

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B”

Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D.C., 28 de febrero de 2013

Expediente: 27301
Radicado: 470012331000199900348 01
Actor: Aura Rosa Fontalvo Montenegro y otros
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional
Naturaleza: Acción de reparación directa

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 27 de junio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. La sentencia será confirmada.

SÍNTESIS DEL CASO

El 29 de mayo de 1997, en el municipio de Pivijay-Magdalena, entre las 12.00 y 12.30 de la noche, el señor Nicolás María Polo Pertuz fue sacado violentamente de su vivienda por hombres armados quienes lo introdujeron en una camioneta marca Toyota color rojo. Fue encontrado muerto al día siguiente en la carretera que de Pivijay conduce a Fundación. De acuerdo con los actores, se trataba de miembros de las autodefensas quienes actuaron con la aquiescencia de las fuerzas armadas, pues momentos posteriores al secuestro del señor Polo Pertuz se detuvieron en el retén del Ejército ubicado en las instalaciones de la feria donde dos de esos hombres se bajaron y permanecieron adentro por un espacio de 5 minutos sin que las autoridades militares procedieran a revisar la camioneta, a pesar de que en

esos días se encontraban requisando todos los vehículos por razones de seguridad.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1.1. Mediante demanda presentada el 15 de abril de 1999 (f. 3-10 y 25-36 c. 1), Aura Rosa Fontalvo Montenegro (compañera), actuando en nombre propio y en representación de su hija Aura María Polo Fontalvo, y Regina Margarita Polo Viloría, hija menor de edad representada por su madre Dennis del Carmen Viloría, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C. C. A., solicitaron que se diera trámite favorable a las pretensiones que se citan a continuación:

1. Que el día 29 de mayo del año 1997 en las horas de la madrugada y en la población de Pivijay, fue ultimado a tiros el ciudadano médico Nicolás María Polo Pertúz por un grupo de hombres armados y desconocidos que se movilizaban en una camioneta al parecer Toyota de estacas, de color rojo, con el beneplácito, complicidad u omisión en el servicio del Ejército Nacional que se encontraba en la población para el día de los hechos.

2. Como consecuencia de lo anterior, el ente demandado deberá pagar a esta demandante, los perjuicios materiales y morales en las siguientes cuantías:

Perjuicios materiales, en el equivalente al 25% de la suma total que resulte probada por este concepto, y cuya suma total se estima que asciende a \$436 879 727. 00 de pesos

Perjuicios morales, en la suma dineraria equivalente a 1000 gramos oro fino para cada uno de los accionantes, lo que equivale a 3000 gramos oro fino, al precio en que se cotee en el Banco de la República, al ejecutoriarse la sentencia. Lo cual pido desde ahora oficiar en su oportunidad.

3. La demandada pagará las sumas anteriores, conforme a los arts. 177 y 178 del C.C.A. concordantes con la Ley 446 del 98

1.1. Según el relato de los demandantes, el 29 de mayo de 1997 el señor Nicolás María Polo Pertúz murió a manos de unos hombres que se identificaban como integrantes de las autodefensas, quienes lo sacaron de su residencia en Pivijay en horas de la madrugada, lo subieron a una

camioneta Toyota que se encontraba en el pueblo hacía tres días y tomaron la vía a Fundación. En la ruta se detuvieron en las instalaciones de la feria, lugar en donde se encontraba un retén del Batallón del Ejército Nacional; dos de los tripulantes del vehículo ingresaron y estuvieron 5 minutos antes de continuar su camino. Al día siguiente, cinco kilómetros más adelante sobre la vía Fundación, fue encontrado el cuerpo sin vida del médico Polo Pertúz.

1.2. De acuerdo con la parte actora, la falla del servicio está en la cooperación que prestaron las fuerzas armadas a los integrantes de las autodefensas y en la omisión de adelantar las medidas de seguridad que les imponía requisar el vehículo estacionado:

El Ejército Nacional acantonado en Pivijay, no obstante que se encontraba la población en estado de alerta por la peligrosidad de la región, haciendo requisas a todo vehículo y personas que se movilizaban dentro de los mismos, no ejerció con el debido celo, igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad y cuidado el control de este vehículo y los ocupantes que iban dentro del mismo... Por el contrario, dice la accionante que en este caso los miembros del Ejército se mostraron cooperativos con quienes se bajaron, u omisivos en sus cotidianos y procedimientos debidos, no obstante que llevaban al médico maniatado y vendado dentro del vehículo.

II. Trámite procesal

2. Admitida la acción, y corrido el traslado de la misma para **contestar la demanda**, la parte demandada presentó escrito de contestación el 15 de diciembre de 1999 (f. 45-46 c.1-), oportunidad en la cual se opuso a las pretensiones de la demanda *“por no existir elementos de juicio suficientes para establecer responsabilidad en cabeza de la administración”*. Agregó que *“de lo narrado por la parte actora no se desprende si este personal era miembro activo del Ejército Nacional, indicio de esto puede ser la misma investigación que es adelantada por la Fiscalía, lo que puede implicar que los actos ocurrieron no con ocasión del servicio...”*.

3. El Ministerio Público emitió **concepto de fondo** el 28 de febrero de 2003 (f. 94-98, c. 1) y solicitó al Tribunal de primera instancia denegar las pretensiones de la demanda. Señaló que de las pruebas recaudadas en el

proceso no puede colegirse la presencia del Ejército Nacional el día de los hechos en la carretera que de Pivijay conduce a Fundación, evento que a su vez no permite derivar la omisión de algunos miembros de las Fuerzas Militares.

3.1. La parte demandada presentó sus **alegatos** el 11 de marzo de 2003 (f. 99-100, c.1.), oportunidad en la cual adujo que del acervo probatorio no se puede deducir que las personas que se llevaron a la víctima tuvieron algún contacto con miembros del Ejército, ni que para esa fecha hubiera tropas del Ejército en la población. Concluyó que si bien hubo un daño, este no es imputable al Estado.

3.2. La parte actora por su parte, alegó de conclusión el 11 de marzo de 2003, y señaló que debía condenarse al Estado por falla en el servicio por acción y omisión, dada la complicidad de la fuerza pública con los alzados en armas.

4. El *a quo* emitió **fallo de primera instancia** el 27 de junio de 2003 (f. 110-116, c. ppl.), y negó las pretensiones de la demanda. A continuación se transcribe la parte resolutive: “*Denegar las súplicas del libelo.*”

4.1. En concepto del Tribunal Administrativo, no se encontraron acreditados los elementos que configuran la responsabilidad del Estado, toda vez que aún cuando es evidente el daño consistente en la muerte del señor Nicolás Polo Pertuz, los testimonios recepcionados ante el *a quo* no permitieron desvirtuar la prueba documental aportada por la demandada y establecer que ese daño devengara de la acción u omisión de los miembros de las fuerzas armadas:

En efecto, los testimonios recaudados no son suficientes per se para desvirtuar la prueba documental arribada por parte del Ejército Nacional en el sentido de que en el día de los hechos no se hallaba operando fuerza o tropa alguna en el sector de Pivijay (Magdalena). En tal virtud, ante la orfandad probatoria la inferencia que se impone en la denegatoria de las súplicas del libelo como en efecto así se hará constar adelante.

5. La parte demandante interpuso y sustentó **recurso de apelación** el 24 de julio de 2003 (f. 118-120 y 125-126, c. ppl.). Consideró que la entidad demandada intentó evadir la responsabilidad al aportar al proceso una certificación de la Segunda Brigada de Barranquilla-Atlántico que indicaba que no tenían tropas en Pivijay para el día de los hechos, cuando dicho municipio pertenece al departamento del Magdalena adscrito al Batallón Córdova con sede en Santa Marta. Señaló que de acuerdo con la certificación de la Policía Nacional aportada en el recurso de apelación, para el 14 de febrero de 1995 a las 10.30 pm se encontraba personal del Ejército Nacional en el municipio de Pivijay, aspecto corroborado por el declarante Humberto Castro.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. Competencia

7. El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en un proceso con vocación de segunda instancia, en los términos del Decreto 597 de 1988, dado que la cuantía de la demanda, determinada por el valor de la mayor de las pretensiones, que corresponde a la indemnización por concepto de daños materiales en calidad de lucro cesante, supera la exigida por la norma para el efecto¹.

II. Validez de los medios de prueba

8. Dentro de los elementos de prueba allegados al expediente, no serán objeto de valoración:

¹ En la subsanación de la demanda presentada el 31 de mayo de 1999, la pretensión mayor corresponde al lucro cesante solicitada en favor de la compañera permanente del médico Polo Petruz y sus dos hijas, estimada en \$436 879 727. El decreto vigente al momento de la interposición del recurso de apelación que motiva esta sentencia es el Decreto 597 de 1988 *“por el cual se suprime el recurso extraordinario de anulación, se amplía el de apelación y se dictan otras disposiciones”*, que modifica el numeral 10 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, y que dispone que la cuantía necesaria para que un proceso iniciado en el año 1999 fuera de doble instancia, debe ser superior a \$18 850 000.

8.1. La declaración extrajuicio de Idalides García Barrios (f. 16 c. 1) y la declaración jurada de la señora Leonor Cecilia Polo Pertuz, hermana de la víctima mortal rendida ante el Juzgado Promiscuo de Pivijay (f. 64 y 65 c. 1), por cuanto no cumplen con los requisitos de ley, ya que fueron tomadas extraproceso sin citación de la parte contra la cual se aduce y no fueron ratificada por los declarantes, previo juramento de ley, tal como lo exigen los artículos 229², 298³, 299⁴ del Código de Procedimiento Civil.

8.3. Se advierte que la parte demandante anexó con la sustentación del recurso de apelación, para que sean tenidas como pruebas, certificación del capitán comandante del Cuarto Distrito de Policía de Pivijay, certificación del celador del establecimiento de ferias de Pivijay y declaración extrajuicio rendida por Humberto Castro Samper (f. 127-129 c. ppl).

8.3.1. El Despacho precisa⁵ que esta petición no se ajusta a los presupuestos establecidos en el artículo 214 del C.C.A.⁶, pues no se trata

² “Artículo 229. Ratificación de testimonios recibidos fuera del proceso. Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos:

1. Cuando se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzca en el posterior.

2. Cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299.

Se prescindirá de la ratificación cuando las partes lo soliciten de común acuerdo, mediante escrito autenticado como se dispone para la demanda o verbalmente en audiencia, y el juez no la considera necesaria.

Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción de testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior.”

³ “Artículo 298. Testimonio para fines judiciales. Quien pretenda aducir en un proceso el testimonio de una persona podrá pedir que se le reciba declaración extraprocesal con citación de la contraparte.”

⁴ “Artículo 299. Testimonios ante notarios y alcaldes. Los testimonios para fines no judiciales, se rendirán exclusivamente ante notarios o alcaldes. Igualmente los que tengan fines judiciales y no se pida la citación de la parte contraria; en este caso, el peticionario afirmará bajo juramento, que se considera prestado con la presentación del escrito, que sólo están destinados a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba, y sólo tendrán valor para dicho fin.”

⁵ El apelante en un momento anterior a la sustentación del recurso de apelación elevó esta petición, allegando las dos certificaciones y la declaración extrajuicio mencionados. La Sala mediante auto del 13 de agosto de 2004 (f. 140 c. ppl) rechazó la incorporación de dichos documentos por las mismas razones anotadas.

⁶ “Artículo 214. Pruebas en segunda instancia. Cuando se trate de apelación de sentencia, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero sólo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.

de pruebas decretadas en primera instancia y que fueron dejadas de practicar sin culpa de la parte que las pidió; no versan sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir las en aquella instancia; no se refieren a documentos que allí no pudieron aducirse por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. Se resalta además que las declaraciones extrajudiciales contenidas en los dos últimos documentos mencionados no cumplen con los requisitos de ley, en el mismo sentido que la declaración de Idalides García Barrios, excluida de la valoración probatoria.

8.4. También vale la pena aclarar el valor probatorio que se le dará a los dos artículos del diario El Tiempo allegados, uno titulado *“Cayó coronel por masacre de Mapiripán”* y el otro *“Ruedan cabezas de dos generales”*.

8.4.1. Ha establecido la jurisprudencia que las noticias difundidas en medios escritos, verbales o televisivos no dan fe de la ocurrencia de los hechos que allí se reseñan sino, simplemente, de la existencia de la información⁷. Es decir que, los recortes de prensa pueden ser apreciados como prueba documental y como tal dan certeza de la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido.

8.4.2. Con todo, la Sección Tercera –Subsección C– del Consejo de Estado admitió que estos documentos podían tenerse como un indicio contingente si valorados racional, ponderada y conjuntamente con la totalidad del acervo probatorio resultaban indicativos de la veracidad de la ocurrencia de los hechos⁸.

2. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.

3. Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

4. Cuando con ellas se trate de desvirtuar los documentos de que trata el numeral anterior.”

⁷ Al respecto, véanse, entre otras, las siguientes sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado: 10 de junio de 2009, exp. 18.108, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, 9 de junio de 2010, exp. 19.283, C.P. Enrique Gil Botero, 11 de agosto de 2011, exp. 20.325, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁸ Sentencias de 25 de julio de 2011, exp. 19.434, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 19 de octubre de 2011, exp. 20.861, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; y 15 de febrero de 2012, exp. 20.880, C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

8.4.3. Finalmente, la Sala Plena de la Corporación en sentencia de 29 de mayo de 2012⁹ señaló que los informes de prensa no tienen, por sí solos, la entidad suficiente para probar la existencia y veracidad de la situación que narran y/o describen, por lo que su eficacia probatoria depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente. Por tanto, *“cualquier género periodístico que relate un hecho (reportajes, noticias, crónicas, etc.), en el campo probatorio puede servir solo como un indicador para el juez, quien a partir de ello, en concurrencia con otras pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, podría llegar a constatar la certeza de los hechos”*¹⁰. Previamente, la misma Sala Plena había señalado que los recortes de prensa constituyen documentos en los términos del artículo 251 del C.P.C., por lo que no es razonable excluirlos *prima facie* del debate probatorio, aunque reconoció que corresponde al juez determinar si puede o no conferirles eficacia¹¹.

8.4.4. Esta postura resulta acorde con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que al respecto ha señalado que los documentos de prensa aportados por las partes pueden ser apreciados, *“cuando recojan hechos públicos y notorios o declaraciones de funcionarios*

⁹ Exp. 110010315000201101378-00, C.P. Susana Buitrago Valencia.

¹⁰ Cabe señalar que este planteamiento acerca del valor indiciario de los recortes de prensa fue objeto de una aclaración de voto expresada en los siguientes términos por los magistrados Stella Conto Díaz del Castillo y Danilo Rojas Betancourth: *“Centralmente debe advertirse que, en determinados eventos, atendiendo, verbi gratia, la naturaleza de la noticia, el espectro de difusión y la calidad de los medios que la comunicaron, puede el juez considerar que se trata de un hecho notorio que no requiere prueba adicional, pues las notas periodísticas otorgan esa naturaleza.// Es que, por ejemplo, casos como desastres naturales de repercusión nacional que son registrados en detalle por todos los medios de comunicación no podrían recibir el mismo trato, ni tampoco debería aplicarse la jurisprudencia vigente para hechos que impactan al colectivo en general y por lo mismo son registrados por la opinión pública hasta convertirse en temas de discusión en cualquier foro social.// Por tanto, el llamado de la presente aclaración tiene por objeto morigerar el precedente vigente para que en cada caso el juez, orientado por su sana crítica, pueda darle a las notas e informaciones periodísticas un alcance superior al de la simple veracidad de su sola difusión y pueda, dependiendo del sub júdice, tener el hecho como notorio y por lo mismo relevarlo de cualquier exigencia de prueba adicional, estimando entonces cierto el contenido que a nivel nacional registren los medios de comunicación, atendiendo también a su grado de credibilidad social.// Además, no puede desconocerse que la publicación de determinada información, puede tenerse como un indicio que, apoyado con otras pruebas, permita alcanzar un grado de convencimiento sobre la certeza del hecho noticioso, esto a partir de su confiabilidad”*.

¹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 20 de mayo de 2003, exp. PI-059, C.P. Tarcisio Cáceres Toro.

*del Estado, no rectificadas, o cuando corroboren aspectos relacionados con el caso y acreditados por otros medios*¹².

8.4.5. En consideración a lo anterior, la Sala acogerá el precedente trazado por la Sala Plena de la Corporación y, en consecuencia, dará valor probatorio a los recortes de prensa publicados por el diario El Tiempo, siempre y cuando la información que se narre en ellos guarde correspondencia con las otras pruebas documentales y testimoniales aportadas al proceso.

III. Hechos probados

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

9.1. El 29 de mayo de 1997, a las 12.00 de la noche, el señor Nicolás María Polo Pertuz fue sacado violentamente de su vivienda por hombres armados quienes lo introdujeron en una camioneta marca Toyota color rojo y se lo llevaron por la fuerza (testimonios de Luis Francisco Fontalvo Castro, padre de la actora Aura Rosa Fontalvo, Nidia Esther Montenegro de Fonlavo, su madre y Luis Eduardo Fontalvo Montenegro su hermano, quienes vivía en el mismo domicilio que la señora Aura Rosa y su pareja el médico Polo Pertuz. Estos testigos presenciaron el momento en que el señor Polo fue sacado de su domicilio, como se analizará en el capítulo IV sobre el *análisis de la Sala* -f. 76-80 c. 1.-).

¹² Esta fue la postura asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las siguientes sentencias: 4 de julio de 2007, caso Escué Zapata vs. Colombia, párr. 28, y 11 de mayo de 2007, caso Bueno Alves vs. Argentina, párr. 46. Sin embargo, cabe señalar que en fallos anteriores, la Corte había impuesto menos condicionamientos para la valoración de estos documentos. Así, en varias sentencias proferidas en 2006 (entre otras, la de 29 de noviembre de 2006, caso La Cantuta vs. Perú, párr. 65; de 4 de julio de 2006, caso Ximenes Lopes vs. Brasil, párr. 55; de 1º de julio de 2006, caso de las masacres de Ituango vs. Colombia, párr. 122) indicó que los documentos de prensa aportados por las partes podrían ser apreciados *“cuando recojan hechos públicos y notorios o declaraciones de funcionarios del Estado, o cuando corroboren aspectos relacionados con el caso”*. Previamente, en la sentencia de 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, había señalado que los recortes de prensa tienen valor probatorio *“en cuanto reproducen textualmente declaraciones públicas, especialmente de altos funcionarios de las Fuerzas Armadas, del Gobierno o de la propia Corte Suprema de Justicia de Honduras, como algunas emanadas del Presidente de esta última; [mientras que] otros tienen importancia en su conjunto en la medida en que corroboran los testimonios recibidos en el proceso respecto de las desapariciones y la atribución de esos hechos a las autoridades militares o policiales de este país”* (párr. 146).

9.2. Para el día de los hechos, no había tropa orgánica de la Primera División en el municipio de Pivijay (original respuesta allegada por el coronel José Domingo Rubio Saavedra, Jefe de Estado mayor de la Primera División, de las Fuerzas Militares de Colombia -f. 63 c. 1-).

9.3. La señora Aura Rosa Fontalvo Montenegro era la compañera permanente de la víctima (original de los testimonios de Luis Francisco Fontalvo Castro, Luis Eduardo Fontalvo Montenegro y Nidia Montenegro, quienes coincidieron en afirmar que el señor Nicolás y la señora Aura tenían estrechas relaciones, que ella era la mujer de él y que de esa unión nació Aura María Polo -f. 76-82 c. 1).

IV. Problema Jurídico

10. La Sala debe determinar si se encuentra probado que miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) hayan en efecto retenido y desaparecido al señor Polo Pertuz con la aquiescencia y colaboración de las fuerzas armadas, como lo suponen los actores.

IV. Análisis de la Sala

11. Son supuestos de la responsabilidad del Estado: el daño, que consiste en la lesión o menoscabo del derecho o situación de la cual es titular un sujeto de derecho y la imputación jurídica del mismo, que consiste en la atribución jurídica del daño, que se funda en la prueba del vínculo existente entre el daño antijurídico y la acción u omisión del ente demandado.

12. En el caso concreto se analiza la responsabilidad de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional por la ocurrencia del asesinato del médico Nicolás María Polo Pertuz a manos de las Autodefensas Unidas de Colombia.

13. El **daño** se encuentra debidamente acreditado ya que el mismo consistió en la forma violenta en que hombres armados ingresaron en el domicilio de los demandantes, retuvieron al señor Polo Pertuz, lo

condujeron en una camioneta roja marca Toyota y procedieron a asesinarlo en la vía que de Pivijay conduce a Fundación, como se demuestra a continuación.

13.1. En el testimonio de Luis Francisco Fontalvo Castro, padre de la actora Aura Rosa Fontalvo, recepcionado ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal por comisión del *a quo* señaló (f. 76 c. 1):

...como a las 12:30 de la noche sentimos cuando reventaron la puerta de entrada a la casa. Yo salí a ver cuando unos hombres me empujaron y me llevaron al corredor de la casa, y nos tuvieron allá afuera. De ahí le reventaron la puerta de la habitación del Dr. Polo, sentíamos nada más los gritos, y se lo llevaron. No podíamos mirar porque había tres cuidándonos. Aura fue la única que salió y vio cuando lo embarcaron porque iba pegada a la cintura de él ... sí es cierto que fue sacado por un grupo de hombres armados pero no nos dejaron ver nada porque nos tenían apartados en un corredor de la casa. Después fue que mi hija Aura nos comentó porque ella sí vio la camioneta... se lo llevaron para la vía que de Pivijay conduce a Fundación, ya que para esa vía cerquita de la feria apareció muerto el día siguiente y el Ejército se encontraba en la feria.

13.2. En el mismo sentido declaró Nidia Esther Montenegro, madre de Aura Rosa Fontalvo (f. 81-82 c. 1):

El día 29 de mayo como a las 12.30 de la noche lo sacaron de la casa un grupo armado y se lo llevaron a la fuerza. Nosotros nos encontrábamos durmiendo cuando sentimos un golpe en la puerta. Nos levantamos y vimos la puerta de la entrada a la casa en el suelo y ahí nos cogieron y nos llevaron para el corredor. De ahí mi hijos Luis Fontalvo vino a la Policía a pegar (sic) el denuncia. Al día siguiente en la mañana lo encontraron muerto en la carretera que de Pivijay conduce a Fundación.

13.3. Finalmente, Luis Eduardo Fontalvo Montenegro, hermano de la actora, dijo (78-80 c. 1):

El día 29 de mayo como a las 12.00 de la noche del año 1997, yo me encontraba durmiendo en la residencia ubicada en la carrera 6 No. 12-39 de esta población donde convivía el doctor Nicolás María Polo Pertuz y Aura Rosa Fontalvo Montenegro, quien es mi hermana. Están también mi papá Luis Fontalvo Castro y Nidia Montenegro Toscano. Reventaron la puerta de entrada de la casa cuando siento el golpe de la puerta que cae. Salí y me encandilaron con una lámpara y me encañonaron y me dijeron que me tirara al piso. Había más de 10 personas en la casa. Sacaron a mi mamá y a mi papá del cuarto donde estaban. Reventaron la puerta de la pieza donde él estaba durmiendo.

De ahí lo cogieron. Él pedía auxilio para que no se lo llevaran. Le gritaban vulgaridades. Lo golpearon y todo y mi hermana les decía que no se lo llevaran y lo tenía agarrado. Los tipos le dijeron que si no lo soltaba también la mataban a ella. De allí se lo llevaron en un carro...

14. En cuanto a la **imputación** del daño, hay que establecer si la retención y homicidio del señor Polo Pertuz son atribuibles a las fuerzas armadas.

15. Se revisará primero si se encontraban presentes miembros del Ejército para el día de los hechos en el municipio de Pivijay-Magdalena.

15.1. De acuerdo con la parte actora, la falla del servicio se materializó en la cooperación que prestaron las fuerzas armadas a los integrantes de las autodefensas al omitir adelantar las medidas de seguridad que les imponía requisar el vehículo estacionado. Ante estas alegaciones, la parte demandada allegó un oficio que señala que para la fecha de los hechos no había tropa orgánica de la Primera División en el municipio de Pivijay (párr. 9.2.), documento en el que ha fundamentado su principal pretensión sobre la ausencia de fuerzas militares en la población para la noche del homicidio, evento que a su juicio hace imposible establecer contacto alguno entre los hombres armados y la fuerza pública.

15.2. Los testigos presenciales del secuestro del señor Polo Pertuz, la madre, el padre y el hermano de la señora Aura Rosa Fontalvo, quienes vivían bajo el mismo techo que la pareja, fueron contestes en manifestar que miembros del Ejército se hallaban en el municipio el día de los hechos. Antes de transcribir sus declaraciones, vale la pena aclarar que la Sala encuentra que sus afirmaciones merecen toda la credibilidad del caso y no se encuentran afectados bajo la categoría de testigos sospechosos¹³ toda vez que no son familiares del señor Nicolás Mariano Polo Pertuz y no actuaron como parte en el proceso de la referencia.

¹³ C.P.C. “Artículo 217. Testigos sospechosos. Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.”

15.3. Luis Eduardo Fontalvo Montenegro, hermano de Aura Rosa Fontalvo, señaló (f. 78 c. 1): “...enseguida salí a avisarle a la policía. Ese día se encontraba el Ejército en la salida de Fundación..”. Nidia Esther Montenegro de Fontalvo, madre de la actora, respondió (f. 81 c. 1): “Si es cierto, porque ese día el Ejército estaba pidiendo papeles en la población...” El señor Luis Francisco Fontalvo Castro, padre de la actora manifestó (f. 77 c.1): “... y el ejército se encontraba en la feria.”

15.4. Ahora, si bien obra dentro del expediente un oficio suscrito por el coronel José Domingo Rubio Saavedra, Jefe de Estado Mayor de la Primera División de las Fuerzas Militares, se señala que para el día de los hechos no había tropa orgánica de la Primera División en el municipio de Pivijay (párr. 9.2.), la Sala considera que ello por sí solo no desvirtúa lo dicho tan clara y espontáneamente por los testigos pues es posible que los militares que permanecieron en el retén militar en la madrugada del 29 de mayo de 1997 en el municipio de Pivijay, pertenecieran a una unidad ajena a la primera división.

16. A continuación se revisará si se encuentra acreditado que las autoridades militares acantonadas en las instalaciones de la feria omitieron requisar el vehículo en donde se transportaba al médico Polo Pertuz como un acto de complicidad con las intenciones criminales que los segundos tenían para con el profesional de la salud.

16.1. Los testimonios recibidos en el proceso contencioso no arrojan elementos suficientes para establecer que en efecto los hombres armados que manejaban la camioneta en la que fue transportado el médico raptado se hayan detenido en las instalaciones de la feria donde permanecían miembros del Ejército y se hubieren bajado del vehículo sin que este hubiese sido requisado por la fuerza pública.

16.2. Luis Eduardo Fontalvo Montenegro manifestó que según terceras personas la camioneta en la que movilizaron al médico Polo Pertuz era nueva en el pueblo: “... pero después me enteré por mi hermana quien alcanzó a ver el carro que era una camioneta Toyota. Después según

versiones de la gente, dicen que esa camioneta se encontraba hacía 3 días en el pueblo.”

16.3. También señaló que con ocasión de lo sucedido en su casa, llamó a la policía y esta llamó al puesto del Ejército por solicitud suya para preguntar sobre la camioneta roja donde se encontraba retenido el señor Polo Pertuz (f. 78 y 80 c. 1):

...“...enseguida salí a avisarle a la policía. Ese día se encontraba el Ejército en la salida de Fundación. enseguida salí a avisarle a la policía. Ese día se encontraba el Ejército en la salida de Fundación. Cuando vine a avisar el comandante dijo que iba a llamar al puesto donde estaba el ejército y según él llamó y contestaron que no había pasado carro para allá. Como a las 9 de la mañana del día siguiente lo encontraron muerto en la vía de Pivijay dondecude (sic) Fundación...

16.4. Agregó que según versiones de pobladores los hombres armados pararon en la estación del Ejército (f. 79 c. 1):

Sí, es cierto que lo pasaron para la vía de fundación y el ejército se encontraba en la feria y dejó pasar el carro, tanto es así que al día siguiente del entierro el ejército tenía rodeada la plaza de ese pueblo. Pregunta. Sírvase decir si es cierto o no que de la camioneta donde se llevaba al doctor Polo se bajaron dos hombres y entraron a las instalaciones de la feria donde se encontraba acantonado el ejército durando en ella 5 minutos y luego prosiguieron el viaje, para asesinarlo más adelante. Contestó. Según versiones de algunas personas que vieron eso dicen que ellos pararon ahí.

16.5. Frente a la misma pregunta, Nidia Esther Montenegro de Fontalvo, madre de la actora, respondió (f. 81 c. 1): *“Si es cierto, porque ese día el Ejército estaba pidiendo papeles en la población pero no sé si ellos llegaron allá y si se bajaron. Pero lo cierto es que el Dr. Polo apareció muerto en la carretera que de Pivijay conduce a Fundación.”*

16.6. Luis Francisco Fontalvo Castro, padre de la actora Aura Rosa Fontalvo, dijo que el médico había sido encontrado sin vida en la feria, y que allá se encontraba acantonado el Ejército (f. 76 c. 1): *... se lo llevaron para la vía que de Pivijay conduce a Fundación, ya que para esa vía cerquita de la feria apareció muerto el día siguiente y el Ejército se encontraba en la feria.”*

16.7. Luis Francisco Fontalvo Castro y Nidia Esther Montenegro de Fontalvo buscan inferir la vinculación de las fuerzas militares con los hechos porque ese día sus miembros estaban “*pidiendo papeles*” a los pobladores y porque el señor Polo Pertuz fue hallado sin vida en un lugar cercano al retén militar, eventos que no dan la suficiente certeza de su participación en los hechos. El único en señalar con claridad que los secuestradores de la víctima mortal se detuvieron en el retén militar y se bajaron en el mismo por un espacio de 5 minutos es Luis Eduardo Fontalvo Montenegro. No obstante, frente a este hecho se trata de un testigo de referencia que no ofrece a la Sala suficiente credibilidad para considerar como ciertas sus afirmaciones.

16.8. Si bien el testimonio de oídas constituye un medio de prueba que no es susceptible de ser automáticamente desestimado por el juez, su valoración sí demanda estándares más rigurosos que los aplicados a los testimonios directos o presenciales¹⁴. Esto, por cuanto la versión que rinde el declarante no fue percibida directamente a través de sus sentidos, sino mediante los de terceras personas, quienes en realidad son los que introducen a través de los testigos sus versiones.

16.9. La Sección Tercera del Consejo de Estado ha desarrollado cuatro criterios que le permitirán al juez ponderar el valor probatorio de este tipo de testigos:

...i).- las calidades y condiciones del testigo de oídas; ii).- las circunstancias en las cuales el propio testigo de oídas hubiere tenido conocimiento, indirecto o por referencia, de los hechos a los cuales se refiere su versión; iii).- la identificación plena y precisa de la(s) persona(s) que, en calidad de fuente, hubiere(n) transmitido al testigo de oídas la ocurrencia de los hechos sobre los cuales versa su declaración, para evitar así que un verdadero testimonio pueda confundirse con un rumor, en cuanto proviniera de fuentes anónimas o

¹⁴ Sobre la valoración de los testimonios de oídas, ver Consejo de Estado, Sección Tercera: sentencia del 7 de marzo de 2007, rad. n° 23001-23-31-000-2000-08145-01(16341), C.P. Enrique Gil Botero; sentencia del 28 de abril de 2010, rad. n° 25000-23-26-000-1995-00902-01(18646), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Sobre la evolución del tema en la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil: sentencias de febrero 12 de 1980, MP. José María Esguerra Samper y de junio 23 de 2005, rad. 0143, MP. Edgardo Villamil Portilla.

Sobre la evolución del tema en la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: sentencias de octubre 18 de 1995, rad. 9226. MP. Nilson Pinilla Pinilla; de marzo 30 de 2006, rad. 24468, MP. Édgar Lombana Trujillo; de febrero 21 de 2007, rad. 25920, MP. Javier Zapata Ortiz y de noviembre 8 de 2007, rad. 26411, MP. Alfredo Gómez Quintero.

indeterminadas; iv).- la determinación acerca de la clase de testimonio de oídas de que se trata, puesto que estará llamado a brindar mayor confiabilidad el testimonio de oídas de primer grado que aquel que corresponda al grado sucesivo por ser el resultado de haber escuchado a otro relatar unos hechos de los cuales dicho tercero tuvo conocimiento por el relato que, a su turno, recibió de otra persona y así sucesivamente¹⁵.

17. Aplicando estos criterios al caso concreto, no es clara la identificación plena y precisa de la(s) persona(s) que, en calidad de fuente, hubiere(n) transmitido al testigo de oídas la ocurrencia de los hechos (criterio iii): “Según versiones de algunas personas que vieron eso dicen que ellos pararon ahí” (párr. 17.5.).

17.1. Lo anterior impide que esta Sala pueda darle valor probatorio a la declaración rendida por el señor Luis Eduardo Fontalvo, al menos frente a aquellos aspectos en los que actúa como testigo de oídas, esto es, la afirmación según la cual los hombres armados pararon en la estación militar, en donde ingresaron durante 5 minutos antes de seguir su camino y asesinar a quien tenían secuestrado dentro de la camioneta. Además, su afirmación no se encuentra apoyada en ningún otro medio probatorio que permita ofrecer a la Sala mayor confianza sobre lo declarado por esos pobladores de Pivijay.

17.2. La parte actora allegó unos artículos de prensa con la intención de que fuera revisado el contexto sobre la presencia paramilitar y los actos cometidos por estos contra la población civil para la época de los hechos. Esta Sala ha acudido en ocasiones anteriores a revisar este aspecto como un hecho indiciario en la comprobación de la responsabilidad del Estado¹⁶.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, rad. n.º 20001-23-31-000-1998-04127-01(17629), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de febrero de 2012, rad. 05001-23-25-000-1996-00286-01 (21521), C.P. Ruth Stella Correa Palacio y sentencia del 3 de diciembre de 2012, exp. n.º.27976, rad. n.º 13001-23-31-000-1996-10661-01, C.P. Danilo Rojas Betancourth. En el primer caso, la Sala condenó al Ministerio de Defensa-Policía Nacional por la muerte de dos civiles ocurrida en la noche del 4 de marzo de 1994, en área rural del municipio de Yarumal, Antioquia, la cual fue perpetrada por miembros de dicha institución, en ejercicio de sus funciones y en asocio con un grupo de limpieza social que operaba en la zona. En el segundo se condenó a la Nación-Departamento Administrativo de Seguridad DAS por la muerte de Alberto Bravo Lara, quien desarrollaba actividades dirigenciales a favor de campesinos que ocuparon terrenos baldíos ubicados en el corregimiento de Sitio Nuevo en Magangué, Bolívar, quien fue asesinado por desconocidos el 28 de febrero de 1994, a pesar de haber solicitado protección al Estado.

Si bien es cierto que la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas¹⁷ documentó numerosos casos en Colombia en que se ha demostrado la vinculación entre servidores públicos y los grupos paramilitares, así como actitudes omisivas por parte de integrantes de la fuerza pública respecto de las acciones de dichos grupos para el año 1997, no se encuentra una referencia directa al municipio de Pivijay-Magdalena que le permitiera a esta Sala contar con elementos de contexto y de público conocimiento sobre las actuaciones de grupos armados ilegales en dicho lugar. Tampoco son idóneos los artículos de prensa allegados por la parte actora, por cuanto los mismos tratan sobre las investigaciones abiertas contra altos jefes del Ejército Nacional como Jaime Humberto Uscátegui y Rito Alejo del Río por patrocinador grupos paramilitares en Urabá y Santander y el coronel Lino Sánchez Prada por la masacre en Mapiripán-Meta.

17.3. De acuerdo con lo anterior, si bien quedó demostrada la existencia de un retén militar en las instalaciones de la feria en el municipio de Pivijay, no quedó acreditado que los hombres armados que secuestraron al señor Nicolás Polo Pertuz hayan actuado con el conocimiento, tolerancia, cooperación o aquiescencia de los militares ubicados en dicho comando.

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Magdalena del 27 de junio de 2003, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

¹⁷ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia en el año 1997, E/CN.4/1998/16, 9 de marzo de 1998, párrs. 29 y 91; Cuarto Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia, 1997, págs. 59 y 60, citado en el Informe de la Alta Comisionada, *citado en* CIDH, caso masacre de Mapiripán vs. Colombia, sentencia del 15 de septiembre de 2005.

SEGUNDO. Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de primera instancia para lo de su cargo.

CUARTO. De conformidad con la parte motiva, se ordena desagregar los folios 13-88 del cuaderno 2 pertenecientes a otro proceso y enviarlos al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para su archivo en el expediente correspondiente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DANILO ROJAS BETANCOURTH
PRESIDENTE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO