

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Condena

SÍNTESIS DEL CASO: Campesino asesinado por miembros del Ejército Nacional, acusado de ser combatiente del grupo guerrillero de las FARC, mientras se movilizaba en un bus escalera en el municipio de San Andrés de Cuerquia, Antioquia.

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA - En razón a la cuantía

La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 24 de abril de 2012 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, comoquiera que la demanda se presentó el 20 de febrero de 2007 y la pretensión mayor se estimó en la suma de 1.000 SMLMV por concepto de indemnización de perjuicios morales para el hijo de la víctima directa, la cual supera el monto exigido -500 SMLMV-, para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Término. Cómputo / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - No operó. La demanda se presentó en tiempo

En cuanto a la oportunidad para formular la presente acción indemnizatoria, según se indicó, su ejercicio tuvo por origen la muerte del señor Omar Esneider Espinosa ocurrida el 27 de febrero de 2005, razón por la cual, por haberse interpuesto la demanda el 20 de febrero de 2007, se impone concluir que se interpuso dentro de los 2 años que establece el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A

FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984 - ARTÍCULO 136

DAÑO ANTIJURÍDICO - Acreditación

De conformidad con el material de convicción allegado al proceso, ha de señalar la Sala que se encuentran plenamente acreditados los daños antijurídicos sufridos por los demandantes, en tanto la muerte del señor Omar Esneider Correa Espinosa en las condiciones que ocurrió, configura -como se verá- una vulneración grave, flagrante y sistemática de derechos humanos. (...) se concluye que, comoquiera que el señor Omar Esneider perdió su vida cuando se encontraba detenido en poder del Ejército Nacional, ese daño antijurídico le resulta imputable, dado que faltó a su obligación de garante institucional respecto de sus deberes de protección y seguridad frente a la persona que se encontraba bajo su custodia, máxime cuando fueron los mismos miembros del Ejército Nacional quienes cegaron su vida, tal y como pasa a verse.

POSICIÓN DE GARANTE INSTITUCIONAL EN PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD - Deber especial de protección en cabeza del Estado. Reiteración jurisprudencial

En relación con las personas que se encuentran detenidas y privadas de la libertad, quienes deben soportar tanto la limitación en el ejercicio de sus derechos y libertades como, igualmente, la reducción o eliminación de las posibilidades de ejercer su propia defensa, con miras a repeler las agresiones

de agentes estatales o de terceros, la jurisprudencia de esta Sección ha señalado que el Estado debe garantizar la seguridad de los detenidos y asumir los riesgos que lleguen a presentarse en virtud de dicha circunstancia, razón por la cual, se ha precisado que en estos casos, existe una posición de garante institucional frente a las personas detenidas, motivo por el cual debe garantizarles su vida e integridad. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando se trata de daños causados a personas detenidas, consultar, sentencia del 12 de febrero de 2004, exp.14955, C.P. Ricardo Hoyos Duque y sentencia del 24 de junio de 2004, exp. 14950, C.P. María Elena Giraldo Gómez

CAUSAL EXIMENTE O EXONERATIVA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Culpa o hecho exclusivo de la víctima / CULPA O HECHO EXCLUSIVO DE LA VÍCTIMA - No se configuró. Carencia probatoria / CAUSAL EXIMENTE O EXONERATIVA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Legítima defensa / LEGÍTIMA DEFENSA - No se configuró. Carencia probatoria

Resalta la Sala que del examen detallado de las pruebas allegadas al expediente es posible concluir –y así lo anticipa- que no existe elemento alguno de convicción que permita tener por demostrado que la muerte de la víctima a la que se viene haciendo referencia hubiere obedecido o hubiere sido determinada por razón de su propia y exclusiva culpa, como lo sostiene la parte demandada.(...) debe señalar la Sala que el operativo militar y el supuesto enfrentamiento armado que se habría producido –según el informe oficial- entre miembros de las FARC y el grupo de contraguerrilla, resulta huérfano de respaldo probatorio, pues no se aportó ninguna prueba que reportara ese hecho, distinta de la declaración de los militares que participaron en la muerte de la citada persona, en las cuales se dijo que en momentos en que se produjo una explosión y se escucharon unos disparos, el hoy occiso aprovechó para escapar e ir a donde tenía escondido el revólver, la munición para esa arma y los explosivos que le fueron encontrados, pero que fue dado de baja en dicho cruce de disparos. Respecto del arma y del explosivo que habrían sido hallados al lado del cuerpo de la citada persona, debe señalarse que no se precisó en qué momento y lugar fue encontrada el arma y por quién, lo que pone en tela de juicio el hecho de que en verdad el occiso hubiere portado dicha arma para el momento en el que fue abatido por el grupo de militares; además, tampoco se observa preocupación alguna por parte de la demandada por acreditar esa circunstancia ni en el proceso penal militar adelantado por esa misma entidad, ni en el presente proceso contencioso administrativo.(...) advierte la Sala que si bien se realizó un dictamen pericial sobre el estado de dicha arma y se concluyó, a partir de la prueba de residuos de disparos, que fue utilizada de forma reciente, lo cierto es que no aparece en el expediente prueba alguna que señale que el joven muerto hubiera manipulado o accionado esa arma de fuego el día de los hechos en cuestión, toda vez que ninguna probanza se adelantó para determinar dicha circunstancia, pese a lo fundamental que resultaba para esclarecer la forma en la cual ocurrieron los hechos y, en especial, para la defensa de la demandada, quien arguyó que había actuado en legítima defensa frente a la agresión de la que fueron víctimas los militares. (...) respecto de las afirmaciones plasmadas en la declaración de los militares, impide que se pueda llegar a deducir, con algún grado mínimo de certeza, que en verdad el hoy occiso hubiera portado dicho revólver y el explosivo, máxime cuando lo detuvieron le practicaron una requisa y no le encontraron ninguna de esas armas en su poder. Además, causa extrañeza, por resultar ajeno al sentido común que, en medio del fuego

cruzado, el hoy occiso hubiera escapado y que, al poco tiempo y, en la oscuridad de la noche, hubiera llegado al lugar donde supuestamente escondía dichas armas y las hubiera accionado en contra de los uniformados, provocando la reacción de éstos.(...) los elementos que configuran la legítima defensa deben estar acreditados de manera indubitable, de modo tal que aparezca claro que el uso de las armas era el único medio posible para repeler en ese momento la agresión o que no existía otro medio o procedimiento viable para ejercer la defensa; que, además, la respuesta armada se dirija exclusivamente a contrarrestar el peligro, y que no constituya una reacción indiscriminada, en tanto debe existir coherencia de la defensa con la misión que legal y constitucionalmente se ha encomendado a la Fuerza Pública . (...) lleva a concluir a la Sala que resulta ausente de fundamento probatorio la causa extraña alegada por la demandada para oponerse a los pedimentos de la demanda, a pesar de aceptar que de manos de sus agentes se produjo la muerte del joven Omar Correa Espinosa. (...) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. Así pues, la parte demandada no cumplió con la carga probatoria que le impone esta norma legal, toda vez que –se reitera-, no allegó al proceso prueba alguna que acredite la alegada configuración de una eximente de responsabilidad.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 177

PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN Y LEVANTAMIENTO DE CADÁVER - No cumplió con los parámetros establecidos por la ley / CONTAMINACIÓN DE LA ESCENA DEL CRIMEN - Obstáculo para el adecuado desarrollo de las investigaciones / PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN Y LEVANTAMIENTO DE CADÁVER - Regulación normativa

Tanto el referido informe oficial realizado por el comandante del pelotón de contraguerrillas del Ejército Nacional, como los militares que declararon en el proceso penal militar señalaron que el día de los hechos el cuerpo del señor Correa Espinosa fue trasladado a la morgue del Hospital de Toledo, en donde se le realizó el levantamiento del cadáver y la necropsia. Llama la atención la Sala en cuanto a que dicho levantamiento del cadáver, realizado en esas condiciones y un día después de su muerte, desconoció lo establecido en el artículo 290 del Código de Procedimiento Penal vigente al momento del hecho, el cual señalaba que la inspección del cadáver debía realizarse por autoridad competente en el mismo lugar en donde acaeciera la muerte, de manera que existiera inmediación del funcionario con la escena de los hechos.(...) la misma norma preveía que en caso que no fuere posible la presencia de funcionario instructor o de la policía judicial, la identificación del cuerpo debía realizarse por cualquier funcionario público o, inclusive, por un ciudadano, pero siempre en el mismo sitio del hecho.(...) la conducta seguida por el Ejército Nacional que no permitió garantizar la pureza de la escena de los hechos y optó por trasladar de inmediato el cuerpo a Toledo, Antioquia, desconoció las obligaciones a su cargo en ese sentido y, por ende, esa omisión constituyó un obstáculo para el adecuado desarrollo de las investigaciones a que hubiera lugar, al punto que en el presente proceso, no existen probanzas que señalen precisa y objetivamente las condiciones en la que habría sido hallado el cuerpo, por lo que tampoco resulta dable aseverar que el hoy occiso hubiera fallecido en un combate con el Ejército Nacional. (...) en la correspondiente investigación penal militar iniciada por tales los hechos, nada se estableció en relación con las causas y/o circunstancias del deceso de la persona que resultó muerta. Así pues la única providencia que se

aportó, se limitó a abstenerse de decretar medida de aseguramiento en contra del grupo de militares que participó en tales hechos, por considerar que actuaron de conformidad con el ordenamiento jurídico, esto es, en desarrollo de una orden de operaciones o en cumplimiento de un deber legal.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - ARTÍCULO 290

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - La víctima no tenía antecedentes penales y gozaba de un buen nombre

Lo que en este punto pone de presente la prueba recaudada, no es cosa diferente a que el joven Correa Espinosa era un estudiante y agricultor que gozaba de buen nombre en la región y que laboraba en el predio de su familia. En efecto, los testimonios de las personas que conocieron a Omar Esneider Correa, coinciden en señalar que era una persona que se dedicaba a actividades agrícolas en la finca de su familia y que gozaba del respeto y aprecio de los habitantes de la región ; asimismo, está probado que en contra de la citada persona no figuran antecedentes penales que dieran cuenta de la comisión de actividades delictivas, razón por la cual, la Sala debe reconocer en su favor el derecho fundamental de la presunción de inocencia que lo ampara (art. 29 C.P.) y, concluir con base en ello, que el joven Correa Espinosa era una persona ajena a las actividades ilícitas que se le imputaron después de su muerte.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 29

RESPONSABILIDAD AGRAVADA DEL ESTADO POR VIOLACIONES GRAVES A LOS DERECHOS HUMANOS Y AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO - Reiteración jurisprudencial. Vulneración a normas ius cogens / FALSOS POSITIVOS, EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL O DESAPARICIÓN FORZADA - Muerte de civil ocasionada por miembros de la fuerza pública

En el presente caso, se trasgredieron de forma grave los derechos a la honra y al buen nombre de la persona fallecida, habida cuenta que la víctima directa no solo perdió su vida a manos de los militares, sino que, además, como si fuera poco - cuando lo es todo-, se mancilló, la dignidad de la persona fallecida, al hacerla pasar ante la ciudadanía en general, pero específicamente ante sus conocidos, como delincuente, con lo cual se victimizó su memoria y se retorció la propia verdad de los hechos, verdad a la que tenían derecho los aquí demandantes. Nadie puede deshonrar la vida de una persona y la verdad y fue eso, sin eufemismo alguno, lo que en este caso ocurrió, pues así lo evidencian los hechos que se demostraron en este juicio. Con tristeza ha de decir la Sala que no es la primera vez que se pone a consideración suya un caso como el presente en el que se encubren bajo la apariencia de muertos en combate, homicidios que obedecen a diversas circunstancias distintas a esa, hechos a los cuales se les ha dado periódicamente la denominación genérica de “falsos positivos”, pero que en realidad constituyen típicas ejecuciones extrajudiciales y/o desapariciones forzosas. (...) bien pueden configurarse como una ejecución extrajudicial y/o desaparición forzada, conductas éstas que implican una grave violación a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, las cuales de no ser investigadas y juzgadas por el Estado, podrán ser eventualmente objeto de conocimiento de la justicia internacional. **NOTA DE RELATORÍA:** En relación con los falsos positivos, ejecución extrajudicial o desaparición forzada,

consulta, sentencia del 28 de mayo de 1992, exp. 6557, C.P. Julio cesar Uribe Acosta.

FALSOS POSITIVOS, EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL O DESAPARICIÓN FORZADA - Recuento histórico / FALSOS POSITIVOS, EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL O DESAPARICIÓN FORZADA - Supuestos

En relación con las denominadas ejecuciones extrajudiciales, a título ilustrativo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el Cuarto Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, expresó :La información disponible revela que los casos de ejecuciones extrajudiciales abarcan una serie de supuestos tales como: i) ejecución de miembros de la guerrilla fuera de combate; ii) ejecución de líderes comunitarios acusados de ser colaboradores; iii) transferencia de cuerpos de grupos paramilitares a unidades del Ejército; iv) ejecución de informantes y miembros desmovilizados para encubrir crímenes anteriores, negar vinculaciones y destruir evidencia; v) ejecución de personas que mantienen lazos con organizaciones criminales como resultado de alianzas y corrupciones; vi) ejecución de personas que fueron intencionalmente reclutadas o detenidas (personas vulnerables, personas con discapacidad, adictos, personas en situación de calle y con antecedentes criminales); y vii) ‘errores militares’ encubiertos por la simulación de un combate. (...) los daños ocasionados en operativos militares y policiales a las víctimas del conflicto armado por conductas censurables de agentes del Estado, como lo son la desaparición forzada y las ejecuciones extrajudiciales de civiles presentados como bajas en combate, no guardan un vínculo “próximo y directo” con el servicio e implican una violación al derecho internacional de los derechos humanos y al DIH y, por ende, no pueden estar sometidos al conocimiento de la Justicia Penal Militar, la cual es una excepción en los Estados constitucionales, democráticos y de derecho . En consecuencia, los daños provenientes de estas conductas reprochables deben ser conocidos, juzgados y reparados por la jurisdicción ordinaria, antes de someter a las víctimas del conflicto armado a la fatigosa carga de reclamar una condena en los tribunales internacionales, amén de que dicha circunstancia deja mal librada a la administración de justicia colombiana y la muestra ante la comunidad internacional como una instancia carente de eficacia e idoneidad y de legitimidad social.

RESPONSABILIDAD AGRAVADA DEL ESTADO POR VIOLACIONES GRAVES A LOS DERECHOS HUMANOS Y AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO / FALLA EN EL SERVICIO POR DAÑO OCASIONADO POR LA FUERZA PÚBLICA - Ejecución extrajudicial de ciudadano o falso positivo

Para la Sala que en el caso concreto se configuró una grave falla en el servicio imputable al Ejército Nacional, comoquiera que las circunstancias que rodearon la muerte del joven Omar Esneider Correa Espinosa ponen de presente un actuar que resulta desde todo punto de vista arbitrario y antijurídico, pues los miembros del Ejército Nacional dispararon injusta e indiscriminadamente contra el hoy occiso causándole la muerte, amén de que ese lamentable hecho no ha sido debidamente investigado y juzgado por las autoridades judiciales competentes, circunstancia que lleva, también, a que ese específico hecho deba calificarse por parte de la Sala como una vulneración grave y sistemática de derechos humanos, que imponen a la Sala el deber de declarar la responsabilidad agravada del Estado en este caso. (...) se hace imperiosa la modificación de la sentencia de primera instancia para, en su lugar, declarar la responsabilidad agravada del Estado colombiano, representado por el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, dada la violación grave de derechos humanos y del derecho internacional

humanitario. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la violación sistemática de los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, consultar, sentencia del 27 de abril de 2016, exp. 50231, C.P. Hernán Andrade Rincón. En relación con el contenido y alcance del concepto de responsabilidad agravada del Estado, consultar, sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 35029, C.P. Hernán Andrade Rincón.

AFECTACIÓN RELEVANTE A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS / REPARACIÓN INTEGRAL Y MEDIDAS PECUNIARIAS Y NO PECUNIARIAS / RESPONSABILIDAD AGRAVADA DEL ESTADO POR VIOLACIONES GRAVES A LOS DERECHOS HUMANOS Y AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO / PRIMACÍA DEL PRINCIPIO SUSTANCIAL DE LA RESTITUTIO IN INTEGRUM SOBRE EL PROCESAL DE CONGRUENCIA

Muerte violenta del señor Omar Esneider Espinosa, significó la afectación grave, múltiple y continua de los derechos humanos de los demandantes, razón por la cual, la Sala, en aplicación del principio de reparación integral, y en lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, decretará unas medidas de carácter pecuniario -indemnización- y no pecuniario, para resarcir o restablecer los bienes constitucionales afectados con ocasión de la falla del servicio que produjo el daño que originó la presente acción, teniendo en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia o, incluso, de la “no reformatio in pejus”, ante la primacía del principio sustancial de la “restitutio in integrum”, máxime cuando se establece la responsabilidad agravada del Estado como consecuencia de violaciones graves a derechos humanos. (...) En cuanto al reconocimiento indemnizatorio por dicho perjuicio inmaterial, la sentencia unificación de 28 de agosto de 2014 precisó que podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa del daño antijurídico, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso. (...) ante la imposibilidad de garantizar la restitutio in integrum del daño, el juez de lo contencioso administrativo, atendiendo las particularidades de cada caso en concreto, puede decretar las medidas pecuniarias y no pecuniarias que sean necesarias para la consecución de la reparación integral del daño. (...) para el caso concreto, se tiene que ante la imposibilidad de reparar los derechos de las víctimas como consecuencia de la muerte del señor Omar Esneider Espinosa, se impone la necesidad de reconocer una indemnización equivalente a 100 SMLMV a favor de los señores María Irene Espinosa y Jhan Carlo Espinosa Arboleda, en su calidad de madre e hijo de la víctima directa. (...) la Sala dispondrá en el presente pronunciamiento, las siguientes medidas de naturaleza no pecuniaria: El Ministerio de Defensa - Ejército Nacional publicará en un periódico de amplia circulación local en el departamento de Antioquia y específicamente en los municipios de Toledo y Cuerquia, si existieren, una nota de prensa con base en las consideraciones de esta sentencia, con el fin de que se rectifique la verdadera identidad de la víctima directa. Dicho escrito deberá informar que la muerte del señor Omar Esneider Espinosa no ocurrió como consecuencia de un combate entre soldados del Ejército Nacional y las FARC, sino que fue ejecutado extrajudicialmente por actos perpetrados por los efectivos militares destacados en la zona rural de los Naranjos el 26 de febrero de 2005. ii) Se exhorta a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación con el fin de que lo analizado y resuelto en esta sentencia y dentro del presente proceso, sea tenido en cuenta, de haber lugar a ello, a efectos de abrir las correspondientes investigaciones con ocasión del homicidio del señor Omar Esneider Espinosa perpetrado el 26 de febrero de 2005 en la zona rural del municipio de Toledo, Antioquia, por razón de las posibles infracciones al Derecho Internacional

Humanitario en las cuales se hubiere incurrido por parte de quienes participaron en esos hechos. (...) que las decisiones definitivas que dentro de tales procesos en su momento se adopten, se difundan ampliamente por conducto de medios de comunicación a nivel nacional (prensa, radio, televisión, etc.), de forma que por conducto de tales medios se relaten los hechos y circunstancias que dieron lugar a la instrucción de las correspondientes actuaciones administrativas y/o judiciales como consecuencia del multicitado homicidio, así como las decisiones definitivas que dentro de las mismas fueron adoptadas en relación con la responsabilidad administrativa y/o penal de quienes pudieren haber infringido, con ocasión de tales sucesos, tanto los derechos humanos como el Derecho Internacional Humanitario. iii) El Ministerio de Defensa Nacional establecerá un link con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia. La entidad demandada, en el término de dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo, subirá a la red el archivo que contenga esta decisión y mantendrá el acceso al público del respectivo vínculo durante un período de seis (6) meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web de esa institución. iv) De conformidad con la Ley 1448 de 2011 –mediante la cual se dictaron medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno– y, teniendo en consideración que en el presente caso se infringieron obligaciones convencionales de protección de los derechos humanos, se enviará al Director del Centro Nacional de Memoria Histórica y del Archivo General de la Nación, copia de la presente sentencia con el fin de que haga parte de su registro, y contribuya a la construcción documental del país que busca preservar la memoria de la violencia generada por el conflicto armado interno en Colombia. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, consultar, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 26251. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

FUENTE FORMAL: LEY 1448 DE 2011

TASACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante / LUCRO CESANTE - Actualización de condena

Comoquiera que la sentencia de primera instancia accedió al reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante en las sumas de \$7'144.233,31 a favor de María Irene Espinosa y; \$33'445.718 a favor del menor Jhan Carlo Espinosa Arboleda y, comoquiera que dicho reconocimiento de indemnización de perjuicios no fue objeto de cuestionamiento alguno por parte de la demandada en el recurso de apelación, la Sala se limitará a actualizar dicha renta, sin que ello implique de modo alguno la afectación de la referida garantía de la no reformatio in pejus. Entonces: a.) $Ra = Rh (\$15'253.426,70) \times \text{índice final} - \text{febrero}/2017(136.12) \text{ índice inicial} - \text{abril}/2012 (110.92)$ $Ra = \$ 18'718.864$ b.) $Rh (\$33'445.718,18) \times \text{índice final} - \text{febrero}/2017(136.12) \text{ índice inicial} - \text{abril}/2012 (110.92)$ $Ra = \$ 41'044.276$

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 05001-23-31-000-2007-00371-01(44887)A

Actor: MARÍA IRENE ESPINOSA Y OTRO

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: Responsabilidad agravada del Estado por violaciones graves a derechos humanos -(reiteración jurisprudencial); la prueba indiciaria en casos de ejecuciones extrajudiciales cometidas por miembros de la Fuerza Pública; reparación integral del daño antijurídico.

Atendiendo la prelación frente a estos asuntos dispuesta en el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009¹ y con apoyo en lo decidido por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sesión del 26 de enero de 2017, se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia el 24 de abril de 2012, mediante la cual se profirieron las siguientes declaraciones y condenas:

“1º) Declárase de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de José Hernando Espinosa, María Rubiola Espinosa y Senaida Damaris Espinosa, por lo que su pretensión procesal se declara fracasada.

2º) Declárase la responsabilidad administrativa de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, conforme a los argumentos que sirvieron de vórtice argumentativo de la decisión que previamente fueron despejados.

¹ “Del orden y prelación de turnos. Cuando existan razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional o **en el caso de graves violaciones de derechos humanos o de crímenes de lesa humanidad**, o de asuntos de especial trascendencia social, Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas, Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Constitucional, señalarán la clase de procesos que deberían ser tramitados y fallados preferentemente. Dicha actuación también podrá ser solicitada por el Procurador General de la Nación”.

3°) *Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a pagar en la proporción indicada en la parte motiva de este fallo, los valores por concepto de los perjuicios causados a la señora María Irene Espinosa y al menor Jhan Carlo Espinosa Arboleda, que se sintetizan así:*

Perjuicios morales:

- Para María Irene Espinosa, por el dolor sufrido a raíz de la muerte de su hijo Osmar Esneider Espinosa, en quantum de 150 SMLMV en el momento en que cobre ejecutoria esta decisión, que a la fecha representan \$85'005.000.

- Para el menor Jhan Carlo Espinosa Arboleda, a través de la señora Yoli Edith Arboleda Vanegas, su representante legal, por el dolor infringido con la muerte de su padre, el estimado de 150 SMLMV en el momento en que cobre ejecutoria esta decisión, que a la fecha representan \$85'005.000.

Perjuicios materiales:

- Para la señora María Irene Espinosa:

Lucro cesante pasado: la suma de \$15'253.426.

- Para el menor Jhan Carlo Espinosa Arboleda, a través de su representante legal:

Lucro cesante pasado: la suma de \$15'253.426.

Lucro cesante futuro: la suma de \$18'192.292.

4°) *Se imponen las medidas conmemorativas y restaurativas esbozadas en la parte motiva a cargo del Ejército Nacional (Batallón Girardot), consistentes en excusas públicas, cursos pedagógicos sobre respeto a los DDHH para sus agentes y cursos sociales en la comunidad*

afectada, tal y como fue dispuesto en la parte considerativa de esta decisión.

5°) No se condena en costas.

6°) Aplíquese lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

7°) Deniéguense las demás súplicas de la demanda.

8°) Se exhorta a la entidad pública condenada para que ejerza su derecho de repetición en contra de los agentes que dieron lugar a la condena en los términos definidos en el artículo 90 Superior”.

I. ANTECEDENTES

1.1.- La demanda y su trámite

En escrito presentado el 20 de febrero de 2007 por intermedio de apoderado judicial, la señora Yoly Edith Arboleda Vanegas, quien actúa en nombre propio y en representación de su hijo menor de edad Jhan Carlo Espinosa Arboleda, María Irene, Seneida Damaris y José Hernando Espinosa interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación - Ministerio de Defensa– Ejército Nacional, con el fin de que se la declarara administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios sufridos como consecuencia de la muerte del señor Omar Esneider Espinosa, en hechos acaecidos el 27 de febrero de 2005 en el municipio de San Andrés de Cuerquia, Antioquia.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitaron que se condenara a la demandada a pagar a su favor, por concepto de indemnización de perjuicios morales la suma equivalente en pesos a 1000 SMLMV para el hijo de la víctima directa, 700 SMLMV a favor de su madre, 200 SMLMV para cada una de sus tías y 100 SMLMV a favor de su sobrina; por concepto de indemnización de

perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, deprecaron el monto que resultara acreditado a favor de la madre e hijo del hoy occiso.

Como **fundamentos fácticos** de sus pretensiones narró la demanda, en síntesis, que el 27 de febrero de 2005 el señor Omar Esneider Espinosa se desplazaba en un bus escalera tipo “chivero”, con destino al área urbana del municipio de San Andrés de Cuerquia, cuando miembros del Batallón Atanasio Girardot del Ejército Nacional detuvieron el automotor y lo bajaron con el fin de requisarlo, al tiempo que ordenaron al conductor del vehículo que continuara la marcha con los demás pasajeros.

Señalaron los actores que pasadas las horas y en vista de que el joven Omar Esneider no llegaba a su destino, sus familiares fueron a buscarlo a la cabecera municipal de San Andrés de Cuerquia, pero se les informó que su familiar había fallecido y que su cadáver se encontraba en la morgue del hospital del municipio de Toledo, lugar donde había sido llevado por unidades del Batallón Atanasio Girardot del Ejército Nacional, quienes habían señalado que el hoy occiso fue dado de baja en un combate con la guerrilla de las FARC.

Agregó el libelo que, durante su vida y hasta el momento de su muerte, el joven Omar Esneider Espinosa se dedicaba a labores de agricultura y que nunca tuvo vínculo alguno con grupos al margen de la ley.

Indicaron, finalmente, que tales hechos son constitutivos de *“una falla probada del servicio”*, puesto que los miembros del Ejército Nacional involucrados en ellos pervirtieron las funciones del servicio del cual se hallaban investidos al dar muerte a un ciudadano indefenso que se encontraba bajo su custodia, al tiempo que ofendieron la dignidad de la víctima y la de su familia al presentarlo como un subversivo abatido en combate².

² Fls. 23 a 37 C. 1.

La demanda así planteada fue admitida por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante proveído de fecha 17 de mayo de 2007, el cual se notificó en legal forma a la entidad demandada y al Ministerio Público³.

1.2.- El Ministerio de Defensa -Ejército Nacional- contestó la demanda y se opuso a las pretensiones formuladas en ella; para tal efecto, se limitó a manifestar que correspondía a la parte actora acreditar los elementos que sirven de fundamento para la declaratoria de la responsabilidad del Estado en este caso concreto, máxime cuando no eran claras las circunstancias en las que se produjo la muerte de la citada persona⁴.

1.3.- Vencido el período probatorio dispuesto en providencia proferida el 5 de octubre de 2007 y fracasada la etapa de conciliación, mediante auto de 5 de noviembre de 2008 el Tribunal de primera instancia dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, oportunidad en la cual éste último guardó silencio⁵.

La parte actora, luego de referirse a los hechos materia del proceso y al acervo probatorio recaudado, manifestó que concurrían los requisitos para que se diera la declaratoria de responsabilidad de la entidad pública demandada a título de falla del servicio, concretamente, porque se probó que el joven Omar Esneider Espinosa fue ultimado por miembros del Ejército Nacional mientras se encontraba bajo su custodia, quienes hicieron pasar su muerte como ocurrida en enfrentamiento con la subversión, pero que el hoy occiso no tenía vínculo alguno con actividades ilícitas ni con grupos al margen de la ley⁶.

En sus alegatos, la entidad pública demandada manifestó que de acuerdo con lo probado en el proceso, podía concluirse que la muerte del señor Omar Espinosa se produjo en medio de un enfrentamiento entre guerrilleros de las FARC y miembros del Ejército Nacional, por manera que se configuraba la

³ Fls. 44 a 46 C. 1.

⁴ Fls. 47 a 51 C. 1.

⁵ Fls. 62 y 97 C. 1.

⁶ Fls. 118 a 132 C. 1.

causal eximente de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima⁷.

1.4.- La sentencia de primera instancia

Cumplido el trámite legal correspondiente, la Sala de descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia profirió sentencia el 24 de abril de 2012, oportunidad en la cual declaró la responsabilidad de la institución demandada en los términos descritos al inicio de esta sentencia.

Para arribar a esa decisión, el Tribunal de primera instancia puso de presente, básicamente, que a partir del acervo probatorio arrojado al proceso, podía concluirse que la muerte del señor Omar Esneider Espinosa fue producida por miembros del Batallón Atanasio Girardot del Ejército Nacional, luego de haberlo puesto en estado de indefensión.

En ese mismo sentido, agregó el Tribunal *a quo* que la demandada no aportó pruebas sobre el supuesto enfrentamiento entre el hoy occiso y los miembros del Ejército; además, afirmó que los disparos que recibió el hoy occiso fueron por la espalda, todo lo cual hacía concluir sobre la ausencia de prueba respecto de la alegada eximente de “*culpa de la víctima*” y, en consecuencia, debía concluirse que la muerte de la referida persona resultaba imputable al Ejército Nacional a título de falla del servicio.

Finalmente, el Tribunal accedió al reconocimiento de perjuicios morales y materiales, al tiempo que ordenó varias medidas de reparación integral a favor de las víctimas directas, las cuales consistieron en ofrecer excusas públicas a las víctimas del presente caso por parte del Comandante del Batallón Girardot, ofrecer un curso de pedagogía en derechos humanos a los miembros del mencionado Batallón y, finalmente, implementar “*un plan que incluya la*

⁷ Fls. 98 a 102 C. 1.

*participación ciudadana en charlas pedagógicas de defensa de derechos humanos*⁸.

1.5.- El recurso de apelación

Contra la anterior decisión la parte demandada interpuso oportunamente recurso de apelación, el cual fue concedido por el Tribunal *a quo* el 21 de junio de 2012 y admitido por esta Corporación el 12 de julio de 2013⁹.

En su impugnación, el Ministerio de Defensa -Ejército Nacional- insistió en la configuración de la causal eximente de responsabilidad consistente en la “culpa de la víctima”, dado que se habría probado que el hoy occiso murió en el curso de un enfrentamiento con miembros de la Fuerza Pública, por lo que el actuar de los militares que participaron en tales hechos fue “legítimo”, ante el hostigamiento que recibieron por parte de los miembros del grupo ilegal¹⁰.

1.6. Una vez se dio traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto si lo consideraba del caso, éste último y las partes guardaron silencio¹¹.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el presente asunto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia de la Sala

⁸ Fls. 142 a 187 C. Ppal.

⁹ Fls. 202 y 207 C. Ppal.

¹⁰ Fls. 151 a 166 C. Ppal.

¹¹ Fls. 225 y 227 C. Ppal.

2.1.1. La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 24 de abril de 2012 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, comoquiera que la demanda se presentó el 20 de febrero de 2007 y la pretensión mayor se estimó en la suma de 1.000 SMLMV por concepto de indemnización de perjuicios morales para el hijo de la víctima directa, la cual supera el monto exigido -500 SMLMV-, para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación¹².

2.1.2. En cuanto a la **oportunidad** para formular la presente acción indemnizatoria, según se indicó, su ejercicio tuvo por origen la muerte del señor Omar Esneider Espinosa ocurrida el 27 de febrero de 2005, razón por la cual, por haberse interpuesto la demanda el 20 de febrero de 2007, se impone concluir que se interpuso dentro de los 2 años que establece el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A.

2.2. Los hechos probados

Advierte la Sala que en el cuaderno 1 obran copias de varias piezas del proceso penal tramitado por el Juzgado 22 de Instrucción Penal Militar¹³, adelantado con ocasión de la muerte del señor Omar Esneider Espinosa ocurrida el 27 de febrero de 2005, en la vereda El Naranjo del municipio de Toledo, Antioquia. Dicha prueba trasladada fue practicada por la parte demandada -Ejército Nacional- y solicitada por ambas partes, amén de que fue debidamente decretada e incorporada al expediente, por lo que será valorada en su totalidad.

Ahora bien a partir de los elementos de convicción arrimados al proceso en legal forma, la Sala tiene por establecidos los siguientes hechos:

¹² Artículo 40, Ley 446 de 1998.

¹³ Se aclara que las copias simples gozan de mérito probatorio conforme a lo decidido por el pleno de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 28 de agosto de 2013, Exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero.

- De acuerdo con el certificado de defunción obrante en el proceso, el señor Omar Esneider Espinosa murió de forma violenta en zona rural del municipio San Andrés de Cuerquia, Antioquia, el día 27 de febrero de 2005¹⁴.

- El levantamiento del cadáver del antes mencionado se llevó a cabo el 27 de febrero de 2005 **en la morgue del hospital** de San Andrés de Cuerquia, Antioquia, por funcionarios de la Policía Nacional¹⁵. En el acta se consignó la siguiente información:

“Zona donde ocurrieron los hechos: Vereda Los Naranjos, Municipio de San Andrés de Cuerquia, a las 14:30 horas de hoy 27/02/2005.

El cadáver se trasladó a la Morgue municipal.

Otros muertos: No.

Posible manera de muerte: Homicidio; mecanismo utilizado: Arma de fuego.

Intervención legal: Si.

Sindicados: Pelotón Anzoategui 1, Batallón # 10 Atanasio Girardot.

“(…).

Prendas de vestir: Franela beige impregnada de sangre, jean azul desteñido, botas de caucho marca venus, bóxer gris, medias negras, no se le encontraron más elementos.

*Relatos del hecho: **Con base en el testimonio del Sr. TE. Fonseca Católico Edwar, comandante del pelotón, el individuo era miembro de la ONT FARC y fue dado de baja en combate con tropas del Ejército en la vereda Los Naranjos del municipio de San Andrés de Cuerquia**¹⁶ (negrillas y subrayas adicionales).*

¹⁴ Fl. 8 C. 2.

¹⁵ Fl. 19 C. 2.

¹⁶ Fl. 13 C. 2.

- En el acta de necropsia del cadáver de la referida persona se registró la siguiente información:

“Examen externo:

“Heridas:

“Cuello: Excoriación superficial lineal con quemadura por desplazamiento de proyectil en hemicuello izquierdo en todo su borde externo.

Tórax: Orificio de entrada #1 en deltoides izquierdo sobre el acromion, sin bandoleta contusiva, de 0,6 cms. de diámetro, circular fino, con dirección izquierda a derecha y arriba hacia abajo, al parecer por trayectoria golpeó en la tercera costilla lado derecho, región posterior fracturándola y luego rebotó hacia adelante, izquierda y arriba saliendo por pectoral derecho en el tercer espacio intercostal a 04 cms del borde esternal. Salida con bordes regulares empastados de 3x2 cms.

Orificio de entrada (#2) en borde interno de la escápula izquierda de 1,8x1 cms, a 3,5 cms, de la línea media corporal posterior, con bordes irregulares, invertidos y excavación hacia las 5 del reloj, dirección derecha a izquierda, superficial, con salida a 6 cms en la misma altura, con bordes irregulares, evertidos.

Abdomen: Sin lesiones.

Extremidades: Orificio de entrada # 3 en antebrazo derecho, tercio medio, cara anterior a 10 cms del codo, circular, fino, sin bandoleta contusiva, con orificio de salida de bordes irregulares, evertidos de 4,5x5 cms en cara interna del mismo codo con fractura abierta conminuta cubito-humeral y avulsión de tejidos.

En cara externa de antebrazo derecho en tercios medio y proximal hay dos heridas puntiformes pequeñas, finas, no sangrantes, al parecer producidas por perdigón, aunque no se encontró los agentes vulnerantes

Conclusión: El fallecido murió por causa violenta y directa de shock hipovolémico, debido a hemotórax masivo, secundario a perforación del cayado de la aorta, causado por proyectil de arma de fuego de carga única. La hora de la muerte 02:30 a.m. del 27 de febrero de 2005 por informe y cambios posmortem¹⁷ (negrillas adicionales).

- En el informe de los hechos realizado el 28 de febrero de 2005 por el Comandante de la Estación de Policía de Toledo y dirigido al Fiscal Seccional Delegado de Toledo, Antioquia, manifestó lo siguiente:

*“... En el interior de la morgue del hospital se encontraba el cadáver de una persona N.N. de 23 años, que vestía (...), **presenta heridas producidas por arma de fuego fusil galil, calibre 5,56 mm en la cabeza, cuello, pecho, espalda y el brazo.** Se tomaron las fotos, la necrodactilia, se solicitó la necropsia y la carta dental.*

*En entrevista con el señor **TE. Fonseca católico Edwar, Comandante del pelotón que efectuó el procedimiento, me manifestó que al presunto miembro de la ONT FARC 36 Frente, había fallecido en un combate con sus tropas** y que se le había encontrado un revólver marca SMITH & WESON calibre 38 largo, cañón corto, número externo 9D72207, con cuatro vainillas y dos cartuchos. Además con dos granadas de fabricación manual, denominadas MIPLES*¹⁸ (negrillas y subrayas adicionales).

- Ese mismo día, el mencionado Comandante de la Estación de Policía en escrito separado al anterior informe, manifestó:

“En complemento a mi oficio No. 134 del día 28.02.2005, me permito aclarar que el arma revolver que, presuntamente, tenía el hoy occiso N.N. número 3, con cuatro vainillas y los dos cartuchos para el mismo, además de las dos granadas de fabricación casera denominadas MIPLES, se encuentran en poder del señor Teniente FONSECA CATÓLICO EDWAR , Comandante del Pelotón Anzoategui del Batallón de Infantería No. 10

¹⁷ Fl. 21 C. 1 y 32 a 36 C. 2.

¹⁸ Fl. 15 C. 2.

Atanasio Girardot con puesto de mando en el municipio de Yarumal, quien efectuó el procedimiento.

Para el día de hoy 28.02.2005 siendo las 08:34 horas, en las instalaciones que ocupa el Comando de Policía de Toledo, se presentó la señora María Irene Espinosa, la cual manifestó ser la madre del joven Omar Esneider Espinosa, 21 años, quien falleció violentamente el día 27 de febrero de 2005 en la Vereda Los Naranjos del municipio de San Andrés de Cuerquia. El cuerpo fue trasladado hacia el citado municipio”¹⁹.

- En relación con las circunstancias en las cuales habría acaecido la muerte del señor Omar Esneider Espinosa, en el informe realizado el 28 de febrero de 2005 por el Teniente Edwar Fonseca Católico, se manifestó (se transcribe de manera textual):

*“Por medio del presente me permito informar al TC. Del Batallón Girardot los hechos ocurridos el 26 de febrero de 2005. Por inteligencia de combate se obtuvo la información de que en el municipio de San Andrés de Cuerquia se encontraba un supuesto subversivo integrante de las ONT FARC. Que vestía de civil, así: pantalón azul, botas de caucho negras, franela de color beige. Se analizó la información y se procedió a iniciar el desplazamiento aproximadamente a las 11.00 a.m. del 02.26.2005, movimientos efectuados en un retén. Se llegó al lugar aproximadamente a las 13:30 horas de la tarde. **Se ordenó efectuar un retén en la salida del pueblo, ubicando así al presunto subversivo. El mencionado fue capturado y e identificado según los rasgos físicos por las características dadas por la fuente de información.** El mencionado sujeto manifestó que él era miliciano de las FARC, que nos iba a colaborar con información sobre otros milicianos y sobre caletas de armamento e intendencia que habían en el sector denominado vereda Los Naranjos, también afirmó que nos iba a entregar su arma de dotación que se trataba de un arma corta y así mismo para capturar a otros supuestos milicianos, se tomó la determinación de hacer el desplazamiento hacia ese sector por una parte que nos brinda seguridad y protección, ya que se tenía la información de que en el sector de Los Naranjos se encontraba minado y que el personal de ese sector no podía transitar por el sector después de las 19:00 horas. Al llegar al sector de Los Naranjos procedimos a ir al otro lado del río para confirmar o desvirtuar la información dada, cuando íbamos cruzando el puente sonaron unos explosivos acompañados de disparos de fusil que se escuchaban del otro lado del río y de las partes altas de la carretera, se reaccionó a la*

¹⁹ FI. 14 C. 2.

emboscada saliendo de la parte de abajo, fui informado de que el supuesto subversivo aprovechando las explosiones y la reacción del personal de la parte alta que se encontraba en seguridad se dio a la huida. Cuando me encontraba saliendo de la emboscada hacia una parte que nos brindara seguridad, seguían sonando explosiones y disparos hacia el sector donde deje la seguridad que estaba al mando del Cabo Tercero, el cual me informaba que le estaban disparando de las partes altas de la carretera cuando llegué al sitio donde dejé la seguridad verifiqué el personal, se procedió a registrar el sector para salir de allí, minutos después en dicho registro fue encontrado el sujeto que habíamos capturado muerto, al cual se le encontró un arma corta, revólver calibre 38 Smith & Wesson, número externo 9D72207, con cuatro vainillas y dos cartuchos y dos MIPLES, dejó constancia de que en el lugar de los hechos se entró a las 01:30 am., del día 27 de febrero de 2005 saliendo a las 2:45 horas aprox. Se procedió a sacar dicho cuerpo de ese sector ya que estaba en una zona muy desventajosa, la cual no brindaba la suficiente seguridad para continuar en el sector, se procedió a sacar el cuerpo hacía el sector de Toledo, todo esto para facilitar las acciones legales como son el acta de levantamiento y de necropsia correspondiente. Quiero agregar que fuimos llevados a una zona preparada por el mencionado sujeto²⁰ (negrillas adicionales).

- Dentro del proceso penal militar, el referido teniente Edwar Fonseca Católico ratificó el anterior informe ante el Juzgado 22 de Instrucción Penal Militar en el sentido de reiterar los hechos y las circunstancias en las cuales habría sido capturado y posteriormente abatido el joven Omar Esneider Espinosa²¹.

- De acuerdo con la orden de operaciones "Estrella", del Batallón de Infantería No. 10 Atanasio Girardot, el 5 de enero de 2005 se impartió órdenes a la tropa de contraguerrilla Anzoategui consistentes en conducir operaciones militares ofensivas de destrucción, registro y control militar contra subversivos, grupos paramilitares y delincuencia común, que operaban sobre el área general del municipio de Yarumal y Toledo, Antioquia²².

- El sargento segundo José Vicente Torres en su testimonio rendido ante el juzgado 22 de Instrucción Penal Militar, describió los momentos que antecedieron a la muerte del señor Omar Espinosa, así:

²⁰ Fls. 6 a 7 C. 2.

²¹ Fls. 74 a 76 C. 2.

²² Fls. 46 a 48 C. 2.

“El día 26 de febrero de 2005 efectuamos un casa retén después de mediodía hacía San Andrés de Cuerquia por información de que había unos subversivos en el mencionado lugar, **aproximadamente a las tres de la tarde se hizo un retén capturando al mencionado sujeto, más adelante interrogándolo aproximadamente hasta las 20:00 horas luego, efectuamos un movimiento hasta el sitio conocido como Los Naranjos** donde el mencionado sujeto nos dio información de que se encontraban caletas de armamento e intendencia y también más integrantes de las FARC y también su arma de dotación, **llegando al mencionado lugar aproximadamente a la 1:30 de la mañana**, bajamos a registrar el sitio de las caletas, siendo recibidos por explosiones y tiros de fusil, tras darnos cuenta que esto al parecer era una emboscada maniobramos para salir del hueco, llegando hasta la parte de la carretera nuevamente, verificando personal y **procediendo hacer un registro hacia la parte de adelante para poder seguir nuestro eje de avance encontrando más adelante un subversivo dado de baja**, quien portaba un arma corta y unos miples debido a la situación del terreno se recogió al muerto y nos movimos hasta el sitio conocido como el Puente de Matanza de ahí seguí con personal de soldados hacía el valle sin darme cuenta que más sucedió. (...). **No se si el sujeto disparó contra la tropa porque yo me encontraba en la parte de abajo buscando la supuesta caleta que el sujeto nos informó.** El occiso fue encontrado a unos 100 metros de distancia del equipo de seguridad. (...) No me di cuenta en qué momento se escapó el hoy occiso. (...). **No se le encontró nada al sujeto en el momento de la requisa.** (...). El mencionado sujeto en el momento en que nosotros fuimos recibidos por explosiones y tiros de fusil según lo que escuché el sujeto huyó de donde se encontraba la seguridad y más tarde más adelante fue encontrado abatido con el material, lo que hace pensar que nos mintió mandándonos a una zona preparada para poder huir y buscar su armamento para enfrentarse con nosotros. (...). El sujeto fue encontrado a 40 minutos o a una hora después de haberse escapado.(...). **Pienso que la seguridad alcanzó a reaccionar y a darlo de baja antes de que llegara más lejos ya que me hace pensar que este sujeto tenía escondida su arma y sus miples cerca del sitio donde fue dado de baja.** (...). Se estuvo interrogando al sujeto en la parte baja del pueblo de San Andrés desde las 3 de la tarde hasta las 8 de la noche”²³.

- En similar sentido al anterior relato, los testimonios del cabo tercero Luis Alejandro Toledo Sánchez²⁴ y de los soldados profesionales Diego Alejandro Carmona Rico²⁵, Jhon Fredy Vásquez Durango²⁶, José Arley Cossio²⁷, Jhon Alirio

²³ Fls. 79 a 82 C. 2.

²⁴ Fls. 83 a 88 C. 2.

²⁵ Fls. 94 a 96 C. 2.

Usuga Montoya²⁸ coincidieron en señalar que el 27 de febrero de 2005, por información de inteligencia militar, se tuvo conocimiento que el municipio de San Andrés de Cuerquia (Antioquia), se encontraba un subversivo integrante del 36 frente de las FARC que vestía de civil, razón por la cual el grupo de militares encabezado por el Teniente Edward Fonseca Católico instaló un retén militar a la salida del pueblo, en el cual fue capturado el presunto subversivo mientras se desplazaba en un automotor.

Afirmaron, igualmente, que luego de haber sido interrogado el hoy occiso les habría manifestado ser miembro del 36 frente de las FARC y que estaba dispuesto a colaborarles suministrando información de otros subversivos y de caletas de armamento que se encontrarían en el sector “Los Naranjos”; asimismo, que les iba a entregar su arma de dotación, la cual no portaba en el momento de su detención.

Agregaron que, a eso de las 10 p.m., se desplazaron con el capturado hacia el mencionado sector en compañía de un grupo de militares encabezados por el cabo tercero Luis Toledo Sánchez, pero que a eso de la una de la madrugada mientras cruzaban por encima de un puente, escucharon unas explosiones acompañadas de disparos de fusil, momento en el que el subversivo capturado había aprovechado para huir, frente a lo cual, el grupo de militares disparó al lugar de donde provenía el fuego y que el combate se extendió por unos treinta minutos, al cabo de los cuales se realizó el registro del área y apareció el cuerpo sin vida del subversivo que habían detenido anteriormente.

Agregaron que, al lado de su cuerpo sin vida, se encontraban un revólver calibre 38 mm marca Smith & Wesson, cuatro vainillas y dos cartuchos; además, dos granadas de fabricación casera (miples). Agregaron, finalmente, que el cadáver fue trasladado en ese mismo instante por los mismos militares hasta el hospital del municipio de Toledo.

²⁶ Fls. 91 a 93 C. 2.

²⁷ Fls. 153 a 158 C. 2.

²⁸ Fls. 97 a 99 C. 2.

- En el testimonio rendido por la señora Yolfa Amparo Loaiza Jaramillo ante el juzgado de Instrucción penal manifestó que conocía al hoy occiso desde hacía cuatro años antes de su muerte, que era perteneciente a las FARC y que se dedicaba a llevarles información. Agregó que fue la persona que dio la información al Ejército Nacional sobre la vinculación del señor Omar Correa Espinosa con la guerrilla. Sin embargo, en su relato no precisó de qué forma o en qué circunstancias habría obtenido dicha información²⁹.

- El 28 de febrero de 2005 con ocasión de la desaparición del joven Omar Esneider Espinosa, la señora María Irene Espinosa presentó una denuncia ante la Fiscalía Local Delegada ante los Juzgados Promiscuos del Toledo y San Andrés de Cuerquia. En dicha denuncia, manifestó que por información de los vecinos del sector se enteró que el bus escalera “chivero”, en el que se desplazaba su hijo, fue detenido en un retén militar y que, el señor Omar Esneider fue el único capturado, por cuanto no portaba documentos de identificación³⁰.

- En la declaración del señor Jorge Humberto Orrego Restrepo, quien era el conductor del bus escalera en el que viajaba el señor Esneider Espinosa, manifestó que el hoy occiso viajaba en su autobús regularmente y que era estudiante de un colegio de la localidad. Afirmó que el día de los hechos, en el sitio conocido como “La Mayoría”, había un retén instalado por miembros del Ejército Nacional, quienes hicieron bajar a los ocupantes del autobús para realizarles una requisa, pero que luego de ello todos los ocupantes subieron nuevamente, salvo el señor Omar Esneider Espinosa, quien se quedó en poder de los militares³¹.

- En ese mismo sentido obran las declaraciones de los señores Juan Diego Ossa Tapias³² y Manuel Salvador Serna Orrego³³ -el primero era ayudante del conductor del bus escalera para el día de los hechos y el segundo era uno de los ocupantes-, en sus testimonios coincidieron en afirmar que ese día salieron de San Andres de Cuerquia con veinte pasajeros aproximadamente, incluido el hoy

²⁹ Fls. 15 a 17 C. 2.

³⁰ 177 a 180 C. 2.

³¹ Fls. 405 a 412 C. 2.

³² Fls. 413 a 417 C. 2.

³³ Fls. 438 a 444 C. 2.

occiso, y al llegar al sitio conocido como “La Mayoría”, se encontraron con un retén del Ejército Nacional, en el cual hicieron bajar a todos los ocupantes para requisarlos y pedirles documentos, pero que, como el señor Omar Esneider no los portaba, no le permitieron seguir en el bus y se quedó con los uniformados.

- En el estudio técnico practicado por el CTI de la Fiscalía Seccional de Antioquia a los explosivos que le habrían sido encontrados en poder del señor Omar Esneider Espinosa, se concluyó que se trataban de explosivos de fabricación artesanal cuyo mecanismo de activación estaba compuesto por una mecha de seguridad, los cuales *“se encuentran en buenas condiciones siendo aptos para ser utilizados”*³⁴.

- En el dictamen de balística practicado por el C.T.I. de la Fiscalía General de la Nación, se concluyó que el revólver calibre 38 especial No. 9D72207 *“se encontraba en buen estado y era apto para producir disparos, prueba de residuos de disparo positiva, y positivo cotejo comparativo entre vainillas y arma en cuestión”*³⁵.

- A través de oficio del 6 de octubre de 2005 el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- hizo constar que el señor Omar Esneider Correa Espinosa *“no le figuran anotaciones y/o antecedentes”*³⁶.

- Mediante providencia proferida el 10 de septiembre de 2007 el Juzgado 22 de Instrucción Penal Militar del Ejército Nacional decidió abstenerse de decretar medida de aseguramiento por el delito de homicidio en contra del grupo de militares integrantes del grupo de contraguerrillas Anzoategui que participó en la muerte del señor Omar Correa Espinosa, toda vez que la instancia en comento, a partir de las pruebas referidas concluyó que, ese hecho se habría producido *“en desarrollo de una orden de operaciones o en cumplimiento de un deber legal”*³⁷.

³⁴ Fls. 57 a 62 C. 2.

³⁵ Fls. 102 a 108 C. 2.

³⁶ Fl. 361 C. 2.

³⁷ Fls. 509 a 534 C. 2.

Advierte la Sala que la anterior providencia es la única sobre la que se tiene noticia, pues el Ejército Nacional no allegó la totalidad del proceso penal militar a este proceso.

- Finalmente, los testimonios de los señores Porfirio Eucaris Flórez Ruiz, Sandra Bibiana Flórez Muñoz, José Benjamín Chavarría Vásquez, Carmen Tulia Avendaño Zapata y Pedro Pablo Chavarría Sepúlveda coincidieron al afirmar que el señor Omar Esneider Espinosa antes de su muerte se dedicaba a labores de agricultura en la finca de su familia y que no tenía vínculo alguno con actividades o grupos ilegales; además, indicaron que gozaba de excelentes relaciones tanto en la localidad en donde residía, como en su entorno familiar, por lo que su muerte causó un profundo dolor moral en ellos³⁸.

Así, pues, establecidos los anteriores hechos, aborda la Sala el análisis de imputación con el fin de determinar si en este caso concreto la muerte del señor Omar Esneider Correa Espinosa le resulta atribuible a la demandada y, por lo tanto, si ésta se encuentra en el deber jurídico de resarcir los perjuicios que de él se derivan.

2.3. Análisis de la Sala

De conformidad con el material de convicción allegado al proceso, ha de señalar la Sala que se encuentran plenamente acreditados los daños antijurídicos sufridos por los demandantes, en tanto la muerte del señor Omar Esneider Correa Espinosa en las condiciones que ocurrió, configura -como se verá- una **vulneración grave, flagrante y sistemática de derechos humanos**.

En efecto, a partir de los hechos probados a los que se hizo referencia anteriormente, la Sala puede concluir que:

³⁸ Fls. 70 a 93 C. 2.

i) La muerte del joven Omar Esneider Correa Espinosa fue producida por miembros del Ejército Nacional con sus correspondientes armas de dotación.

De acuerdo con los hechos probados, en la comisión de la muerte del señor Correa Espinosa, participaron directamente los miembros del pelotón Anzoategui del grupo de contraguerrilla del Batallón No. 10 Atanasio Girardot, los cuales, para el momento de los hechos, se encontraban en servicio activo y en cumplimiento del mismo.

Ciertamente, el oficial encargado de la referida unidad militar señaló en el informe de los hechos que culminaron con la muerte del joven Correa Espinosa, que los uniformados, en desarrollo de la operación “Estrella” realizaron un retén en la salida del pueblo San Andrés de Cuerquia, en el cual capturaron al hoy occiso por cuanto les habría confesado su pertenencia al 36 frente de las FARC; posteriormente, cuando se dirigían al lugar donde les iba a entregar una caleta de armamento y su arma de dotación, fueron atacados con armas de fuego y explosiones, momento en el que el capturado habría emprendido la huida y fue dado de baja por los miembros del Ejército Nacional; finalmente, señaló que su cuerpo sin vida fue conducido por los militares al Hospital municipal de Toledo, donde se le practicó el levantamiento del cadáver y la necropsia. Dicho relato coincide también con lo afirmado en el acta de levantamiento de cadáver por los militares que participaron en tales hechos.

ii) El Ejército Nacional faltó a sus deberes de protección frente a la vida e integridad de la persona detenida.

En relación con las personas que se encuentran detenidas y privadas de la libertad, quienes deben soportar tanto la limitación en el ejercicio de sus derechos y libertades como, igualmente, la reducción o eliminación de las posibilidades de ejercer su propia defensa, con miras a repeler las agresiones de agentes estatales o de terceros, la jurisprudencia de esta Sección ha señalado que el Estado debe garantizar la seguridad de los detenidos y asumir los riesgos que lleguen a presentarse en virtud de dicha circunstancia, razón por la cual, se ha precisado

que en estos casos, existe una **posición de garante institucional** frente a las personas detenidas, motivo por el cual debe garantizarles su vida e integridad³⁹.

Sobre el particular, la Sala al ocuparse de explicar el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando se trata de daños causados a personas detenidas, ha precisado que,

“... si el Estado no devuelve al ciudadano en las mismas condiciones en que lo retuvo, debe responder patrimonialmente por los perjuicios que éste haya sufrido durante el tiempo de la retención, aunque haya puesto en funcionamiento todos los recursos de que dispone para proteger al retenido y evitarle la causación de cualquier daño, salvo que haya intervenido una causa extraña, pues frente al retenido la obligación del Estado no es un comportamiento sino la realización efectiva de un resultado determinado.”⁴⁰ (Negrillas adicionales).

Con fundamento en lo anterior, se concluye que, comoquiera que el señor Omar Esneider perdió su vida cuando se encontraba detenido en poder del Ejército Nacional, ese daño antijurídico le resulta imputable, dado que faltó a su obligación de garante institucional respecto de sus deberes de protección y seguridad frente a la persona que se encontraba bajo su custodia, máxime cuando fueron los mismos miembros del Ejército Nacional quienes cegaron su vida, tal y como pasa a verse.

iii) La muerte del joven Correa Espinosa no se produjo como consecuencia de una legítima defensa, ni por razón de su propio hecho o “culpa”.

La entidad demandada ha sostenido a lo largo del trámite de la presente acción que la muerte del joven Omar Esneider Correa Espinosa se produjo por su propia culpa. Advierte la Sala que el hecho de la víctima, como causa extraña y exclusiva,

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2007, Exp. 16894, M.P. Enrique Gil Botero; sentencia del 26 de marzo de 2009, Exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero, sentencia del 11 de agosto de 2011, Exp. 20.753, entre muchas otras.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de febrero de 2004, expediente 14.955. Sentencia del 24 de junio de 2004, Exp. 14.950. Sentencia del 24 de junio de 1998, Exp. 14.406. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Exp. 16.996, entre otras.

impone para quien la alega la prueba de que se trató de un acontecimiento que le era imprevisible e irresistible, pues de no ser así se revela –respecto de la Administración, que es la que en este caso la aduce- una falla del servicio en el entendido de que, teniendo un deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso, pues, como lo advierte la doctrina, *“sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor”*⁴¹.

Resalta la Sala que del examen detallado de las pruebas allegadas al expediente es posible concluir –y así lo anticipa- que no existe elemento alguno de convicción que permita tener por demostrado que la muerte de la víctima a la que se viene haciendo referencia hubiere obedecido o hubiere sido determinada por razón de su propia y exclusiva culpa, como lo sostiene la parte demandada.

En efecto, debe señalar la Sala que el operativo militar y el supuesto enfrentamiento armado que se habría producido –según el informe oficial- entre miembros de las FARC y el grupo de contraguerrilla, resulta huérfano de respaldo probatorio, pues no se aportó ninguna prueba que reportara ese hecho, distinta de la declaración de los militares que participaron en la muerte de la citada persona, en las cuales se dijo que en momentos en que se produjo una explosión y se escucharon unos disparos, el hoy occiso aprovechó para escapar e ir a donde tenía escondido el revólver, la munición para esa arma y los explosivos que le fueron encontrados, pero que fue dado de baja en dicho cruce de disparos.

Respecto del arma y del explosivo que habrían sido hallados al lado del cuerpo de la citada persona, debe señalarse que no se precisó en qué momento y lugar fue encontrada el arma y por quién, lo que pone en tela de juicio el hecho de que en verdad el occiso hubiere portado dicha arma para el momento en el que fue

⁴¹ Luis Josseland, *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I; Ed. Bosh y Cía., Buenos Aires, 1950, pág. 341. *“El hecho de la víctima, al decir de los hermanos Mazeaud, sólo lleva “consigo la absolución completa” cuando “el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima”*. Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, págs. 332 y 333.

abatido por el grupo de militares; además, tampoco se observa preocupación alguna por parte de la demandada por acreditar esa circunstancia ni en el proceso penal militar adelantado por esa misma entidad, ni en el presente proceso contencioso administrativo.

Ciertamente, advierte la Sala que si bien se realizó un dictamen pericial sobre el estado de dicha arma y se concluyó, a partir de la prueba de residuos de disparos, que fue utilizada de forma reciente, lo cierto es que no aparece en el expediente prueba alguna que señale que el joven muerto hubiera manipulado o accionado esa arma de fuego el día de los hechos en cuestión, toda vez que ninguna probanza se adelantó para determinar dicha circunstancia, pese a lo fundamental que resultaba para esclarecer la forma en la cual ocurrieron los hechos y, en especial, para la defensa de la demandada, quien arguyó que había actuado en legítima defensa frente a la agresión de la que fueron víctimas los militares.

El cúmulo de las anteriores inconsistencias respecto de las afirmaciones plasmadas en la declaración de los militares, impide que se pueda llegar a deducir, con algún grado mínimo de certeza, que en verdad el hoy occiso hubiera portado dicho revólver y el explosivo, máxime cuando lo detuvieron le practicaron una requisita y no le encontraron ninguna de esas armas en su poder. Además, causa extrañeza, por resultar ajeno al sentido común que, en medio del fuego cruzado, el hoy occiso hubiera escapado y que, al poco tiempo y, en la oscuridad de la noche, hubiera llegado al lugar donde supuestamente escondía dichas armas y las hubiera accionado en contra de los uniformados, provocando la reacción de éstos.

Acerca de la legítima defensa como causal de exoneración de responsabilidad extracontractual del Estado, la Sala que integra esta Sección del Consejo de Estado, tras reconocer su procedencia, ha sido rigurosa en resaltar que no puede constituirse en una explicación de última hora que encubra o legitime el abuso de la fuerza por parte de los agentes del Estado.

En efecto, los elementos que configuran la legítima defensa deben estar acreditados de manera indubitable, de modo tal que aparezca claro que el uso de

las armas era el único medio posible para repeler en ese momento la agresión o que no existía otro medio o procedimiento viable para ejercer la defensa; que, además, la respuesta armada se dirija exclusivamente a contrarrestar el peligro, y que no constituya una reacción indiscriminada, en tanto debe existir coherencia de la defensa con la misión que legal y constitucionalmente se ha encomendado a la Fuerza Pública⁴².

Todo lo considerado anteriormente, lleva a concluir a la Sala que resulta ausente de fundamento probatorio la causa extraña alegada por la demandada para oponerse a los pedimentos de la demanda, a pesar de aceptar que de manos de sus agentes se produjo la muerte del joven Omar Correa Espinosa.

iv) El comportamiento del Ejército Nacional, una vez sucedió el hecho dañoso, no se atemperó a las normas jurídicas aplicables para el levantamiento de los cuerpos, conducta que no permitió contar con elementos probatorios idóneos que señalaran las circunstancias en que el occiso fue encontrado.

Tanto el referido informe oficial realizado por el comandante del pelotón de contraguerrillas del Ejército Nacional, como los militares que declararon en el proceso penal militar señalaron que el día de los hechos el cuerpo del señor Correa Espinosa fue trasladado a la morgue del Hospital de Toledo, en donde se le realizó el levantamiento del cadáver y la necropsia.

Llama la atención la Sala en cuanto a que dicho levantamiento del cadáver⁴³, realizado en esas condiciones y un día después de su muerte, desconoció lo

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de marzo de 2004, expediente 14.777 (R-0806), actora: Ruth Marina Bustamante. En el mismo sentido ver sentencias del 27 de noviembre de 2003, expediente 14.118 (R-0001), del 29 de enero de 2004, expediente: 14.222 (R-9852) y del 22 de abril del mismo año, expediente: 14.077 (R-9459).

⁴³ En este punto es necesario precisar las diferencias entre la diligencia del examen de cadáver a la diligencia de levantamiento de cadáver. Sobre el particular, la doctrina en la materia señala lo siguiente:

“EXAMEN DEL CADÁVER: Nos permite confirmar o descartar los signos de muerte, establecer la fecha y determinar la forma médico-legal Comprende: el examen de las ropas y el examen externo del cadáver. Comprende también la investigación de los fenómenos cadavéricos y los signos de muerte si los anteriores están ausentes.(...).

establecido en el artículo 290 del Código de Procedimiento Penal vigente al momento del hecho⁴⁴, el cual señalaba que la inspección del cadáver debía realizarse por autoridad competente en el mismo lugar en donde acaeciera la muerte, de manera que existiera inmediación del funcionario con la escena de los hechos. Ahora bien, la misma norma preveía que en caso que no fuere posible la presencia de funcionario instructor o de la policía judicial, la identificación del cuerpo debía realizarse por cualquier funcionario público o, inclusive, por un ciudadano, pero siempre en el mismo sitio del hecho. Así era el tenor de la norma:

“Artículo 290. Inspección de la escena. En los eventos de *conductas punibles relacionadas con la vida e integridad personal o contra la libertad o formación sexuales, se ordenará de inmediato la protección de la escena. Ningún elemento físico podrá ser movido o modificado hasta tanto el funcionario judicial o quien haga sus veces, lo autorice.*

Se procederá de inmediato a inspeccionar y documentar el lugar donde sucedieron los hechos, así como el sitio donde se encuentra el cadáver y cualquier otro donde se sospeche presencia de elementos materia de prueba.

El perito forense asignado por la entidad correspondiente, podrá inspeccionar el cadáver en la escena.

Enseguida se procederá a la recolección técnica y a la documentación de estos elementos.

El cadáver, los restos óseos y partes de cuerpo, así como la víctima de la agresión sexual y los elementos físicos materia de prueba, *sin alteración, serán remitidos bajo cadena de custodia a la entidad encargada de su respectivo estudio.*

“(…).

“De ocurrir en lugar alejado, la diligencia de identificación del occiso, cuando no fuere posible la presencia del funcionario instructor, se

“LEVANTAMIENTO DEL CADÁVER: Es la búsqueda e investigación de pruebas Médico-Legales en el lugar del hallazgo. Comprende el examen de cadáver y el examen del lugar y sus alrededores. Debe ser efectuado por el Juez Penal acompañado de su actuario, la Policía y el perito Médico constituyéndose en el lugar del hecho. La diligencia debe efectuarse de manera inmediata, en forma ordenada, minuciosa, metódica, completa e ilustrada, teniendo presente que no es prudente descartar ningún detalle, por más insignificante que parezca, por su probable significación en la cadena de hechos”. En: GISBERT CALABUIG JA: Autopsia Médico-legal. In su: Medicina Legal y Toxicología. 4ta. ed. Barcelona: Masson - Salvat, 1994: 198-204.

⁴⁴ Ley 600 de 2.000 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

hará por el servidor público que tenga funciones de policía judicial, de lo cual se levantará un acta que entregará a la autoridad competente.

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

Así las cosas, la conducta seguida por el Ejército Nacional que no permitió garantizar la pureza de la escena de los hechos y optó por trasladar de inmediato el cuerpo a Toledo, Antioquia, desconoció las obligaciones a su cargo en ese sentido y, por ende, esa omisión constituyó un obstáculo para el adecuado desarrollo de las investigaciones a que hubiera lugar, al punto que en el presente proceso, no existen probanzas que señalen precisa y objetivamente las condiciones en la que habría sido hallado el cuerpo, por lo que tampoco resulta dable aseverar que el hoy occiso hubiera fallecido en un combate con el Ejército Nacional.

Agréguese a lo anterior, que en la correspondiente investigación penal militar iniciada por tales los hechos, nada se estableció en relación con las causas y/o circunstancias del deceso de la persona que resultó muerta. Así pues la única providencia que se aportó, se limitó a abstenerse de decretar medida de aseguramiento en contra del grupo de militares que participó en tales hechos, por considerar que actuaron de conformidad con el ordenamiento jurídico, esto es, *“en desarrollo de una orden de operaciones o en cumplimiento de un deber legal”*.

v) El señor Omar Esneider Correa Espinosa no tenía vinculación con grupos subversivos, ni antecedente penal alguno. Era una persona que estudiaba y trabajaba con su familia en la agricultura.

Para ofrecer condiciones de contexto a las conclusiones a que la Sala va llegando, resulta indispensable establecer en esta causa quién era la víctima, como sea que parte de la explicación dada por la demandada en cuanto a este aspecto apunta a señalar que se trataba de alguien que se había puesto por fuera de la ley, como que –según afirmó– pertenecía a un grupo subversivo y en

el momento de su muerte estaría participando de un ataque a los miembros del Ejército.

Pues bien, lo que en este punto pone de presente la prueba recaudada, no es cosa diferente a que el joven Correa Espinosa era un estudiante y agricultor que gozaba de buen nombre en la región y que laboraba en el predio de su familia. En efecto, los testimonios de las personas que conocieron a Omar Esneider Correa, coinciden en señalar que era una persona que se dedicaba a actividades agrícolas en la finca de su familia y que gozaba del respeto y aprecio de los habitantes de la región⁴⁵; asimismo, está probado que en contra de la citada persona no figuran antecedentes penales que dieran cuenta de la comisión de actividades delictivas, razón por la cual, la Sala debe reconocer en su favor el derecho fundamental de la presunción de inocencia que lo ampara (art. 29 C.P.) y, concluir con base en ello, que el joven Correa Espinosa era una persona ajena a las actividades ilícitas que se le imputaron después de su muerte.

Ahora, a pesar de que la señora Yola Amparo Loaiza Jaramillo manifestó en su testimonio que el hoy occiso pertenecía al frente 36 de las FARC, lo cierto es que no especificó el origen o de qué forma pudo obtener dicho conocimiento; además, causa extrañeza que no se hubiera aportado algún informe previo o prueba de otro tipo donde se reportara dicha actividad ilícita por parte del hoy occiso, pues la única prueba es de la referida testigo, la cual resultó posterior a la muerte de la citada persona.

vi) Se hizo pasar al señor Omar Correa Espinosa como un subversivo dado de baja en combate con el Ejército Nacional.

Adicional a todo lo anterior, resulta necesario destacar que en el presente caso, se trasgredieron de forma grave los derechos a la honra y al buen nombre de la persona fallecida, habida cuenta que la víctima directa no solo perdió su vida a manos de los militares, sino que, además, como si fuera poco -cuando lo es todo-, se mancilló, la dignidad de la persona fallecida, al hacerla pasar ante la ciudadanía en general, pero específicamente ante sus conocidos, como delincuente, con lo

⁴⁵ Fls. 34 a 32 C. 1 y 201 a 207 C. 2.

cual se victimizó su memoria y se retorció la propia verdad de los hechos, verdad a la que tenían derecho los aquí demandantes. Nadie puede deshonrar la vida de una persona y la verdad y fue eso, sin eufemismo alguno, lo que en este caso ocurrió, pues así lo evidencian los hechos que se demostraron en este juicio⁴⁶. Al respecto, esta Corporación, ha señalado:

“Al trato inhumano que algunos miembros de la fuerza pública le suelen dar a las personas que caen en sus manos se agrega un vicio reprochable que es el que se orienta a rendirle culto a LA MENTIRA. El delincuente no resulta ser el agresor, sino la víctima, a la cual se le presenta, en sociedad, post-mortem, como el peor delincuente, atentando así contra el patrimonio espiritual que el finado le ha dejado a su familia, a su esposa, a sus hijos. De la MENTIRA ha dicho el escritor JEAN FRANCOIS REVEL, que es la primera de todas las fuerzas que dirigen el mundo. Por ello se impone una tarea educativa que forme a los integrantes de la policía nacional en el culto a la verdad, pues sólo así será posible predicar que sus miembros PIENSAN BIEN Y ACTUAN BIEN.

“Para casos con el temperamento del que se deja estudiado vienen bien las enseñanzas de BALMES: ‘Ciertos hombres tienen el talento de ver mucho en todo; pero les cabe la desgracia de ver todo lo que no hay, nada de lo que hay’ (El Criterio). Quede, pues, en claro que LA MENTIRA no es vía amplia para lograr la exoneración de responsabilidad del Estado, sino semilla fructífera sobre la cual se consolida con más fuerza de convicción la falla del servicio o el daño antijurídico.” (Mayúsculas en original)⁴⁷.

“Es una lástima, y también una tragedia nacional, que ciertas autoridades no se preocupen por rendirle culto a la verdad sino a la mentira, pues transitando por esta senda el país pierde confianza en sus instituciones. Las verdades a medias también perturban la recta administración de justicia, pues como lo recordaba Balmes, ellas se parecen a ‘...un espejo mal azogado, o colocado en tal disposición que, si bien nos muestra objetos reales, sin embargo, nos los ofrece demudados, alterando los tamaños y figuras’. (El Criterio. Diferentes modos de conocer la verdad)⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferida el 7 de julio de 2011, Exp. 20.720, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferida el 8 de mayo de 1994, expediente 9209.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferida el 28 de mayo de 1992, expediente 6557.

Con tristeza ha de decir la Sala que no es la primera vez que se pone a consideración suya un caso como el presente en el que se encubren bajo la apariencia de muertos en combate, homicidios que obedecen a diversas circunstancias distintas a esa, hechos a los cuales se les ha dado periódicamente la denominación genérica de “falsos positivos”, pero que en realidad constituyen típicas ejecuciones extrajudiciales y/o desapariciones forzadas.

vii) No hubo una investigación penal seria e imparcial en relación con las circunstancias y responsables de la muerte del señor Correa Espinosa.

Ya antes se puso de relieve que nada, absolutamente nada diferente a la muerte misma del joven Correa Espinosa se había probado ante esa instancia -y algo que es fundamental, que murió por obra de los disparos de armas oficiales-, pues lo otro, las versiones de los militares involucrados en los hechos, que se acogió como la verdad verdadera por parte del Ejército Nacional, sin que ningún elemento de juicio la sustentara y sin que hubiese afán de averiguar las circunstancias que pudieran servirle de apoyo, dado que no fueron esclarecidas en lo absoluto y que bien pueden configurarse como una **ejecución extrajudicial y/o desaparición forzada**, conductas éstas que implican una grave violación a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, las cuales de no ser investigadas y juzgadas por el Estado, podrán ser eventualmente objeto de conocimiento de la justicia internacional.

Agréguese a lo anterior que preocupa a la Sala y, así debe señalarlo, que la entidad demandada tuvo una actitud de total despreocupación en la demostración de tales circunstancias que adujo para exonerarse de responsabilidad, pues no aportó prueba técnica alguna que apuntara a la acreditación de sus alegaciones, **ni allegó la investigación penal militar completa** encaminada exclusivamente a esclarecer la muerte de Omar Esneider Espinosa, teniendo la posibilidad y **el deber** de hacerlo.

A lo anterior se debe agregar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, *“Incumbe a las partes probar el supuesto*

de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen". Así pues, la parte demandada no cumplió con la carga⁴⁹ probatoria que le impone esta norma legal, toda vez que –se reitera–, no allegó al proceso prueba alguna que acredite la alegada configuración de una eximente de responsabilidad.

Ahora bien, en relación con las denominadas ejecuciones extrajudiciales, a título ilustrativo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el Cuarto Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, expresó⁵⁰:

*“La información disponible revela que los casos de ejecuciones extrajudiciales abarcan una serie de supuestos tales como: i) ejecución de miembros de la guerrilla fuera de combate; ii) ejecución de líderes comunitarios acusados de ser colaboradores; iii) transferencia de cuerpos de grupos paramilitares a unidades del Ejército; iv) ejecución de informantes y miembros desmovilizados para encubrir crímenes anteriores, negar vinculaciones y destruir evidencia; v) ejecución de personas que mantienen lazos con organizaciones criminales como resultado de alianzas y corrupciones; vi) ejecución de personas que fueron intencionalmente reclutadas o detenidas (personas vulnerables, personas con discapacidad, adictos, personas en situación de calle y con antecedentes criminales); y vii) **‘errores militares’ encubiertos por la simulación de un combate**” (negritas adicionales).*

Estos antecedentes establecidos por organismos internacionales revisten la mayor importancia para la Sala, ya que los daños ocasionados en operativos militares y policiales a las víctimas del conflicto armado por conductas censurables de

⁴⁹ Al respecto, conviene recordar de manera más detallada lo expuesto por el tratadista Devis Echandía respecto de dicho concepto: *“Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1°) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2°) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.”* DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: *“De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: “carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.”* Ídem. pág. 406.

⁵⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Cuarto Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia, Verdad, Justicia y reparación*, OEA/Serv. L/V/II, Doc. n° 49, 2013, p. 79. Al respecto se puede revisar: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf> (consultado el 27 de agosto del 2014)

agentes del Estado, como lo son la desaparición forzada y las ejecuciones extrajudiciales de civiles presentados como bajas en combate, no guardan un vínculo “próximo y directo” con el servicio e implican una violación al derecho internacional de los derechos humanos y al DIH y, por ende, no pueden estar sometidos al conocimiento de la Justicia Penal Militar, la cual es una excepción en los Estados constitucionales, democráticos y de derecho⁵¹. En consecuencia, los daños provenientes de estas conductas reprochables deben ser conocidos, juzgados y reparados por la jurisdicción ordinaria, antes de someter a las víctimas del conflicto armado a la fatigosa carga de reclamar una condena en los tribunales internacionales, amén de que dicha circunstancia deja mal librada a la administración de justicia colombiana y la muestra ante la comunidad internacional como una instancia carente de eficacia e idoneidad y de legitimidad social.

2.4. Declaratoria de la responsabilidad agravada del Estado en el presente caso

Con fundamento en los referidos hechos indicadores, forzoso resulta concluir para la Sala que en el caso concreto se configuró una **grave falla en el servicio** imputable al Ejército Nacional, comoquiera que las circunstancias que rodearon la muerte del joven Omar Esneider Correa Espinosa ponen de presente un actuar que resulta desde todo punto de vista arbitrario y antijurídico, pues los miembros del Ejército Nacional dispararon injusta e indiscriminadamente contra el hoy occiso causándole la muerte, amén de que ese lamentable hecho no ha sido debidamente investigado y juzgado por las autoridades judiciales competentes, circunstancia que lleva, también, a que ese específico hecho deba calificarse por parte de la Sala como una vulneración grave y sistemática de derechos humanos, que imponen a la Sala el deber de declarar la responsabilidad agravada del Estado en este caso.

En efecto, mediante sentencia proferida el 27 de abril de 2016⁵², la Sala que integra esta Subsección del Consejo de Estado precisó que, en aquellos casos

⁵¹ Consultar, Consejo de Estado, Sala plena de la Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, Exp. 32.988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de abril de 2016, Exp. 50.231. En ese mismo sentido consultar la sentencia proferida el 14 de julio de 2016, Exp. 35.029 y la proferida el 14 de septiembre de 2016, Exp. 34.349, en las cuales se aplicó el concepto de responsabilidad agravada del Estado.

sometidos al conocimiento del juez contencioso administrativo, en los cuales se encuentren configuradas violaciones graves o sistemáticas a derechos humanos o al derecho internacional humanitario, específicamente, delitos de lesa humanidad⁵³ y crímenes de guerra⁵⁴, resulta procedente -y en los términos de la Convención Americana, obligada- la declaratoria de la “*responsabilidad agravada del estado*”, habida consideración de la naturaleza de las normas imperativas de *ius cogens* vulneradas⁵⁵, amén de que la Corte IDH ha realizado un desarrollo jurisprudencial en tal sentido que viene a ser vinculante para los jueces colombianos⁵⁶.

En relación con el contenido y alcance del concepto de responsabilidad agravada del Estado, la Sala en sentencia del 27 de abril de la presente anualidad, precisó:

*“El juez de lo contencioso administrativo es, a su vez, juez de **convencionalidad** en el ordenamiento interno, es decir un juez que integra la normatividad interna con los estándares y reglas de protección del SIDH y que, por lo mismo, tiene como deber no sólo verificar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de respeto y garantía de los derechos humanos por parte de las autoridades públicas internas, sino,*

⁵³ De acuerdo con el artículo 7 del Estatuto de Roma, “se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: **a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.**

⁵⁴ De conformidad con el literal C del artículo 8 del Estatuto de Roma, constituyen crímenes de guerra: “las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa: **i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura; ii) Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; iii) La toma de rehenes; iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables”.**

⁵⁵ Gabriel Ernesto Figueroa Bastidas, “*La Responsabilidad Internacional Agravada del Estado Colombiano*”. Colección textos de jurisprudencia, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2016, p. 146.

⁵⁶ Al precisar el concepto de la responsabilidad agravada, la Corte IDH ha dicho que “[e]l Estado incurre en ‘Responsabilidad Internacional Agravada’ cuando la violación concreta al derecho de la víctima se suscita en el marco de una práctica sistemática vulneratoria de normas *ius cogens*, que constituyen crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra”. CrIDH, *Caso Myrna Mack Chang v Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 140; *Caso de la Masacre de Plan de Sánchez v. Guatemala*, sentencia de 29 de abril de 2005, párr. 51; *Caso Goiburú y Otros v. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 122; *Caso la Cantuta v. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 115; *Caso la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 241, entre otras sentencias.

también, fundamentar, a partir de esa clase de normas supraconstitucionales, el juicio de responsabilidad estatal, cuando se produzca un daño antijurídico derivado de la vulneración grave y sistemática de derechos humanos.

“(…) En línea con el anterior razonamiento, viene a ser claro que en un determinado caso, en el cual se acredite violaciones graves a derechos humanos que impliquen la infracción flagrante y sistemática de normas ius cogens, (delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra), los jueces colombianos pueden y deben, por una parte, llevar a cabo un análisis de convencionalidad sobre la conducta del Estado, de lo cual se podría concluir por un lado, un quebrantamiento normativo internacional, y por otro lado, tienen la posibilidad de declarar en esos eventos -al igual que lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, la configuración de la responsabilidad internacional agravada.

En este punto, la Sala estima necesario precisar a efecto de resaltar que no en todo caso de violación de derechos humanos viene a ser procedente una declaración como la que acaba de indicarse, toda vez que una declaratoria de responsabilidad de esa índole sólo resulta procedente en aquellos casos en los cuales concurren los siguientes elementos:

*- Que las acciones/omisiones que hayan generado el daño constituyan violaciones graves o flagrantes de normas imperativas de derecho internacional de ius cogens, **específicamente, delitos de lesa humanidad y/o crímenes de guerra** y;*

- Que tales violaciones sean atribuibles o imputables, según las normas del derecho interno e internacional, al Estado colombiano”.

De igual forma, esta Subsección del Consejo de Estado, en sentencia del 14 de julio de 2016, luego de realizar un recuento por varias sentencias en las que se declaró la responsabilidad agravada del Estado colombiano por la comisión de este tipo de ejecuciones extrajudiciales, dijo:

“El anterior cúmulo de casos sobre ejecuciones extrajudiciales u homicidios en persona protegida, o los mal denominados ‘falsos positivos’,

pone de presente una falla sistemática y estructural relacionada con la comisión de tales violaciones graves a derechos humanos y/o al derecho internacional humanitario por parte de la Fuerza Pública del Estado colombiano, aunada a la ausencia de un riguroso control dentro de la institución militar, tanto en el proceso de incorporación a la institución, como en la permanencia y en el funcionamiento o ejercicio de funciones por parte de los miembros de la Fuerza Pública, falencias éstas que debilitan la institución militar y que dificultan su adecuado accionar en pos de cumplir con el cometido que le es propio, de paso, se pierde legitimidad y se compromete la estabilidad misma del Estado y de la sociedad⁵⁷.

En este punto cabe precisar que, a pesar de que las instituciones judiciales cumplen con sus deberes en cuanto tienen que ver con la investigación y la sanción de los responsables de delitos cometidos por miembros de la Fuerza pública -como aconteció en el presente caso con la condena penal en contra de los militares responsables-, lo cierto es que ello, junto con la labor disciplinaria desplegada en el interior de la institución, han sido insuficientes, tardías e inanes para la resolución de tal situación que, como se advirtió, amenaza con la estabilidad misma de la institución⁵⁸.

Con fundamento en todo lo anterior, se hace imperiosa la modificación de la sentencia de primera instancia para, en su lugar, declarar la **responsabilidad agravada del Estado** colombiano, representado por el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, dada la violación grave de derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Con fundamento en todo lo anterior, la Sala confirmará la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 24 de abril de 2012, en cuanto declaró la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por los hechos materia de este asunto, así como la condena impuesta a esa entidad, dado que el objeto del recurso de apelación estuvo orientado, exclusivamente, a que se absolviera a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional respecto de los hechos materia del presente asunto.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia proferida el 27 de abril del 2016, Exp. 50.231.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia proferida el 14 de julio de 2016, Exp. 35.029.

Lo anterior por cuanto, según ya se explicó, el examen del recurso de apelación, cuyo objeto se encaminó a cuestionar la declaratoria de responsabilidad en contra de la referida entidad demandada -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional-, ha llevado a la Sala a concluir que dicha declaratoria judicial, efectuada por el Tribunal *a quo*, debe confirmarse, cuestión que a su vez, en el presente caso, impone la necesidad de confirmar también la condena impuesta en contra de dicha entidad, puesto que en relación con este último aspecto específico relativo a los perjuicios reconocidos en la sentencia de primera instancia, la parte actora se abstuvo de formular apelación, amén de que tampoco la entidad apelante nada señaló y, menos, argumentó como motivo de su inconformidad, lo cual impide a la Sala hacer pronunciamiento alguno al respecto, por carecer de elementos para realizar dicho análisis.

2.5.- Indemnización de perjuicios por violación a bienes o intereses constitucional y convencionalmente amparados.

Tal y como se dejó establecido en el capítulo precedente de esta sentencia, la muerte violenta del señor Omar Esneider Espinosa, significó la afectación grave, múltiple y continua de los derechos humanos de los demandantes, razón por la cual, la Sala, en aplicación del principio de reparación integral, y en lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, decretará unas medidas de carácter pecuniario -indemnización- y no pecuniario, para resarcir o restablecer los bienes constitucionales afectados con ocasión de la falla del servicio que produjo el daño que originó la presente acción, teniendo en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia o, incluso, de la "*no reformatio in pejus*", ante la primacía del principio sustancial de la "*restitutio in integrum*", máxime cuando se establece la responsabilidad agravada del Estado como consecuencia de violaciones graves a derechos humanos.

Ciertamente, en cuanto hace a las consecuencias de dicha declaratoria de responsabilidad agravada del Estado, la referida sentencia del 27 de abril de 2016⁵⁹ precisó que lo que se pretende mediante dicha declaratoria de responsabilidad agravada -además de realizar un juicio de reproche más severo al

⁵⁹ En ese mismo sentido consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 27 de abril de 2016, Exp. 50.231; sentencia proferida el 14 de julio de 2016, Exp. 35.029 y la proferida el 14 de septiembre de 2016, Exp. 34.349, en las cuales se reconoció una indemnización por ese concepto.

actuar del Estado en esos casos de vulneración a normas *ius cogens*-, es permitirle al juez de la Administración la adopción de medidas de reparación integral del daño antijurídico, ello con el fin de garantizar que tales conductas constitutivas de vulneraciones graves a derechos humanos o al derecho internacional humanitario no se vuelvan a producir. Así lo señaló la Sala:

*“... Así las cosas, siempre que se produzca la declaratoria de la responsabilidad agravada del Estado, **se deberá otorgar, además de las indemnizaciones correspondientes en cada caso, una indemnización adicional por concepto de daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados a favor de las víctimas en cada caso,** así como también se deberán adoptar medidas de reparación integral que resulten pertinentes y necesarias, dado que las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición, tienen efectos expansivos y universales, es decir, no solamente están destinadas a tener incidencia concreta en la víctima y su núcleo familiar cercano, sino a todos los afectados y a incidir más allá de las fronteras del proceso: a la sociedad en su conjunto y al Estado, amén de propender porque dichas conductas lesivas no se vuelvan a producir, es decir, que se propende por su no repetición”.*

En cuanto al reconocimiento indemnizatorio por dicho perjuicio inmaterial, la sentencia unificación de 28 de agosto de 2014 precisó que podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa del daño antijurídico, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso⁶⁰.

Así las cosas, ante la imposibilidad de garantizar la *restitutio in integrum* del daño, el juez de lo contencioso administrativo, atendiendo las particularidades de cada caso en concreto, **puede decretar las medidas pecuniarias y no pecuniarias que sean necesarias para la consecución de la reparación integral del daño**⁶¹.

De acuerdo con lo anterior, para el caso concreto, se tiene que ante la imposibilidad de reparar los derechos de las víctimas como consecuencia de la

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto del 2014, Exp. 32.988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁶¹ Consultar por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de octubre de 2013, Exp. 25.981, M.P. Jaime Orlando Santofimio.

muerte del señor Omar Esneider Espinosa, se impone la necesidad de reconocer una indemnización equivalente a 100 SMLMV a favor de los señores María Irene Espinosa y Jhan Carlo Espinosa Arboleda, en su calidad de madre e hijo de la víctima directa.

2.6. Otras medidas de reparación integral

También habrá lugar a modificar la sentencia apelada, en lo que respecta con las medidas de reparación integral allí adoptadas, puesto que tanto la Procuraduría General de la Nación como la Fiscalía General de la Nación están constitucional y legalmente obligadas a investigar, incluso de oficio, todas aquellas posibles violaciones no sólo de los derechos humanos, sino también del Derecho Internacional Humanitario, que hayan podido cometerse con ocasión del homicidio perpetrado en contra de la mencionada persona el 27 de febrero de 2005.

En ese sentido, se precisa que el material probatorio recaudado en el presente proceso da cuenta de que las averiguaciones penales en la justicia ordinaria no fueron adelantadas, por lo cual la Sala estima de la mayor importancia que se conozcan por los ciudadanos las actuaciones realizadas y las decisiones adoptadas por las autoridades públicas colombianas competentes en orden a procurar la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, no sólo desde la perspectiva de la trascendencia que tiene la eficacia del principio de reparación integral en favor de las víctimas de estos hechos, sino en consideración a la trascendencia que para la sociedad colombiana reviste la asunción de la relevancia que tiene el comprender el rol que juega el DIH en el conflicto armado interno.

Con fundamento en lo anterior, la Sala dispondrá en el presente pronunciamiento, las siguientes medidas de naturaleza no pecuniaria:

i) El Ministerio de Defensa - Ejército Nacional publicará en un periódico de amplia circulación local en el departamento de Antioquia y específicamente en los municipios de Toledo y Cuerquia, si existieren, una nota de prensa con base en

las consideraciones de esta sentencia, con el fin de que se rectifique la verdadera identidad de la víctima directa. Dicho escrito deberá informar que la muerte del señor Omar Esneider Espinosa no ocurrió como consecuencia de un combate entre soldados del Ejército Nacional y las FARC, sino que fue ejecutado extrajudicialmente por actos perpetrados por los efectivos militares destacados en la zona rural de los Naranjos el 26 de febrero de 2005.

ii) Se exhorta a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación con el fin de que lo analizado y resuelto en esta sentencia y dentro del presente proceso, sea tenido en cuenta, de haber lugar a ello, a efectos de abrir las correspondientes investigaciones con ocasión del homicidio del señor Omar Esneider Espinosa perpetrado el 26 de febrero de 2005 en la zona rural del municipio de Toledo, Antioquia, por razón de las posibles infracciones al Derecho Internacional Humanitario en las cuales se hubiere incurrido por parte de quienes participaron en esos hechos.

Asimismo, que las decisiones definitivas que dentro de tales procesos en su momento se adopten, se difundan ampliamente por conducto de medios de comunicación a nivel nacional (prensa, radio, televisión, etc.), de forma que por conducto de tales medios se relaten los hechos y circunstancias que dieron lugar a la instrucción de las correspondientes actuaciones administrativas y/o judiciales como consecuencia del multicitado homicidio, así como las decisiones definitivas que dentro de las mismas fueron adoptadas en relación con la responsabilidad administrativa y/o penal de quienes pudieren haber infringido, con ocasión de tales sucesos, tanto los derechos humanos como el Derecho Internacional Humanitario.

iii) El Ministerio de Defensa Nacional establecerá un link con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia. La entidad demandada, en el término de dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo, subirá a la red el archivo que contenga esta decisión y mantendrá el acceso al público del respectivo vínculo durante un período de seis (6) meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web de esa institución.

iv) De conformidad con la Ley 1448 de 2011⁶² –mediante la cual se dictaron medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno– y, teniendo en consideración que en el presente caso se infringieron obligaciones convencionales de protección de los derechos humanos, se enviará al Director del Centro Nacional de Memoria Histórica y del Archivo General de la Nación, copia de la presente sentencia con el fin de que haga parte de su registro, y contribuya a la construcción documental del país que busca preservar la memoria de la violencia generada por el conflicto armado interno en Colombia.

De otra parte, comoquiera que la sentencia de primera instancia accedió al reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante en las sumas de \$7'144.233,31 a favor de María Irene Espinosa y; \$33'445.718 a favor del menor Jhan Carlo Espinosa Arboleda y, comoquiera que dicho reconocimiento de indemnización de perjuicios no fue objeto de cuestionamiento alguno por parte de la demandada en el recurso de apelación, la Sala se limitará a actualizar dicha renta, sin que ello implique de modo alguno la afectación de la referida garantía de la *no reformatio in pejus*. Entonces:

$$\text{a.) } Ra = Rh (\$15'253.426,70) \times \frac{\text{índice final – febrero/2017}(136.12)}{\text{índice inicial – abril/2012}^{63} (110.92)}$$

$$\mathbf{Ra = \$ 18'718.864}$$

$$\text{b.) } Rh (\$33'445.718,18) \times \frac{\text{índice final – febrero/2017}(136.12)}{\text{índice inicial – abril/2012} (110.92)}$$

⁶² Artículo 144. “Dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de la presente Ley, el Centro de Memoria Histórica, diseñará, creará e implementará un Programa de Derechos Humanos y Memoria Histórica, el cual tendrá como principales funciones las de acopio, preservación y custodia de los materiales que recoja o de manera voluntaria sean entregados por personas naturales o jurídicas, que se refieran o documenten todos los temas relacionados con las violaciones contempladas en el artículo 3 de la presente Ley, así como con la respuesta estatal ante tales violaciones.[...]”.

⁶³ Fecha de la sentencia de primera instancia.

Ra = \$ 41'044.276

2.7.- Condena en costas

Toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, se ha verificado que ninguna de ellas actuó de esa forma, la Sala se abstendrá de condenar en costas.

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

FALLA

PRIMERO: MODIFÍCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 24 de abril de 2012, la cual quedará así:

1º) Declárase de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de José Hernando Espinosa, María Rubiola Espinosa y Senaida Damaris Espinosa, por lo que su pretensión procesal se declara fracasada.

2º) Declárase la responsabilidad administrativa de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, conforme a los argumentos que sirvieron de fundamento argumentativo de la decisión.

3º) Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a pagar en la proporción indicada en la parte motiva de este fallo, los valores por concepto de los perjuicios causados a la señora María Irene

Espinosa y al menor Jhan Carlo Espinosa Arboleda, que se sintetizan así:

Perjuicios morales:

- Para María Irene Espinosa, por el dolor sufrido a raíz de la muerte de su hijo Osmar Esneider Espinosa, en quantum de 150 SMLMV en el momento en que cobre ejecutoria esta decisión.

- Para el menor Jhan Carlo Espinosa Arboleda, a través de la señora Yoli Edith Arboleda Vanegas, su representante legal, por el dolor infringido con la muerte de su padre, el estimado de 150 SMLMV en el momento en que cobre ejecutoria esta decisión.

Perjuicios materiales:

- Para la señora María Irene Espinosa por concepto de lucro cesante, la suma de dieciocho millones setecientos dieciocho mil ochocientos sesenta y cuatro pesos (\$18'718.864).

- Para el menor Jhan Carlo Espinosa Arboleda, por concepto de lucro cesante, la suma de cuarenta y un millones cuarenta y cuatro mil doscientos setenta y seis pesos (\$ 41'044.276).

- Por concepto de afectación a bienes constitucional y convencionalmente afectados, se reconocerá una indemnización equivalente a 100 SMLMV a favor de cada uno de los señores María Irene Espinosa y Jhan Carlo Espinosa Arboleda, en su calidad de madre e hijo de la víctima directa.

4°) Se condena a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a la adopción de las siguientes medidas de reparación integral:

i) El Ministerio de Defensa - Ejército Nacional publicará en un periódico de amplia circulación local en el departamento de Antioquia y específicamente en los municipios de Toledo y Cuerquia, si existieren, una nota de prensa con base en las consideraciones de esta sentencia, con el fin de que se rectifique la verdadera identidad de la víctima directa. Dicho escrito deberá informar que la muerte del señor Omar Esneider Espinosa no ocurrió como

consecuencia de un combate entre soldados del Ejército Nacional y las FARC, sino que fue ejecutado extrajudicialmente por actos perpetrados por los efectivos militares destacados en la zona rural de los Naranjos el 26 de febrero de 2005.

ii) Se EXHORTA a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación con el fin de que lo analizado y resuelto en esta sentencia y dentro del presente proceso, sea tenido en cuenta, de haber lugar a ello, a efectos de abrir las correspondientes investigaciones con ocasión del homicidio del señor Omar Esneider Espinosa perpetrado el 26 de febrero de 2005 en la zona rural del municipio de Toledo, Antioquia, por razón de las posibles infracciones al Derecho Internacional Humanitario en las cuales se hubiere incurrido por parte de quienes participaron en esos hechos.

Asimismo, que las decisiones definitivas que dentro de tales procesos en su momento se adopten, se difundan ampliamente por conducto de medios de comunicación a nivel nacional (prensa, radio, televisión, etc.), de forma que por conducto de tales medios se relaten los hechos y circunstancias que dieron lugar a la instrucción de las correspondientes actuaciones administrativas y/o judiciales como consecuencia del multicitado homicidio, así como las decisiones definitivas que dentro de las mismas fueron adoptadas en relación con la responsabilidad administrativa y/o penal de quienes pudieren haber infringido, con ocasión de tales sucesos, tanto los derechos humanos como el Derecho Internacional Humanitario.

iii) El Ministerio de Defensa Nacional establecerá un link con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia. La entidad demandada, en el término de dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo, subirá a la red el archivo que contenga esta decisión y mantendrá el acceso al público del respectivo vínculo durante un período de seis (6) meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web de esa institución.

iv) De conformidad con la Ley 1448 de 2011 –mediante la cual se dictaron medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno–, y teniendo en consideración que en el presente caso se infringieron obligaciones convencionales de protección de los derechos humanos, se enviará al Director del Centro Nacional de Memoria Histórica y del Archivo General de la Nación, copia de la presente sentencia con el fin de que haga parte de su registro, y contribuya a la construcción

documental del país que busca preservar la memoria de la violencia generada por el conflicto armado interno en Colombia.

5°) Se exhorta a la entidad pública condenada para que ejerza su derecho de repetición en contra de los agentes que dieron lugar a la condena en los términos definidos en el artículo 90 Superior”.

SEGUNDO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: CÚMPLASE lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento; expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

