de igualdad. La teoría del daño especial es conveniente, no solo

porque brinda una explicación mucho más clara y objetiva sobre el fundamento de la responsabilidad estatal, sino por su gran basamento iusprincipialista que nutre de contenido constitucional la solución que en estos casos profiere la justicia contencioso administrativa. En virtud de lo antes expuesto considero que la responsabilidad de la Nación -Ministerio de Defensa, Policía Nacional- Ejército Nacional en el presente caso, debió declararse con fundamento en el daño en especial y no, en la falla del servicio, dadas las falencias probatorias en que se estructuró su supuesta configuración, y de otro lado, la posición errática en que deja a los servidores públicos generaría unas consecuencias, a todas luces injustas, ante las acciones de repetición a que se verán compelidos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., cinco (5) de junio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 05001-23-31-000-1991-06890-01(14526)

Actor: VICTORIANO MARQUEZ Y OTROS

Demandado: NACION -MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA - APELACION SENTENCIA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto lo resuelto en el proveído del 5 de junio, de 2008, dictado dentro del proceso de la referencia, me aparto de él en relación con el título de imputación, de falla del servicio, aplicado en el caso concreto, como quiera que el evento que se juzga debió decidirse bajo el régimen del daño especial.

1. Contenido y alcance de la decisión materia de la aclaración de voto

A través de la providencia objeto de disenso, la Sección decidió modificar la sentencia del 15 de agosto de 1997 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se declaró patrimonialmente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional- Ejército Nacional con motivo de los bombardeos realizados el 6 de enero y el 3 de septiembre de 1990, en el

municipio de Yondó (Antioquia). La imputación por falla del servicio a la demandada se fundamentó, en síntesis, en los siguientes argumentos:

“Visto lo anterior la Sala encuentra plenamente probado que el 6 de enero y el 3 de septiembre de 1990 el Ejército Nacional, a través de las Brigadas Móviles 1 y 2, adelantaron operaciones militares en el municipio de Yondó, jurisdicción del departamento de Antioquia, siendo afectada la vereda La Concepción, conocida también como La Concha; que tales acciones estuvieron motivadas por la posible presencia de grupos guerrilleros en la zona, información que fue verificada previamente por lo menos en cuanto se refiere al operativo efectuado el 6 de enero de 1990 y que en razón de estas medidas la población civil que habitaba la zona resultó damnificada por lo cual debió resguardarse temporalmente en un albergue ubicado en el municipio de Barrancabermeja, con apoyo de las autoridades locales, el Comité Regional de Derechos Humanos y Pastoral Social.

La verificación de tales hechos sin lugar a dudas constituye un evento de falla del servicio, tal y como lo ha considerado la Corporación en casos similares al que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, falla que se ha encontrado configurada en razón de estos criterios: el “desbordamiento en el cumplimiento de sus funciones” y la violación del derecho internacional humanitario por parte del Ejército.

El primero de los referidos criterios ha sido elaborado a partir de razonamientos del siguiente orden¹⁶:

“(…) en realidad no estaba en juego la vida e integridad personal de los miembros de la fuerza pública que participaron en el enfrentamiento en cuestión, y lo que se presentó fue un desbordamiento en el cumplimiento de sus funciones, que se tradujo en la muerte y lesión de numerosos civiles inocentes que bien se ha podido evitar con algo de mesura y prudencia por parte de los militares, que por tener tal condición, no están exentos del deber de actuar dentro de ciertos límites que garanticen la seguridad de la comunidad en general; como consecuencia de tal desbordamiento y exceso en la utilización de las armas de dotación oficial, se produjo el daño antijurídico…”

Igual criterio se expuso en la sentencia del 21 de abril de 2004, expediente 13.946 a saber:

En tales condiciones para la Sala la entidad demandada excedió en el empleo de los medios que legítimamente han sido otorgados para la preservación y mantenimiento del orden público, encontrándose probada la falla del servicio alegada por los demandantes.”

Y en cuanto atañe al segundo de los criterios mencionados, en la sentencia de 6 de julio de 2005¹⁷

¹⁶ Sentencia del 12 de febrero de 2004, expediente 13.952. Magistrado Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁷ Expediente 13.969. Magistrado Ponente Alier E. Hernández Enríquez.

“[A] partir de la violación de las normas de derecho humanitario por parte de los miembros de la fuerza pública que intervinieron en el operativo, específicamente las que regulan el trato a la población civil en situaciones de conflicto armado interno.

En efecto, en el presente caso se desconoció el principio de distinción entre los combatientes y no combatientes, establecido en el “Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)”, incorporado a la normatividad interna mediante la ley 171 de 1994. (...)

Por manera que tomando en consideración los precitados antecedentes jurisprudenciales, los mismo bien pueden repercutir en el caso Sub iudice, en tanto el material probatorio al cual se hizo referencia permite a la Sala catalogar la actuación del Ejército Nacional como desbordada y excesiva; en efecto, se debe tener en cuenta que los operativos fueron sorpresivos tanto para los habitantes de la zona como para las autoridades locales, a quienes no se les previno de manera alguna a fin de que pudieran tomar medidas de resguardo y precaución, más aún en consideración a los medios ofensivos utilizados pues se trató de un ataque desde el aire, reforzado con acciones en tierra por soldados profesionales armados que además se acantonaron en los lugar por periodos considerables (entre uno y tres meses), según lo manifestado por los testigos y las autoridades locales), dando lugar a que la población se viera avocada a refugiarse en el albergue disponible en el municipio cercano de Barrancabermeja, eso sin contar con los daños materiales que tales hechos acarrearón. (...)”

2. Fundamentos de la aclaración

Considero, respetuosamente, que la declaración de responsabilidad con fundamento en la falla del servicio, en el caso concreto, resulta forzada, y, por lo tanto, el título de imputación aplicable era el del daño especial.

Nuestra Carta Política no sólo es fuente formal del derecho, sino que también expresa cuál es el ámbito de aplicación material, se estructura bajo una parte dogmática que contiene valores, principios, derechos fundamentales y un preámbulo que igualmente encierra un principio fundamental; y una parte orgánica que se refiere a los operadores jurídicos; nuestro modelo constitucional se transpoló al inglés, donde los valores están en la constitución, las leyes fundamentales limitan o restringen el poder, éste no se crea o regula en el derecho pero si puede limitarlo a través de los derechos; la constitución es norma de normas y contiene límites al legislador.

Frente a la situación de las víctimas de esta forma cualificada de violencia, una respuesta inspirada en los más puros contenidos de justicia material fue dada en la sentencia N° 8577 del 23 de septiembre 1994, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, donde se aplicó por vez primera la teoría de daño especial como fundamento de justicia para quienes padecen los rigores del actuar terrorista, y si bien allí se destacaron los componentes esenciales del régimen conocido como “Daño Especial”, la decisión judicial contiene un elemento más trascendente cual es la argumentación jurídico - política sobre la clase de Estado que es Colombia, se expuso: “La definición misma de Colombia, como un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana, y en la solidaridad de las personas que la integran, permiten que el sentenciador maneje todo el campo de la responsabilidad del Estado con la solidez que tal normatividad tolera”. En su motivación, la sentencia señalada apunta al nuevo orden jurídico consagrado en la carta política cuando deja de lado factores jurisprudenciales tradicionales, para dar aplicación a principios y valores superiores ligados a la moderna concepción de justicia, tales como la solidaridad, la equidad y el Estado social de derecho. Por vía jurisprudencial, se introdujo un criterio de ponderación al fundamento de la responsabilidad o respuesta al interrogante: ¿Por qué se debe responder?, ligado al problema de la imputación o “quién debe responder”. El criterio aplicado en dicha sentencia, ha sido atenuado por la jurisprudencia posterior de la Sala¹⁸.

Al haberse definido Colombia en la Constitución Política como un Estado social de derecho, ello tiene connotaciones en la organización socio – política, por esto se ha dicho por la Corte Constitucional que el artículo 1º de la carta es la clave de bóveda o ligamento que irradia todo el texto fundamental; el Estado Colombiano es tal, en tanto sus elementos estén presentes, elementos que determinan su propio ser, y dentro de estos caracteres se tiene necesariamente que contar con la defensa de los contenidos materiales. “No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales”¹⁹. La constitución no es sólo el estatuto fundamental del poder sino que además es la forma y contenido que determina y regula las relaciones sociales y los fines del Estado. “La entrada en vigencia de un nuevo régimen constitucional, a través de la

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 1998, expediente N° 11837, actor: Luis Miguel Fernández Vega.

¹⁹ Sentencia T-406 de 1992, M. P. CIRO ANGARITA BARON.

expedición de la nueva constitución de 1991, trajo consigo una nueva dimensión en las relaciones de los ciudadanos frente al Estado, partiendo de la primacía del principio de la dignidad humana como rector de la nueva estructura jurídica y política y la concepción de la persona como un fin estatal”²⁰.

Como se indica en la sentencia que se viene de reseñar, los principios constitucionales son normas de aplicación inmediata, toda vez que “consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación... Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden... En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la constitución... los principios son normas que establecen un deber específico...”. Y sabemos que entre otros son principios constitucionales, los consagrados en los artículos 1º y 3º de dicha normatividad, así es pues que lo son, el respeto a la dignidad humana, la solidaridad, el Estado social de derecho, etc. Estos principios tienen una concepción normativa vinculante de eficacia privilegiada y no pueden ser entendidos de manera correcta con independencia del concepto de efectividad; en esta concepción de Estado, las normas no solo se deben acatar sino que su cumplimiento debe coincidir con la realización de los principios y valores constitucionales²¹. Y dentro de estos valores constitucionales fundamentales están la dignidad humana, la paz, la libertad, el orden justo, la solidaridad, la igualdad, etc.; y el Estado social de derecho se traduce como tal, en cuanto a esa forma de Estado, en los valores más abstractos a que es posible reducir muchos de ellos: “La dignidad, libertad e igualdad”.

Nuestra sociedad hizo una elección política por estos principios constitucionales, me centraré en la solidaridad, en la dignidad de la persona humana y en el Estado social de derecho, relacionándoles con una justicia no formal sino de contenidos materiales. No se trata de ninguna manera de llegar a la idea del Estado asegurador, pero sí la de plantear la insuficiencia de los fundamentos de la responsabilidad de la administración en los casos de terrorismo, y el examen de la imputación o el “quién debe responder” frente a los daños causados a las víctimas en estos eventos. Es así como de acuerdo a las modernas concepciones de Estado y justicia “... el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la

²⁰ Sentencia C-1062 del 16 de agosto de 2000, expediente N° 2770.

²¹ Sentencia T-005 de 1995, M. P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

sociedad, estos términos justos se expresan mediante principios que especifican derechos y deberes básicos dentro de sus principales instituciones, y regulan a través del tiempo los arreglos del trasfondo de justicia, de manera que los beneficios derivados de los esfuerzos de cada cual estén justamente distribuidos y se comportan de una generación a la siguiente”²²; o bien en el principio ético de la prioridad según el cual a aquellos colocados en una posición desventajosa se les debe conceder el argumento que decide la prioridad; concepto que formulado de manera negativa configura el: “Principio de tolerancia: en caso de duda tiene prelación el argumento que tenga más amplio margen de tolerancia”²³. Toda esta concepción moderna de la justicia la recoge la Corte Constitucional en la referida sentencia T-406 de 1992, donde se puntualiza de manera clara que redunda cualquier otro análisis: “Si fuese necesario dar elementos de juicio en abstracto sobre la justicia distributiva – cuestión de por sí temeraria – se podría recurrir al principio de igualdad, ampliamente debatido en la teoría de la justicia de las últimas décadas, a partir del cual toda distribución de recursos para ser justa, deba mejorar al menos la condición de los más desfavorecidos”.

Dentro del Estado social de derecho, su naturaleza, conformación sociopolítica y los principios constitucionales reseñados ab initio, obligan al juez en esta materia en cuanto a su aplicación frente a las víctimas de los operativos militares por él realizados no dejar pasar desapercibido que la persona humana es el epicentro de la Constitución de 1991, y en la tensión del ser humano en su dimensión social - o individuo comunidad -, ésta constituye la razón última de la carta política²⁴. Y el juez está sometido al ordenamiento jurídico antes que a la ley, la idea de un orden justo se opone a la manifestación de la justicia sólo a través de la ley²⁵; los principios en el nuevo esquema jurídico y político adquirieron una importancia excepcional y la naturaleza del juez le imprime el deber ser de buscar la validez y efectividad de los contenidos de la constitución en los términos del artículo 228 donde debe prevalecer el derecho sustancial; la distinción entre *lex* y *ius* había sido ya formulada desde Santo Tomás de Aquino, prevaleciendo el derecho sobre la norma.

²² JOHN RAWLS, *Liberalismo político*, 1ª reimpresión de la edición en español (FCE, Colombia), 1996, pág. 40.

²³ KAUFMANN ARTHUR, *filosofía del derecho*, Universidad externado de Colombia, traducción de la 2ª edición, 1999, pág. 195.

²⁴ Sentencia T-02 de 1992, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

²⁵ Sentencia C- 486 de 1993, M. P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Es así como los fundamentos de responsabilidad administrativa, falla del servicio, daño especial y riesgo excepcional, deben enriquecerse de contenidos concretos inspirados en el modelo de Estado social de derecho, que hacen de él lo que es, porque son de su esencia, o bien, el juez debe decidir con fundamento en un régimen de derecho conformado por los principios constitucionales en virtud del plus o eficacia privilegiada que tienen dentro del ordenamiento jurídico, en atención al examen de cada caso concreto; los problemas de la responsabilidad deben ser estudiados desde el ángulo de la víctima “sería chocante e inadmisibles hacer soportar por la víctima los perjuicios que exceden por su gravedad y por su particularidad, los inconvenientes normales de la vida en sociedad, que sobrepasan aquello que los individuos deben soportar en nombre del interés general”³²⁶.

Ahora bien, en cuanto al fenómeno de la imputación que responde a la pregunta de quién debe responder antijurídicos causados por el Estado, la jurisprudencia de esta corporación, ha hecho algunas consideraciones en torno al concepto de imputabilidad como presupuesto de la responsabilidad del Estado, partiendo del tenor literal del artículo 90 de la C.P. “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. La parte final de la disposición transcrita “causados por la acción o la omisión...”, hace relación a la causalidad, y de ella depende el examen de la imputación o adjudicación del daño a “las autoridades públicas” que en caso de concretarse, o ser factible el juicio de atribuibilidad, desencadena el factor o fundamento de justicia, bien a través de los regímenes de responsabilidad enunciados, o en la plenitud del ordenamiento jurídico dentro del Estado social de derecho y sus principios constitucionales.

Debe existir indiscutiblemente un título de imputación que permita dar respuesta a “quién debe responder”. La imputación significa una reelaboración gnoseológica jurídica sobre la causalidad, pero no es la causalidad misma, va más allá entendida como “imputatio factis” que no sólo obedece al criterio de la vinculación - no necesariamente física, pudiendo también obedecer a criterios normativos y jurídicos -, sino que igualmente apareja la aplicación de justicia material deducible para el caso, bien a través de los factores subjetivos u objetivos, lo que cubre la

³ G. Darcy. La responsabilité de l'administration, Dalloz, 1996, pág. 96.

²⁶ JUAN CARLOS PELÁEZ GUTIÉRREZ, Ob. Cit., pág. 73.

totalidad de los regímenes y criterios de responsabilidad, y que correspondería a la imputatio juris, quedando así conformada a satisfacción la imputación plena.

Si los daños se producen con ocasión de la lucha el Estado en contra de los grupos insurgentes que buscan desestabilizarlo, debe tenerse en cuenta que éste se beneficia de privilegios, que los ciudadanos contribuyen con sus cargas, deberes y obligaciones al mantenimiento de la organización sociopolítica y de la fuerza pública, contribución que es impuesta equitativamente, de allí que con la misma razón resulta adecuado deducir que cuando el Estado es objeto de actos desestabilizadores, debe reparar los daños de quienes fueron ajenos a ese objetivo directo, que no era la víctima misma, sino la organización política de la cual el individuo hace parte. No puede desconocerse que el ciudadano lesionado en esa guerra contra el Estado, es integrante de una sociedad construida sobre una elección política, donde los contenidos de los principios constitucionales a que hemos venido aludiendo son de vigencia y aplicación inexorable si la esencia estatal es la que predica la constitución, y no otra forma de colectividad; se ha dado una dislocación entre los principios constitucionales señalados anteriormente que son de imperativo cumplimiento. En efecto, la solidaridad fundamentaría la atribución de esos daños al Estado:

“La solidaridad impone el deber de reparar, el fin reside en no dejar a la víctima desprotegida ante un daño injusto, que no tenga el deber de soportar; de allí que se produzca la ampliación de los factores de atribución de responsabilidad, hasta avanzar más allá de la noción de culpa, antes la frontera en la que se detenía el resarcimiento²⁷.

“Se ha producido una socialización de los riesgos y de la incidencia de los daños, hasta alcanzar a dañadores que con la concepción tradicional no hubieran respondido.

“También la solidaridad justifica distribuir entre los diversos miembros de una sociedad, el pesos resarcitorio del daño, cuando ha sido causado en ocasión de un perjuicio público, brindado en interés común²⁸, como sería el daño sufrido por un vecino o transeúnte, a consecuencia de una bala perdida disparada por la policía persiguiendo a unos ladrones²⁹30”.

²⁷ LÓPEZ MESA, Algunos excesos en materia de responsabilidad del Estado. “¿Es posible aplicar al Estado la doctrina del riesgo creado?”. En Revista de Derecho Administrativo, cit., Año 10, N° 27/29, pp. 437 y ss; ídem, Curso, cit., T III, p. 67; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Resarcimiento de daños, cit., t.4, p. 85.

²⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Resarcimiento de daños, cit., t.4, p. 86; CSJN, 27/2/97, “Compañía Swift de La Plata c. Estado nacional”, Ley 1998-D-128; ídem, 21/3/95, “Rebesco, Luis M. c. Estado nacional-Policía Federal-”, ED, 166-377; Cám. Nac. Fed. CC, Sala II, 16/9/97, “Carranza, Julia A. y otros c. municipalidad de Buenos Aires”, La Ley, 1999-C-794, J. Agrup., caso 13.935.

²⁹ La CSJN ha decidido que cuando la actividad lícita estatal, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente del perjuicio para los particulares –cuyo derecho

Resulta pertinente traer a colación lo expuesto en un agudo estudio, donde se detalla como en Francia, el principio de la indemnización de los daños causados por hechos de guerra, inspiró al legislador la ley 26 de diciembre de 1914 que adoptó la noción de solidaridad como principio fundante de las indemnizaciones, se comenta así: "... El legislador consagró un sistema de reparación totalmente autónomo, fundado en la noción de solidaridad nacional: la igualdad destrozada en detrimento de algunas personas solamente puede restablecerse porque existe en el corazón de la nación un sentimiento de solidaridad. La solidaridad es un principio único, eterno, en el que reside su grandeza, por el que la nación debe extraer el motivo de su obligación: la deuda de la nación es impuesta a su soberanía por la solidaridad... la unidad nacional no sería más que una metáfora sino engendrara, para toda la nación, al tiempo beneficiaria y tributaria de esta unidad, la obligación de vincularla, no en consideración de una infracción de la nación, sino en consideración de ella misma³¹³¹. La justicia, en términos de Rawls, el teórico contemporáneo más importante en el tema, en palabras sencillas, se fundamenta en una concepción solidarista entre quienes comparten una relación de convivencia, y a partir de su modelo contractual es posible aspirar a un mínimo de ella.

Con motivo de las acciones terroristas se dota de prerrogativas especiales a los gobiernos, no sólo en cuanto a la prevención y represión de las mismas, lo que paradójicamente puede dar origen a la modificación de la construcción teórica que se tenga del Estado, y que hoy día plantea un delicado problema de orden constitucional, en razón de la normatividad de los Estados de excepción o estatutos antiterroristas que ponen límites a los derechos fundamentales, donde se traza una peligrosa línea fronteriza entre la legalidad y la ilegalidad de Estado, Colombia tiene una amplia experiencia en el uso de dicha normatividad excepcional. Esta es la actual encrucijada de los Estados democráticos, el cómo

se sacrifica por aquél interés general – los daños- en el caso, muerte a raíz de los disparos efectuados por un policía durante la persecución de delincuentes – deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad Portu obrar lícito (CSJN, 10/4/01, "C. de G., F. c. Provincia de Buenos Aires", DJ, 2001 -3- 866).

³⁰ TRIGO REPRESAS Félix A., LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil, el derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*, Buenos Aires, La Ley, Tomo I, pág. 32.

³¹ Véase. J.O. Déb., 1 de junio de 1915, año Xe 1904.

³¹ GUSTAVO QUINTERO NAVAS, Conflicto armado y responsabilidad del Estado: análisis del derecho colombiano a la luz del derecho francés, Revista N° 10 de derecho público Universidad de los Andes, 1999, pág. 173.

afrontar este tipo de violencia respetando los límites del Estado de derecho lo cual se traduce en una lucha entre el “eficientismo” y el “garantismo”, en Colombia señalan ese horizonte “el estatuto de seguridad”, “el estatuto antiterrorista” y el “el estatuto para la defensa de la democracia”³².

Esta incidencia dramática que ejerce el terrorismo político sobre la organización estatal, increíblemente la debilita, cuando haciendo uso de la legalidad decide combatirlo, al punto de originar transformaciones profundas y tener la virtualidad de socavar el Estado social de derecho, es éste un elemento más para concluir que si la lucha terrorista es contra el Estado, las víctimas que caen en la misma, son inocentes ajenos al objetivo directo de la confrontación, y el Estado como tal debe acudir en su favor, bien a través de los sistemas de indemnización legal, o bien los resarcitorios propios del régimen de la responsabilidad.

Existe también un precio o un costo para reducir el terrorismo – y no eliminarlo totalmente –, pero sí a través del derecho limitarlo al máximo posible, a efectos de no tener que resarcir las víctimas de los atentados de esta forma especial de violencia; ante el criterio economicista no debe olvidarse que el contrato social o pacto original tiene consecuencias vinculantes que obliga a los Estados a legitimarse a través de la eficacia o pactum solutionis, de lo contrario: “Si los costes de tolerar el terrorismo se hacen demasiado elevados, se deberán pagar otros costes con el fin de reducir el riesgo. Este riesgo no podrá reducirse hasta cero, pero tampoco es posible reducir hasta cero ninguna de las otras molestias”³³

No olvidemos que los mecanismos de indemnización son el resultado de las guerras europeas ante la magnitud de los daños y el número de víctimas, éstas fueron el acicate para el avance en la materia y no la excusa para no reparar los daños ocasionados a la población³⁴, y de otro lado la existencia de la normatividad de excepción que puede poner en jaque la naturaleza del Estado y sus principios básicos hace que las víctimas deban tener un trato excepcional, como contrapartida del redimensionamiento transitorio de la legalidad.

“Los jueces en desarrollo de su función, se repite, deben hacer una interpretación de la normatividad que involucre los principios y valores constitucionales, a efectos de dar prevalencia a los derechos de los

³² JUAN CARLOS PELÁEZ GUTIÉRREZ, Ob. Cit., pág. 18.

³³ DAVID C. RAPOPORT, Ob. Cit., pág. 168.

³⁴ JUAN CARLOS PELÁEZ GUTIÉRREZ, Ob. Cit., pág. 144

asociados. Por lo tanto, éstos, en su labor interpretativa, no pueden dejar de lado la doctrina constitucional, pues ella, precisamente, plasma el sentido y orientación que debe darse al ordenamiento jurídico. Se requiere, entonces, una acción conjunta dentro de la jurisdicción que imprima un sentido de unidad no sólo en la interpretación sino en la aplicación del conjunto normativo existente, a la luz de los principios y valores que emanan de la constitución... No puede olvidarse que la función de los jueces, en el marco de un Estado social de derecho (...) es, precisamente, materializar en sus decisiones, los principios y fines del Estado, entre los que se encuentra no sólo el mantenimiento de un orden justo sino la efectividad de los derechos de todas y cada una de las personas que habitan el territorio colombiano, artículo 2^o³⁵.

En el derecho contemporáneo existen dos vías posibles para garantizar las indemnizaciones a las víctimas de la lucha armada contra el Estado, la vía jurisdiccional y los regímenes legislativos especiales de indemnización y de asistencia pública, como ocurre entre otros en el derecho español³⁶ y en el Francés³⁷, para llegar a la materialización de estas leyes se acudió al principio de la solidaridad.

En nuestro medio la normatividad que deviene desde 1993, de manera reiterada ha invocado no solo el mismo principio, sino además el del “daño especial” que reciben dichas víctimas, pero en el plano de la realidad lo contemplado en dichas disposiciones se torna insuficiente porque no cumple un verdadero papel indemnizatorio, se trata como allí se destaca de una simple asistencia humanitaria coyuntural, lo que demanda indudablemente ante su insuficiencia que el juez en el horizonte de esos dos principios – solidaridad y daño especial – encumbre el estado actual de la jurisprudencia, para realizar lo que la normatividad enuncia

³⁵ Sentencia SU-846/2000.

³⁶ En el derecho español, acontece igual, a la par de la vía jurisdiccional, el régimen legal está conformado por la siguiente normatividad: Real decreto 1211 del 18 de julio de 1997 por el cual se aprueba el reglamento de ayudas y resarcimiento a las víctimas de delitos de terrorismo; Real decreto ley 13 de 1997 por el cual se autorizó la celebración de un sorteo de la lotería nacional a favor de las víctimas de terrorismo; orden del 12 de septiembre de 1997 por la que se establecen las bases reguladoras y la convocatoria para la concesión de subvenciones a las asociaciones representativas y de defensa de las víctimas de terrorismo y a las entidades que realicen actividades asistenciales a favor de las mismas; Real decreto 73 de 1998 del 23 de enero por el que se regulan los criterios de asignación de las ayudas a víctimas de terrorismo derivadas de los beneficios obtenidos en el sorteo de la lotería nacional del 18 de octubre de 1997. Finalmente la ley 32 de 1999 mediante la cual se alcanza la solidaridad con las víctimas del terrorismo, y el Real decreto 1912 de 1999 reglamento de ejecución de la ley 32 de 1999. Como también la ley 2 de 2003, modificatoria de la ley 32 de 1999, y el Real Decreto 288 de 2003 por el que se aprueba el reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo.

³⁷ En Francia esta última vía fue adoptada mediante el régimen legislativo, ley N° 86-1020 de septiembre 9 de 1986, que permite por un procedimiento rápido la indemnización de todas las víctimas de terrorismo en territorio francés e incluso de los nacionales franceses en el exterior. Esta ley ha sido complementada y mejorada por reformas legislativas como las leyes del 30 de diciembre de 1986, del 23 de enero y 6 de julio de 1990, y la ley del 8 de febrero de 1995.

pero no cumple ante su propia limitación de “asistencia humanitaria”, que le da más un entorno de retórica legislativa que de verdadero compromiso con las víctimas inocentes de una guerra que no les pertenece. Puede el juez, teniendo como punto de partida la unidad del ordenamiento jurídico, desarrollar y dar aplicación al bloque de constitucionalidad y a las leyes de ayuda humanitaria, para encontrar los fundamentos de imputación que predicen algunos como algo insustituible y sacramental que les permite seguir anclados en el universo utópico de los conceptos, ignorando el incumplimiento de los fines del Estado que son los que justifican su existencia. De allí que “El concepto de “bloque de constitucionalidad”, tan arraigado ya en nuestra doctrina y en la jurisprudencia, no es sino expresión de ese fenómeno, en el cual la Constitución formal y la legislación ordinaria establecen una potente alianza normadora que afecta los elementos básicos del ordenamiento jurídico, a sus principios esenciales”³⁸.

Conclusión de todo lo anterior, es que en la búsqueda de los contenidos materiales de justicia, de acuerdo con valores y principios consagrados en la Constitución Política que no es posible desconocer y que tiene como epicentro el ser humano, considera que en el caso de las víctimas de la lucha armada contra los grupos que buscan la desestabilización de Estado, debe aplicarse el título de imputación del daño especial para establecer la responsabilidad de la administración.

Respecto de dicho título de imputación, la Sala se pronunció recientemente, mediante sentencia del tres de mayo de 2007, cuyos términos reitero en la presente aclaración:

“1. Régimen de responsabilidad aplicable

“En el presente caso la responsabilidad deviene, como se manifestó en la sentencia recurrida, de la aplicación de la teoría del daño especial, régimen de responsabilidad que pone acento en el daño sufrido por la víctima, la cual debe ser preservada frente al perjuicio no buscado, no querido, ni tampoco merecido³⁹. Esta teoría, con fuerte basamento en la equidad, la

³⁸ LÓPEZ GARRIDO, Diego, Ob. Cit., pág. 167.

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás-Ramón, *curso de derecho Administrativo*, t. II, ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 369.

igualdad y la solidaridad, se enmarca dentro de los factores objetivos con los que se ha enriquecido el catálogo de títulos de imputación al Estado⁴⁰.

El daño especial cuenta con una larga tradición en la jurisprudencia de esta Corporación, siendo utilizada por primera vez en 1947⁴¹, ocasión en la que manifestó:

“Consecuencia recta de la anterior proposición, en razón pura, es la de que la operación administrativa ni los hechos que la constituyen, podrán jamás ser generadores de violación alguna; pero sí, en cambio, causar lesiones patrimoniales o, en su caso, daños especiales, no por involuntarios o producto de la necesidad de obrar en un momento dado, menos dignos de resarcimiento, que es lo que la ley colombiana ha querido, a diferencia de otras legislaciones que sólo conceden acción cuando el perjuicio proviene de una vía de hecho”⁴².

“A partir de ese momento esta Corporación ha construido una extensa línea jurisprudencial respecto del daño especial, en la cual el título de imputación tiene fundamento en la equidad y en la solidaridad como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado⁴³.

“Los supuestos de aplicación de este título de imputación han sido variados, todos ellos creando líneas jurisprudenciales que se han nutrido de un común denominador de naturaleza principialista.

“En este sentido encontramos los casos de daños sufridos por conscriptos en desarrollo del servicio militar obligatorio⁴⁴, el hecho del legislador –ley conforme a la Constitución- que genera imposibilidad de accionar ante un

⁴⁰ Lo expuesto es soportado por los aportes que numerosos autores han realizado al tema de la responsabilidad, de los que constituye un buen ejemplo el tratadista Vázquez Ferreyra, quien escribió:

“Insistimos en señalar que los factores objetivos de atribución constituyen un catálogo abierto sujeto a la expansión. Por ello la mención sólo puede ser enunciativa. Al principio sólo se mencionaba el riesgo creado; un análisis posterior desprendido del perjuicio subjetivista permitió vislumbrar a la equidad y la garantía. Hoy conocemos también otros factores, como la igualdad ante las cargas públicas, que es de creación netamente jurisprudencial.” –subrayado fuera de texto-

VÁZQUEZ FERREYRA Roberto A., *Responsabilidad por daños (elementos)*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 197.

⁴¹ Oportunidad en que el Consejo de Estado conoció la demanda de El Siglo S.A. contra la Nación, en virtud del cerco policial y la suspensión de servicios de que habían sido objeto las instalaciones del rotativo durante 27 días, medios con los que pretendió impedir que la multitud destrozara la maquinaria del periódico.

⁴² Consejo de Estado, sentencia de julio 27 de 1947. C.p. Gustavo A Valbuena.

⁴³ En este sentido esta corporación ha consagrado:

“Se ha reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que se compromete la responsabilidad patrimonial de la administración pública cuando ésta, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, causa con su actuación un perjuicio de naturaleza especial y anormal a un administrado, un daño que excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe normalmente soportar en razón de la peculiar naturaleza de los poderes públicos y de la actuación estatal.”

Extractos de Jurisprudencia, Tomo III, Enero, Febrero y Marzo de 1989, pag. 249 y 250, citado en CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.p. Juan de Dios Montes Hernández, 1º de agosto de 1991, p. 13.

⁴⁴ Entre otras, CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, No. de radicación 16205, de Agosto 1º de 2005, C.p. María Helena Giraldo, caso de las lesiones sufridas por un conscripto

daño antijurídico y la construcción de obras públicas que disminuye el valor de los inmuebles aledaños⁴⁵.

“Igualmente, el daño especial ha sido el sustento para declarar la responsabilidad del Estado en eventos de escasa ocurrencia que van desde el ya conocido cierre del diario el Siglo⁴⁶, la liquidación de un banco⁴⁷, la retención de un vehículo que transportaba sulfato de potasio por creer que era un insumo para la fabricación de estupefacientes⁴⁸ o el daño a una aeronave que había sido secuestrada por miembros de un grupo guerrillero⁴⁹; hasta eventos muy similares al que ahora ocupa a la Sala, verbigracia, enfrentamientos entre el ejército y la guerrilla en un área urbana de la ciudad de Cali⁵⁰, el ataque bélico de un grupo guerrillero contra el cuartel de la policía de la población de Herrera, departamento del Tolima⁵¹, o la muerte de un joven en un enfrentamiento entre guerrilla y ejército, sin claridad acerca de la autoría de la muerte⁵².

“El daño especial ha sido entendido como un título de imputación de aplicación excepcional, que parte de la imposibilidad de resarcir un daño claramente antijurídico con fundamento en un régimen subjetivo de responsabilidad. En este sentido, resulta valiosa la referencia que nos aporta la jurisprudencia de esta corporación al decir:

“Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre su encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de

⁴⁵ Entre otros, CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente 4493, C.p. Carlos Betancur Jaramillo; y CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, No. de radicación 24671, de diciembre 13 de 2005, C.p. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴⁶ En la ya mencionada sentencia del CONSEJO DE ESTADO, de julio 27 de 1947. C.p. Gustavo A Valbuena. [En esa ocasión, el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de examinar aquella situación tan singular en la cual el presidente de la república, Alfonso López, fue detenido por unidades militares en la ciudad de Pasto, lo que originó una crisis y propició que ocupara la presidencia de manera transitoria, el primer designado, quien en virtud de sus facultades otorgó poderes de policía al Ministro de la Defensa para que dictara una resolución tomando posesión y censura de todos los periódicos y revistas del país; a uno de los diarios que no se le designó censor fue al periódico El Siglo, que luego se debió proteger paradójicamente por la misma fuerza pública frente a las turbas enardecidas que iban a atacar sus instalaciones, y por esa protección que le prestó el Estado, se vio en la imposibilidad circular derivándose así un perjuicio].

⁴⁷ [Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de octubre de 1976, radicación: 1.482. Magistrado Ponente: Jorge Valencia Arango].

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente 5502, C.p. Juan de Dios Montes Hernández, 1º de agosto de 1991.

⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente No. 6097, C.p. Julio Cesar Uribe Acosta, 20 de marzo de 1992.

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente 6110, C.p. Policarpo Castillo Dávila, sentencia de 24 de abril de 1991.

⁵¹ En donde resulta especialmente enunciativo un párrafo de dicha providencia, que se transcribe “No puede perderse de vista que de no hacerse responsable a la Nación colombiana, como se enuncia en el párrafo anterior, bien, aplicando el principio de responsabilidad por daño especial, ora siguiendo las enseñanzas de quienes abogan por la responsabilidad originada en el desequilibrio o rompimiento de las cargas públicas (o desigualdad de los ciudadanos ante la ley), o, por último, como lo entiende esta Sala, según la teoría de la “lesión” al patrimonio de administrado, se desconocería la noción de equidad.”

⁵² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente No. 7716, C.p. Julio Cesar Uribe Acosta, 17 de junio de 1993.

tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad.”⁵³

“Aunque la situación a partir de la Constitución de 1991 ha cambiado radicalmente, el aparte transcrito resulta especialmente esclarecedor de los elementos que soportan la teoría del daño especial, ya que el mismo resalta claramente el papel que dentro del razonamiento jurídico realizado por el juez juega el principio de equidad. Es éste, y no otro elemento, el que conduce al juez a la convicción de que el daño que se causó es por esencia antijurídico; y que, por consiguiente, si no se encuentra fundamento a la reparación del mismo en la falla del servicio, debe buscarse en otro de los posibles regímenes de responsabilidad estatal.

“Lo dicho no debe entenderse como un reducto de arbitrariedad del juez, fruto exclusivo de su personal idea de justicia. Por el contrario, este tipo de razonamiento es el que se exige de todos y cada uno de los operadores jurídicos, quienes al momento de aplicar la ley deben permear su interpretación con los principios constitucionales vigentes dentro del sistema jurídico⁵⁴, sobre todo a partir de la entrada en rigor de la nueva Constitución, norma que incorpora los valores y principios como un elemento axial dentro de su estructura, algo que debe reflejarse en la concepción del derecho que tengan los operadores jurídicos que funcionan dentro del sistema.

“Lo expresado anteriormente se encuentra en sintonía con el entendimiento que ha presentado la Corte Constitucional, que al respecto consagró

“la equidad –al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto- permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes. En este sentido, el operador, al decidir, tiene en cuenta no las prescripciones legales, sino los efectos concretos de su decisión entre las partes.”⁵⁵ (Subrayado dentro del texto de la sentencia)

“Esta es, precisamente, la esencia del daño especial, la injusticia material que se derivaría de seguir otro parámetro de responsabilidad estatal en un caso concreto, situación que impone sobre los hombros del juez el deber de excepcionar la aplicación del régimen general con el objeto de dejar actuar la justicia material que de sentido al Estado Social de Derecho.

“Esta aproximación sirve para reforzar la idea de que la equidad en ningún momento debe entenderse como consecuencia del arbitrio judicial; por el contrario, se trata de el uso de la discrecionalidad que permite –e incluso, en algunos casos exige- el ordenamiento para eventos en que la vía

⁵³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente No. 4655, C.p. Dr. Antonio José Irisarri Restrepo, en Extractos de Jurisprudencia del consejo de Estado, primer trimestre de 1989, Tomo III, Publicaciones Caja Agraria, Bogotá, p. 249 y 250.

⁵⁴ Exigencia que se deriva de la idea de “sistema” del ordenamiento jurídico, es decir, de cuerpo único y armónico de normas jurídicas, que se relacionan con base en reglas de jerarquía, competencia y vigencia. Es esta la base del principio de hermeneútica conforme a la Constitución, que exige la interpretación y aplicación de las normas infraconstitucionales con armonía y estricta observancia de los preceptos constitucionales. En este sentido Corte Constitucional se ha referido al principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución, entre otras en la sentencia C-070 de 1996 y C-038 de 2006.

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-1547 de 2000, M.P. (e): Cristina Pardo Schlesinger, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 38 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil.

excepcional es la que cumple con el valor de justicia material que se busca⁵⁶.

“A su turno nuestra Corte Constitucional ha identificado tres elementos característicos de la equidad:

“El primero es la importancia de las particularidades fácticas del caso a resolver. La situación en la cual se encuentran las partes – sobre todo los hechos que le dan al contexto empírico una connotación especial – es de suma relevancia para determinar la solución equitativa al conflicto. El segundo es el sentido del equilibrio en la asignación de cargas y beneficios. La equidad no exige un equilibrio perfecto. Lo que repugna a la equidad son las cargas excesivamente onerosas o el desentendimiento respecto de una de las partes interesadas. El tercero es la apreciación de los efectos de una decisión en las circunstancias de las partes en el contexto del caso. La equidad es remedial porque busca evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada decisión dadas las particularidades de una situación”⁵⁷.

“De manera que la actuación en equidad se refiere a una particular decisión del juez, que excepciona la aplicación de la regla general en virtud a que sus resultados se denotan ante él como lejanos a la idea de justicia que se quiere desarrollar. Y precisamente, esta es la filosofía que ha inspirado a la jurisprudencia en los casos de aplicación del daño especial, la cual inició su desarrollo con la idea de evitar que la inexistencia de falla en el servicio conllevara a la consolidación de situaciones con un claro desequilibrio en las cargas que debían soportar los administrados.

“Como se anotó, la justicia material se concreta en los casos de daño especial en el objetivo de reequilibrar la asunción de cargas públicas, en virtud a que el perjuicio sufrido presenta características de excepcional y anormal. En otras palabras es un perjuicio que, desde la perspectiva del principio de igualdad frente a las cargas públicas, resulta considerablemente superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón del ejercicio de los poderes de actuación con que cuenta la administración. En este sentido, respecto de las calidades del perjuicio sufrido, se estableció por el Consejo de Estado desde los primeros años de implementación de esta teoría

“El Estado en ejercicio de su soberanía puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero si esa afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. Es por tanto característica de la responsabilidad del Estado que el daño sea especial, lo que ocurre según Bonnard, cuando en una categoría dada de individuos, colocados en una misma situación, el daño no afecta sino a uno o algunos de ellos, pues si todos los que se hallen en estas situaciones son o pueden ser afectados por el daño, el individuo se encuentra en presencia de una carga pública, como lo son, por ejemplo: los inconvenientes normales

⁵⁶ “Porque la equidad no es fuente del Derecho, sino medio de determinación del Derecho justo”, como sabiamente lo ha enseñado ENTRENA KLETT Carlos María, *La equidad y el arte de juzgar*, Ed. Aranzadi, 2ª Ed., Navarra, 1990, p. 23.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-837 de 2002.

de vecindad que todo propietario debe soportar por el hecho de las propiedades vecinas. **El daño debe ser, por tanto excepcional y anormal, porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que cause el daño, sino del carácter singular o excepcional del daño ocasionado.**⁵⁸ –negrilla fuera de texto-

“Esta anormalidad y especialidad del perjuicio es, precisamente, la que conlleva a un rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas⁵⁹. Sin embargo, no debe entenderse dicho principio como el anhelo de lograr una equiparación matemática entre los administrados frente a la actividad administrativa; el contenido que el mismo involucra es, evidentemente, el mantenimiento de un relativo balance en esta materia. En consecuencia, es posible considerar como legítimas las imposiciones que puedan ser ubicadas dentro de los parámetros que, de acuerdo con la jurisprudencia, acepta el principio de igualdad ante las cargas públicas; y, en este mismo sentido, el Estado deberá responder cuando quiera que una actividad administrativa haya ocasionado un grado de perjuicio que exceda el ámbito de molestia que debe ser soportado.

“La igualdad, y como se antepuso, su manifestación en el equilibrio ante las cargas públicas, aparece como el bien jurídico a restituir en estos casos, fruto directo de postulados equitativos a los que repugna, como lo expresan el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, los eventos de extrema desigualdad en la repartición de las cargas públicas.

“Esta reparación igualitaria, en cuanto responsabilidad del Estado, es reforzada en su razón de ser por la solidaridad, valor que debe animar el actuar del Estado colombiano, no sólo por su calidad de Social –y por ende redistributivo-, sino además porque el constituyente ratificó este carácter al consagrar en el art. 1º a la solidaridad como uno de los valores fundantes del Estado, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Al respecto ha consagrado:

“Los actos dañinos derivados del uso de la fuerza legítima, son indemnizados bajo dos fundamentos, a saber, uno el de la solidaridad nacional según el cual el Estado Social de Derecho debe asumir las cargas generales que incumben a su misión, tal el evento de lesiones personales o daños materiales infringidos con el objeto de reprimir una revuelta, o por causa de esta. Otro, el deber de asumir los riesgos inherentes a los medios empleados particularmente en sus actividades peligrosas o riesgosas.”⁶⁰.

“En armonía con lo manifestado por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha entendido que la solidaridad dentro del Estado Social de Derecho es simplemente un medio para dar aplicación real a uno de los

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.p. Pedro Gómez Parra, septiembre 30 de 1949.

⁵⁹ En este sentido ha expresado esta corporación:

“todo perjuicio anormal, que por su naturaleza e importancia exceda las molestias y los sacrificios corrientes que exige la vida en sociedad, debe ser considerado como una violación de la igualdad de los ciudadanos delante de las cargas públicas, y por consiguiente debe ser reparado”

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.p.: Guillermo González Charry, abril 21 de 1966.

⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, rad. 8490, 27 de enero de 2000, C.p. Jesús María Carrillo Ballesteros.

valores fundacionales del Estado moderno: la justicia material, principio sobre el cual la Corte Constitucional refirió:

“El principio de justicia material o verdaderamente eficaz se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica. Exige, por el contrario, una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, bajo el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales.

“Dicho principio es de obligatoria observancia en las actuaciones administrativas, pues la función de aplicar el derecho en un caso concreto no es misión exclusiva del Juez, sino también de la administración cuando define situaciones jurídicas o actúa sus pretensiones frente a un particular en desarrollo de las competencias y prerrogativas que le son propias.”⁶¹

“De este extracto jurisprudencial se derivan dos ideas que resultan capitales al desarrollo argumentativo del presente caso y que reafirman las razones expuestas: la idea de que la justicia material busca la aplicación efectiva de principios y valores constitucionales; y, que es la misión del juez, entre otros, velar por su efectiva materialización.

“En resumen, la teoría del daño especial reúne una buena muestra de los eventos en que, con el ánimo de buscar un resultado satisfactorio desde una óptica de justicia material, se utiliza la equidad para reequilibrar las cargas públicas, honrando así el principio de igualdad. En otras palabras, la teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto.

“Se denota claramente la gran riqueza sustancial que involucra la teoría del daño especial y, como no, lo esencial que resulta a un sistema de justicia que, como el de un Estado Social de Derecho, debe buscar mediante el ejercicio de su función la efectiva realización de los valores y principios esenciales al mismo.

“Sin mayor preámbulo se iniciará el estudio de los elementos que en el caso concreto configuran el título de responsabilidad”⁶² (se subraya).

En el presente caso, el análisis de los hechos arroja como resultado la ocurrencia de un daño, que a todas luces tiene la característica de ser anormal y excepcional, es decir, un daño antijurídico que los demandantes no tenían la obligación de soportar en cuanto les impuso una carga claramente desigual

⁶¹ Sentencia T-429 de 1994 M.p. Antonio Barrera Carbonell

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de tres de mayo de 2007, expediente: 16.696 (06081), actor: Luz Marina Ramírez Barrios y otros. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

respecto de la que asumen comúnmente los ciudadanos como consecuencia de la labor de mantenimiento del orden público que cumplía el Estado por medio del poder, la función y la fuerza de policía.

La mencionada sentencia de esta Corporación también consagra esta idea

“en el caso *sub examine*, el daño resulta antijurídico, porque un grupo de personas, o una sola de éstas, no tiene porque soportar los daños que se generan con motivo de la defensa del orden institucional, frente a las fuerzas de la subversión, **el actuar de la administración, en estos casos, es lícito, pero ello no la libera del deber jurídico de indemnizar los daños que cause con tal motivo**”⁶³

Por lo que se viene de exponer, utilizar el daño especial como criterio de imputación en el presente caso implicaba la realización de un análisis que, acorde con el art. 90 Const., tomaba como punto de partida el daño antijurídico que sufrieron los demandantes; que se asuma que el daño causado, desde un punto de vista jurídico y no simplemente de las leyes causales de la naturaleza, se debe entender como fruto de la actividad lícita del Estado; y, que, por consiguiente, se concluye que es tarea del Estado, con fundamento en el principio de solidaridad interpretado dentro del contexto del Estado Social de Derecho, equilibrar nuevamente las cargas que, como fruto de su actividad, soporta en forma excesiva uno de sus asociados, alcanzando así una concreción real el principio de igualdad.

La teoría del daño especial es conveniente, no solo porque brinda una explicación mucho más clara y objetiva sobre el fundamento de la responsabilidad estatal, sino por su gran basamento iusprincipialista que nutre de contenido constitucional la solución que en estos casos profiere la justicia contencioso administrativa.

En virtud de lo antes expuesto considero que la responsabilidad de la Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional- Ejército Nacional en el presente caso, debió declararse con fundamento en el daño en especial y no, en la falla del servicio, dadas las falencias probatorias en que se estructuró su supuesta configuración, y de otro lado, la posición errática en que deja a los servidores

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. No. 8577, cit.

públicos generaría unas consecuencias, a todas luces injustas, ante las acciones de repetición a que se verán compelidos.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra