

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
Sala de Decisión No. 2

Tunja, 11 MAR 2020

Medio de Control : **Reparación directa**
Demandante : **Graciela Durán Durán y Otros**
Demandado : **Ministerio de Defensa - Ejército Nacional**
Expediente : **152383333001-2014-00136-01**

Magistrado Ponente: Luis Ernesto Arciniegas Triana

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad demandada contra la sentencia de primera instancia proferida el 20 de junio de 2017 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.-DE LA DEMANDA

En ejercicio del medio de control de reparación directa, los señores Graciela Durán Durán, Danubio Alexander Durán Cucunubá y Martiniano Durán Cubaque, quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hija Gloria Elena Durán Durán, a través de apoderado judicial, solicitaron se declare que el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional es civil y administrativamente responsable por los daños y perjuicios de orden material y moral que les fueron ocasionados.

Como consecuencia de la anterior declaración pidieron se condene a la entidad demandada a que les reconozca y pague perjuicios morales en la suma equivalente a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 152383333001-2014-00136-01

2

Asimismo suplicaron que se decrete en virtud del principio de reparación integral las siguientes medidas de justicia restaurativa: que el Presidente de la República, el Ministro de Defensa, el Comandante de la Primera Brigada del Ejército Nacional y el Comandante del Batallón de Artillería Tarquí de Sogamoso, previo acuerdo con las víctimas, en un acto público en el municipio de Socotá - Vereda Los Pinos ofrezcan excusas a la familia de Yesith Durán Cucunuba (q.e.p.d.) dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de esta providencia; De igual forma que el Ejército Nacional cree y mantenga habilitado por el término de seis (6) meses un link visible en su página web principal, en el que se pueda acceder al contenido digital de esta providencia, a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de su ejecutoria; Que en la Primera Brigada del Ejército con sede en la ciudad de Tunja - Boyacá, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo se diseñe e imparta una cátedra sobre la protección y garantía de los derechos humanos, y los parámetros fijados por organismos internacionales en relación con el uso de la fuerza pública, así como la censura a ejecuciones arbitrarias, sumarias o extrajudiciales por parte de militares en servicio activo, a la cual debe ponerse el nombre de Yesith Durán Cucunuba, y la cual será dictada a todo el personal que se encuentre asignada a esa instalación militar.

Por último solicitaron se condene en costas al Ministerio de Defensa - Ejército Nacional al tenor de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

2.-FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Narra la demanda que el 16 de marzo de 2007 el joven Yesith Durán Cucunuba, quien padecía de discapacidad cognoscitiva, fue asesinado en el Sector Romaza, Vereda Peña Negra del municipio de Socotá, mediante cuatro disparos de arma de fuego tipo fusil, por miembros del Ejército Nacional.

Señala además que dicho acto fue presentado como resultado operacional en un combate con la guerrilla atribuyéndole al joven ser miembro activo del grupo José David Suárez del ELN, para lo cual escenificaron un supuesto combate, hallándose junto al cuerpo del occiso una pistola calibre 7.65 mm, marca Browin, serie 273006,

Medio de Control : **Reparación directa** 3
Demandante : **Graciela Durán Durán y Otros**
Demandado : **Ministerio de Defensa - Ejército Nacional**
Expediente : **15238333001-2014-00136-01**

semiautomática, con su respectivo proveedor de 7 cartuchos y un radio de comunicaciones color verde.

Asimismo indica que el 21 de febrero de 2013 por solicitud de la Fiscalía Cuarta Especializada de Santa Rosa de Viterbo, el Juzgado Segundo Penal Municipal en función de garantías de Sogamoso, por esos hechos le comunicó al señor José Alirio Barinas Merchán la imputación en su contra dentro de la investigación penal radicada bajo el número 157596000223200702274.

Que según los hechos probados y lo aceptado por el soldado profesional José Alirio Barinas Merchán, miembro del pelotón B, adscrito al Batallón Tarqui de Sogamoso, fue quien mediante cuatro disparos de arma de fuego tipo fusil dio muerte al señor Yesith Durán Cucunubá, escenificando un supuesto combate, según lo establecido en la investigación penal y lo consignado en el acta de acuerdo celebrada el 8 de marzo de 2013, código FGN-50000-F-27 ante la Fiscalía Cuarta Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Santa Rosa de Viterbo.

Señala de igual forma que el 28 de mayo de 2013 el Juzgado Especializado de Santa Rosa de Viterbo profirió sentencia condenatoria en contra del soldado profesional José Alirio Barinas Merchán, teniendo en cuenta el escrito de preacuerdo presentado por el Fiscal Especializado de Santa Rosa de Viterbo, en la que se le impuso una condena de 300 meses de prisión y multa de 1800.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes; que sobre esos mismos hechos cursa en el mismo juzgado un proceso penal en contra del subteniente Sivers Yesid Acuña Gutiérrez y los cabos Pedro Sarmiento Cavidas y Wilson Rueda Hernández, y trece soldados más.

Relata de igual manera que el joven Yesith Durán Cucunubá en vida padecía de discapacidad cognoscitiva y vivía en su humilde casa junto con su padre Martiniano Durán Cubaque y con sus hermanos Graciela Durán Durán, Danubio Alexander Durán Cucunubá y Gloria Helena Durán Duran.

Precisa además que los señores Graciela Durán Durán y Danubio Alexander Durán Cucunubá ejercían el rol de padres frente al joven Yesith Durán Cucunubá, como

Medio de Control : Reparación directa 4
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 15238333001-2014-00136-01

quiera que su señora madre había fallecido y su padre se encontraba en la más absoluta miseria, desprotegidos por el mismo Estado.

II. TRAMITE PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue radicada el 7 de mayo de 2014 y admitida mediante auto de 14 de agosto siguiente (fls. 94 y 95 vto.), a través del cual se ordenó notificar a la entidad demandada, así como al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

El Ministerio de Defensa - Ejército Nacional presentó escrito de contestación (fls. 124 a 132, en el cual se opuso a las pretensiones de la demanda.

Propuso como excepciones las denominadas “Inepta demanda por indebido agotamiento de la vía gubernativa”, “Culpa exclusiva y determinante del agente estatal y de los familiares de la víctima”, “Inexistencia de la obligación” y “Pago de la obligación en el proceso penal”.

Asimismo planteó la denominada excepción de falta de legitimación por activa respecto de uno de los demandante, la cual fundamentó en el hecho de que el señor Martiniano Durán Cubaque no acreditó su condición de padre del fallecido; que sin la prueba idónea para demostrar la relación de parentesco, como lo es en exclusividad el Registro Civil de Nacimiento, no puede reconocerse tal calidad en este proceso.

De otra parte la entidad demandada mediante escrito radicado el 20 de noviembre de 2014 formuló solicitud de llamamiento en garantía respecto de los señores José Alirio Barinas Merchán, Sivers Yesid Acuña Gutiérrez, Pedro Sarmiento Cavidas y Wilsón Rueda Hernández (fls. 133 a 136), petición que fue resuelta por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama mediante proveído de 24 de marzo de 2015 (fls. 192 a 193), en el cual se aceptó.

Medio de Control : **Reparación directa**
Demandante : **Graciela Durán Durán y Otros**
Demandado : **Ministerio de Defensa - Ejército Nacional**
Expediente : **152383333001-2014-00136-01**

5

Debe advertirse que aun cuando cada uno de los llamados en garantía presentaron escrito de contestación a través de su curador ad litem, lo hicieron de forma extemporánea; así se acredita en auto de 5 de agosto de 2016 proferido por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama (fls. 232 y 232 vto.)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en sentencia de 20 de junio de 2017, declaró probada la excepción de “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA EN EL SEÑOR MARTINIANO DURÁN CUBAQUE” propuesta por la entidad demandada y accedió a las demás pretensiones de la demanda.

El problema jurídico planteado por el a quo se contrajo a establecer si en el presente caso se reúnen los presupuestos para declarar la responsabilidad estatal en cabeza del Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, y si los demandantes tienen derecho a la indemnización de perjuicios reclamados y a las medidas adicionales de reparación integral solicitadas.

Previo a resolver el caso concreto el juzgador hizo mención a los llamados en garantía, advirtiendo que como la apoderada de la entidad demandada excepcionó la culpa exclusiva y determinante del agente estatal y de los familiares de la víctima, no había lugar a llamar al proceso a los señores José Alirio Barinas Merchán, Sivers Yesid Acuña Gutiérrez, Pedro Sarmiento Cavidas y Wilsón Rueda Hernández, en virtud de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 19 de la Ley 678 de 2001, que establece que “(...) La entidad pública no podrá llamar en garantía al agente si dentro de la contestación de la demanda propuso excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor”, de ahí que ese despacho se abstuvo de estudiar una posible responsabilidad en su contra.

Dicho lo anterior precisó, que lo que se pretende es que se declare la responsabilidad del Ejército Nacional por el crimen del señor Yesith Durán Cucunubá, el cual se enmarca dentro del fenómeno conocido comúnmente como “falso positivo”, pero

Medio de Control : **Reparación directa**
Demandante : **Graciela Durán Durán y Otros**
Demandado : **Ministerio de Defensa - Ejército Nacional**
Expediente : **152383333001-2014-00136-01**

6

que desde el punto de vista jurídico corresponde con lo que técnicamente se designa como ejecución extrajudicial u homicidio en persona protegida, punible que fue perpetrado con la participación de miembros del Ejército Nacional, entre los cuales se encontraba el soldado José Alirio Barinas Merchán.

Señaló que el material probatorio recaudado en la investigación penal y el fallo de primera instancia permitieron establecer la autoría del señor José Alirio Barinas Merchán en el homicidio del señor Yesith Durán Cucunubá; dijo además que el acta de preacuerdo suscrito por aquel con la Fiscal Cuarta Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Santa Rosa de Viterbo condujo a que el Juzgado único Penal del Circuito Especializado de Santa Rosa de Viterbo mediante providencia del 28 de mayo de 2013 lo condenara como coautor de los delitos de homicidio en persona protegida, secuestro simple agravado y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas militares, y como autor del delito de concierto para delinquir, así como los demás elementos de prueba tales como como la declaración rendida por el Sargento Rosemberth Escobar Agredo, que permitió inferir la forma como los miembros del Ejército Nacional buscaban simular enfrentamientos entre tropas de dicha entidad y supuestos subversivos guerrilleros para después reportarlos como baja, y el mismo interrogatorio rendido por el señor Barinas Merchán en el trámite del proceso penal donde nuevamente aceptó los cargos que le habían sido imputados; aseguró asimismo que sobre los mismos hechos se adelantó un proceso penal en el que resultó condenado también el señor Sivers Yesid Acuña Gutiérrez.

Advirtió que aun cuando en el expediente obra únicamente la sentencia condenatoria en contra del señor José Alirio Barinas Merchán, lo cierto es que no actuó solo, por el contrario fueron varios miembros del Ejército Nacional los que perpetraron los falsos combates que conllevaron entre otros delitos al homicidio del señor Yesith Durán Cucunubá, razón por la cual el a quo declaró la responsabilidad de la entidad demandada al establecer que las personas involucradas en la comisión del delito eran miembros de la corporación militar.

Lo anterior llevó a ese despacho a acreditar el nexo causal entre el daño y la participación de los miembros activos del Ejército Nacional, así como también la

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 152383333001-2014-00136-01

7

omisión por parte de dicha entidad en el control de las actividades adelantadas por estos; precisó de igual manera que en el presente caso efectivamente se vulneraron los derechos constitucionales de seguridad y protección, actuación que es imputable al Estado, por cuanto es quien se encuentra en posición de garante frente a los ciudadanos.

Seguidamente declaró no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada y que denominó “culpa exclusiva y determinante del agente estatal” e “inexistencia de la obligación”, debido a que dicha entidad no ejecutó su deber de intervención y control; que el juicio de reproche arroja que el Estado es responsable por los daños que se causaron con ocasión de la muerte del señor Yesith Durán Cucunubá.

Asimismo dijo el a quo que la excepción denominada culpa de los familiares de la víctima, fundamentada en la falta de cuidado del señor Yesith Durán Cucunubá por parte de su grupo familiar, no tiene vocación de prosperidad, en razón a que la entidad demandada no puede pretender trasladar la culpa de fallas cometidas por sus agentes a los demás; que se encuentra más que probado que no existió un enfrentamiento militar, que fueron los miembros del Ejército Nacional quienes deliberada y premeditadamente dieron muerte al señor Durán Cucunubá, para hacerlo pasar como una baja en combate y obtener beneficios del servicio para sí.

El juez de instancia encontró pertinente declarar la responsabilidad del Ejército Nacional de la muerte del señor Yesith Durán Cucunubá, ocurrida en el sector Romaza Vereda Peña Negra del municipio de Socotá, donde como se demostró existió participación de su personal entre otros, del soldado José Alirio Barinas Merchán.

IV. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la entidad demandada presentó recurso de apelación, con fundamento en lo siguiente:

Medio de Control : **Reparación directa**
Demandante : **Graciela Durán Durán y Otros**
Demandado : **Ministerio de Defensa - Ejército Nacional**
Expediente : **152383333001-2014-00136-01**

8

Que resulta reprochable el actuar a modo propio de los agentes del Estado que estuvieron involucrados en la muerte del señor Yesith Durán Cucunubá, sin embargo en este proceso se presentan circunstancias especiales que se pasan por alto, por ejemplo en la sentencia penal y cuya transcripción hizo el juez de primera instancia, se colige que el actuar criminal del condenado estaba direccionado a producir resultados valiéndose de personas que debido a su condición de vulnerabilidad y abandono nadie las podía reclamar; que resulta cuestionable, pero en un Estado Social de Derecho todos tienen unos roles y obligaciones, para el caso de los familiares de la víctima, hoy demandantes, tenían el deber de proteger al señor Yesith Durán Cucunubá, quien como se evidencia en el expediente era una persona que demandaba el cuidado y atención constante, debido a su condición de discapacidad; que en el proceso no hay una sola evidencia de la cual se pueda inferir el cumplimiento de tales deberes, circunstancia que también se debe manifestar, lo cual en últimas si genera una compensación de culpas.

Que llama la atención que existiendo fuerte evidencia que ilumina que la culpa fue exclusivamente de los agentes del Estado, se obvие y de manera inexplicable se decida no pronunciarse sobre los llamados en garantía, bajo el argumento de haber propuesto el eximente de culpa exclusiva de los familiares y de los agentes del Estado.

Asegura el recurrente que en el proceso se tiene plenamente acreditado lo siguiente:

- ✓ Que efectivamente existió un daño, la muerte del señor Yesith Durán Cucunubá.
- ✓ Que el origen del daño provino exclusivamente del actuar delictivo de uno o varios agentes, quienes a modo propio decidieron proceder en contravía de las directrices fijadas por la entidad demandada.
- ✓ Que el Estado confió en que sus funcionarios cumplían sus deberes conforme a la Constitución, la ley, y los reglamentos que rigen la actividad militar.
- ✓ Que la víctima se trataba de una persona en estado de indefensión.

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 152383333001-2014-00136-01

9

- ✓ Que los familiares de la víctima no cumplieron con sus deberes de protección y cuidado de la persona que se encontraba en estado de indefensión, hecho este que permitió que el actuar delictivo a modo propio de los procesados penalmente y quienes valiéndose de su investidura militar lograran su propósito delictivo.
- ✓ Que en el proceso se llamaron en garantía a los procesados penalmente, quienes fueron emplazados y se les designó curador ad-litem, se les citó a audiencia inicial y finalmente al igual que a todos los sujetos procesales se les corrió traslado para presentar alegatos de primera instancia, sin que se advirtiera irregularidad alguna, inclusive ni siquiera del Ministerio Público, autoridad garante de los derechos de las partes.
- ✓ Que no puede aceptarse la decisión del a quo, dado que el operador judicial debe ante todo garantizar los derechos tanto del demandante como del demandado, y a través de las instituciones jurídicas procesales encontrar la solución que permita garantizar los derechos de unos y otros.
- ✓ Que la entidad demandada rechaza todos los actos arbitrarios que cometen sus funcionarios a modo propio y que no corresponden a los fines y propósitos constitucionales y legales para los cuales han sido instituidos, en este caso las Fuerzas Militares, pero tampoco se puede pasar por alto por qué se logra que los propósitos criminales tengan resultado y desde luego para el caso en particular fue la falta de protección que como garantes tenían los familiares del señor Yesith Durán Cucunubá, aspecto que direcciona a una posible compensación de responsabilidades.

Solicita por último, se revoque la sentencia de primera instancia.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Impugnado el fallo de primera instancia y repartido a este despacho, por auto de 8 de septiembre de 2017 (fls. 426 y 427) se resolvió **admitir** en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

Medio de Control : Reparación directa 10
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 152383333001-2014-00136-01

Así mismo, mediante proveído del 2 de febrero de 2018 (fls. 432 y 432 vto.), se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de ahí que se ordenó a las partes la presentación de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes a la notificación de ese auto.

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones contra las sentencias dictadas por los jueces administrativos.

2. Principio de la non reformatio in pejus

Antes de entrar a resolver el fondo del asunto, debe precisarse que en aplicación del principio de la non reformatio in pejus, **el estudio que se realizará se circunscribe a los argumentos de la apelación.**

El artículo 328 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, prevé al respecto:

“El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

(...)” Resaltado fuera de texto

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 15238333001-2014-00136-01

11

En atención a la posición actual de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹, mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra la decisión judicial y el juez de segunda instancia no puede empeorar, agravar o desmejorar la situación que en relación con el litigio le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia. En palabras del Alto Tribunal, la competencia del superior está limitada por los cargos planteados en la apelación y por “las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia² de la sentencia como el principio dispositivo³, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”⁴ 5. Subrayado fuera de texto

3. Planteamiento de los problemas jurídicos a resolver

Corresponde a la Sala determinar si la entidad demandada es responsable por los daños causados a los demandantes con ocasión de la muerte del señor Yesith Durán Cucunubá, la cual fue propiciada por algunos integrantes del Ejército Nacional, o si

¹ Sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, expediente: 21060.

² En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrado Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó: “De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recorridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.

³ Dicho principio ha sido definido por la doctrina como: “La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin”. O como dice COUTURE, **es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso**”. “Son características de esta regla las siguientes: “(...). **El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado**” (negrillas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

⁴ Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

⁵ Puede verse sentencia de 9 de junio de 2010, expediente: 17605 y 9 de febrero de 2012, expediente: 21060.

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 15238333001-2014-00136-01

12

por el contrario tal como lo indica la recurrente no debe condenarse, teniendo en cuenta que el origen del daño provino del actuar delictivo de varios agentes, quienes a mutuo propio decidieron proceder en contravía de las directrices fijadas por la fuerza militar a la que pertenecían.

Asimismo se debe establecer si la entidad pública podía llamar en garantía a los agentes José Alirio Barinas Merchán, Sivers Yesid Acuña Gutiérrez, Pedro Sarmiento Cavidas y Wilsón Rueda Hernández, aún cuando en el escrito de contestación esta propuso la excepción de “CULPA EXCLUSIVA Y DETERMINANTE DEL AGENTE ESTATAL Y DE LOS FAMILIARES DE LA VÍCTIMA”.

De igual forma se debe determinar si tal como lo estableció la recurrente, en el sub examine se presentó una concurrencia de culpas por la falta de protección que como garantes tenían los familiares del señor Yesith Durán Cucunubá (q.e.p.d.), quienes eran conscientes de que se trataba de una persona en estado de indefensión, hecho este que permitió que los miembros del Ejército Nacional lograran su propósito delictivo.

4. De la validez de los medios de prueba

En relación con las pruebas obrantes en el presente asunto, cabe señalar lo siguiente:

Los documentos aportados en copia simple serán valorados de acuerdo con el criterio establecido por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶ que informa que cuando las reproducciones informales de documentos han obrado en el plenario a lo largo del proceso y han sido susceptibles de contradicción por las partes sin que éstas las tacharan de falsas, pueden ser valorados y son idóneos para determinar la convicción del juez frente a los hechos materia de litigio, pues de lo contrario se desconocerían el principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, lo que a su vez iría en contra de las nuevas tendencias del derecho procesal.

⁶ Se remite al siguiente pronunciamiento que permite evidenciar la evolución de la jurisprudencia en este sentido: Consejo de Estado, sentencia de septiembre 11 de 2013, rad. 20601, Sala Plena de la Sección Tercera, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 15238333001-2014-00136-01

13

En efecto, quedó establecido en el pronunciamiento de unificación referido que, cuando se dirige la acción contra una entidad que ejerce la representación de la Nación como persona jurídica demandada y contra ella se hacen valer pruebas testimoniales que han sido practicadas por otra entidad donde igualmente es parte la Nación, estas quedan válidamente incorporadas al proceso y debe dárseles pleno valor si no son controvertidas o tachadas, por cuanto ha sido la misma persona jurídica demandada quien las recaudó, aunque en una sede procesal diferente, lo que implica que lo fueron con su audiencia y por ende son plenamente admisibles y susceptibles de valoración.⁷

De tal suerte que las pruebas que fueron practicadas dentro de los procesos penales seguidos contra los militares implicados en los hechos de este caso, serán apreciadas sin restricciones por la Sala.

Adviértase que en el evento de que la entidad demandada no hubiera intervenido en la práctica y recaudo de estas pruebas, no existiría ningún impedimento para su valoración, debido a que las mismas estuvieron a su disposición en este proceso, y ya se ha señalado en repetidas oportunidades por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que es contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, pero que en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión.

5. Elementos de la responsabilidad estatal

En principio dirá la Sala que en el presente caso se encuentra más que demostrado el daño invocado por la parte actora, pues se probó en debida forma con el Registro Civil de Defunción No. 05842459⁸ la muerte del señor Yesith Durán Cucunubá, la

⁷ Al respecto, se precisó: “se unifican en el sentido de que cuando la demandada es la Nación, y es una entidad del orden nacional quien recaudó los testimonios con plena observancia del debido proceso, entonces puede afirmarse que la persona contra la que pretenden hacerse valer dichas pruebas, por ser la misma, tuvo audiencia y contradicción sobre ellas. En este caso, se entiende que la Nación es la persona jurídica en cuya cabeza radican las garantías que se pretenden preservar con las previsiones del artículo 229 del Código de Procedimiento Civil y, por lo tanto, también es plausible afirmar que tales prerrogativas no se transgreden cuando se aprecia el testimonio trasladado en las condiciones aludidas”. Consejo de Estado, sentencia de septiembre 11 de 2013, rad. 20601, Sala Plena de la Sección Tercera, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁸ Folio 13

Medio de Control : **Reparación directa**
Demandante : **Graciela Durán Durán y Otros**
Demandado : **Ministerio de Defensa - Ejército Nacional**
Expediente : **152383333001-2014-00136-01**

14

cual ocurrió el día 16 de marzo de 2007 en el sector La Romanza vereda Peña Negra del municipio de Socotá.

Establecida la existencia del daño antijurídico, aborda la Sala el análisis de la imputación, con el fin de determinar si en el caso concreto este es endilgable por acción u omisión a la entidad demandada, para determinar si tiene el deber jurídico de resarcir los perjuicios en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.

En cuanto a la imputación jurídica de aquellos daños causados por el uso de armas de fuego por parte de agentes estatales, se ha entendido en principio, que su sola utilización genera un riesgo de naturaleza excepcional que le impone a la administración, como beneficiaria de la actividad riesgosa, la obligación de resarcir los daños que su materialización determine, lo que permite una imputación bajo un régimen eminentemente objetivo en el que es irrelevante la calificación de la conducta estatal; a efectos de exonerarse de responsabilidad, corresponde a la parte pasiva acreditar la ocurrencia de una de las causales eximentes de responsabilidad establecidas por el ordenamiento jurídico, a saber, el hecho de un tercero, el hecho de la víctima y la fuerza mayor.

En consecuencia, cuando el daño deriva de la materialización del riesgo que deviene del ejercicio de actividades peligrosas, en principio, no es necesario hacer un análisis subjetivo para estructurar el juicio de responsabilidad del Estado, sino determinar si la actividad peligrosa implicó la concreción de una lesión para los bienes, derechos y/o intereses de un sujeto de derechos, de modo tal que la demandada sea la llamada a responder por ellos.

Ello no impide que, acreditada una falla o falta en la prestación del servicio estatal, dicha falencia también pueda constituirse en la razón que permita imputar la responsabilidad desde un ámbito subjetivo, por ejemplo, cuando se demuestre que se empleó la fuerza letal de manera desproporcionada, excesiva o ilegítima, se actuó en contra de los reglamentos de la actividad o se omitió un deber legalmente exigible, entre otros eventos.

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 15238333001-2014-00136-01

15

5.1 Análisis del material probatorio allegado al expediente

Dirá la Sala que en el caso de marras obra acta de preacuerdo adelantada por la Fiscalía Cuarta Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Especializados el 8 de marzo de 2013⁹ dentro del proceso penal 157596000000201300002 tramitado en contra del señor José Alirio Barinas. En dicho escrito se dejaron plasmadas las imputaciones que el fiscal le hizo al investigado, que para el caso en particular fueron las siguientes:

“(…)

6. También se acusa al señor **JOSÉ ALIRIO BARINAS MERCHÁN** que como miembro del Primer Pelotón de la batería B adscrita a la unidad militar batallón Tarqui del Ejército Nacional, con sede en la ciudad de Sogamoso, dio muerte al joven **YESITH DURÁN CUCUNUBÁ** el día viernes dieciséis (16) de marzo de dos mil siete (2007) a eso de las 8:30 de la noche en el sector La Romaza vereda Peña Negra de la comprensión municipal de Socotá, departamento de Boyacá, mediante cuatro disparos de arma de fuego tipo fusil. Grupo o Sección militar en la que fungían como comandantes el Subteniente **SIVERS YESID ACUÑA GUTIÉRREZ** y los cabos **PEDRO JOSÉ SARMIENTO CABIDAS** y **WILSON ALBERTO RUEDA HERNÁNDEZ**, unidad militar de la que también hacían parte 13 soldados más. Muerte del joven **YESITH DURÁN CUCUNUBÁ** que fue presentada por el grupo de militares como el resultado operacional de un combate sostenido con miembros de la guerrilla, atribuyéndole a la víctima la condición de miembro activo del frente José David Suárez del Ejército de Liberación Nacional, para lo cual escenificaron un supuesto combate, hallándose junto al cuerpo del occiso una arma de fuego tipo pistola, calibre 7,65 milímetros, marca Bronwing, número de serie 273006 de funcionamiento semiautomática, con su respectivo proveedor con 7 cartuchos y 1 cartucho más en la recámara 1 vainilla; así como también junto al cuerpo del occiso le fue colocado una radio de comunicaciones marca Icom modelo ICV8 serie 025481 color verde. Igualmente para escenificar el supuesto combate en el que murió el joven **YESITH DURÁN CUCUNUBÁ**, el primer pelotón de la batería B, de la que hacían parte los acusados, suscribieron un informe de gasto de material de guerra de fecha 28 de marzo de 2007 indicando haber usado 350 cartuchos calibre 5,56 milímetros. Así como también informaron a sus superiores haber gastado la cantidad de 120 cartuchos munición calibre 7,62 eslabonada. Muerte del joven **YESITH DURÁN CUCUNUBÁ** que como se dijo fue causada en el sector La Romaza vereda Peña Negra, sitio al que la víctima fue llevada engañada, pues era un espacio geográfico ajeno a su cotidianidad, dado que normalmente los días viernes dicho joven permanecía en el sitio o caserío Los Pinos, lugar este donde efectivamente fue visto por última vez ese día 16 de marzo de 2007 hasta aproximadamente las horas del mediodía, cuando se hallaba hablando en un billar con unos militares que allí se encontraban. Víctima que antes de ser un combatiente involucrado en el conflicto armado interno colombiano, se trataba de un joven ampliamente conocido en el sector Los Pinos del municipio de Socotá, a quien llamaban MASCARITA por su cara grande, hijo de la fallecida señora **TERESA DURÁN CUCUNUBÁ**; que vivía con su hermana **GRACIELA DURÁN DURÁN**; que laboraba para muchos miembros de la comunidad en actividades del campo y haciéndoles mandados; que carecía de compañera sentimental; que había nacido el 9 de diciembre de 1986 y para el momento de su muerte contaba con 20 años de edad; que carecía de cédula de ciudadanía y apenas el 5 de mayo del año 2005, en una jornada

⁹ Folios 21 a 33

Medio de Control : **Reparación directa**
Demandante : **Graciela Durán Durán y Otros**
Demandado : **Ministerio de Defensa - Ejército Nacional**
Expediente : **15238333001-2014-00136-01**

16

cívico militar en el sector donde vivía, pudo adquirir su registro civil de nacimiento por gestión de su hermana GRACIELA DURÁN DURÁN; y que prácticamente carecía de estudios, pues sus problemas de salud mental lo llevaron a la deserción escolar a temprana edad, sin aprender a leer o escribir o a conocer los números; que su discapacidad o problemas de salud mental eran ampliamente conocidos en toda la comunidad donde vivía y que le impedían tener una vida autónoma, independiente o itinerante, pues era característico y evidente en él su falta de voluntad y su retardo mental, al punto que ni siquiera sabía manejar un aparato telefónico celular, ni mucho menos manejar un arma de fuego y menos saber el complejo funcionamiento de una radio de comunicaciones” (fl. 29). Resaltado fuera de texto

Seguidamente en el documento se precisó con claridad el acuerdo al que se llegaron:

“(…) que el señor JOSÉ ALIRIO BARINAS MERCHÁN es coautor del concurso homogéneo de delitos de homicidio en persona protegida, artículo 135 del código penal; coautor del concurso homogéneo de delitos de porte ilegal de armas de defensa personal, artículo 365 del código penal; coautor del concurso homogéneo de delitos de porte ilegal de explosivos y armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, artículo 366 del código penal; y autor del delito de concierto para delinquir para cometer delitos de homicidio, inciso 2º del artículo 340 y 342 del código penal.

3. Que el señor JOSÉ ALIRIO BARINAS MERCHÁN acepta su participación y su responsabilidad por esos hechos y delitos, a título de COAUTOR Y AUTOR, como se señaló en el numeral anterior.

4. Que el señor JOSÉ ALIRIO BARINAS MERCHÁN se sigue comprometiendo a colaborar con la justicia explicando que otras personas están involucradas en esta actividad ilícita, sin que pueda predicar ante la justicia alguna excepción al deber de declarar (...) Además queda debidamente ilustrado que cualquier sustracción al cumplimiento de este compromiso de colaborar con la justicia podrá serle reclamado como un fraude a la administración de justicia.

5. Que las partes pactan que como consecuencia de la aceptación de cargos y conforme con el contenido del artículo 351 del procedimiento penal, que el señor JOSÉ ALIRIO BARINAS MERCHÁN recibirá una rebaja del 50% de la pena que se fije en el marco del presente preacuerdo

6. Que el señor JOSÉ ALIRIO BARINAS MERCHÁN además de comprometerse a colaborar con la justicia en la presente audiencia pide perdón y arrepentimiento frente a las víctimas presentes y frente a los apoderados presentes para que transmitan su arrepentimiento a sus poderdantes. Igualmente se compromete a pedir perdón a las víctimas, cuando ellas concurren a la audiencia de verificación del presente acuerdo y que no pudieron concurrir el día de hoy a pesar de haber sido informadas.

(...)”¹⁰ Resaltado fuera de texto

Además de lo anterior, reposa en el expediente sentencia proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Santa Rosa de Viterbo el 28 de mayo de 2013 (fls. 34 a 80), en la que se resolvió condenar al señor José Alirio Barinas

¹⁰ Folio 32

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 15238333001-2014-00136-01

17

Merchán por los hechos ocurridos el 16 de marzo de 2007, en los que resultó muerto el señor Yesith Durán Cucunubá.

Asimismo fue allegado con destino a este proceso Oficio Penal No. 0424 del 3 de abril de 2017¹¹ por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Santa Rosa de Viterbo, en el que se indicó lo siguiente:

“(…) JOSÉ ALIRIO BARINAS MERCHÁN, identificado con C.C. 74.362.295 de Monguí - Boyacá, se encuentra recluso en el Establecimiento Carcelario para Miembros de Fuerzas Militares “EJEBE” Batallón Ing. Pedro Nel Ospina, Bello Antioquia, y a órdenes del Juzgado de Ejecución de Penas (reparto) de Tunja, a donde fue enviado el proceso mediante oficio No. 491 de junio 4 de 2013.

En relación con el procesado **SIVERS YESID ACUÑA GUTIÉRREZ**, identificado con C.C. 80.757.207 de Bogotá, me permito informar que este Despacho tramitó el 157576000221200700061 (NI 2013-0002) por los mismos hechos y la misma víctima, proceso que se encuentra en el H. Tribunal Superior de esta localidad surtiendo el recurso de apelación contra la sentencia en donde lo condenó el 23 de junio de 2015 a la pena de 608 meses y 1 día de prisión, multa de 6.743 SMLMV, y a la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por un término de 20 años, encontrándose el prenombrado en el Centro de Reclusión Militar EJART ubicado en el Batallón de Artillería No. 13 Gral. Fernando Landazábal Reyes de Bogotá y absolvió a **PEDRO JOSÉ SARMIENTO CAVADIAS**, identificado con C.C. No. 88.256.762 de Cúcuta - Norte de Santander, y a **ELPIDIO LÓPEZ MENESES**, identificado con C.C. 74.187.170 de Sogamoso y a **LUIS DEMETRIO GRANADOS BERNAL**, identificado con C.C. 74.080.557 de Sogamoso.

En cuanto a **WILSON RUEDA HERNÁNDEZ**, revisados los libros y sistema de Gestión Siglo XXI de este Despacho, NO aparece registro de procesos en su contra.”

Ahora, aun cuando no obra en el expediente sentencia de segunda instancia proferida dentro del proceso penal adelantado contra los señores **SIVERS YESID ACUÑA GUTIÉRREZ, PEDRO JOSÉ SARMIENTO CAVADIAS, ELPIDIO LÓPEZ MENESES, LUIS DEMETRIO GRANADOS BERNAL y WILSON RUEDA HERNÁNDEZ**, se procedió a verificar el Sistema de Gestión Siglo XXI de la Rama Judicial, donde efectivamente aparece que el fallo proferido por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Santa Rosa de Viterbo fue confirmado el 7 de febrero de 2018 por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.¹²

¹¹ Folios 272 y 273

¹²

<https://procesos.ramajudicial.gov.co/procesoscs/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=delrDwFdSXlrScCH2RJk1Ae6E4Y%3d>

Medio de Control : Reparación directa 18
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 15238333001-2014-00136-01

En razón de lo anterior, la Sala descarta desde ya que la muerte del señor Yesith Durán Cucunubá, hubiera ocurrido con ocasión de un combate presentado entre el Ejército Nacional y un grupo al margen de la ley, o por la defensa que los militares tuvieron que ejercer con ocasión del mismo, por cuanto, fue el mismo autor del homicidio señor José Alirio Barinas Merchán, quien confesó ante la fiscalía y luego ante el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Santa Rosa de Viterbo “(...) que como miembro del Primer Pelotón de la batería B adscrita a la unidad militar batallón Tarqui del Ejército Nacional, con sede en la ciudad de Sogamoso, dio muerte al joven YESITH DURÁN CUCUNUBÁ el día viernes dieciséis (16) de marzo de dos mil siete (2007) a eso de las 8:30 de la noche en el sector La Romaza vereda Peña Negra de la comprensión municipal de Socotá, departamento de Boyacá, mediante cuatro disparos de arma de fuego tipo fusil (...) Muerte del joven YESITH DURÁN CUCUNUBÁ que fue presentada por el grupo de militares como el resultado operacional de un combate sostenido con miembros de la guerrilla, atribuyéndole a la víctima la condición de miembro activo del frente José David Suárez del Ejército de Liberación Nacional”. Resaltado y subrayado fuera de texto

Adviértase que la víctima YESID DURÁN CUCUNUBÁ (q.e.p.d.), tal como quedó establecido en el proceso penal adelantado contra el señor Barinas Merchán “(...) antes de ser un combatiente involucrado en el conflicto armado interno colombiano, **se trataba de un joven ampliamente conocido en el sector Los Pinos del municipio de Socotá, a quien llamaban MASCARITA por su cara grande (...) laboraba para muchos miembros de la comunidad en actividades del campo y haciéndoles mandados (...)** que prácticamente carecía de estudios, pues sus problemas de salud mental lo llevaron a la deserción escolar a temprana edad, sin aprender a leer o escribir o a conocer los números; que su discapacidad o problemas de salud mental eran ampliamente conocidos en toda la comunidad donde vivía y que le impedían tener una vida autónoma, independiente o itinerante, pues era característico y evidente en él su falta de voluntad y su retardo mental, **al punto que ni siquiera sabía manejar un aparato telefónico celular, ni mucho menos manejar un arma de fuego y menos saber el complejo funcionamiento de una radio de comunicaciones**”.

De manera que en el presente proceso no se encuentra demostrada la existencia de una conducta por parte de la víctima, Yesid Durán Cucunubá, que obligara la acción en la que se produjo su muerte. Por el contrario, las pruebas del proceso son indicativas de una conducta irregular de dicha institución militar, por cuanto evidencian que integrantes de la fuerza militar sometieron a dicho ciudadano, luego

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 15238333001-2014-00136-01

19

de lo cual apareció muerto y trataron de exonerarse de responsabilidad al presentarlo como guerrillero dado de baja en combate.

En un caso como el presente, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que la muerte de personas civiles por parte de miembros de la fuerza pública y su posterior presentación como supuestos subversivos caídos en combate, constituye una modalidad denominada **“ejecuciones extrajudiciales”**, que compromete seriamente la responsabilidad del Estado:

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

De conformidad con las normas pertinentes, está proscrita toda conducta realizada por agentes del Estado que pueda poner en peligro los derechos a la vida y a la integridad física de las personas ajenas a los enfrentamientos armados, como lo fue la conducta cometida en el caso de autos por los militares que participaron en la operación desplegada en la zona rural de Tello –Huila- con ocasión de la orden n.º 44, consistente en quitarle la vida a unos campesinos no combatientes y luego exhibirlos como guerrilleros dados de baja durante un enfrentamiento armado.

La Sala recuerda que los derechos a la vida, a la libertad y a la integridad personales, además de estar expresamente consagrados en el ordenamiento interno, tienen plena protección por virtud de los tratados internacionales de derechos humanos en los que es parte Colombia -en un típico enlace vía bloque de constitucionalidad-¹³, de acuerdo con los cuales es obligación de los Estados impedir que se presenten situaciones de ejecuciones extrajudiciales¹⁴ y además fomentar las políticas que sean necesarias y conducentes para evitar ese tipo de prácticas. (...)

Ahora bien, en aras de concretar el papel preventivo que debe tener la jurisprudencia contencioso administrativa en casos como el presente, es pertinente que la Sala ponga de presente que, de conformidad con observaciones hechas recientemente por el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, en algunas ocasiones se ha incurrido en la práctica de quitarle la vida a personas ajenas al

¹³ “De acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecerán en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...).” El Consejo de Estado –Sección Tercera- ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación con el carácter absoluto e inviolable del derecho a la vida de las personas, en aplicación de las normas del derecho interno integradas al derecho internacional de los derechos humanos. Esos criterios fueron consignados en las siguientes providencias: sentencia del 8 de julio de 2009, radicación n.º 05001-23-26-000-1993-00134-01(16974), actor: Fanny de J. Morales Gil y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Policía; sentencia del 23 de agosto de 2010, radicación n.º 05001-23-25-000-1995-00339-01(18480), actor: Pedro Saúl Cárdenas y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército”.

¹⁴ “En el artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se hace la siguiente previsión: “1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por ley, nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. En el numeral 2º ibídem se dispone que, en los países donde exista la pena de muerte, “...sólo podrá imponerse en sentencia definitiva dictada por tribunal competente””.

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 15238333001-2014-00136-01

20

conflicto armado y que se encuentran en estado de indefensión, para luego presentarlas a las autoridades y a los medios de comunicación como bajas ocurridas en combate, dentro de lo que eufemísticamente ha dado en llamarse por la opinión pública “falsos positivos”. (...)

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

Conforme a lo dicho por el Consejo de Estado, queda claro que la muerte del señor Yesid Durán Cucunubá constituye una ejecución extrajudicial, así como una abierta violación del derecho a la vida, además de una infracción grave de las normas del derecho internacional humanitario.

En efecto, la vida es un derecho esencial cuyo goce pleno es una condición ineludible para el disfrute de los demás derechos. Frente al derecho a la vida, el Estado tiene una obligación de doble naturaleza: por una parte, el deber de no privar arbitrariamente de la vida a ninguna persona (obligación negativa); y de otro lado, a la luz de su deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos, la adopción de medidas apropiadas para proteger y preservar este derecho (obligación positiva)¹⁵. En este caso, la privación arbitraria de la vida de Yesid Durán Cucunubá, por parte del Ejército, **supone una clara violación de derechos humanos que hace surgir sin duda alguna la responsabilidad administrativa del Estado.**

Así las cosas, el argumento presentado por la recurrente -de que el origen del daño provino del actuar delictivo de unos agentes, **quienes a modo propio decidieron proceder en contravía de las directrices fijadas por la institución castrense-**, con el que pretende que la entidad a la que representa sea eximida de toda responsabilidad, no está llamado a prosperar por lo siguiente:

-Es la misma Fiscalía Cuarta Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Especializado, quien le imputó al señor José Alirio Barinas Merchán que **“como miembro del Primer Pelotón de la batería B adscrita a la unidad militar batallón Tarqui, del**

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999, serie C n.º 63, párr. 144; Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, sentencia de 30 de noviembre de 2012, serie C n.º 259, párr. 190; Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, sentencia de 25 de octubre de 2012, serie C n.º 252, párr. 145

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 15238333001-2014-00136-01

21

Ejército Nacional, con sede en la ciudad de Sogamoso (...) Grupo o sección militar en la que fungían como comandantes el Subteniente SIVERS YESID ACUÑA GUTIÉRREZ y los cabos PEDRO JOSÉ SARMIENTO CABIDAS y WILSÓN ALBERTO RUEDA HERNÁNDEZ, unidad militar de la que también hacían parte 13 soldados más (...) muerte del joven YESITH DURÁN CUCUNUBÁ que fue presentada por el grupo de militares como el resultado operacional de un combate sostenido con miembros de la guerrilla, atribuyéndole a la víctima la condición de miembro activo del frente José David Suárez del Ejército de Liberación Nacional, para lo cual escenificaron un supuesto combate, hallándose junto al cuerpo del occiso un arma de fuego tipo pistola, calibre 7,65 milímetros, marca Bronwing, número de serie 273006 de funcionamiento semiautomático, con su respectivo proveedor con 7 cartuchos y 1 cartucho más en la recámara 1 vainilla; así como también junto al cuerpo del occiso le fue colocado una radio de comunicaciones marca Icom modelo ICV8 serie 025481 color verde. **Igualmente para escenificar el supuesto combate en el que murió el joven YESITH DURÁN CUCUNUBÁ, el primer pelotón de la batería B, de la que hacían parte los acusados, suscribieron un informe de gasto de material de guerra de fecha 28 de marzo de 2007 indicando haber usado 350 cartuchos calibre 5,56 milímetros. Así como también informaron a sus superiores haber gastado la cantidad de 120 cartuchos munición calibre 7,62 eslabonada**¹⁶, cargos respecto de los cuales aceptó su participación.

-Asimismo el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Santa Rosa de Viterbo aseguró en la sentencia proferida el 28 de mayo de 2013, que “La materialidad quedó establecida con las muertes de los señores (...) YESITH DURÁN CUCUNUBÁ, sus actas de inspección a cadáver, protocolos de necropsia permiten inferir sin lugar a equívocos la participación plural de miembros de la sección B del Ejército Nacional (...) sujetos los cuales conformaron una sociedad criminal encaminada a producir esas muertes selectivas, para luego hacerlas pasar ante sus superiores y la institución para la cual prestaban sus servicios, como “bajas” en combate, de miembros activos de organizaciones subversivas al margen de la ley (...) Sin lugar a dudas la maquinación delictual no podía haber logrado su desenlace, de no haber contado con la intervención de los demás compañeros y miembros del decantamiento militar, quienes conformaron una estructura criminal destinada a buscar los medios idóneos de acabar con la vida de personas ajenas al conflicto armado, haciéndoles pasar por guerrilleros y así poder obtener los beneficios que se les otorgaban por las “bajas” realizadas. Fue tanto el despliegue y disposición del Acusado, que se dirigía a ciudades lejanas de su sitio de operación, como la ciudad de Bogotá, para seleccionar a sus víctimas, con otros compañeros militares las analizaban, y una vez elegida se les engañaba con la idea de obtener un trabajo (...) se les convencía de usar camuflado, lo que permitía posteriormente ejecutar y simular la escena de combate, con el fin de reportar la baja. (fl. 47)

¹⁶ Folios 28 y 29

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 152383333001-2014-00136-01

22

-De igual manera, en dicho fallo se hizo mención a la declaración del Sargento ROSEMBETH ESCOBAR AGREDO, compañero de batalla y miembro de la empresa criminal conformada, entre otros, por el señor ALIRIO BARINAS MERCHÁN, quien afirma que efectivamente secuestraron al señor YESITH DURÁN CUCUNUBÁ, durante el año 2007, y además, da detalles del secuestro y su posterior asesinato; **de su conspiración para hacerlos pasar como milicianos de grupos subversivos y así mostrarlos ante la sociedad como guerrilleros, recibiendo en consecuencia beneficios que se le otorgaban por mérito legal, por operativos o llamados positivos, al interior de las Fuerzas Militares.** (fl. 49)

A partir del examen detallado de los medios probatorios a los cuales ya se hizo referencia, forzoso resulta concluir que con la comisión de tales violaciones graves a derechos humanos y/o al derecho internacional humanitario **se configuró una ostensible falla del servicio por parte de la demandada -tanto por acción como por omisión-**.

5.2 De la falla del servicio por acción

De acuerdo con lo establecido en el proceso, en la comisión de la ejecución extrajudicial del señor Yesith Durán Cucunubá, participaron directamente los señores José Alirio Barinas Merchán y Sivers Yesid Acuña Gutiérrez (así lo certifica el Oficio Penal No. 0424 del 3 de abril de 2017 allegado a este proceso por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Santa Rosa de Viterbo)¹⁷, miembros del Primer Pelotón de la batería B adscrita a la Unidad Militar Batallón Tarquí con sede en la ciudad de Sogamoso, el cual pertenece al Ejército Nacional, militares que para el momento de los hechos se encontraban en servicio activo en esa zona, con la misión de combatir a grupos delincuenciales que operaban en la región.

Sin embargo, los señores José Alirio Barinas Merchán y Sivers Yesid Acuña Gutiérrez, no empero conocer sus obligaciones, desviaron y pervirtieron de manera deliberada y voluntaria el servicio que les fuera encomendado por la Constitución y

¹⁷ Folios 272 y 273

Medio de Control : Reparación directa 23
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 152383333001-2014-00136-01

las leyes, como lo pone de presente la sentencia penal proferida dentro del proceso penal iniciado por tales hechos, en la que se estableció que, prevalidos de su condición de militares planearon y perpetraron delitos tipificados como graves violaciones de los derechos humanos y, por ello, se les condenó penalmente.

Debe señalar la Sala, **que ninguna de las razones que habrían llevado a los militares a la utilización de las armas de fuego en contra del señor Yesith Durán Cucunubá está acreditada en el presente proceso.** Ciertamente, el operativo militar y el supuesto enfrentamiento armado que se habría producido resultó huérfano de respaldo probatorio. Tampoco se acreditó que el hoy occiso hubiese hecho uso del arma de fuego que supuestamente portaba, ni -mucho menos- obra prueba respecto de su pertenencia a grupo subversivo alguno o, de lo que resulta esencial, que hubiera representado peligro para los uniformados cuando fue abatido mediante la utilización de armas de fuego.

Todo lo anterior permite a la Sala concluir que, en el asunto sub examine, el daño no tuvo origen en el ámbito privado, personal, ni aislado por completo del servicio, toda vez que, según quedó establecido, **miembros del Ejército Nacional que se hallaban en servicio activo y en desarrollo de una operación militar**, procedieron a perpetrar delitos que terminaron con la muerte del señor YESITH DURÁN CUCUNUBÁ, hechos que ocurrieron el 16 de marzo de 2007 y por los cuales se condenó penalmente a sus autores.

5.3 De la falla del servicio por la omisión del Ejército Nacional respecto del control y vigilancia sobre los hombres a su cargo

En este punto resulta menester señalar que los militares referidos fueron condenados penalmente por perpetrar los delitos como **-homicidio en persona protegida; secuestro simple agravado; fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones; fabricación, tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerza Militares y concierto para delinquir-**¹⁸ y que tuvieron lugar el día 16 de marzo de 2007 en la zona rural del municipio de Socotá, con lo cual se concluye también que la muerte del señor Yesith Durán Cucunubá, no se trató de un hecho

¹⁸ Folios 73 a 77

Medio de Control : **Reparación directa**
Demandante : **Graciela Durán Durán y Otros**
Demandado : **Ministerio de Defensa - Ejército Nacional**
Expediente : **15238333001-2014-00136-01**

24

aislado, sino que hizo parte de una cadena de hechos delictivos cometidos durante varios días por miembros del Primer Pelotón de la batería B adscrita a la Unidad Militar Batallón Tarqui del Ejército Nacional, sin que hubiese existido algún tipo de control efectivo por parte de la institución demandada.

En efecto, resalta la Sala que la conducta irregular de los miembros del Ejército Nacional, tuvo como antecedente determinante la ocurrencia de varias fallas de vigilancia y control de los mandos de esa institución, en la circunstancia de no haber adoptado medida alguna de coordinación, seguimiento y verificación sobre la actividad que debían desplegar los uniformados, todo lo cual permitió que, en el momento mismo en que éstos lo quisieron, pudieron pervertir las funciones a su cargo y así lograr perpetrar los gravísimos delitos que cometieron.

En este caso, se echa de menos la adopción de medidas efectivas de vigilancia y control por parte de los superiores del Ejército Nacional, lo que denota indiferencia o tolerancia frente al comportamiento de los uniformados, hecho que resulta contradictorio si se considera que los mandos superiores de la institución deben realizar un constante monitoreo de sus posiciones y de sus movimientos, dado que sus misiones de campo son precisas y concretas.

Adviértase que en el presente caso quedó demostrado que el 16 de marzo de 2007 los señores José Alirio Barinas Merchán y Sivers Yesid Acuña Gutiérrez, este último quien fungía como comandante,¹⁹ cometieron graves crímenes -homicidio en persona protegida; secuestro simple agravado; fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones; fabricación, tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerza Militares y concierto para delinquir-²⁰, sin que hubiese existido por parte de los mandos militares un mínimo control de sus actividades.

En casos similares al que hoy corresponde decidir a esta Sala y en los cuales se ha declarado la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de los deberes control

¹⁹ Folio 74

²⁰ Folios 73 a 77

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 15238333001-2014-00136-01

25

respecto del personal y los instrumentos de dotación oficial, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado:

“Resalta la Sala que la Fuerza Pública ostenta la custodia y resguardo respecto de los hombres e instrumentos destinados a la prestación del servicio a ella encomendado en la Constitución Política y en el ordenamiento jurídico, por tal razón, **debe existir un grado notable de disciplina y control estricto sobre sus agentes, su armamento y sus vehículos automotores, ello con el fin de impedir que tales instrumentos -los cuales per se comportan un riesgo-, sean utilizados para causar daños a los particulares y, más aún, que se destinen a la comisión de actividades delictivas, todo lo cual lleva a deducir, como se indicó, la configuración de una falla en la vigilancia sobre los hombres e instrumentos a cargo de la Policía Nacional, falla que está relacionada directamente con el hecho dañoso por cuya indemnización se demandó**”²¹

Todo lo anterior permite a la Sala imputar también tales daños antijurídicos a la demandada a título de falla del servicio por omisión, en consideración a que el Ejército Nacional tenía la obligación de ejercer control sobre el comportamiento y actuar de su personal, todo ello con el fin de evitar que los hombres e instrumentos perviertan el servicio a ellos encomendado, como en este evento aconteció.

Preocupa profundamente a la Sala el crecido número de casos en los cuales miembros de la Fuerza Pública encubren bajo la apariencia de muertos en combate, homicidios que obedecen a diversas circunstancias distintas a esa, la de un combate, por lo cual debe decirse que **se trata de una práctica sistemática y generalizada en materia de violaciones graves a derechos humanos.**

²¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A, sentencia del 9 de septiembre de 2015, Exp. 35.574. en ese mismo sentido consultar sentencia de 24 de julio de 2013. Exp 23.958. En aquella oportunidad la Sala declaró la responsabilidad del Estado por el hurto de unas esmeraldas a un particular por parte de un agente de Policía que utilizó un vehículo oficial para perpetrar ese delito; para tal efecto, se consideró que en virtud de la ‘posición de garante’ frente a los objetos de dotación oficial (armas, vehículos u otros elementos que impliquen peligro), los cuerpos de seguridad del Estado deben impedir que se cometan daños y/o ilícitos con tales instrumentos de dotación y, en consecuencia, deben responder por los daños que se cometan con los mismos; en tales eventos, no importa si se actuó o no con diligencia y, por lo tanto, basta probar que se hubiere cometido el daño que estaba obligado a impedir para declarar la responsabilidad del Estado.

De igual forma en sentencia del 27 de marzo de 2014, Exp. 27.193, esta Subsección del Consejo de Estado declaró la responsabilidad de la Policía Nacional en un caso en el que se probó la muerte de un particular dentro de la Estación de policía del municipio de Zipaquirá, en esa providencia se precisó que “la muerte de una persona dentro de la estación de Policía en la cual se vio involucrado de forma directa el oficial de la Policía Wilson Bustamante Cardona, más allá de un juicio de responsabilidad netamente fáctico, le resulta imputable jurídicamente a la entidad demandada, toda vez que dentro del proceso se encuentra acreditado el comportamiento negligente y descuidado de la entidad demandada en el control y custodia tanto del personal a su cargo como de las personas y vehículos automotores que ingresan a esa institución, lo cual propició -sin duda-, la comisión de actividades irregulares dentro de la estación de Policía de Zipaquirá, incluido, claro está, el homicidio del señor Rigoberto Hernández Barrios”.

Medio de Control : **Reparación directa**
Demandante : **Graciela Durán Durán y Otros**
Demandado : **Ministerio de Defensa - Ejército Nacional**
Expediente : **152383333001-2014-00136-01**

26

En efecto, los jueces de lo contencioso administrativo han debido condenar en diversas ocasiones a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por víctimas del conflicto armado que, inexplicablemente, perdieron la vida en presuntos operativos militares o en imaginarios combates con grupos organizados al margen de la ley, que al examinarse los hechos, estos muestran otras realidades nacidas de los excesos de la guerra y de una lógica aborrecible que encuentra enemigos en quienes solamente son civiles que habitan en los lugares de conflicto. De estas situaciones fácticas se ha derivado la responsabilidad del Estado bajo el título jurídico de imputación de falla del servicio por las violaciones a deberes funcionales de origen convencional, constitucional y legal.

Así por ejemplo, en sentencia del 22 de junio del 2011²², la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado condenó al Estado por la muerte de un ciudadano, que fue retenido por miembros del Ejército Nacional y, horas después, dado de baja bajo la justificación de un supuesto enfrentamiento guerrillero. En esta decisión se precisó:

“En cuanto a las declaraciones de los soldados que participaron en el operativo contraguerrilla y en los retenes que se realizaron en el sector, éstos sólo se limitaron a señalar que luego del enfrentamiento armado encontraron un cadáver que al parecer era de un subversivo, sin embargo, esto no es prueba suficiente que permita concluir que la entidad demandada no estuviera implicada directamente en los hechos. Es así como, los miembros de las autoridades públicas que detuvieron a Jesús Antonio Higuita Larrea, tenían el deber constitucional y legal de devolverlo en las mismas condiciones en las que fue retenido, o entregarlo a las autoridades correspondientes, si era requerido por la justicia. Del acervo probatorio, no se puede desconocer que en desarrollo de un operativo contraguerrilla se ordenó la instalación de retenes para monitorear el sector, en donde se detuvo a Jesús Antonio Higuita Larrea, quien posteriormente apareció muerto, y aun cuando se le quería hacer pasar como subversivo dado de baja en combate, del acta de levantamiento de cadáver y de la declaración del inspector que realizó esta diligencia, es fácil concluir que esta afirmación no es cierta, pues el occiso vestía de civil y no se le encontró armamento alguno”.

De igual forma, en decisión del 13 de marzo del 2013²³, la Subsección A condenó patrimonialmente al Estado por haber dado muerte el Ejército Nacional a tres personas dedicadas a labores del campo, desarmadas, vestidas de civil, sin nexos con grupos subversivos, uno de ellos ultimado a corta distancia, a lo que se agregó una

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio del 2011, rad. 20706, M.P. Enrique Gil Botero.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de marzo del 2013, rad. 21359.

Medio de Control : **Reparación directa**
Demandante : **Graciela Durán Durán y Otros**
Demandado : **Ministerio de Defensa - Ejército Nacional**
Expediente : **15238333001-2014-00136-01**

27

serie de irregularidades en el manejo de los cuerpos tendientes a encubrir la verdad de lo acontecido. Entonces se discurrió como sigue:

“La Corporación ha establecido que es posible inferir la responsabilidad del Estado en aquellos casos en los cuales el detallado análisis del acervo probatorio demuestra la existencia de un hecho previo (en este caso concretado en el último avistamiento de los jóvenes en la vereda La Arroyuela) y uno posterior (aparecimiento de los cuerpos sin vida en la vereda Monteredondo), sin que exista ningún otro elemento probatorio que indique que dichos decesos fueron ocasionados por terceros ajenos al proceso, sino que, por el contrario, existen elementos que señalan que la muerte de los jóvenes obedeció a un comportamiento anómalo y altamente irregular por parte de los miembros de la demandada”.

Asimismo, la Sala Plena de la Sección Tercera en sentencia del 11 de septiembre del 2013²⁴ condenó al Estado por la muerte de un campesino ocasionada por integrantes del Ejército Nacional, quienes presentaron al occiso como un guerrillero dado de baja durante un combate librado con la guerrilla en el municipio de Tello, Huila. Al respecto, se afirmó:

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

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

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 11 de septiembre del 2013, rad. 20601, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 152383333001-2014-00136-01

28

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 sociedad.²⁵

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, ha sido insuficiente, tardía e inane para la resolución de tal situación que, como se advirtió, amenaza con la estabilidad misma de la institución.

Con fundamento en todo lo anterior, la Sala confirmará la declaración de 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.

6. De la solicitud de llamamiento en garantía con fines de repetición presentada por la entidad demandada

La entidad demandada mediante escrito radicado el 20 de noviembre de 2014 formuló solicitud de llamamiento en garantía respecto de los señores José Alirio Barinas Merchán, Sivers Yesid Acuña Gutiérrez, Pedro Sarmiento Cavidas y Wilsón Rueda Hernández (fls. 133 a 136), petición que fue resuelta por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama mediante proveído de 24 de marzo de 2015 (fls. 192 a 193), en el cual la aceptó.

No obstante, el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja en el fallo de primera instancia precisó frente a ese aspecto lo siguiente: “(...) encuentra el Despacho que en el escrito de contestación de la demanda la apoderada de la parte demandada propuso como excepciones las denominadas “culpa exclusiva y determinante del agente estatal y de los familiares de la víctima”; al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 19 de la Ley 678 de 2001 señala que (...) Así las cosas y como quiera que la entidad excepcionó la culpa del

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia proferida el 27 de abril del 2016, Exp. 50.231.

Medio de Control : **Reparación directa**
Demandante : **Graciela Durán Durán y Otros**
Demandado : **Ministerio de Defensa - Ejército Nacional**
Expediente : **152383333001-2014-00136-01**

29

agente estatal y de los familiares de la misma no había lugar a llamar en garantía al soldado José Alirio Barinas Merchán y a los cabos Sivers Yesid Acuña Gutiérrez, Pedro Sarmiento Cabidas y Wilsón Rueda Hernández, toda vez que la norma jurídica en cita, establece taxativamente la improcedencia del llamamiento en garantía cuando se alegan como excepciones las invocadas por la apoderada de la entidad demandada”.²⁶

En ese sentido, la Sala entrara a estudiar si en este caso el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional podía llamar en garantía a los agentes José Alirio Barinas Merchán, Sivers Yesid Acuña Gutiérrez, Pedro Sarmiento Cavidas y Wilsón Rueda Hernández, aun cuando en el escrito de contestación ésta propuso la excepción de “CULPA EXCLUSIVA Y DETERMINANTE DEL AGENTE ESTATAL Y DE LOS FAMILIARES DE LA VÍCTIMA”²⁷

El llamamiento en garantía es una figura procesal que tiene por objeto exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el demandado, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en relación con el llamamiento en garantía dispone:

“ARTÍCULO 225. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.

El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:

1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.
2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.

²⁶ Folios 400 vto. y 401

²⁷ Folio 130

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 15238333001-2014-00136-01

30

3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.

4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales.

El llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen." Resaltado fuera de texto

Así las cosas, hoy la jurisdicción contencioso administrativa cuenta con norma especial que contiene los requisitos del llamamiento en garantía, sin embargo, no se encuentra norma que regule el trámite del llamamiento en garantía y este vacío debe ser llenado con las disposiciones del Código General del Proceso que, en su artículo 66 dispuso la notificación al llamado "Si el juez halla procedente el llamamiento (...)"

Ahora, la Ley 678 de 2001, reglamentó la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de dos mecanismos judiciales: la acción de repetición y el llamamiento en garantía, disponiendo al respecto:

"ARTÍCULO 19. Llamamiento en garantía. Dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, podrán **solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave**, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario.

PARÁGRAFO. La entidad pública no podrá llamar en garantía al agente si dentro de la contestación de la demanda propuso excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor." (Resaltado fuera de texto)

De la norma transcrita, se advierte, que en los procesos de responsabilidad en contra del Estado, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, tienen la posibilidad de solicitar el llamamiento en garantía del agente frente **al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave**, esto con el fin de que dentro del mismo proceso se decida la responsabilidad de la entidad y la del funcionario correspondiente.

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 15238333001-2014-00136-01

31

Sobre este tema se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de julio de 2010, en el proceso con radicación número 15001-23-31-000-2007-00546-01, con ponencia de la Consejera Doctora Ruth Stella Correa Palacio, al respecto se sostuvo:

“Por otra parte, en los procesos de reparación directa, en los relativos a controversias contractuales y en los de nulidad y restablecimiento del derecho, **la entidad demandada puede llamar en garantía con fines de repetición al agente estatal por cuya actuación se está adelantando el juicio de responsabilidad del Estado, siempre que presente prueba sumaria del actuar doloso o gravemente culposo de aquél.** Contrario sensu no procederá el mismo si se propuso en la contestación de la demanda las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor, porque la defensa en tal sentido lleva insita la exoneración por parte de la entidad al agente estatal que intervino en el hecho.” Resaltado fuera de texto

Criterio reiterado por la subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Doctora Ruth Stella Correa Palacio, en reciente auto proferido el 14 de septiembre de 2017 dentro del expediente con radicación número 25000-23-36-000-2016-01214-01 (59132), señalando lo siguiente :

“**El artículo 225 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula lo relacionado con el llamamiento en garantía en términos generales.** Primero, señala que quién considere tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero ‘garante’ (i) la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir o (ii) el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, puede pedir su citación para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

Segundo, enumera los requisitos que debe contener el escrito de llamamiento, a saber: el nombre del llamado y su dirección, los hechos, fundamentos de derecho y la dirección de quién realiza el llamado. Y tercero, establece que “[e]l **llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001[...]**”; diferenciando así el llamamiento que tiene su origen en una relación legal o contractual entre el demandado y el tercero que tiene la calidad de garante -como ocurre en los contratos de seguros- con aquel que se genera contra un servidor público con fines de repetición” Resaltado fuera de texto

De lo expuesto se colige, que el llamamiento en garantía con fines de repetición, reviste un carácter especial que implica un manejo diferenciado, toda vez que la misma ley prevé una regulación específica, establecida en la Ley 678 de 2001, razón por la cual, al juez corresponde examinar su procedencia a partir de los siguientes factores: **i)** que el escrito reúna los requisitos del artículo 225 del CPACA, **ii)** que se acredite la relación legal o contractual entre el demandado y el tercero, **iii)** que se acompañe el escrito de llamamiento con la prueba aunque sea sumaria del actuar

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 152383333001-2014-00136-01

32

doloso o gravemente culposo del agente llamado en garantía y , iv) **que el llamante no haya propuesto en la contestación de la demanda las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor.**

Precisamente el parágrafo del artículo 19 de la citada Ley 678 de 2001, que le impide a la entidad demandada llamar en garantía cuando promueve en su defensa la ocurrencia de una de las causales eximentes de responsabilidad, considera la Sala que dicha limitación resulta apenas lógica, del todo coherente y consecuente con el proceder de la administración, pues en los eventos en que ésta excusa su responsabilidad en la culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero y la fuerza mayor o el caso fortuito, la estrategia de defensa se dirige a demostrar que la responsabilidad total del daño que se ha ocasionado es imputable a un sujeto distinto de sus agentes o a un fenómeno extraordinario; de forma tal que de llegarse a demostrar en el proceso uno de esos hechos, el Estado no sería condenado y no se vería conminado al pago de la indemnización, quedando también liberada la potencial responsabilidad del agente.

No obstante lo anterior, la lógica con que se descarta el llamamiento en garantía en los casos en que se propone alguna causal eximente de responsabilidad, no resulta tan evidente si lo que se presenta es el fenómeno jurídico de la concurrencia de culpas, es decir, cuando la lesión no es el resultado de un hecho unívoco y desconocido para la administración, sino que, por oposición a ello, se presenta como consecuencia de un conjunto de causas autónomas, que han ocurrido en forma sistemática y armónica y que son atribuibles a distintos sujetos o fenómenos naturales.

Por eso, se insiste, resulta del todo razonable que la norma impida llamar en garantía a la entidad pública, cuando en la contestación de la demanda aquella haya propuesto las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor.

Cabe aclarar que, el hecho de no haberse podido llamar en garantía en estos casos, no libera de responsabilidad al agente en el evento de no lograrse acreditar en el

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 15238333001-2014-00136-01

33

proceso la ocurrencia de la causal eximente de responsabilidad invocada, y de haberse demostrado que la condena es producto de su conducta dolosa o gravemente culposa. En estos casos, por virtud disposición expresa del inciso 2° del artículo 90 Superior y demás normas legales concordante, el Estado se encuentra en la obligación de repetir contra el servidor público a través de la acción de repetición.

Se observa que la solicitud de llamamiento cumple con los requisitos formales establecidos en el artículo 225 del CPACA (fls. 133 a 136); no obstante el llamante en el escrito de contestación de demanda hizo alusión a la excepción denominada **“CULPA EXCLUSIVA Y DETERMINANTE DEL AGENTE ESTATAL Y DE LOS FAMILIARES DE LA VÍCTIMA”**, fundamentada en lo siguiente:

“en el transcurso del proceso se demostrará la ausencia de responsabilidad de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional en los hechos de la demanda, al acreditarse que la causa determinante del daño provino de un lado, de la voluntad a mutuo propio del señor JOSÉ ALIRIO BARINAS MERCHÁN de causar la muerte del señor YESITH DURÁN CUCUNUBÁ, quien aprovechando las calidades de militar planeó y ejecutó el acontecer delictivo y de otro lado, **el actuar omisivo de los familiares de la víctima, quienes pese a saber, que se trataba de una persona en estado de incapacidad cognitiva, no le brindaron las medidas de protección y cuidado que él requería**, aspectos que se coligen del proceso penal, en el que se informa que la víctima o causante se encontraba en estado de abandono, circunstancia que permitió el fatídico acontecer fáctico” Resaltado fuera de texto

En estas condiciones, carece de coherencia, que la entidad demandada pida llamar en garantía a los señores José Alirio Barinas Merchán, Sivers Yesid Acuña Gutiérrez, Pedro Sarmiento Cavidas y Wilsón Rueda Hernández, cuando el fundamento de éste parte de la existencia de conductas dolosas o gravemente culposas que podrían dar lugar a que éstos, eventualmente, deban responder por la posible condena.

Y es que en los eventos en que la entidad excusa su responsabilidad en la causa exclusiva de la víctima, **el hecho de un tercero** y la fuerza mayor o caso fortuito, lo que pretende es demostrar que la responsabilidad total del daño es imputable a otro sujeto distinto de sus agentes, de tal manera que si el Estado no es condenado ni

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 15238333001-2014-00136-01

34

conminado al pago de la indemnización, también el agente queda librado de la potencial responsabilidad.

Ahora bien, causa sorpresa a esta Sala el absurdo planteamiento de la recurrente, encaminado a que se establezca una concurrencia de culpas por la falta de protección que como garantes tenían los familiares del señor Yesith Durán Cucunubá (q.e.p.d.), porque eran conscientes que se trataba de una persona en estado de indefensión, **razonamiento que desde ya se tilda de vergonzoso, pues achacarle culpa a la familia del señor Durán Cucunubá por su funesto deceso, evidentemente es un acto de revictimización, dado que se ignora por la parte demandada que los familiares han sufrido enormemente por ese hecho atroz, pese a lo cual de manera insensible, la recurrente acude a falacias argumentativas para obtener la exoneración de responsabilidad del Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.**

En efecto, en la alzada aduce que “tampoco se puede pasar por alto por qué se logra que los propósitos criminales tengan resultado y **desde luego para el caso en particular fue la falta de protección que como garantes tenían los familiares del señor Yesith Durán Cucunubá, aspecto que direcciona a una posible compensación de responsabilidades**”²⁸, expresiones que a juicio de la Sala son desafortunadas y reprochables, pues lo que está tratando de hacer la recurrente es justificar el cruel e inhumano actuar de los miembros del Ejército Nacional. No otra cosa puede entenderse cuando busca hacer ver que fue por la falta de cuidado de la familia que los uniformados cometieron el execrable crimen, en contra de la evidencia de los hechos que tozudamente indican que la muerte violenta de Yesith Durán Cucunubá no fue ocasionada por la falta de cuidado de la familia **sino por el proceder macabro de los integrantes del Ejército Nacional, que actuaron sin ninguna vigilancia por parte de sus superiores.**

La Ley 1123 de 2007 (Código Disciplinario del Abogado) en su artículo 33 consagra como falta contra la recta y leal realización de la justicia y los fines del Estado “10. Efectuar afirmaciones o negaciones maliciosos, citas inexactas, inexistentes o descontextualizadas que pueden desviar el recto criterio de los funcionarios, empleados o auxiliares de la justicia

²⁸ Folio 416

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 152383333001-2014-00136-01

35

encargados de definir una cuestión judicial o administrativa”, es por ello que se compulsaran copias del presente fallo a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura para que determine si por parte de la apoderada del Ministerio de Defensa - Ejército Nacional se habría incurrido en una falta disciplinaria, y si es del caso se imponga la correspondiente sanción.

Con fundamento en todo lo anterior, se hace imperioso confirmar la sentencia de primera instancia que declaró la responsabilidad del Estado colombiano representado por el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, dada la violación grave de derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

7. De los perjuicios morales

Debe referirse la Sala a este aspecto, sin que ello implique una modificación de la sentencia de primera instancia, pues como ya dijo en precedencia, en virtud del principio de la non reformatio in pejus el estudio debe suscribirse a los argumentos de la apelación, es decir el juez de segunda instancia no puede empeorar, agravar o desmejorar la situación que en relación con el litigio le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia del a quo.

Se dirá que en casos excepcionales, como los de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en los eventos descritos en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, Sección Tercera del 28 de agosto del 2014²⁹, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral, sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios fijados en dicha sentencia. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.

²⁹ Rad. 26251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y rad. 27709, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 15238333001-2014-00136-01

36

La Sala advierte que esta regla de excepción no contradice la sentencia de unificación de la Sección Tercera del 25 de septiembre del 2013³⁰, pues esta unificó la jurisprudencia en relación con el tope indemnizatorio de los perjuicios morales en escenarios en los que el daño antijurídico imputable al Estado tiene su origen en una conducta punible de un agente estatal, investigada, sancionada penalmente y contenida en una sentencia ejecutoriada³¹.

Así las cosas, en el caso sub iudice debido al nexo de parentesco que existía entre el señor Yesith Durán Cucunubá (fallecido), y los señores Gloria Elena Durán Durán, Alexander Durán Cucunubá y Graciela Durán Durán (hermanos) hoy accionantes, puede inferirse que su muerte implicó para estos una grave aflicción, congoja y dolor, de ahí que el porcentaje reconocido por el juez de primera instancia resulta ser aceptable.

8. De las costas en esta instancia

La Sala condenará en costas y agencias en derecho en esta segunda instancia a la parte demandada, en virtud a que no prosperó su recurso de apelación. Según la regla establecida en el artículo 366 del C.G.P., corresponderá al juzgado de primera instancia proceder de manera concentrada a la liquidación de costas que se encuentren probadas.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de septiembre del 2013, rad. 36460, M.P. Enrique Gil Botero.

³¹ “De otro lado, en criterio de esta Sala, el monto a que hace referencia el artículo 97 ibídem no puede entenderse como una camisa de fuerza, puesto que al margen de que la mencionada disposición sea pertinente para valorar el perjuicio inmaterial en aquellos supuestos en que el daño antijurídico tiene origen en una conducta punible, es preciso indicar que la tasación del mismo dependerá de las circunstancias en que se produjo la lesión o afectación, así como la magnitud de la misma, su gravedad, naturaleza e intensidad y demás factores objetivos. Por consiguiente, el hecho de que el precepto legal haga referencia a un valor determinado, esta circunstancia no puede restringir la autonomía e independencia con que cuenta el juez a la hora de valorar el daño inmaterial padecido, razón por la cual no siempre que el hecho devenga de la comisión de una conducta punible, habrá lugar a decretar una condena por perjuicio inmaterial que ascienda a 1.000 SMMLV. Por consiguiente, para que sea aplicable el criterio de valoración del daño inmaterial, contenido en el artículo 97 del Código Penal, es necesario que en el proceso obre la prueba idónea que permita establecer que fue la conducta punible la que desencadenó el daño antijurídico, y que ese hecho ilícito ya fue objeto de una investigación y sanción penal contenida en una sentencia ejecutoriada, tal y como se aprecia en el caso concreto, así como los factores objetivos que rodearon la producción del daño antijurídico, para determinar la valoración del perjuicio en cada caso concreto” (se destaca). Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de septiembre del 2013, rad. 36460, M.P. Enrique Gil Botero

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 15238333001-2014-00136-01

37

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja el 20 de junio de 2017, en el proceso iniciado por los señores Gloria Elena Durán Durán, Alexander Durán Cucunubá y Graciela Durán Durán contra el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada, en virtud a que no prosperó su recurso de apelación, incluyéndose en ellas las agencias en derecho. El a quo procederá a su liquidación de conformidad con lo previsto en el artículo 366 del C.G.P.

TERCERO. COMPULSAR copias del presente fallo a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura para que determine si por parte de la apoderada del Ministerio de Defensa - Ejército Nacional se incurrió en una falta disciplinaria, y si es del caso se imponga la correspondiente sanción.

CUARTO. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

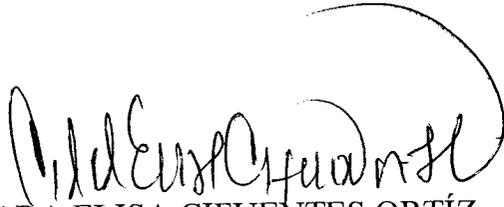
Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

Magistrado

Medio de Control : Reparación directa
Demandante : Graciela Durán Durán y Otros
Demandado : Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Expediente : 152383333001-2014-00136-01


CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ

Magistrada


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

La anterior firma hace parte integrante del expediente No. 152383333001-2014-00136-01

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 46 de hoy 13 MAR 2020
EL SECRETARIO 