



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

REF.: Medio de Control: Reparación directa -Apelación Sentencia

Demandantes: MARLENI ARIAS DE MENDIETA y Otros

Demandados: Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional- Ejército Nacional.

Radicación: 20-001-33-33-002-2014-00154-01

Magistrado Ponente: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

### I.- ASUNTO

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional y Ejército Nacional, contra la sentencia de 20 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Valledupar, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

### II.- ANTECEDENTES

#### 2.1.- HECHOS.

El apoderado de los demandantes, manifiesta que el día 23 de septiembre de 1996 en horas de la madrugada hubo una incursión de un grupo paramilitar en Agustín Codazzi, Cesar, durante la cual se dirigieron a la casa donde vivía JUAN MARTÍN MENDIETA a quien sacaron forzosamente de su vivienda y se lo llevaron en una de las camionetas en que se transportaban, bajo el pretexto de que él y diez personas más eran auxiliares de la guerrilla de las FARC.

Sostiene que durante más de 11 años la familia del señor MENDIETA ARIAS desconoció su paradero, con la angustiada incertidumbre de saber si se encontraba con vida o había sido asesinado.

Que el día 5 de febrero de 2008, el CTI de la Fiscalía General de la Nación, realizó una diligencia de exhumación en la hacienda identificada con el nombre de Siboney, ubicada en el municipio de Bosconia- Cesar, donde encontraron unos restos óseos, entre los cuales había uno que presuntamente correspondía al cadáver del señor JUAN MARTÍN MENDIETA con signos de torturas, con las manos, pies amarrados y ojos vendados.

Indica que el día 7 de diciembre de 2011 con la expedición del acta de defunción del señor JUAN MARTÍN MENDIETA ARIAS, termina la tortuosa espera de sus familiares, pues oficialmente es reconocido por la autoridad competente como fallecido.

Refiere que el 14 de diciembre de 2011 la Fiscalía General de la Nación entrega los restos del señor JUAN MARTÍN MENDIETA ARIAS, a su hija SOLANGEL MENDIETA PÉREZ.

Señala que la acción criminal de los paramilitares fue sin duda alguna realizada con la anuencia omisiva del Ejército Nacional y de la Policía Nacional quienes a

pesar de hacer presencia en el municipio de Codazzi y tener conocimiento de lo que estaba sucediendo no hicieron nada para impedirlo, constituyéndose este hecho, por lo menos en un abandono de la fuerza pública a la población civil.

Comenta que en una indagatoria rendida ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Descongestión Adjunto de Valledupar el exparamilitar Hernán de Jesús Fontalvo Sánchez, alias "el pájaro" confesó que lideró la incursión de los "paras" en Codazzi- Cesar, bajo la orden de Salvatore Mancuso en coordinación con las autoridades.

## 2.2.- PRETENSIONES.

Que se declare a la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional- Ejército Nacional administrativa y solidariamente responsables por la muerte del señor JUAN MARTÍN MENDIETA ARIAS, en razón a la omisión administrativa de dichas entidades, con ocasión a los hechos narrados.

Que se condene a las entidades demandadas a pagar a los demandantes por concepto de perjuicios materiales la suma de \$200.000.000, por concepto de perjuicios morales el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para su madre, cónyuge, hijos, hermanos y sobrinos, y por alteración de las condiciones de existencia el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para su madre e hijos.

Que el valor de condena sea reajustado teniendo en cuenta los índices de precios al consumidor, conforme a certificación del DANE, que se reconozcan los intereses comerciales moratorios desde el momento en que quede ejecutoriado el fallo, y que se condene en costas a las demandadas.

## III.- PROVIDENCIA IMPUGNADA

El juzgado de primera instancia declaró a la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Ejército Nacional, administrativa y patrimonialmente responsables solidariamente del daño antijurídico padecido por los demandantes, con ocasión de la muerte del señor JUAN MARTÍN MENDIETA ARIAS en la incursión paramilitar perpetrada en el municipio de Agustín Codazzi, Cesar, ocurrida el 23 de septiembre de 1996.

Como consecuencia condenó solidariamente a las entidades demandadas a indemnizar por concepto de daño moral el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de su madre, compañera permanente e hijos, y el equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de sus hermanos y para su cuñada, por concepto de daño material en la modalidad de lucro cesante, la suma de \$223.627.559 para la compañera de la víctima, \$94.321.375 para su hijo y \$129.768.654, para su hija.

Así mismo, ordenó a la entidades accionadas, ofrecer excusas a los demandantes en una ceremonia privada que debería efectuarse dentro de los 3 meses siguientes a la fecha de la ejecutoria del fallo, siempre que los mismo así lo consientan, repudiando clara y categóricamente la violación de los derechos humanos, con el compromiso claro y contundente de tomar los correctivos para que lo acontecido no vuelva a suceder.

Para tomar esta decisión, el Juzgado consideró que en el presente caso no fue demostrado por parte de la Policía o el Ejército Nacional que se hayan desplegado

acciones afirmativas encaminadas a neutralizar la incursión paramilitar que se realizó en las horas de la madrugada en el municipio de Agustín Codazzi- Cesar, sino que, por el contrario, resulta evidente la tolerancia respecto de los actos delictivos y la omisión por parte de los agentes estatales, por cuanto el grupo paramilitar de las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá no solamente se desplazó según la versión rendida ante la justicia ordinaria por Hernán de Jesús Fontalvo Sánchez alias "el pájaro", desde el municipio de Bosconia hasta Codazzi, sin encontrar retén militar o policial a su paso que los detuviera, sino que la acción había sido previamente coordinada por el paramilitar Salvatore Mancuso con las autoridades.

También sostuvo que de las declaraciones recibidas se tiene que la estación de Policía se encontraba a 6 minutos en carro y también había presencia de Ejército Nacional a 15 minutos de la zona donde se realizó la incursión paramilitar, sin embargo dichas autoridades omitieron su deber de prestar vigilancia y seguridad para con los habitantes de Agustín Codazzi.

#### IV.- RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional solicita que se revoque el fallo de primera instancia y por consiguiente se den por probadas las excepciones formuladas dentro del presente proceso, argumentando que si bien, existe un daño, el cual se concreta en la muerte del señor JUAN MARTÍN MENDIETA, a dicho daño no es posible atribuirle la característica de antijuridicidad, toda vez que los hechos fueron realizados por un tercero, las Autodefensas unidas de Colombia- AUC-.

Resalta que los demandantes nunca pusieron en conocimiento de las autoridades correspondientes ser objeto de amenazas, ni tampoco acudieron a solicitar ayuda de protección.

Asegura que al proceso no se arrimó una prueba siquiera sumaria que permita inferir que el Ejército no actuó cumpliendo sus deberes constitucionales, pues lo único que tuvo el fallador de instancia para adoptar una decisión de fondo, fue noticias o comunicaciones de diarios o periódicos de la época, así como las declaraciones de unos postulados de las AUC, pero allí en ningún momento se nombra la permisividad del Ejército para realizar estos hechos.

En el mismo sentido, la Policía Nacional el Estado manifiesta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia, señalando que en sub judice no se encuentra acreditada la falla en el servicio endilgado a la Policía Nacional, teniendo en cuenta que no era de conocimiento de la Institución las actividades ilegales que pretendía llevar a cabo dicho grupo el día 23 de septiembre de 1996, es decir, que no podía saber la Policía que ese día y a la hora en que ocurren los hechos este grupo ilegal llegaría a sacar a determinadas personas con el ánimo de causar daño a su vida e integridad y someterlas a una desaparición.

Aunado a lo anterior, afirma que no se encuentra acreditado que los habitantes del sector solicitaran protección especial por considerar que su vida corría peligro, no se tiene pruebas de que el señor JUAN MARTÍN MENDIETA ARIAS, hubiera solicitado medida de protección por considerar que su vida corría peligro, y tampoco hay prueba que demuestre que la Policía Nacional participó en los hechos.

Insiste que la acción que dio origen al perjuicio cuyo resarcimiento se reclama no es una acción realizada por la institución policial, ya que la muerte de JUAN MARTÍN MENDIETA ARIAS, fue como consecuencia de una actividad perpetrada por un grupo de terceras personas, quienes delinquieron al margen de la ley y no tienen ninguna relación con la administración pública y solo buscan con su accionar causar daños.

Considera que se configura la causal denominada el hecho determinante de un tercero. De otro lado, explica que en el municipio de Agustín Codazzi, existe de forma permanente un grupo de policías adscritos a la Estación de Policía que tiene como finalidad prestar seguridad a dicho municipio y sus zonas aledañas incluida la integridad física y moral de los ciudadanos que allí residen y los bienes que posean. Pero que la institución no está obligada a cumplir lo imposible en materia de seguridad, como sería colocar a cada ciudadano o grupo de ciudadano un agente de policía para que los cuide y asegure sus bienes.

Sostiene que no hay prueba dentro del proceso que permita inferir que existió alguna falla en el servicio por omisión de protección, más si se tiene en cuenta que de acuerdo a los hechos que se narran en la demanda, los paramilitares ingresaron en las horas de la noche, anotando que esta cabecera municipal no se tenía alertas o antecedentes donde se pudiera inferir que se estaría adelantando una situación como esta.

No comparte la relación del libro del señor Arangure Molina, con los hechos motivos del litigio, en el entendido de que ya existen varios pronunciamientos del Consejo de Estado, con respecto a este tema, de igual forma es un interpretación del Despacho, pero que nunca se debatió en el proceso.

#### V.- ALEGATOS

En esta oportunidad procesal, el apoderado de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, básicamente reitera los argumentos del recurso de apelación, haciendo énfasis que en el presente caso nos encontramos frente al hecho de un tercero, como elemento estructurante de causal de exoneración en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, pues todas las pruebas que sustentan la demanda recaen sobre alegaciones diversos hechos en los cuales se le imputa responsabilidad por la muerte del señor JUAN MARTÍN MENDIETA a manos de las AUC, lo que torna imposible la configuración de una falla del servicio por acción o por omisión por parte del Estado, dado que no hay registros, ordenes de operaciones, ordenes de trabajo u otros que lleve a que estos hechos se hicieron bajo alguna orden militar o por omisión.

La Policía Nacional repite las manifestaciones expuestas en el recurso de apelación, por lo tanto no se mencionan.

Por su parte, la parte de los demandantes insiste en que el Estado tiene la obligación de reparar el faño causado a los accionantes a causa de la omisión administrativa que se les endilga, como quiera que las pruebas documentales dan cuenta de la presencia de la fuerza pública en el lugar y momento en que inicia la ocurrencia del hecho dañoso, sin embargo no se pudo demostrar que se hayan desplegado acciones afirmativas encaminadas a repeler la incursión paramilitar que se realizó en horas de la madrugada en el municipio de San Agustín Codazzi, Cesar, por el contrario obra la declaración del criminal que ejecutó la conducta delictiva, a saber, el confeso paramilitar HERNÁN DE JESÚS FONTALVO

SÁNCHEZ, alias "El Pajaro2, quien afirma que el grupo paramilitar actuó de la mano con la Policía de la zona por ser esta una operación coordinada.

## VII.- CONSIDERACIONES

### 7.1. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar o no a revocar la sentencia de primera instancia, que accedió a las pretensiones de la demanda, porque en consideración de las entidades demandadas, no hay lugar a declarar la responsabilidad extracontractual del Estado por el daño a la integridad física y el desplazamiento forzado del señor Juan Martín Mendieta Arias, en hechos ocurridos el 23 de septiembre de 1996, en el municipio de Agustín Codazzi, Cesar, por cuanto se encuentran configurados los elementos para que opere la causal eximente de responsabilidad del hecho exclusivo y determinante de un tercero.

### 7.2. De la responsabilidad patrimonial del Estado por homicidios perpetrados por grupos al margen de la ley.

En jurisprudencia constante, se ha determinado el alcance de la responsabilidad del Estado por actos terroristas bajo la óptica de la falla del servicio, sin perjuicio de señalar que según la posición mayoritaria también se ha determinado la exigibilidad de responsabilidad patrimonial del Estado en esos supuestos con base en los títulos del riesgo excepcional o daño especial, según cada caso. Así:

*"De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, los daños sufridos por las víctimas de hechos violentos cometidos por terceros son imputables al Estado cuando en la producción del hecho intervino la administración, a través de una acción u omisión constitutivas de falla del servicio, como en los eventos en los cuales el hecho se produce con la complicidad de miembros activos del Estado, o la persona contra quien iba dirigido el acto había solicitado protección a las autoridades y éstas no se la brindaron, o porque en razón de las especiales circunstancias que se vivían en el momento, el hecho era previsible y no se realizó ninguna actuación dirigida a evitar o enfrentar eficientemente el ataque"*<sup>1</sup>.

*También ha determinado la Sala la imputabilidad al Estado por los daños sufridos por quienes son sometidos a la exposición a un riesgo de naturaleza excepcional, creado por la administración en cumplimiento del deber constitucional y legal de proteger a la comunidad en general. Ha dicho la Sala:*

*"En otros eventos..., la imputabilidad surge de la creación de un riesgo, que es considerado excepcional, en la medida en que supone la puesta en peligro de un grupo particular de ciudadanos, como consecuencia del desarrollo de una actividad dirigida a proteger a la comunidad en general. No se trata aquí, entonces, de la existencia de una acción u omisión reprochable de la administración, sino de la producción de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por ésta, en cumplimiento de sus funciones. Y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace evidente la ruptura del equilibrio frente*

<sup>1</sup> Sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado de fechas 16 de julio de 1996, exp: 422, y de 29 de agosto de 1996, exp: 10.949, entre muchas otras.

a las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado<sup>2</sup>

*Para que el hecho violento del tercero pueda ser imputable al Estado, se requiere que éste haya sido dirigido contra un establecimiento militar o policivo, un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula estatal.*

*Por lo tanto, se ha considerado que no le son imputables al Estado los daños causados por actos violentos cometidos por terceros cuando éstos son dirigidos indiscriminadamente contra la población, con el fin de sembrar pánico y desconcierto social, y no contra un objetivo estatal específico, bien o persona, claramente identificable como objetivo para los grupos al margen de la ley<sup>3</sup>.*

Acerca de la falla del servicio de protección, el Consejo de Estado ha afirmado:

*“La concepción jurídica en la fijación de esos deberes de defensa de la soberanía, independencia e integridad del territorio nacional y del orden constitucional, por su propia naturaleza, implica que esos intereses jurídicos tutelados estén amenazados o se estén vulnerando; que la situación de amenaza o de vulneración sean ciertas, concretas, determinadas y por tanto previsible en las circunstancias de tiempo y lugar, porque el modo delincencial siempre es sorpresivo; el conocimiento por parte del Estado de una situación de esas, jurídicamente lo incita, a poner en movimiento su actuar.*

*Cuando el derecho a recibir protección de las autoridades en la vida, honra y bienes, ha sido quebrantado y se han producido daños no solo a los intereses colectivos sino a los individuos que de él hacen parte, el afectado tiene acción indemnizatoria frente al agente o agentes del daño; el Estado será agente del daño en concurrencia con otros cuando acaezcan las situaciones especiales y fundadas de exigibilidad (previsibilidad) de la obligación de presencia para evitar o conjurar la alteración, que ya se explicaron.*

*Esa ha sido la jurisprudencia de la Corporación, antes transcrita, además citada textualmente por la Corte Constitucional en sentencia proferida el día 24 de enero de 2001, mediante la cual definió el juicio de constitucionalidad contra los incisos 3 y 5 del parágrafo 1 del artículo 8 de la ley 418 de 26 de diciembre de 1997 “por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”; dijo:*

*‘(...) no existe norma constitucional que disponga la presencia permanente, efectiva y real de la fuerza pública en todas y cada una de las zonas geográficas del territorio nacional. Por el contrario, la localización de los militares puede obedecer a estrategias que son válidas en el ejercicio de la función castrense y que deben ser juzgadas y evaluadas con criterios políticos y de capacidad militar, obviamente, dirigidas por el Presidente de la República como comandante supremo de las fuerzas armadas.*

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2000, exp. 11518.

<sup>3</sup> Sentencia del 20 de mayo de 2004, exp. 14405, C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

*15. A lo anterior podría objetarse que la Corte elimina la responsabilidad por omisión de la fuerza pública porque admite que aquella puede ausentarse de las poblaciones colombianas. Esa tesis no es de recibo, como quiera que lo que esta Corporación considera no es que la fuerza pública deje de cumplir con sus funciones, sino que a los militares no puede exigírsele lo imposible materialmente, esto es, su presencia en cada uno de los rincones del país.*

*Es más, en procesos de responsabilidad extracontractual del Estado, el máximo órgano de lo contencioso administrativo ha reconocido que "el estado notorio de guerra que afronta el país desde aquella época, no imponía a la demandada (Policía Nacional) la obligación de estar presente en todos y cada uno de los rincones de la patria ...frente a la delicada situación de orden público vivida, no podría exigírsele a todas las autoridades públicas competentes, seguridad y vigilancia absoluta" Consejo de Estado. Sentencia de 6 de noviembre de 1997, la tesis de la falla en el servicio relativa viene siendo acogida por esa Corporación en reiteradas oportunidades, dentro de las cuales pueden verse las sentencias del 25 de marzo de 1993, del 15 de marzo de 1996 y 3 de noviembre de 1994, todas de la sección tercera.*

*No obstante, cuando surjan elementos que permitan prever la posible incursión de grupos al margen de la ley, en zonas donde no hay presencia de la fuerza pública, las autoridades están en la obligación de adoptar mecanismos especiales que garanticen la protección de la población civil"<sup>4</sup>.*

El Consejo de Estado también ha declarado la responsabilidad patrimonial del Estado por la falla del servicio configurada a partir de la omisión de las autoridades de acudir en debido tiempo a defender la vida, honra, integridad, libertades, derechos y bienes de los ciudadanos, así como la negligencia en el diseño de medidas de contención ante la ocurrencia de incursiones por parte de grupos armados al margen de la ley, cuando su posible o inminente ocurrencia hubiere sido denunciada ante las autoridades civiles o militares:

*"Lo anterior resulta suficiente para concluir que el hecho por el cual se demanda era totalmente previsible porque la Fuerza Pública tenía pleno conocimiento del planeamiento del atentado terrorista para la época en que efectivamente ocurrieron los hechos por los cuales se demanda, al punto que en uno de los poligramas remitidos a las estaciones de Policía se señaló como posibles fechas del mismo los días 9, 10, 17 y 19 del mes de julio de 1994 y el atentado en el municipio de La Calera ocurrió, precisamente, ese 19 de julio.*

*(...) De manera que a pesar de ser un hecho previsible no se adoptaron las medidas pertinentes para prevenir o para contrarrestar el ataque.*

*También se advierte, que a pesar de que se conocía claramente la intención guerrillera de efectuar una toma en el municipio y aun habiéndose reportado la información respecto de su ocurrencia, hacia las 9:00 p.m., en el sentido de que los subversivos estaban atacando esa localidad, lo cual encuentra soporte probatorio tanto en el informe rendido por el Secretario de Gobierno del Departamento de Cundinamarca, quien afirmó que tan pronto tuvo*

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2004, Exp. 13318, C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

*conocimiento de la ocurrencia del hecho reportó la información al Departamento de Policía como de la declaración del agente Vidal Quintero, según la cual el Coronel de Departamento también intuyó que los guerrilleros se dirigían hacia La Calera, la Fuerza Pública sólo llegó al municipio dos horas después de que se había iniciado el ataque y cuando ya los subversivos habían abandonado el lugar.*

(...)

*Así pues, a pesar de que la Fuerza Pública tuvo conocimiento previo de la intención subversiva, que posteriormente se materializó mediante los hechos a que se ha venido haciendo alusión, lo cierto es que sólo llegó a hacerle frente al ataque guerrillero después de dos (2:00) horas de haberse iniciado, para lo cual únicamente contempló y utilizó la vía terrestre, partiendo desde el Distrito Capital de Bogotá y sin que al parecer, para ello, se hubieren diseñado con suficiente anticipación planes efectivos y serios de contingencia o de reacción inmediata, respecto de cuya existencia ninguna mención se hizo, siquiera, dentro del proceso que aquí se falla, de lo cual se infiere que la parte demandada no sólo no adoptó las medidas necesarias e indispensables para evitar, disuadir o prevenir el ataque de manera efectiva –ex ante–, sino que, peor aún, nada realmente efectivo hizo para reducirlo, neutralizarlo o al menos contrarrestarlo –ex post– cuando ya tuvo conocimiento acerca de su realización”<sup>5</sup>*

Como se puede apreciar del examen de los precedentes jurisprudenciales citados, es posible afirmar que la responsabilidad del Estado se puede ver comprometida en el marco de actividades terroristas cuando quiera que se verifique la configuración de una falla del servicio, sin que ello determine, en manera alguna, que la obligación que el ordenamiento jurídico radica en cabeza del Estado para proteger la vida, integridad, derechos, libertades y bienes de los ciudadanos pueda considerarse de carácter absoluto, sino relativo; su análisis, por tanto, debe realizarse a partir de las especiales condiciones de cada caso concreto.

### 7.3. Caso concreto.

Para que se pueda declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, el juez debe verificar la existencia de tres elementos, a saber: i) la existencia de un daño antijurídico; ii) la imputación del daño por la acción u omisión de la Autoridad Pública; y iii) el nexo de causalidad existente entre el daño y la imputación.

#### EL DAÑO ANTIJURÍDICO.

Tal como lo encontró demostrado el Juez en su providencia y no es discutido por los sujetos procesales, el daño antijurídico en el presente asunto corresponde al acaecimiento de la desaparición y posterior muerte del señor JUAN MARTÍN MENDIETA ARIAS, en hechos ocurridos el 23 de septiembre de 1996, en el municipio de Agustín Codazzi, Cesar, cuando un grupo de hombres fuertemente armados entró en el casco urbano del municipio mencionado y procedió a sacar de sus lugares de habitación de manera selectiva a once (11) personas habitantes de la localidad, entre las cuales se encontraba el señor MENDIETA ARIAS, después de lo cual pasado 12 años en una diligencia de exhumación en la hacienda “Siboney” ubicada en el municipio de Bosconia- Cesar fueron hallados sus restos óseos.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de abril de 2008, Exp. 18.769 (Acumulados 12.561, 12.581, 12.582).

Lo anterior encuentra sustento en los siguientes medios probatorios obrantes en el expediente:

- Copia auténtica del registro civil de defunción del señor JUAN MARTÍN MENDIETA ARIAS, en el cual se consigna como fecha de la defunción el 23 de septiembre de 1996, según inscripción efectuada por la Fiscalía 177 Sub. Unidad de Apoyo, el 7 de diciembre de 2011 (fl.45).
- Copia auténtica de la sentencia de fecha 23 de mayo de 2011, proferida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado Descongestión- Adjunto de Valledupar, mediante la cual se declara responsable penal y civilmente a HERNÁN DE JESÚS FONTALVO SÁNCHEZ alias "EL PAJARO", como coautor de los delitos de Homicidio Agravado y Secuestro Extorsivo, por lo hechos ocurridos el 23 de septiembre de 1996 en el municipio de Agustín Codazzi- Cesar, donde resultó muerto el señor JUAN MARTÍN MENDIETA ARIAS, y otros (fls. 54-63).

#### LA IMPUTACIÓN.

A partir del daño sufrido por la parte demandante, corresponde a la Sala determinar, a luz del acervo probatorio, si en el caso que ahora se decide en segunda instancia se configuraron los elementos que permiten dar paso a la declaratoria de responsabilidad patrimonial de las entidades demandadas por los hechos ocurridos el 23 de septiembre de 1999 en la población de Agustín Codazzi, Cesar perpetrados por miembros de las mal llamadas autodefensas, esto es: i) si el hecho se produjo con la complicidad de miembros activos del Estado; o, ii) si la persona contra quien iba dirigido el acto había solicitado protección a las autoridades y éstas no se la brindaron, o porque en razón de las especiales circunstancias que se vivían en el momento, el hecho era previsible y no se realizó actuación alguna dirigida a evitar o enfrentar eficientemente el ataque.

Con el fin de establecer la imputación de los hechos objeto de la demanda que ahora se decide, obran en el expediente los siguientes medios de prueba:

- La sentencia de fecha 23 de mayo de 2011, proferida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado Descongestión- Adjunto de Valledupar, de la que se destaca las siguientes consideraciones:

"(...)

*Ahora bien, en lo que respecta a la materialidad de los Homicidios de GIOBERTO TORRES LASCARRO, CARLOS JOSÉ CUELLO DAZA, JUAN MARTÍN MENDIETA ARIAS, JOSÉ EULISES MENDIETA LÓPREZ y EDITH VERGARA RAMÍREZ, se encuentra acreditada con las pruebas arrojadas al proceso; es así como obra en la actuación procedimental penal registros civiles de defunción con seriales No. 04448363, 04448241, registros de defunción por muerte presunta con indicativos seriales No. 3480891, 3480843, 2898051, adjuntos al informe rendido en fecha once (11) de enero de 2011, por el Investigador de Campo FPJ-11-, en el cual se consigna la información adicional suministrada por familiares de las víctimas, en ellas refieren que los restos de sus familiares fueron encontrados de acuerdo a las versiones dadas por el ex combatiente de las AUC FRANCISCO GAVIRIA alias "Mario" quien confesó su participación en éstos hechos. De tal manera que, sobre éste tópico no existe dubitación alguna.*

*Atinente a la responsabilidad penal, en Indagatoria de fecha enero veintiséis (26) de dos mil once (2011), HERNÁN DE JESÚS FONTALVO SÁNCHEZ alias "El Pájaro", expresó ser paramilitar, vinculado a las autodefensas campesinas de Córdoba y Urabá al mando de CARLOS CASTAÑO y SALVATORE MANCUSO, desde 1992 cuando se incorporó en Tierra Alta- Córdoba, hasta el cuatro (4) de mayo de 1997 cuando fue capturado en el departamento de La Guajira, con operatividad en Córdoba, Cesar, Magdalena, Guajira, Atlántico y Santander, en inicio estuvo como patrullero, luego como urbano, hasta alcanzar la posición de Comandante de Grupo en Codazzi- Cesar, actualmente vinculado al programa de justicia y paz. En relación a los hechos ocurridos en fecha septiembre 23 de 1996 en dicho municipio, aceptó su coautoría a lo cual expresó: "Sí participé en ese hecho, eso lo ordena SALVATORE MANCUSO GÓMEZ, ese hecho se da cuando las autodefensas entran al Cesar...". Seguidamente dice "... el informante ahí en la finca de CARLOS MATTOS comenta la genta que tiene para entregar y se manda a alistar a la gente y se le comenta que se va hacer un operativo al Municipio de Codazzi- Cesar, el señor MANCUSO coordina todo con las autoridades, se parte como a las diez de la noche de Bosconia rumbo a Codazzi, Cesar,... yo iba en la camioneta Dodge ram blindada, color rojo con el señor MANCUSO, que el dueño era JORGE GNECCO ahí iba el PAPA TOVAR, EL ESPELUCAO, mi persona, EMIRO OVIEDO TORRES, iban tres camionetas más con el personal que se iba hacer las incursiones..." en otro aparte sostiene; "... se llegó a Codazzi, Cesar de once y media para doce de la noche y se dio la orden de sacar a la gente, ese se sacó a la gente en tres camionetas... BALTAZAR duró unos días con ellos ahí, después dieron la orden de desaparecer a esa gente, unos los enterraron ahí, esos cuerpos ya los entregaron MARIO los entregó..."<sup>6</sup>*

- Copia del Oficio S-2015- N°00141DISPO #3 ESCO D 29.27 de fecha 24 de febrero de 2015, suscito por el Comandante Estación de Policía Agustín Codazzi, Cesar, en el que informa: "...que una vez revisado la base de archivo del Comando de Estación, no se encontró ningún antecedente relacionado con esta información solicitada (ni medidas protectivas, ni solicitudes de protección)..." (fl.125).
- Copia del Oficio S-2015- 004853/ SEPRO- GUPRO- 29.25 de fecha 26 de febrero de 2015, enviado por el Jefe Seccional de Protección y Servicios Especiales de la Policía Nacional Seccional Cesar, a los Responsables de Pruebas- Unidad Defensa Judicial DECES, en el que se señaló: "... se le informa que no se tiene información de solicitud de protección especial a favor del señor JUAN MARTÍN MENDIETA ARIAS". (fl. 127).
- Oficio No. 0190/MDN-CGFM-CE-DIV01- BR10- BAPOP-S3-OP-29.25 de fecha 13 de enero de 2015, emitido por el Suboficial Archivo Operacional BAPOP, en el que indicó: "Verificados la base de datos del archivo operacional de la sección tercera, no se halló registro sobre la incursión de un grupo paramilitar en el municipio de Agustín Codazzi". (fl. 157).
- Oficio No. 0244/MDN-CGFM-CE-DIV1- BR10- BAPOP-S3-OP-29.71 de fecha 17 de enero de 2015, a través del cual el Jefe de Sección Segunda Batallón de Artillería No. 2 "La Popa", informa que : "...fueron revisadas las bases de datos y archivos que se encuentran en la Sección Segunda de

<sup>6</sup> Ver folios 57-58 del expediente.

*Unidad Táctica, y No se encontró documentación soporte sobre los hechos ocurridos el día 23 de septiembre de 1996, donde hubo incursiones de grupos paramilitares en Agustín Codazzi (Cesar)...* (fl. 158).

- Oficio No. 283/MDN-CGFM-CE-DIV1- BR10- GGCES-CJM de fecha 8 de abril de 2015, firmado por el Comandante Grupo Gaula Militar Cesar, en el que informa “... que una vez revisada la sección de inteligencia de Operaciones de esta Unidad, nos encontró documentos relacionado con los hechos ocurridos el día 23 de septiembre de 1996 en horas de la madrugada cuando incursionó un grupo de paramilitares en el municipio de Codazzi, donde el señor JUAN MARTÍN MENDIETA fue sacado de su vivienda con el pretexto de que era auxiliador de la guerrilla y posteriormente fueron encontrados sus restos óseos en diligencia de exhumación en la hacienda Siboney el día 8 de febrero de 2008” (fl. 159).
- Certificación de fecha 3 de octubre de 2016, expedida por el Defensor del Pueblo Regional Cesar, en la que hace constar que: “El Sistema de Alertas Tempranas (SAT) de la Defensoría del Pueblo comenzó a ponerse en vigor en el año 2001 razón por la cual con anterioridad a esta fecha no existen Alertas tempranas ni informes de Riesgo de ningún tipo” (fls. 202-203).
- Oficio No. 443 de fecha 9 de noviembre de 2016, a través del cual el Personero Municipal de Agustín Codazzi, Cesar, informa que NO tuvo conocimiento del ingreso de grupos al margen de la Ley en el Municipio, y que en los archivos de la Personería tampoco reposo oficio enviado por el Ministerio de Defensa, ni por las autoridades judiciales, militares y policiales por Alerta Temprana sobre presencia o incursión de estos grupos al margen de la ley, AUTODENFESAS UNIDAD DE COLOMBIA, para el 23 de septiembre de 1996. (fl. 212).
- Oficio No. S-2016-049071/ SUBCO- GUTAH-29 de fecha 5 de diciembre de 2016, mediante el cual el Jefe Grupo de Talento Humano DECES (E) en respuesta al requerimiento del Juzgado Segundo Administrativo de Valledupar, informa que según oficio No. 09085 /DISPO#3 ESCOD emanado de la Estación de Policía Codazzi, afirma que para esa época- 23 de septiembre de 1996- si había presencia policial en ese municipio (fls. 213-214).

A la luz del acervo probatorio allegado al expediente, la Sala encuentra que le asiste razón al *a quo* al haber encontrado probada la responsabilidad patrimonial de las entidades demandadas. En efecto, si bien es cierto no existen pruebas directas, que permitan establecer el conocimiento previo por parte de las autoridades policiales y militares frente al ataque armado que propinaron las UAC a los pobladores de Codazzi, Cesar, las decisiones penales emitidas en contra de quien participó en los hechos, reflejan que las AUC planearon y ejecutaron la escalada violenta de la que resultó muerto el señor JUAN MARTÍN MENDIETA, con la anuencia de la Fuerza Pública, lo que permite deducir que las autoridades tuvieron conocimiento previo de la situación y pese a ello asumió una conducta pasiva, indiferente, dejando a la población civil desamparada merced de los ataques insurgentes.

En este punto, también debe precisar que el homicidio múltiple en el municipio de Codazzi, Cesar, se produjo en similar contexto de otros ataques, acaecidos dentro del proyecto criminal de las AUC entre 1996 y 1998, en los que el Consejo de

Estado<sup>7</sup> declaró la responsabilidad patrimonial del Estado, bajo la consideración de que los entes demandados, *“... con sus conductas omisivas, dejaron desprotegidos a los habitantes de Puerto Alvira, quienes ese fatídico 4 de mayo de 1998 quedaron a merced de un grupo de autodefensas, en lo que fue una masacre ampliamente anunciada ...”*.

La responsabilidad patrimonial de las entidades demandadas está debidamente demostrada, esto por cuanto en el expediente se encuentra el argumento esbozado por la parte demandante, avalado por el Juez de primera instancia en torno a que la incursión del grupo paramilitar el día 23 de septiembre en el municipio de Agustín Codazzi, fue en coordinación con las autoridades, pues así lo mencionó el señor HERNÁN DE JESUS FANTALVO SÁNCHEZ alias “EL PAJARO”, quien fuera condenado como coautor de los delitos de Homicidio Agravado y Secuestro Extorsivo, con ocasión a los hechos aquí narrados, lo cual toma mayor credibilidad, si se tienen en cuenta que en el municipio de Codazzi, para la época había presencia policial, quienes indudablemente debieron percatarse de lo que acontecía en esa fatídica madrugada, máxime cuando se tiene por cierto que fueron más de 10 viviendas las que irrumpieron los hombres pertenecientes al grupo ilegal, denotándose de esta manera, que tal acción criminal se tuvo que extender por un tiempo considerable, en el que las autoridades policiales adscritas a la Estación del municipio y los militares asentados a muy corta distancia, pudieron haber actuado a fin de materializar su obligación constitucional de mantener y preservar el orden público y de proteger la vida de los habitantes de Agustín Codazzi, Cesar, entre ellas la del señor MENDIETA ARIAS.

En casos como el que aquí se analiza, el Consejo de Estado ha considerado que debe mediar una flexibilidad a los estándares probatorios, toda vez que:

*“... en la gran mayoría de casos, las graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario en Colombia, cometidas en el marco del conflicto armado interno, han acaecido en zonas alejadas de los grandes centros urbanos y en contextos de impunidad<sup>60</sup>. Lo anterior ha producido que las víctimas, como sujetos de debilidad manifiesta, queden en muchos casos en la imposibilidad fáctica de acreditar estas afrentas a su dignidad humana. Más aun, cuando no se ha llevado una investigación seria por parte de las autoridades competentes, como en este caso, lo cual se traduce en una expresa denegación de justicia”<sup>8</sup>*

En efecto, la Sala Plena de dicha Corporación, sostuvo que *“... el juez administrativo, consciente de esa inexorable realidad, deberá acudir a criterios flexibles, privilegiar la valoración de medios de prueba indirectos e inferencias lógicas guiadas por las máximas de la experiencia, a efectos de reconstruir la verdad histórica de los hechos y lograr garantizar los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación de las personas afectadas*

Así las cosas, para la Sala resulta claro que el Ejército Nacional y la Policía Nacional fallaron en su deber constitucional de proteger la vida, derechos, libertades y bienes de los habitantes de Agustín Codazzi, Cesar al omitir la adopción de medidas adecuadas que pudieran evitar o al menos prevenir de manera efectiva la ocurrencia de los hechos del 23 de septiembre de 1996 en el

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, fallo de 13 de febrero de 2013, exp. 25.310, M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, M.P. Dr. Ramiro Pazos Guerrero, expediente 32.988.

curso de los cuales se produjo la muerte en circunstancias atroces del señor JUAN MARTÍN MENDIETA ARIAS. Por el contrario, se tiene que uno de los participantes en referenciados hechos confesó la colaboración de la Fuerza Pública en esa escalada paramilitar, aspecto que, aunque no pudo ser corroborado en forma directa con otros medios de prueba de este proceso, lo cierto es que ello puede quedar establecido como un hecho veraz, pues los supuestos facticos y la realidad social del país dan cuenta que los paramilitares actuaron de hecho en una situación y en zonas que estaban bajo el control del Estado de modo que, como mínimo, se esperaba una respuesta del Estado para proteger sus vidas e integridades, lo que evidentemente no sucedió.

Al respecto, vale la pena recordar lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un caso similar al que ahora se estudia, de la siguiente manera:

*“La Corte observa que, si bien los hechos ocurridos entre el 15 y el 20 de julio de 1997 en Mapiripán fueron cometidos por miembros de grupos paramilitares, la preparación y ejecución de la masacre no habría podido perpetrarse sin la colaboración, aquiescencia y tolerancia, manifestadas en varias acciones y omisiones, de miembros de las Fuerzas Armadas del Estado, inclusive de altos funcionarios de éstas de las zonas. Ciertamente no existen pruebas documentales ante este Tribunal que demuestren que el Estado dirigiera directamente la ejecución de la masacre o que existiese una relación de dependencia entre el Ejército y los grupos paramilitares o una delegación de funciones públicas de aquél a éstos. No obstante, al analizar los hechos reconocidos por el Estado, surge claramente que tanto las conductas de sus propios agentes como las de los miembros de grupos paramilitares son atribuibles a Colombia en la medida en que éstos actuaron de hecho en una situación y en zonas que estaban bajo el control del Estado. En efecto, la incursión de los paramilitares en Mapiripán fue un acto planeado desde varios meses antes de julio de 1997, ejecutado con pleno conocimiento, provisiones logísticas y la colaboración de las Fuerzas Armadas, quienes facilitaron la salida de los paramilitares desde Apartadó y Necoclí y su traslado hasta Mapiripán en zonas que se encontraban bajo su control y dejaron desprotegida a la población civil durante los días de la masacre mediante el traslado injustificado de las tropas a otras localidades (supra párrs. 96.30 a 96.39, 96.43 y 116).*

*La colaboración de miembros de las fuerzas armadas con los paramilitares se manifestó en un conjunto de graves acciones y omisiones destinadas a permitir la realización de la masacre y a encubrir los hechos para procurar la impunidad de los responsables. En otras palabras, las autoridades estatales que conocieron las intenciones del grupo paramilitar de realizar una masacre para infundir temor en la población, no sólo colaboraron en la preparación para que dicho grupo pudiera llevar a cabo estos actos delictuosos, sino también hicieron parecer ante la opinión pública que la masacre fue perpetrada por el grupo paramilitar sin su conocimiento participación y tolerancia, situaciones que están en contradicción con lo ya acreditado en los hechos probados y reconocidos por el Estado (...).<sup>9</sup>*

<sup>9</sup> CRIDH, Caso la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005.

En ese sentido, tal como lo consideró el *a quo* el señalamiento hecho por uno de los condenados por este hecho ocurrido el 23 de septiembre de 1996, en Codazzi, Cesar, no puede ni debe pasar desapercibido frente a la Sala, por cuanto constituye un aspecto que no solo milita en pro de la argumentación que a lo largo de este fallo se ha edificado en punto de la responsabilidad que le asiste tanto a la Policía como al Ejército Nacional por el daño causado a la parte actora, sino porque además ha sido un tema o, mejor, una problemática que se ha encontrado cada vez con mayor recurrencia en los asuntos sometidos a la decisión de la jurisdicción contencioso administrativa, así como lo sostuvo el Consejo de Estado recientemente<sup>10</sup>.

De acuerdo, a lo anterior para la Sala, se evidencian conductas omisivas reprochables en contra del Ejército Nacional y de la Policía Nacional, por las cuales es posible endilgarles la responsabilidad de los perjuicios causados a los demandantes por la muerte del señor JUAN MARTÍN MENDIETA ARIAS.

Entonces y dadas las circunstancias del caso en concreto, a partir de la muerte del señor JUAN MARTÍN MENDIETA ARIAS es lógico y dable inferir la probanza de la afectación de sus parientes cercanos. Por tanto, se encuentra demostrado el grado del daño causado a los demandantes de acuerdo como a bien lo estableció el *A quo* con fundamento en las pruebas obrantes.

Ahora, en lo relacionado con los perjuicios reconocidos, cabe recordar que la indemnización otorgada por los perjuicios morales y materiales, no es restitutoria, ni reparatoria, pero si compensatoria, lo cual supone igualar el daño en sentido opuesto, con su reparación, reconocimiento que debe sujetarse a los preceptos legales y constitucionales que se han establecido y que por tanto esta instancia, se remite a lo dispuesto por el *A quo* encontrándola ajustada a derecho teniendo en cuenta el material probatorio aportado.

De esa manera esta Corporación procederá a confirmar en su integridad la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, por encontrar conforme a derecho

No habrá condena en costas, por no haberse probado su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el 20 de junio de 2017, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

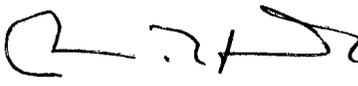
TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

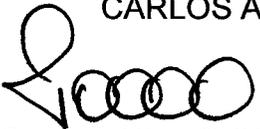
Cópiese, notifíquese y cúmplase.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección A, sentencia de 14 de septiembre de 2016, exp. 34.349, M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 085.

  
DORIS PINZÓN AMADO  
Magistrada

  
CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA  
Magistrado

  
JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA  
Magistrado