

República de Colombia



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

Medellín, veintinueve (29) de junio de dos mil diez (2010)

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO
RADICADO: 2006-00082
SENTENCIA: No. 055

Tema: Responsabilidad estatal. Legitimación e interés en la demandante en acción de reparación directa. Compañera permanente. Arma de fuego. Presunta muerte en combate-excepción de culpa exclusiva de la víctima. Apreciación de la prueba trasladada. Liquidación de perjuicios morales.

La señora **DIOSELINA LOPEZ MONSALVE**, quien obra en nombre propio y en representación judicial de sus hijos, menores de edad, **JOSE ANGEL** y **LEYDY YOHANA HIGUITA LOPEZ**; y **LUZ MARINA, FLOR ALBA, ACELYD HIGUITA** y **JHON JAIRO LOPEZ HIGUITA**, mediante apoderado judicial, por escrito de 16 de junio de 2006, presentaron demanda contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL**, en ejercicio de la **ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA**, consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, para que mediante sentencia que defina la primera instancia se acceda a las siguientes,

PETICIONES

1. Que se declare administrativamente responsable a la **NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL**, de los perjuicios que sufren los demandantes, por la muerte del señor **JOSE ANGEL HIGUITA**, ocurrida en el municipio de Dabeiba, sitio Godó, el día 13 de noviembre de 2005.

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

2. Como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la Entidad demandada al pago de los siguientes perjuicios: a) por concepto de perjuicios morales, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de los demandantes; b) por concepto de perjuicios materiales, a favor de la señora **DIOSELINA LOPEZ MONSALVE** y de sus hijos menores **JOSE ANGEL** y **LEIDY YOHANA HIGUITA LOPEZ**, en proporción de un 50% para ella y el restante 50% para sus hijos hasta que cumplan la edad de 25 años, la suma de **SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$69.600.000)**, suma a la que se le aplicarán las fórmulas establecidas por la jurisprudencia, para determinar la indemnización vencida y la futura.

3. Que se condene en costas a la parte demandada.

LOS HECHOS

1. El día 13 de noviembre de 2005, el señor José Ángel Higuita se desplazaba en una bicicleta del municipio de Dabeiba, donde residía con su familia, al sitio Godó, ubicado en la carretera que de este municipio conduce al de Mutatá. Y como no llegó en horas de la noche, su familia se dispuso a buscarlo sin obtener resultados ese día.
2. El día lunes, 14 de noviembre de 2005, fue hallado muerto en el Puente de Chichiridó que está ubicado en la carretera principal que conduce a Mutatá, junto con sus pertenencias.
3. El occiso fue presentado por los Soldados de la Brigada 17 del Ejército Nacional, con sede en el Municipio de Carepa (Antioquia) que operaba en la zona, como "guerrillero dado de baja en combate" y su cadáver fue remitido al municipio de Mutatá. De allí se envió a la morgue del municipio de Chigorodó para efectos de identificación. Su hermana Luz Marina Higuita lo reconoció y solicitó la entrega del cadáver. El día 23 de noviembre de 2005 fue entregado a su familia por Medicina Legal.
4. El señor José Ángel Higuita vivía en Dabeiba, barrio "La Arenera", con su familia, "compuesta por su compañera permanente Dioselina López Monsalve y sus hijos menores José Ángel y Leidy Yohana Higuita López. Su familia se

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

343

conformaba además por sus hermanos Flor Alba, Luz Marina y Acelyd Higuita, además de John Jairo López Higuita. Con todos ellos mantenía excelentes relaciones de tipo afectivo”¹.

5. El occiso en vida se dedicaba a “oficios varios, como trabajos de albañilería, trabajos materiales como obrero de la construcción y obras públicas en el municipio de Dabeiba. Su aporte económico era fundamental para el sostenimiento de su familia, hijos y compañera permanente, cuyos gastos ascendían al salario mínimo legal mensual vigente (\$408.000)”.

6. La muerte del señor José Ángel Higuita produjo “gran dolor y afección a su familia”.

FUNDAMENTO DE DERECHO

La parte demandante invoca como fundamentos de derecho los artículos 1, 2, 11 y 90 de la Constitución Política; el 103 y concordantes del Código Penal; artículo 4º de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA

La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, en oportunidad presentó la contestación de la demanda, mediante escrito de 16 de noviembre de 2006, visible de folios 26 a 30 del expediente – cuaderno principal-. En relación con los hechos de la demanda, señala que “No me consta, las circunstancias de tiempo, modo y lugar que antecedieron la muerte del señor JOSE ANGEL HIGUITA, deberán acreditarse en el curso del proceso.”.

Con respecto a la presentación del occiso como “guerrillero dado de baja en combate”, expresó no ser cierto, “tal como se establecerá en el curso del proceso fue el proceder de la misma víctima que ilícitamente se expuso al

¹ Hecho primero de la demanda, del título “Circunstancias de índole familiar y actividad económica”, folio 2.

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

peligro al enfrentarse a los miembros del ejército, quienes se limitaron a responder”².

Contestó el hecho relacionado con las circunstancias de índole familiar y actividad económica, y al respecto expresó que se debe acreditar la calidad de compañera permanente de la demandante, así como las relaciones de afecto y ayuda que dice existía entre el señor José Ángel Higueta con sus hermanos.

Se opone a que prosperen las peticiones de la demanda, porque la muerte que señala la demanda no le es atribuible a la demandada, y por el contrario “se logra acreditar una de las causales eximentes de responsabilidad, consistente en la CULPA EXCLUSIVA Y DETERMINANTE DE LA VICTIMA, que rompe el NEXO CAUSAL, como elemento necesario para la configuración de la denominada responsabilidad estatal; ciertamente fue el proceder a todas luces ilícito que adoptara la víctima en el momento del hecho que finamente provocara el desenlace fatal”.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. La parte demandante, presentó sus alegatos mediante escrito de 30 de junio de 2009, visible de folios 336 a 341. Dice que con los testimonios de María Oliva Rueda Parra, Luis Alfonso Guisao y Luz Amanda Hidalgo, se acredita la relación de convivencia del occiso con la demanda; y los registros de nacimiento acreditan el parentesco. El perjuicio moral se presume, de acuerdo con la jurisprudencia.

También se acreditó “la alteración de las condiciones de existencia”, respecto de los menores, por cuanto el occiso “se ocupaba de su manutención y el de su compañera permanente Dioselina López. La situación familiar de los menores varió negativa y sustancialmente al tener que retirarse temporalmente del estudio y repartirse entre sus familiares para seguir viviendo”.

² Folio 26 de la contestación al hecho tercero de la demanda.

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

344

Con relación al perjuicio material, se acreditó la actividad económica que desempeñaba el occiso, con los testimonios de los señores Luis Horacio Guisao, Efrén Borja Muñoz y Ledys Marina Carvajal.

Estima que está probada la falla del servicio, por "un ejercicio arbitrario de la fuerza y un abuso de autoridad por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas de Colombia, que produjo como resultado la muerte del señor José Ángel Higueta, quien fue visto por última vez el día 13 de noviembre de 2005 en el sitio Godó, jurisdicción del municipio de Dabeiba (Ant.), en la carretera troncal que conduce de Medellín a la región de Urabá. Al día siguiente fue reportado como N. N., muerto en combate por parte de miembros del Ejército Nacional, quienes adelantaron las diligencias de levantamiento del cadáver y lo remitieron a las dependencias de Medicina Legal".

Por lo anterior, solicita una sentencia en la cual se acceda a las pretensiones de la demanda.

2. La Entidad demandada, presentó sus alegatos por escrito de 24 de junio de 2009, obrante de folios 324 a 335, en el cual hace referencia al régimen de responsabilidad de falla en el servicio, donde es necesario acreditar como elementos la falla, el daño y el nexo causal.

Es un régimen de falla probada, carga que corresponde a la parte actora en cumplimiento de lo previsto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. En este caso, como prueba documental obrante en el proceso, en su totalidad se trata de la llamada PRUEBA TRASLADADA, en la medida que fueron practicadas dentro de procesos diferentes al contencioso, y para ello hace referencia a la respuesta dada por el Comandante de la Décima Séptima Brigada sobre los hechos; la investigación penal adelantada por la Justicia Penal Militar y la Fiscalía General de la Nación; la indagación preliminar disciplinaria y la investigación disciplinaria.

La prueba que aparece en el expediente corresponde "en su totalidad a la llamada PRUEBA TRASLADADA", donde se requiere para efectos de otorgarle valor probatorio, "efectuar un previo análisis y en concordancia con el

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

principio de comunidad de la prueba, que enseña que la prueba no pertenece a quien la pide y/o aporta, favorézcale o no, lo justó probatoriamente, independientemente de quien solicite el traslado del proceso penal y disciplinario, es que su apreciación judicial esté sujeta a que haya cumplido con los requisitos establecidos por la ley, es decir, el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil" (folio 328).

De no cumplirse con alguna de las condiciones anteriores, no empece a la validez original y su aducción en copia auténtica, la prueba resulta inapreciable y por ende ineficaz o carente de valor. Teniendo en cuenta, además, la naturaleza propia de cada uno de los procesos penal, disciplinario y contencioso administrativo.

Insiste en que la prueba testimonial que se trasladó requería de la ratificación, lo que implicaba llamar nuevamente a los testigos, para preguntarles dentro del proceso contencioso, si se ratificaban en el contenido de las declaraciones dadas ante la Fiscalía y Procuraduría, con el fin de cumplir con el requisito de contradicción. En este caso, no se puede otorgar valor probatorio a la prueba testimonial, ni a ninguna otra de la que se trasladó de los procesos penal y disciplinario.

De todas maneras, si en gracia de discusión se considera que las piezas que obran dentro de la investigación adelantada por el Comando de la Décima Séptima Brigada, tienen mérito probatorio, observa que si bien se admite que fueron miembros integrantes de la Compañía Delhuyer 4, quienes dieran muerte al señor José Ángel Higuita, "según la prueba previamente relacionada y analizada en su conjunto, ésta se registró en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se señalan como producto de un enfrentamiento", para lo cual se hace el correspondiente análisis de la prueba.

Concluye la parte demandada que, "con los medios de prueba que reposan está acreditada la ausencia de responsabilidad del Ministerio de Defensa en los hechos de esta demanda, al demostrarse la eximente de responsabilidad como fue la CULPA EXCLUSIVA Y DETERMINANTE DE LA VÍCTIMA, no siendo imputable a la entidad la conducta asumida por el occiso el día del hecho" (folio

305

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

332). Por lo expuesto, solicita denegar las súplicas de la demanda, al acreditarse que se presentó la eximente de responsabilidad "culpa de la víctima, exclusiva y determinante, riesgo que están en la obligación de soportar los demandantes".

3. El Ministerio Público

El Ministerio Público, representado en este caso por la Procuraduría Judicial para Asuntos Administrativos, no emitió concepto de fondo.

CONSIDERACIONES

1. El problema jurídico

Pretenden los demandantes que se declare responsable a la Nación-Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por los hechos ocurridos el 13 de noviembre de 2005, en el municipio de Dabeiba, sitio Godó, en los cuales resultó muerto el señor JOSE ÁNGEL HIGUITA, por integrantes del Ejército Nacional.

El problema jurídico que debe resolver el Juzgado es determinar si está probado el daño antijurídico que aducen los demandantes y si el mismo le es imputable a la Entidad demandada; o si por el contrario, si está demostrado el eximente la eximente de responsabilidad de la culpa exclusiva de la víctima.

Para tal fin se tratarán los siguientes temas: i) la legitimación en la causa, ii) la demostración del daño, iii) la prueba trasladada, iv) la prueba de los hechos, v) el título de imputación, vi) El caso concreto, y vii) la indemnización de perjuicios.

2. Legitimación en la causa y la demostración del daño

Está acreditado en el proceso que el señor JOSE ANGEL HIGUITA, falleció el día 14 de noviembre de 2005, en el municipio de Dabeiba, Departamento de Antioquia, expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, como consta en los documentos de folios 173 y 174.

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

En un principio se expide certificado de defunción como N. N. (folio 64), pero después se efectuó la enmienda del certificado de defunción señalando como fallecido al señor JOSE ANGEL HIGUITA, como aparece en el documento de folios 72.

Folios 54-55, obra diligencia de necropsia practicada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Unidad Básica de Chigorodó, de 15 de noviembre de 2005. Se practicó necropsia del cadáver de "quien en vida respondía al nombre de N. N., sin documento de identidad, quien según acta de levantamiento del día 14 de noviembre de 2005 realizada a las 18:00 horas por la Sijín de Chigorodó y el Juzgado 94 de Instrucción Penal Militar (Juez 94, Lilia Paola Puerta), identificada con el No. 042, recibió heridas por proyectiles de arma de fuego en un cañón en el sector Chichiridó en el Municipio de Dabeiba (Antioquia) sin fecha ni horas, ingresando a la morgue el 14 de noviembre de 2005 a las 17:00, según el acta de levantamiento falleció en combate con el Ejército Colombiano. Por los datos y hallazgos falleció el 14 de noviembre de 2005 en horas de la madrugada".

Según el informe anterior, se trata del cadáver de "un hombre entre 45 a 50 años de edad aparente, talla de 170 cms, complexión mediana, raza mestiza, trigueno oscura, cara de rasgos burdos y de forma triangular, cabello liso, corto y negro canoso, frente amplia y de longitud medianaza, cejas pobladas y muy poco separadas, ojos color café claro, nariz recta y de base amplia, bigote poblado y pulido de 3 m. m. de largo, sin barba (rasurado), boca mediana, labios medianos, dentadura natural en regular estado general, con incisivos superiores mas negros que el resto de la dentadura, ausencia muy antigua de incisivo central superior derecho y de los premolares y molares superiores, ...".

Concluye la necropsia que por los hallazgos encontrados, "el deceso de quien en vida correspondía al nombre de N. N., fue a consecuencia natural y directa de Choque traumático debido a trauma craneoencefálico y torácico debido a múltiples heridas resultantes de proyectiles de arma de fuego (de carga única y de alta velocidad), las cuales tienen un efecto de naturaleza esencialmente mortal. En condiciones normales de existencia a juzgar por el aspecto

346

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

macroscópico de las vísceras conceptuamos la supervivencia en 26.9 años más de vida" (folio 56).

Diligencias adelantadas con posterioridad por el Juzgado 30 de Instrucción Penal Militar, permitió establecer que el cadáver conocido como N.N., correspondía al señor JOSE ANGEL HIGUITA RUEDA, y fue entregado a la señora LUZ MARINA HIGUITA (folio 60-75).

Folios 76, informe que remitió al Juzgado el Comandante de la Decimaséptima Brigada, en el cual se lee:

"En cumplimiento de la orden operaciones SOBERANÍA misión táctica No. 06 NOVA y de acuerdo a informe presentado por el señor ST. MUÑOZ MONTOYA JUAN ESTEBAN, relacionado con los hechos presentados el día 14 de noviembre de 2005 en sector de Chichiridó, jurisdicción del municipio de Dabeiba, en donde siendo las 5:30 horas aproximadamente, fue atacado por 10 a 15 terroristas, sosteniendo contacto armado por un tiempo indeterminado lo cual produjo como consecuencia la muerte en combate del sujeto identificado como JOSE ANGEL HIGUITA..."

Se presentan como demandantes las siguientes personas: a) la señora DIOSELINA LOPEZ MONSALVE, invocando su condición de compañera permanente; b) JOSE ANGEL y LEIDY YOHANA HIGUITA LOPEZ, en calidad de hijos, y c) LUZ MARINA, FLOR ALBA ACELY HIGUITA y JHON JARIO LOPEZ HIGUITA, en calidad de hermanos de la víctima.

Se expresa en los hechos de la demanda que el señor José Ángel Higuiter "vivía en el Dabeiba, barrio la arenera, con su familia compuesta por su compañera permanente Dioselina López Monsalve y sus hijos menores José Ángel y Leidy Yohana Higuiter López", y la muerte de aquél "produjo gran dolor y afección a su familia".

De conformidad con el artículo 5º de la Constitución Política se califica a la familia "como institución básica de la sociedad", importancia que también se reconoce en el artículo 42 ibídem al calificarla como "núcleo fundamental de la sociedad", y expresamente se admite que la familia "se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por voluntad responsable de conformarla". Se tiene entonces que la familia tutelada por el ordenamiento constitucional es aquella

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

que surge de un vínculo jurídico, como son los matrimonios religiosos o civiles, y también recibe protección jurídica la familia que nace de "la voluntad responsable expresada por un hombre y una mujer para conformarla".

En la Ley 54 de 1990, se concibe la unión marital de hecho o unión permanente, con efectos civiles, como "la conformada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular", a cuyos integrantes se les denomina "compañero y compañera permanente" (artículo 1º), y fue modificada por la Ley 979 de 2005. Por consiguiente, la unión libre se produce por el solo hecho de la convivencia de manera "permanente y singular".

Aunque en el artículo 4º de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 2º de la Ley 979 de 2005, se establecen los mecanismos para que se declare la existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, para el Juzgado es claro que el proceso de responsabilidad contra el Estado no tienen por objeto declarar la existencia de la unión marital de hecho; pero si debe pronunciarse sobre la demostración en el *sub-júdice* de que entre las personas indicadas existía para el momento de los hechos una relación de pareja en la modalidad de unión permanente o unión marital de hecho; porque es el vínculo natural que aduce el demandante para reclamar la indemnización de perjuicios derivada de las lesiones de quien aduce era su "compañera permanente".

El artículo 4º de la Ley 54 de 1990 disponía que "La existencia de la unión marital de hecho se establecerá por los medios ordinarios de prueba, consagrados en el Código de Procedimiento Civil..."; y el artículo 2º de la ley 979 de 2005, que modificó el anterior precepto, no conservó tal prescripción.

Sin embargo, no queda vacío porque el régimen probatorio previsto en el Código de Procedimiento civil es aplicable al proceso contencioso Administrativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo. Y como en esta materia se aplica el principio de libertad de medio (artículo 175 del Código de Procedimiento Civil), las partes pueden acudir a cualquiera de los medios de prueba previstos en la ley para

347

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

acreditar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen³, excepto cuando para casos especiales se establezca alguna solemnidad (artículo 187 *ibídem*), que no es el caso de la acreditación de la unión marital de hecho. En este aspecto, entonces, se mantiene la posición de la doctrina constitucional, según la cual, existe "la libertad probatoria para acreditar la unión (permanente)"⁴.

En el proceso de la referencia rindió testimonio la señora LEDIS MARINA CARVAJAL, quien conoció al señor José Ángel Higuita "hace aproximadamente como 12 años y yo trabajaba en la Bomba que es saliendo del pueblo y él trabajaba le colaboraba a los montallantas...", y cuando se le preguntó si era casado, contestó que vivía en "unión libre", y de esta relación nacieron dos hijos, "una niña, en estos momentos debe tener tres añitos y un niño que debe estar entre ocho y nueve años" (folio 44 vuelto).

Las señoras LUZ MARINA HIDALGO VARGAS y MARTHA OLIVA RUEDA PARRA, también conocen a los demandantes por ser vecinos. Expresaron que José Ángel y Dioselina convivieron, y en esta relación hay dos hijos menores, él siempre estuvo pendiente de ellos (folios 46-48 C. Principal).

Ante el Juez 94 de Instrucción Penal Militar, declaró el señor GIL ALBERTO ESTRADA (folios 193-195 del c 2), Párroco del municipio de Dabeiba, quien expresó conocer a José Ángel y Dioselina, como miembros de la parroquia, y sabe que convivieron; a la pregunta de cómo estaba conformada la familia, dijo que por "Su señora y que yo tenga seguridad, de dos hijos. Convivencia en unión libre, pues no era casado...", el lugar de su residencia fue "En Dabeiba, en el barrio La Arenera" (folio 194).

Analizada la prueba anterior, para el Juzgado se acreditó la unión permanente o unión marital de hecho que existió entre la demandante Dioselina López Monsalve y el señor José Ángel Higuita, quienes sin estar casados, hicieron una comunidad de vida permanente y singular, en el Barrio "La Arenera" del municipio de Dabeiba.

³ De conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento civil, sobre carga de la prueba, señala que, "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".

⁴ Corte Constitucional, C-098 de 1996.

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

Mediante el ejercicio de la acción de reparación directa se busca exclusivamente la indemnización del daño causado a la persona o sus bienes, con ocasión de la realización de la actividad de la administración, ya sea por un hecho, una omisión o una operación administrativa, y está legitimada "la persona interesada" que haya sufrido un daño, en cualquiera de sus modalidades, según el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, ha definido en diversos pronunciamientos que la condición personal de la que pende la demostración del daño es la de **damnificado**, puesto que: "*tanto el parentesco dentro de ciertos grados (padres, hijos y hermanos), como el vínculo matrimonial, hacen presumir tal condición y por consiguiente la legitimación*"⁵. Ha explicado igualmente que: "*en el proceso de reparación directa no interesa la calidad de heredero sino de damnificado y esta se demuestra a lo largo del proceso*"⁶ (negritas por fuera del texto original). Y en providencia de 17 de mayo de 2001, dijo que el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, en materia de la acción de reparación directa, otorga el derecho de acción a la persona interesada (**legitimación de hecho, por activa**) y no condiciona su ejercicio a la demostración, con la demanda, de la condición que se alega en ésta, precisamente, porque el real interés es objeto de probanza en juicio (**legitimación material por activa**).

Y no se puede confundir la **prueba del estado civil** con la prueba de la **legitimación material en la causa**. Cuando la jurisprudencia partió de la prueba del estado civil para deducir, judicialmente, que una persona está legitimada materialmente por activa, lo ha hecho porque infiere de la prueba del estado civil – contenida en el registro o en la copia de éste - su estado de damnificado, porque de ese registro infiere el dolor moral. Es por ello que cuando el demandante no acredita el parentesco – **relación jurídica civil** - y por tanto no se puede inferir el dolor, debe demostrar el dolor para probar su estado de damnificado y con éste su legitimación material en la causa – **situación jurídica de hecho** -. Entonces puede concluirse que con la

⁵ Sentencia proferida el 26 de octubre de 1993, expediente 7793; actor: Augusto Efraín Nieto y O.

⁶ Sentencia proferida el 1 de octubre de 1993; expediente 6657; actor: William Bechara Mendoza.

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

348

demostración del estado civil se **infiere el daño** (presunción de damnificado) y probando el daño **se demuestra** el estado de damnificado⁷.

En el *sub-lite* está probada la calidad de damnificada de la demandante en su calidad de compañera del señor José Ángel Higuita, relación de pareja que estaba vigente para el momento de su muerte, y aunque acreditada esta relación se presume el perjuicio que sufre, la misma prueba testimonial a la cual se hizo referencia anteriormente, también permite establecer el sufrimiento y dolor en la demandante, por la muerte de su compañero.

Así las cosas, en el caso de la referencia está acreditada la legitimación en la causa por activa en la demandante y el daño antijurídico que sufre por la muerte de su compañero.

Con respecto a los demás demandantes, se observa lo siguiente: a) Obran a folios 12 y 13 del cuaderno principal, los registros civiles de nacimiento de los menores de edad LEIDYT YOHANA⁸ y JOSE ANGEL HIGUITA LOPEZ⁹, que acredita la calidad de hijos de DIOSELINA LOPEZ MONSALVE y JOSE ÁNGEL HIGUITA.

También obran los registros civiles de nacimiento de LUZ MARINA (folio 10), FLOR ALBA (folio 9) y ACELYD HIGUITA (folio 251) y JHON JAIRO LOPEZ HIGUITA (folio 11), que acreditan el parentesco en segundo grado – hermanos – con el señor JOSÉ ANGEL HIGUITA.

Para efectos del daño moral, se debe tener en cuenta el precedente jurisprudencial¹⁰ que señala la presunción de dolor y sufrimiento que causa la muerte de un ser querido para los parientes en primero y segundo grado de consanguinidad. Dijo el Consejo de Estado:

“Establecido el parentesco con los registros civiles, la Sala da por probado el perjuicio moral en los actores con ocasión de la muerte de su hijo, esposo, padre y hermano, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir¹¹ que

⁷ Expediente 12956; actor: *Hernando Palacios Aroca y Otros*.

⁸ Nació en el municipio de Dabeiba el 9 de octubre de 1992.

⁹ Nació en el municipio de Dabeiba el 21 de abril de 1997.

¹⁰ Consejo de Estado, SCA, Sección Tercera, exp. 47001-23-31-000-1996-05001-01 (16.058) acumulado 47001-23-31-000-1997-05419-01 (21.112), C. P. Dr. Enrique Gil Botero.

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

el óbito de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad. (...).

Las reglas de la experiencia, y la práctica científica¹² han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. (...).

(...) se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales...
(Negrilla fuera del texto).

En el caso de la referencia, está acreditada la legitimación en la causa por activa, y el daño antijurídico que padecen los demandantes, quienes se presentan al proceso en su calidad de hijos y hermanos de la víctima. Y establecida la existencia del daño que padecen los actores, se pasará a estudiar sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede o no calificarse como antijurídico, y señalar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos

¹¹ Sobre el carácter de la presunción bajo las reglas de la experiencia el tratadista Gustavo Humberto Rodríguez manifestó: "La presunción como regla de experiencia. – La acción humana va siempre acompañada de conocimiento. El hombre conoce la realidad en la cual actúa, por medio de dos instrumentos: la *experiencia* y la *ciencia*. Con la experiencia conoce empíricamente, objetivamente, llevando por la observación a que se ve impelido por la acción. Con la ciencia sistematiza sus conocimientos, profundiza críticamente en ellos, los verifica y los explica metódicamente. El análisis empírico lo lleva a formular juicios de experiencia; el científico lo conoce a expresar juicios científicos, que serán absolutos mientras la misma ciencia no los desvirtúe. A su vez, los juicios o reglas de la experiencia, en virtud de ese carácter meramente empírico o práctico, sólo expresan un conocimiento inconcluso o de probabilidad. **La experiencia es un conjunto de verdades de sentido común, dentro de las cuales hay muchos grados que lindan con el científico...**" (Gustavo Humberto Rodríguez. Presunciones. Pruebas Penales Colombianas Tomo II. Ed. Temis, Bogotá 1970 pag 127 y s.s. Quiceno Álvarez Fernando. Indicios y Presunciones. Compilación y Extractos. Editorial Jurídica Bolivariana. Reimpresión 2002) (negrilla de la Sala)

¹² Fernández Liria, B. Rodríguez Vega. Intervenciones sobre problemas relacionados con el duelo para profesionales de Atención Primaria: El proceso del duelo. Universidad Autónoma de Madrid.

[Http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf](http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf) "Aunque es difícil establecer inequívocamente relaciones causa-efecto, numerosos estudios han relacionado las pérdidas de diverso tipo con alteraciones de la salud¹. Hoy se acepta generalmente que en torno a un tercio de los pacientes que acuden a las consultas de Atención Primaria presentan problemas de salud mental que requerirían algún tipo de tratamiento y, aproximadamente una cuarta parte del total presenta problemas que podrían considerarse relacionados con algún tipo de pérdida".

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

349

títulos que para el efecto se han elaborado¹³, empezando por el de falla del servicio que fue el propuesto por los demandantes.

3. De la prueba trasladada

Sobre la prueba trasladada, ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado que cuando el traslado de pruebas practicadas en otros procesos, es solicitado o cuenta con la anuencia de ambas partes, tales pruebas pueden ser valoradas en el proceso contencioso administrativo, aunque hayan sido practicadas sin su citación o intervención en el proceso original y no estén ratificadas en el contencioso administrativo, pues en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una parte solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio o se sirva de ella y, de ser contraria a sus intereses, invoque formalidades legales para su admisión¹⁴; con mayor razón, cuando la parte contra quien se aducen fue quien adelantó el proceso y practicó las pruebas del mismo¹⁵.

De no cumplirse alguno de los mencionados requisitos, la posibilidad de apreciar tales pruebas dependerá de si en el proceso al cual se trasladan se atienden las formalidades que la ley ha establecido respecto de cada una de éstas, asunto ya precisado por la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado¹⁶, y de la cual se destacan las siguientes sub-reglas:

- a) Las declaraciones de testigos se deben ratificar en los términos previstos por los artículos 229, 298 y 299 del Código de Procedimiento Civil.
- b) En relación con la indagatoria de un agente estatal, no se puede valorar en este proceso, y adicionalmente, porque en relación con la

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2002, expediente 12625.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de septiembre 18 de 1997, exp. 9666, de febrero 8 de 2001, exp. 13254 y de febrero 21 de 2002, exp. 12789.

¹⁵ Consejo de Estado, S. C. A., Sección Tercera, sentencia de diciembre 9 de 2004, exp. 14174 y de julio 6 de 2005, exp. 13969.

¹⁶ Sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11.898.

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

indagatoria de un agente estatal, practicada dentro de un proceso penal, no puede ser trasladada a un proceso administrativo, ya que no puede valorarse, en ningún caso, como prueba testimonial ni someterse a ratificación. En efecto, "si bien se trata de una declaración rendida por un tercero, que no se identifica con la entidad estatal que tiene la calidad de parte dentro del proceso administrativo, no cumple los requisitos del testimonio, porque no se rinde bajo juramento. Así las cosas, siempre que se quiera hacer valer la declaración del respectivo agente Estatal, dentro de este tipo de procesos, debe ordenarse la práctica de su testimonio".

c) En cuanto a documentos, públicos o privados autenticados, podrán ser valorados en el proceso contencioso administrativo al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil.

d) Sobre informes técnicos y peritaciones de entidades y dependencias oficiales, se debe dar cumplimiento, en materia de contradicción de estas pruebas, a lo previsto en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil.

e) Finalmente, las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquellos en los que fueron practicados, cuando ello no se hizo a petición o con audiencia de la parte contra la cual se aducen, porque se debe garantizar el derecho de contradicción previsto en los artículos 237 y 246 del Código de Procedimiento civil, lo que no podrá lograrse con el simple traslado posterior del acta o del informe. Por tanto, ha reiterado la jurisprudencia, la inspección judicial o el peritazgo deberán practicarse nuevamente en el nuevo proceso.

En este caso, además de las pruebas practicadas en el proceso de la referencia, la parte demandante solicitó el traslado de las pruebas obrantes en los procesos adelantados por la Procuraduría y Fiscalía General de la Nación, y por los Juzgados 30 y 94 Penal Militar, como consta a folios 3 y 4.

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

330

Y con respecto a la entidad demandada, a folios 27 y 28 obra el acápite de pruebas de la contestación, en el cual se solicitó el envío de informes sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos donde resultó muerto el señor José Ángel Higuita; también se pidió informe sobre si "se adelantó investigación penal; en caso afirmativo se remitirán copias auténticas del respectivo expediente"; y se solicitó información sobre si se "adelantó investigación disciplinaria en contra de los miembros de esa unidad militar", como también el envío de copia auténtica del respectivo proceso.

Frente a la prueba documental, los informes y dictámenes también trasladados de los mencionados procesos, se observa el cumplimiento de los principios de publicidad y contradicción, no solo porque dicho traslado se solicitó por ambas partes, sino también porque cuando fueron incorporados al proceso se dio oportunidad de hacer uso de las facultades conferidas en los artículos 243 y 289 del Código de Procedimiento Civil.

Resulta entonces contrario a la lealtad procesal la solicitud que se formula por la entidad demandada en el escrito de alegatos de conclusión en el sentido de que no se haga la valoración de la prueba que se trasladó de los procesos penal y disciplinario, por falta de ratificación de la prueba testimonial y violación del principio de contradicción, cuando la misma parte solicitó su incorporación al proceso, y además, se sirvió de ellas para su defensa, como se observa en el mismo escrito de alegatos, visible de folios 324 a 335.

Contrario a lo que estima la parte demandada, para el Juzgado se cumplieron todas las garantías y formalidades previstas en la ley, con respecto a la aducción y contradicción de la prueba trasladada, por tanto, se le dará el valor probatorio que le corresponda, de conformidad con las reglas señaladas en esta providencia.

4. La prueba de los hechos

4.1. En el proceso se recibió el testimonio de las siguientes personas:

LEDIS MARINA CARVAJAL (folios 44-45). Natural del municipio de Dabeiba, conoció al señor José Ángel Higuita desde hace doce años, cuando ella trabajaba "en la bomba que es saliendo del pueblo y él trabajaba le colaboraba a los Montallantas, ... lavando carros". Lo veía casi todos los días, venía por la mañana y se devolvía por la tarde, "él más que todo era para rebuscándose, a ver silo necesitaban para llevar comida o lavar carros".

Cuando se le preguntó sobre su muerte, respondió: "A él lo asesinaron en Godó, por el ejército, supuestamente dicen que hubo un enfrentamiento, mucha gente del pueblo dice que no hubo enfrentamiento, y para nadie es un secreto que él estaba trabajando en la carretera. El enfrentamiento fue con él, ellos a punta de bala y él con una triste pala y pico que era lo que tenía para ganarse la comida de sus hijos.... Mucha gente lo vio a él trabajando en esa carretera hasta tarde, lo vieron los camioneros, el maquinista, muchas de las personas que estaban tapando huecos, dicen que hasta las seis, muchos se venían con él y él se quedaba por ahí a ver que más se rebuscaba, entonces cuáles fueron las armas que le encontraron a José Ángel, la pala, la pica, la bicicleta, una mochila con la poquita planta que se había ganado".

LUZ AMANDA HIDALGO VARGAS (folios 46-47). Conoce a los demandantes, porque son vecinos de Dabeiba. Se enteró de la muerte de José Ángel Higuita, quien trabajaba tapando huecos en la carretera. Ahí estaba trabajando, "salió de la casa a trabajar allá y ya por la tarde no regresó a la casa, lo esperaron esa noche todo el día el lunes, cuando llegó la razón que fueran a recoger los trastes y la cicla que estaban derecho del barranco, se fueron los hermanos y la señora y los dos niños, estaban los trastes, más la cicla, y él no estaba. Después dijeron a los dos días dijeron que había un cadáver en Mutatá, subió la hermana de Currulao, que se llama Marina y dijo que si que era él.... Hubo mucho problema para entregar ese cadáver para enterrarlo a él,..."

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

357

MARTHA OLIVA RUEDA PARRA (folios 47-48). Conoció a José Ángel Higuita, "lo distinguí desde muy niño, si era familiar mío pero por allá muy lejos, lo conocí desde niño, cuando llegamos al barrio él estaba muy niño y nos dimos cuenta que era familiar". Sobre el hecho de su muerte, dijo que "El salió a trabajar un día domingo por la mañana y tarde le dijo un volquetero a Flor que donde estaba el negro que porque había visto el mochito de bicicleta tirado y el bolsito de la comida colgado en un árbol, que costumbre de los volqueteros era verlo por ahí hasta tarde tapando huecos y que ese día se extrañaron porque no lo vieron. Cuando se dieron de cuenta que lo habían matado, empezaron la búsqueda de él y me comentó Flor que lo habían encontrado en el Batallón de Carepa. Que lo habían encontrado uniformado. ... Los comentarios de que fue el ejército, para mí fue el ejército porque lo encontraron en el Batallón, qué más quiere decir eso".

EFREN DE JESUS BORJA MUÑOZ (folios 48-49). Distinguió a José Ángel, porque "El era cuñado mío. La señora mía es hermana de él, ella se llama Flor Alba Higuita". Sobre su muerte dijo: "Nos dimos cuenta por parte de una hermana de él que en Chigorodó que había un guerrillero muerto en la morgue, la cuñada hermana de él, vino a chigorodó y lo reconoció que era la hermana de ella, después ella nos llamó a nosotros para ver si hacíamos las vueltas para nos lo entregaran... la fuerza militar, no se lo quiso entregar a la familia, porque supuestamente era un guerrillero... unos muchachos de la Sijín que ellos habían hecho el levantamiento de ese cadáver en el puente de Chichiridó... El informe que ellos nos dijeron que había sido el Ejército, que ellos le dijeron que habían matado de nueve guerrilleros habían matado ese nada más, ese es el señor JOSE ANGEL... El estaba camuflado tenía una camisilla verde".

LUIS HORACIO GUISAO (folios 254-257). Conoció al señor Higuita, hace "por ahí siete años y porque vine a vivir en el barrio que él vivía que se llama la Arenera". Sobre las circunstancias de su muerte dijo: "... de la muerte de él se vino a dar cuenta un día después de que desapareció, pero la fecha en que falleció fue el 11 de noviembre de 2005, según lo que hablé con él en horas de la mañana antes de irse a trabajar me manifestó que iba para los lados de la llorona entre Mutatá y Dabeiba, donde él se rebuscaba su forma de vivir por las

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

circunstancias que hay dentro de la localidad, él se iba a tapar huecos en la carretera y los conductores le colaboraban con lo que le quisieran dar.... Según nos dijeron que él había sido muerto en un combate con el ejército y nos vinimos a dar cuenta el lunes en la tarde porque la bicicleta en la que él se transportaba permaneció dos días en el lugar donde él la ubicaba”.

4.2. Ante el Juzgado 94 de Instrucción Penal Militar, rindió declaración el señor **HECTOR EMILIO CANO PATIÑO** (folios 189-192 del C. 2). Dijo que conoció al señor **JOSE ANGELO HIGUITA**, en razón de que era vecino, “él vivía en la casa de enseguida”. Sobre las circunstancias de su muerte dijo: “Yo lo único que se es que el domingo salió a trabajar JOSE ANGELO y esa no vino, eso me dijo la esposa y al otro día por la mañana llegó un señor llamado Chucho que trabaja manejando una motoniveladora para el municipio diciendo que en el derrumbe de Godo que queda como a quince minutos de aquí para allá estaban las cosas de él, la bicicleta, la pala, un bolsito que él cargaba y una caja de banano que al parecer le habían dado...Luego el lunes estaba la bulla que el Ejército había matado a unos guerrilleros y subieron de Carepa al levantamiento y se lo llevaron para allá”.

GIL ALBERTO CELIS ESTRADA (folios 193-195 del C. 2). Párroco de la localidad del municipio de Dabeiba, expresó ante el mismo Juzgado de Instrucción Penal Militar que conoció a **JOSE ANGELO HIGUITA**, a quien apodaban **NEGRIN**. “... cuando se ocupaba de trabajos varios, pero ante todo se le veía carretera abajo, o sea Dabeiba – Mutatá tapando huecos”. Cuando se le preguntó si conoció que José Ángel perteneciera a algún grupo ilegal, contestó: “Sólo sé lo que él mismo me manifestó, que se entregaba a la Parroquia porque no le convenía seguir en la selva, y que su determinación era recuperar su Familia y quedarse viviendo y trabajando en Dabeiba”.

OBIED DE JESUS AGUIRRE (Folio 508 del C. 3), rindió declaración ante la Fiscalía General de la Nación - Unidad Seccional de Fiscalía de Dabeiba. Conoció a quien “apodaban **NEGRIN**”, desde por el lapso de cinco años, desconoce el nombre real, y lo conoció “en razón de que permanentemente se acercaba por acá a la administración para que lo auxiliáramos económicamente pues era una persona de escasos recursos económicos,

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

352

últimamente laboraba arreglando tramos de la carretera central de manera específica en los parajes Dabeiba Viejo y Godó, lugares donde frecuentemente lo encontraba y con frecuentemente trataba con él ya que generalmente me detenía para darle algún aporte económico". Con respecto a las herramientas que utilizaba, señaló: "... pala y pica no solamente eso le regalé sino que hacía poco tiempo le había regalado unas hojas de zinc para tapar su habitación". Y a la pregunta si pertenecía a algún grupo armado al margen de la ley, respondió: "Por rumores populares me di cuenta que durante un lapso corto de tiempo este señor había ingresado a la guerrilla pero también escuché decir que al poco tiempo se retiró y que era una persona totalmente readaptada a la sociedad". Sobre las circunstancias de su muerte, declaró: "Me di cuenta que el señor había sido dado de baja en el sector de Chichiridó, por esos días estaba desempeñando su trabajote rutina antes mencionado en el sector de Godó, se cree que dado de baja por parte del Ejército, supe además que había aparecido muerto no se precisar si en Carepa o Chigorodó, ambas poblaciones del Urabá Antioqueño".

4.3. Folio 54-57, obra la diligencia de necropsia, que adelantó el Instituto de Medicina Legal y ciencias Forenses, donde se describe el cadáver de un hombre entre 45 a 50 años de edad, quien "venía vestido con interior gris con figuras en forma de cuadros azul y otras alargadas de color café. El resto de la ropa descrita en el acta no aparece. Presenta los siguientes hallazgos: orificios por proyectil de arma de fuego:

"PROYECTIL No. UNO (1): Orificio Entrada (1) en frontal derecho cerca de la cola de la ceja, de 0.3 por 0.4 cm de ancho por largo, de forma ovoide, sin ahumamiento ni tatuaje, con bandeleta contusiva, de bordes regulares, hemorrágicos e invertidos, Orificio de salida Uno (1) en frontal, temporal y parietal derecho, de aproximadamente 7 por 9 cms, de ancho por largo, de forma irregular, de bordes irregulares, hemorrágicos e evertidos, lesiona piel, tejidos blandos, masa muscular, huesos frontal, parietal, temporal y esfenoides derechos, meninges, lóbulos frontal, parietal y temporal derechos, con sentido de adelante a atrás, de abajo a arriba y de izquierda a derecha.

PROYECTIL No. DOS (2): Orificio Entrada dos (2) en borde superior de escápula izquierda, de 0.3 por 0.4 cms de ancho por largo, de forma ovoide, sin ahumamiento ni tatuaje, con bandeleta contusiva, de bordes regulares, hemorrágico e invertidos, orificio Salida dos (2) en tercio interno de clavícula derecha sobre arco costal nor. 4, de 1.4 por 2.5 cm, de ancho por largo, de forma irregular, de bordes irregulares, hemorrágicos y evertidos, piel, tejidos blandos, masa muscular, lóbulo pulmonar superior izquierdo, pericardio, aorta ascendente intra pericárdica, lóbulo pulmonar superior derecho, y arcos

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

costales nrs. 4 y 5 derechos; con sentido de atrás a adelante, de arriba abajo y de izquierda a derecha”.

Por los anteriores hallazgos se conceptuó que el deceso de quien en vida correspondía al nombre de “N. N., fue a consecuencia natural y directa de choque traumático debido a trauma craneoencefálico y torácico debido a múltiples heridas resultantes de proyectiles de arma de fuego (de carga única y de alta velocidad, las cuales tienen un efecto de naturaleza esencialmente mortal”.

Obra de folios 478 a 480, del cuaderno 3, un estudio de balística elaborado por la Fiscalía General de la Nación con fecha 26 de julio de 2006, en el cual se concluye lo siguiente:

“... Por la descripción que realiza el médico legista se obtienen o materializan dos (2) trayectorias balísticas en la humanidad del señor Higuíta, una TI, trayectoria uno materializada de adelante hacia atrás, de abajo hacia arriba y de izquierda a derecha de la víctima. Es decir se produce una posible posición del victimario o agresor en un plano inferior a la víctima.

Una trayectoria dos con sentido de atrás a adelante, de arriba abajo y de izquierda a derecha, la cual describe una posible posición del victimario o agresor en un plano superior al de la víctima.

Del análisis anterior se desprende que la víctima se encontraba en posición erguida y recibe los impactos desde dos posiciones distintas, producidas por dos victimarios. No hay más elementos suficientes para inferir otras posibles posiciones de los victimarios.... No hay suficientes elementos para inferir si la víctima se encontraba en movimiento”.

4.4. Folio 58, obra el acta de levantamiento de cadáver, practicado el día 14 de noviembre de 2005 por el Juzgado 94 de Instrucción Penal Militar, en Chichiridó, jurisdicción del Municipio de Dabeiba, “Morgue Hospital Chigorodó”. Y luego se describe como lugar del hecho “Cañón donde pasa un río, es un sitio boscoso, montañoso y lluvioso”. Orientación del cadáver Artificial. Posición del cadáver Artificial.

Prendas de vestir: “Uniforme camuflado completo, camiseta negra, botas de caucho, pantaloncillos color beige, reloj marca Casio”. Y señala: “Muerte violenta por proyectiles, tipo de arma Fusil Galil 5.56. Practicó el levantamiento: Juez 94 de Instrucción Penal Militar y los Agentes Jorge Iván Palacio Zuleta y Ricardo Manjares”.

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

353

4.5. Folio 61, oficio de 16 de noviembre de 2005, dirigido por la Juez 94 de Instrucción Penal militar al Instituto de Medicina Legal, donde se da autorización para la inhumación del cadáver de NN "muerto en combates con el Ejército el día 15 de noviembre de 2005, en el sitio Chichiridó jurisdicción del municipio de Chigorodó. Y a folio 66, del cuaderno principal se observa el oficio de 19 de noviembre del mismo año, suscrito por la Juez 30 de Instrucción Penal Militar, en el cual se autoriza la entrega del cadáver "del sujeto NN, quien fue entregado en las instalaciones de medicina legal de Chigorodó (Ant.), identificado por la señora LUZ MARINA HIGUITA... como JOSE ANGEL HIGUITA RUEDA,...".

4.6. Folio 76, informe que remitió al Juzgado el Comandante de la Decimoséptima Brigada, con sede en el municipio de Carepa, donde señala que "En cumplimiento de la orden de operaciones SOBERANÍA misión táctica No. 06 NOVA y de acuerdo a informe presentado por el señor ST. MUÑOZ MONTOYA JUAN ESTEBAN relacionado con los hechos presentados el día 14 de noviembre de 2005, en el sector de Chichiridó, Jurisdicción del municipio de Dabeiba, en donde siendo las 5.30 horas aproximadamente, fue atacado por 10 a 15 terroristas, sosteniendo contacto armado por un tiempo indeterminado lo cual produjo como consecuencia la muerte en combate del sujeto identificado como JOSE ANGEL HIGUITA".

4.7. Folios 77-82, obra la copia de operaciones SOBERANÍA, ACCIÓN TÁCTICA No. 06 NOVA, con fecha 04 de noviembre de 2005, suscrita por el Comandante del Batallón de Ingenieros No. 17 "Gral. Carlos Bejarano Muñoz", y el señor Oficial S-3 Batallón de Ingenieros.

Una de las compañías para realizar la operación fue la "Compañía Deluyer": Sobre el eje vial Chichiridó, Alto Chibuga, Alto Bonito, Cacarica", con la siguiente MISIÓN:

"Realizar operaciones de control militar de área empleando las técnicas de patrullas de control, puestos de control de vehículos, retenes permanentes, retenes sorpresivos, control de insumos, control de elementos, control de vías de comunicación, control de ríos, control de milicias, control de puntos críticos, sobre los sectores: del cañón de río sucio, en los puntos de choromandó, godo, alto bonito, golondrinas, Vallesí, Chichiridó, Cheve, Pegado, Palmitas, Taparales, santa teresa puente Tasidó Camanguey, bedo,

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

Longaní, cañaduzales, surambay, caucheras. Con el fin de capturar, y en defensa propia dar de baja a los terroristas de las ONTFARC, quienes se encuentran realizando presencia permanente sobre el área, así mismo garantiza la seguridad e integridad física de la población civil de igual forma ubica, reduce y en caso de resistencia armada dar de baja en defensa propia a integrantes de las organizaciones terroristas al margen de la ley FARC, AUI, garantizando el orden constitucional, respetando en todo momento los Derechos Humanos, protegiendo la vida, honra y bienes de la Población".

MANDO Y COMUNICACIONES: "El mando de la operación lo lleva el SEÑOR Teniente Coronel NESTOR IVAN DUQUE LOPEZ, Comandante del Batallón y en cada una de las Unidades fundamentales como en cada caso se relaciona: Compañía DELUYER.- CT. PUERTO DIAZ RAFAEL" (Folios 81).

4.8. Informe que hace el ST MUÑOZ MONTOYA JUAN ESTEBAN, Comandante Deluyer 4, al señor TC. NESTOR IVAN DUQUE LOPEZ, Comandante Batallón de Ingenieros No. 17, con fecha 14 de noviembre de 2005, donde se lee:

"... para informar los hechos ocurridos en el sector Chichiridó, jurisdicción de Dabeiba en coordenadas 07-02-07 - 76-23-35, siendo aproximadamente las 5.30 horas del lunes 14 de noviembre, se acercó a mi el Soldado Regular Puentes Arrieta Adrián Ramiro, que se encontraba en el puesto de servicio de centinela, y manifestó haber visto un grupo numeroso de sombras bajando hacia el puente por el camino del frente, al lado opuesto del río. Acto seguido envié al Sargento Segundo Estupiñán Chamorro Andrés, a verificar que era lo que sucedía en el momento, cuando el Sargento bajaba fue sorprendido por un grupo de terroristas entre 10 y 15 aproximadamente, los cuales abren fuego contra él indiscriminadamente, éste reaccionó con los soldados haciendo una línea de fuego.

Al escucharlos disparos establecí comunicación con él y éste me informa de lo que estaba ocurriendo, en este momento, informo al COT y expliqué lo que estaba sucediendo, luego bajé hacia el sitio donde se encontraba el Sargento y apoyé con fuego nutrido, en este momento pudimos ver un cuerpo al otro lado del puente, al parecer de uno de los terroristas. Establecí comunicación con el Cabo Tercero Rincón Jon Andrés, el cual estaba al mando del radio garantizando la comunicación, luego llegó el Sargento Copete en apoyo y se tomó la decisión de traer el cuerpo del terrorista que se encontraba al otro lado del puente, montamos el dispositivo y pasé el puente con el Sargento Estupiñán, arrastrando el cuerpo hasta el otro lado, ya que Delhuyer se encontraba en la parte alta apoyándonos, esperamos que cesara la intensidad del Fuego. Luego de que todo quedó en calma nos arrastramos el cuerpo hasta la parte alta a la orilla de la carretera.

Estando en la parte alta se observa el cuerpo del terrorista dado de baja, el cual mide aproximadamente 1.70 cm de estatura, de piel morena, bigote. Caballo oscuro con algo de cana. Este portaba uniforme Camuflado, camiseta negra, chaleco multipropósito, 03 proveedores de fusil AK-47, 30 cartuchos 7.62, 01 pistola VZOR de fabricación Checa, 06 cartuchos de 7.65, 01 proveedores para pistola, 01 reloj de mano, 01 radio keenwood TH22AT, antena de radio hechiza, botas de caucho y una funda de machete".

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

354

Obra a folios 85 otro informe del ST MUÑOZ MONTOYA JUAN ESTEBAN, de fecha 24 de agosto de 2006, dirigido al Comandante del Batallón de Ingenieros No. 17, en el cual reitera la forma como sucedieron los hechos, contados en la misma forma como lo hizo en el documento anterior.

De folios 109 a 110, obra copia del informe de patrullaje correspondiente al mes de noviembre de 2004, suscrito por ST MUÑOZ MONTOYA JUAN ESTEBAN, donde señala que "tropas del Batallón de Ing. No. 17 Gral. Carlos Bejarano Muñoz, realiza maniobras de contraguerrilla contra las ONT FARC AUC que delinquen en el sector para capturar, neutralizar y en caso de resistencia dar de baja". Y sobre las últimas actividades del enemigo, expresa: "Presencia en la comunidad indígena de Nemdo de aproximadamente de 20 bandoleros. Presencia del enemigo al otro lado del Río en la Comunidad indígena Mico Grande de aproximadamente 20 integrantes de las FARC. (...)".

4.10. Folios 119, reporte que hace el Comandante del Batallón de Ing. No. 17, a la Juez 94 de Instrucción Penal Militar, en el cual deja a su disposición "el material incautado durante contado armado el día 15 de noviembre de 2005, en la parte baja de la Vereda Chichiridó con tropas del Batallón de Ingenieros No. 17,... donde fue dado de baja un sujeto NN, quien no portaba documento de identificación". A este sujeto "se le encontró en su poder el siguiente material de guerra:

- "Pistola cal 7.65 Marca VZOR NO. 690890 01
- Proveedor para pistola 7.65 01
- Proveedores para Fusil AK-47 03
- Cartuchos cal 7.62 x 49 30
- Cartuchos cal 7.65 mm 06
- chaleco multipropósito verde 01
- Radio 2 metros marca KINWOOD (pantalla rota) 01
- Camuflado tipo Americano 01"

4.11. Ante el Juzgado Noventa y Cuatro de Instrucción Penal Militar se recibió testimonio al personal militar que participó en el operativo, donde se destaca lo siguiente:

ESTUPIÑAN CHAMORRO JORGE ANDRES (folios 144-147), Suboficial del Ejército en el grado de Sargento Segundo y Orgánico del Batallón de

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

Ingenieros No. 17, Compañía DELHUYER. Expresó que el día 14 de noviembre de 2005, "siendo aproximadamente las 5:30 de la mañana, el soldado regular PUENTES ARRIETA ALONSO, se encontraba de centinela hacia la parte de la vía, cuando se dirigió donde el Subteniente MUÑOZ MONTOYA JUAN ESTEBAN, comandante del Pelotón y le informó acerca de un movimiento que él miraba bajando de una parte alta hacia un puente, y el Comandante de pelotón me dio la orden de ir a verificar la situación, cuando procedí a verificar la situación en la parte de abajo del puente fuimos sorprendidos por bandidos los cuales nos abrieron fuego, nosotros lo que hicimos fue tendernos y responder al fuego mientras nos llegaba apoyo de la parte alta, porque se notaba la presencia como de 15 a 20 bandidos, en cuestión de unos ocho minutos me llegó el apoyo de mi Teniente Muñoz y de otros soldados, y empezó el fuego cruzado..."

Dijo que "... siendo las 06:10 minutos con el Subteniente MUÑOZ, comandante de pelotón se notó que al otro lado del puente había un bandido tendido, con él tomamos la decisión de cruzar el puente y pasar el bandido al otro lado, todo esto tomando las medidas de seguridad y de apoyo, cuando atravesamos el puente nos dimos cuenta que el bandido ya estaba muerto y lo pasamos al otro lado donde estaba la tropa.... Nos dimos cuenta que portaba una pistola calibre 7.65, un chaleco con tres proveedores de AK 47, un radio scanner de marca KENWOOD, este sujeto vestía camuflado completo tipo americano, camiseta negra, botas de caucho..."

PUENTES ARRIETA ADRIAN RAMIRO (folios 148-156 del c. principal). Soldado regular del Ejército hace 10 meses, orgánico del Batallón 17, compañía Delhuyer 4. Expresó que estaba de centinela, y a las 05:30 "oí ruidos extraños y unos bultos negros en la parte baja y le avisé a mi teniente MUÑOZ, y él mandó a mi sargento ESTUPIÑAN a mirar cuando íbamos bajando nos detectaron y se prendió una plomacera y al momento llegó mi Teniente, el soldado RIVERSO y otros soldados y eso estaba prendido cuando vimos que cayó algo al otro lado del Río, cuando salió mi Teniente y Mi Sargento a buscar lo que había caído y cuando lo trajeron era un guerrillero muerto y de ahí lo subimos arrastrándolo hacia el río porque la guerrilla estaba era ahí".

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

355

Sobre las características del terreno, expresó: "muy montañoso, escasa visibilidad quebrado". Cuando se le preguntó de qué parte de la organización de la tropa fueron atacados, y dijo: "Nos atacaron de frente de mi puesto de centinela". Se le preguntó, cuando se inició el combate a qué distancia estaba el enemigo, y dijo: "Como a 500 metros". Se le preguntó, si la tropa observó al enemigo antes del combate, cuantos eran y qué actividad desarrollaban, contestó: "más o menos eran de 20 a 30 hombres, ellos venían bajando rumbo a la vía". Se le preguntó, quién manipuló el cadáver, y contestó: "Mi sargento y mi teniente y después los soldados cuando lo ayudamos a subir, lo movimos para rescatarlos", y a la pregunta, de quien manipuló el material de guerra incautado, contestó: "Lo sacamos entre todos para contarlo". Cuando se le preguntó qué material de guerra incautaron al sujeto dado de baja, señaló: "Yo vi que mi Teniente estaba escribiendo que le habían incautado una pistola, tres proveedores de AK 47, un radio TH 1000".

RINCON SALGADO YON ANDREY (folios 167-168. cuaderno principal). Suboficial del ejército en el grado Cabo Tercero. Expresó que se encontraba "de reacción con la segunda sección del pelotón DELUYER 4, más o menos a las 5:00 se escucharon una serie de disparos y explosiones, estaban atacando a la primera sección Mi Sargento ESTUPIÑAN me timbra para que sierre la vía y deje pasar carros, cumplo la orden y al momento me dice que suba a apoyarlo, al llegar mi Subteniente MUÑOZ MONTOYA me dice que coja el radio que el va a bajar al hueco a apoyar a mi Sargento, yo cojo el mando del radio y mi teniente baja a apoyar, por el radio me timbra el cual veía a alguien al otro lado del puente, el cual la guerrilla se quería llevar, mi Teniente me dice que pida permiso para poder él pasar el puente para no dejar llevar el cuerpo, el asegura el cuerpo y me dice que lo apoye con fuego para poder salir del hueco y con el cuerpo y yo cumplí la orden, lo apoyo con granadas y con fuego, y fusil se lo logran llevar".

Se le preguntó como eran las condiciones del terreno, y contestó: "Montañoso y quebrado y la visibilidad era buena". Se le preguntó, si cerca del lugar de los hechos habían casas y si se encontraban habitadas, dijo: "Había una choza a unos 300 metros y la habita un señor pero no se encontraba en ese momento".

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

MUÑOZ MONTOYA JUAN ESTEBAN (folio 169-172). Oficial del Ejército nacional, grado de Subteniente, orgánico del Batallón de Ingenieros No. 17, y pertenece a la compañía DELUYER CUATRO. Expresó que siendo aproximadamente las cinco o cinco y quince de la mañana de ese día 14 de noviembre de 2005, se encontraba "desarrollando un dispositivo de seguridad con mi pelotón por el área de Chichidó, corregimiento de Dabeiba, a esa hora el centinela SLR, PUENTES ARRIETA ADRIAN, me dijo que había visto bajar unas sobras, por el camino del frente, al otro lado del Río, le di la orden al Sargento ESTUPIÑAN, de ir a verificar lo que estaba pasando, cuando este fue al sitio indicado por el soldado sonaron unos disparos de fusil AK 47, inmediatamente el Sargento entabló comunicación conmigo y me dijo que lo estaban atacando pero que estaba en un sitio donde había protección, que necesitaba apoyo, en ese momento reporté la situación la unidad y llame al Cabo RINCON, cuando este llegó lo dejé encargado del radio, y me dirigí con un grupo de soldados hacia el sitio del combate...en ese momento vimos un grupo de hombre que armados, vestidos de camuflado, intentaban pasar el puente que comunica una comunidad indígena con la carretera, eran aproximadamente veinte hombres, en ese momento empezaron a disparar de diferentes sectores y nosotros reaccionamos abriendo fuego, aproximadamente durante cuarenta y cinco minutos... Cuando finalizamos los disparos vimos que al otro lado del río cayó un hombre, y había dos personas vestidas de camuflado que intentaban llevárselo, luego el sargento ESTUPIÑAN y yo pasamos el punte y fuimos a ver que pasaba, como a un metro de distancia del puente encontramos a un sujeto vestido de camuflado muerto, buscamos cubierta en ese sector, ahí se intensificó el fuego, y el cabo RINCON nos apoyó con fuego de granadas y ametralladora, para poder salir de ese sitio, cogimos el cadáver del chaleco y lo pasamos al otro lado del río y seguimos en combate como quince minutos más, ahí llegó DELUYER UNO, y nos apoyó con fuego nutrido, ahí bajó la intensidad del combate hasta que finalizó".

Se le preguntó si el pelotón se encontraba desarrollando alguna orden de operaciones, y en caso afirmativo como se llama, a lo cual contestó: "Nos encontrábamos de seguridad en el puente de Chichirido, realizando operaciones de control militar de área".

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

356

Sobre las condiciones del terreno, lo describió como "Es la parte baja del puente de Chichiridó, es como un hueco, rodeado por cerros, con vegetación espesa, terreno fangoso, en la parte baja se encuentra el río llamado río sucio, en ese momento estaba cayendo lluvia".

NEIL BARRIOS (folios 192-197). Dijo que actualmente se encuentra acogido al "programa de reincorporación a la vida civil del ministerio del Interior", antes de acogerse al programa "era guerrillero del frente 57 de las FARC, Bloque Nororiental, durante doce años en el grupo y trabajaba lo que era la parte de inteligencia en comunicaciones y filmaciones a la fuerza pública en centros de concentración o bases de patrullaje en Mutatá, Dabeiba, Cruce de Termales, la Blanquita...". Sobre el conocimiento del señor JOSE ANGEL HIGUITA, señaló: "Si lo conozco, era de mucha influencia en la parte de caletas de remesas y explosivos, es de mucha confianza del Negro BENÍTEZ que es uno de los comandantes del Frente 34, se utiliza para mirar el desplazamiento de la tropa sobre la vía como trabajador de pocos recursos, así como coordina la entrada de algunos materiales bélicos...".

Se le preguntó si vio alguna vez que el señor JOSE ANGEL HIGUITA portara algún arma o radio de comunicaciones, contestó: "Arma si, el primero cargaba un revolver, luego le dieron una pistola por la confianza que el tenía con el NEGRO, él mismo se la había dado y llevaba un fusil AK 47, que era su dotación, radio nunca le vi cuando trabajaba afuera, pero cuando se iba para el puente si le daban un radio y le decía que lo dejara escondido del otro lado del puente para que les avisara".

RODRIGUEZ OLIVERAS WILLINTON (folio 228-230). Soldado Regular, perteneciente al Batallón Bejarano Muñoz, compañía Deluyer, con respecto a los hechos, señaló que se encontraba "hacia el otro lado de donde fue el combate, el centinela Soldado Puentes, que se encontraba de frente al puente, vio cuando se venían metiendo e hizo la alarma y empezó el tiroteo... Cuando se acabó el tiroteo hicimos el registro y se encontró la baja". Y a la pregunta de cómo eran las características del terreno, expresó: "Había visibilidad porque ya estaba amaneciendo, estaba seco no había llovido, fuimos atacados desde un cerro" (folio 228). Se le preguntó si en el lugar de los hechos había viviendas o

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

población civil, y respondió: "Hay dos casitas, una cerca de donde estaba la primera sección y la otra estaba más debajo de donde estábamos nosotros".

PALENCIA MARQUEZ SAMIR JOSE (folios 224-226). Soldado regular, perteneciente al Batallón Deluyer, Cuarto Pelotón. Expresó que "ese día entre las cinco y media y las seis de la mañana, nosotros nos encontrábamos en la parte de abajo del lado del puente, fue cuando oímos los disparos, y mi cabo Rincón Salgado Yon nos ordenó que aseguráramos la parte de abajo cubriendo con fuego hacia el cerro del frente ya que desde allí era que nos disparaban". Se le preguntó qué actividad o misión se encontraban cumpliendo ese día, respondió: "Nuestra misión era asegurar un lado del puente y hacer presencia en la vía". Se le preguntó en qué consistió el apoyo prestado en el momento del combate, respondió: "Nosotros abrimos fuego hacia el cerro del otro lado porque desde allí era que disparaban a los demás compañeros". Se le preguntó qué se encontró en el registro, y respondió: "No tengo conocimiento. Me enteré por comentarios que había una baja de un guerrillero". A la pregunta si una vez terminó el combate, qué personas llegaron al sitio de los hechos, respondió: "No sé porque yo estaba en la parte de abajo". Se le preguntó cuántos hombres aproximadamente considera que fueron atacados, contestó: "Yo no vi a nadie, pero si percibí disparos del cerro del otro lado, que fue de donde nos disparaban". A la pregunta si vio el cuerpo del hombre muerte, contestó: "No, yo no vi a nadie muerto porque del sitio donde me encontraba disparando no me moví" (folio 224). Realizó un croquis del lugar de los hechos, y realizó el cuadro que obra a folios 223, incluyendo la figura de un hombre muerto.

4.12. Folios 155 – 164, copia del álbum fotográfico tomado en la diligencia de inspección judicial al cadáver de NN de sexo masculino, remitido por el funcionario de Policía judicial a la Juez 95 de Instrucción Penal Militar. A folios 156, se nota lo siguiente: "SE APRECIA EL CADAVER EN POSICIÓN ARTIFICIAL, TAL Y COMO FUE TRANSPORTADO POR PERSONAL DEL EJERCITO DEL LUGAR DE LOS HECHOS HASTA LA MORGUE DEL HOSPITAL LOCAL DEL MUNICIPIO DE CHIGORODÓ ANTIOQUIA". Y a folio 163, fotografía de "el vestuario del NN hoy occiso. CAMISETA NEGRA CON ESTAMPADO BLANCO, CAMISA CAMUFLADA, BOTAS DE CAUCHO

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

357

COLOR NEGRAS, UNA CUBIERTA EN CUERO PARA EMBAINAR MACHETE”, y a folio 164, la fotografía de un “PANTALON CAMUFLADO EL CUAL PORTABA EL HOY OCCISO”.

4.13. Folio 209, oficio dirigido por el funcionario de Instrucción de la Décimo Séptima Brigada en el cual solicita al Juzgado 94 de Instrucción Penal Militar, información sobre “el sitio en el cual se encuentra almacenada la ropa que llevaba consigo el sujeto identificado como JOSE ANGEL HIGUITA, muerto en combate el día 14 de noviembre de 2005, o si a ésta se le realizó alguna inspección por parte de alguna autoridad judicial”. Y a folios 210, el mismo funcionario solicitó al Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, información sobre registro o antecedente judicial de JOSE ANGEL HIGUITA.

4.14. Folios 234, el Comando General del Departamento Control comercio Armas, municiones y explosivos, con fecha 14 de diciembre de 2006, informa que “la pistola marca VZOR, calibre 765, No. 690869, aparece registrada a nombre del señor CARLOS ALBERTO VANEGAS OSORIO, adquirido el 101-08-1983, con novedad ROBO el 014-03-1994, seccional Bogotá...”.

4.15. Folios 263, copia de la denuncia que formuló la señora LUZ MARINA HIGUITA, el día 25 de noviembre de 2005, ante la Procuraduría General de la Nación, por la muerte de su hermano JOSE ANGEL HIGUITA RUEDA, “quien salió de su casa en Dabeiba Antioquia, PARA TRABAJAR al Cañón de la Llorona”, y apareció muerto vestido de guerrillero, cuando no lo era, “fue el Ejército porque lo mató y lo pasó como guerrillero”. Mediante escrito de 5 de septiembre de 2006, se evaluó la queja presentada y se dispuso la indagación preliminar disciplinaria (folios 279-280).

4.16. Mediante escrito de 30 de mayo de 2006, el señor Procurador 196 Judicial I Penal, solicita al Juzgado 94 de Instrucción Penal Militar el envío de las diligencias a la Fiscalía General de la Nación – Unidad de Derechos Humanos y Derecho internacional Humanitario, por competencia, porque se trata de un caso donde se deduce “el afán que tienen ciertos militares para dar positivos en los operativos que realizan, violando con esta actitud los derechos humanos y trasgrediendo sin ninguna consideración el Derecho Internacional

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

Humanitario". También solicitó que los aquí involucrados deben ser investigados también "por el delito de Falso Testimonio pues es inadmisibles que estas personas creen que la justicia es un rey de burlas que se le puede mentir sin pasar nada" (folios 134-138 del c 2).

Mediante providencia de 20 de junio de 2006, el Juzgado no accedió a la solicitud de la Procuraduría y se consideró competente para continuar con la investigación (folios 215-218 del c 2).

Sin embargo, el Tribunal Superior Militar, mediante providencia de 11 de septiembre de 2006, al resolver un recurso de apelación interpuesto contra el interlocutorio proferido el 28 de junio de 2006, por el Juzgado 94 de Instrucción Penal Militar, en virtud del cual impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra del subteniente del Ejército Nacional JUAN ESTEBAN MONTOYA, por el delito de Homicidio, "según hechos ocurridos el 14 de noviembre de 2005 en la vereda Chichirido - Municipio de Dabeiba (Antioquia), se abstuvo de conocer del recurso, y ordenó el envío de la investigación, a la justicia ordinaria - Fiscalía 50 Delegada ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Dabeiba (folio 524 - 540 del cuaderno 3).

4.17. El cuaderno No. 2, contiene actuación penal que adelanta la Fiscalía General de la Nación, en donde aparece como occiso JOSE ANGEL HIGUITA y como autores miembros del Ejército Nacional: ST. MUÑOZ MONTOYA JUAN ESTEBAN, SS. ESTUPIÑAN CHAMORRO JORGE, SLR. PUENTES ARRIETA ADRIAN, y SLR. RIVERO DIAZ ALONSO JOSE, del Batallón de Ingenieros No. 17 General Carlos Bejarano Muñoz.

Obra en este expediente el documento de folios 66-67, de 14 de noviembre de 2005, comprobante de gasto No. 1275, correspondiente a la misión táctica 06 NOVA, compañía Delhuyer. Material solicitado: Cartuchos 300, calibre 7.62, tipo guerra; cartuchos material sobrante 300, calibre 7.62, tipo guerra. Sumas iguales cantidad 300, calibre 7.62 mm, tipo guerra. Suscriben el documento: SV. RIVEROS JAVIER JOAQUIN, Almacenista; CP. PUERTO DIAZ RAFAEL, Comandante Compañía DELHUYER; CT. CIAFFONI MIRANDA ANGELOSANTE, Intendente Local; CT. ESCOBAR CALLE JUAN FELIPE,

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

358

Oficial S-4; CT. GONZÁLEZ JAIMES EDINSON, Oficial S-3, y MY. RODRÍGUEZ HERNANDEZ NESTOR DAVID, ejecutivo y 2do. Comandante.

Folio 68, del c. 2, copia del acta 4736 de 14 de noviembre de 2005, en la cual se lee: "ASUNTO: TRATA DE LA LEGALIZACIÓN DE UN MATERIAL DE GUERRA, UE SE HACE POR CONSUMO EN DESARROLLO DE LA OPERACIÓN SOBERANÍA MISIÓN TÁCTICA No. 06 NOVA CUARTO PELOTÓN COMPAÑÍA DELHUYER EN CONTACTO ARMADO CON INTEGRANTES DEL 57 FRENTE ONT – FARC GASTANDO EL SIGUIENTE MATERIAL DE GUERRA". Material pedido de acuerdo a solicitud de préstamo 1278:

"1. MUNICIÓN 5.56 MM	893
2. Material sobrante	0
3. Material gastado según comprobante No. 1278	
MUNICIÓN 5.56 MM	893"

A folios 69 vuelto, aparece la relación del personal que participó en el combate, y el total de munición gastada por cada uno, para un total de munición gastada de 893. Se relaciona el siguiente personal, en total 27, todos SLR. Ochoa García Emil Arley, Ortega España Jhon, Ortega Martínez Humberto, Otero Peñate Luis Octavio, Pabuena Royer Tony, Pacheco Hernández Luis, Palacio Ariza José, Palacia Marquez Samir, Palomino Pérez Walter, Pereira Arias Victor, Perez Arias Fabio, Perez Arrieta Guillermo, Pérez Baltasar Fidel, Pérez Hernández Dairo, Pérez Salgado Neder, Perez Tovar Jorge, Niebles Cerro Jorge, Pérez Vergara Pedro, Perez Vitola Leonardo, Prieto Paternita Carlos, Puentes Arrieta Adrian, Puerta Rodríguez Boris, Ramos Mejía José, Ramos Vergara Sergio, Reyes Romero Edwin, Rivero Diaz Alonso y Rodelo Luna Néstor.

Folio 70, certificado de consumo munición, de fecha 15 de noviembre de 2005, mediante el cual CT. PUERTO DÍAZ RAFAEL, de la compañía DELHUYER del Batallón de Ingenieros No. 17, hace constar que el día 14 de noviembre del 2005 en desarrollo de la operación SOBERANÍA, Misión táctica No. 06 Nova, el Cuarto Pelotón de la compañía Delhuyer "entra en contacto armado con

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

integrantes del Frente 57 ONT – FARC, Sector Chichirido, Municipio de Mutatá, en coordenadas 01.01.07 – 76 23 35, resultando dado de baja un narcoterrorista. Se consumieron 300 cartuchos 7.62 MM, según comprobante de gasto 1275”.

Folio 139-140, copia auténtica una denuncia de fecha 22 de enero de 2006, dirigida por correo electrónico a la Vicepresidencia de la República, la misma a la cual hizo referencia el señor Procurador 196 Judicial I Penal, en el escrito de 30 de mayo de 2006, para solicitar el envío de la investigación penal a la justicia ordinaria (folios 134-138). En el documento se lee lo siguiente:

“Fecha de los hechos: 14-11-2005

Lugar de los hechos: Vereda Chichiridó, municipio de Dabeiba, Antioquia, Departamento de Antioquia.

Resumen de los hechos: El día 14 de noviembre del 2005 tropas del batallón de Ingenieros 17 bejarano Muñoz, al mando del mayor blanco, ejecutivo del batallón y del subteniente Muñoz comandante de la contraguerrilla delayer 4, en colaboración con un grupo paramilitar de dabeiba hicieron lo siguiente: en la vereda godo del mismo municipio sobre la carretera trabajaba un señor tapando huecos quien vivía de lo que los carros le regalaban, dicho señor era un conocido por todo el pueblo como Negrín, este señor muy famoso entre camioneros y entre el pueblo, tiene dos niñas y una esposa en el barrio la arenera de dabeiba. Este señor el día mencionado fue secuestrado por un grupo de paramilitares de dabeiba y lo acusaban de pertenecer a la guerrilla, los paramilitares lo engañaron y con mentiras lo llevaron a la vereda de chichirido donde se encontraba el subteniente Muñoz con sus tropas, allí le dijeron al teniente que este sujeto era guerrillero y que por que no lo “legalizaban”, este aceptó lo vistió en camuflado y lo llevó a un puente de concreto que hay en este sector que pasa el río riosucio, llamó al mayor blanco ejecutivo del batallón, este llegó al sector y le compró a los paramilitares una pistola que le costó 550.000 pesos, luego de eso el mayor dio la orden de que lo mataran y el teniente lo hizo con su fusil disparando varias veces, luego le colocaron al muerto unas cartucheras y unos proveedores de fusil y dijeron al comando de la brigada que habían tenido un combate y habían matado a un guerrillero y que en medio del combate se le habían llevado el fusil al guerrillero los demás guerrilleros que venían con el supuestamente, y luego el mayor blanco mandó un soldado a quemar la ropa del muerto que le habían quitado y la billetera con sus documentos, todo esto para aparentar un resultado operacional para el batallón, yo soy soldado regular de la contraguerrilla delayer 4 y presencié todos estos hechos, la denuncia la hago porque el mayor blanco nos mintió y nos dijo que nos quedaríamos callados y que declararíamos mentiras y nos daría permiso el 24 y 31 de diciembre, lo cual no lo hizo....”

Con fundamento en esta denuncia, el señor Director del Programa Presidencial de DDHH y DIH – Atención y Prevención, dirigió escrito de 27 de febrero de 2006 al señor Inspector General del Ejército Nacional, para lo de su cargo (folios 141-143).

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

359

Folios 153-157, obra dictamen de 7 de junio de 2006, dirigido al Juzgado 94 de Instrucción Penal Militar, relacionado con el estudio balístico practicado a los elementos incautados, y concluyó lo siguiente:

“EL ARMA OBJETO DE ESTUDIO Y DESCRITA – se refiere a una Pistola CZ, 7,65, arma de puño, modelo VZOR70 –, SE ENCUENTRA EN MAL ESTADO DE FUNCIONAMIENTO, YA QUE CARECE EN SU TOTALIDAD DE LA AGUJA PERCUTORIA, PIEZA ESENCIAL PARA QUE SE PUEDA EFECTUAR O PRESENTAR EL PROCESO DEL DISPARO, POR LO TANTO ESTA ARMA NO ES APTA PARA REALIZAR EL O LOS DISPAROS.

LOS CARTUCHOS SE ENCUENTRAN EN BUENESTADO DE CONSERVACIÓN Y PUEDEN SER UTILIZADOS EN ARMAS COPATIBLES CON SU CLASE Y CALIBRE. (...).

LOS PROVEEDORES ENTREGADOS PARA ESTE ESTUDIO Y DESCRITOS EN LOS LITERALES B y D, REUNEN CONDICIONES FISICAS Y TECNICAS PARA RECIBIR LA UNIDAD DE CARGA (...).

(...) al no haberse almacenado o embalado cuidadosamente esta arma de fuego, y por no garantizar la conservación de los elementos materia de prueba o evidencia física, no es posible realizar estudio denominado como “ANALISIS DE RESIDUOS DE POLVORA EN EL INTERIOR DEL CAÑÓN DE UN ARMA DE FUEGO...”.

Folios 455 – 462, obra el estudio técnico que se realizó al radio de comunicaciones marca Kenwood, modelo TH22AT, el cual no realiza ninguna función, ni enciende, destapándose el equipo se observó la falta de elementos necesarios para su funcionamiento. En estas condiciones “el radio no funciona” (folio 456).

Folios 228 -229, el señor Patrullero JULIAN ANDRES VALENCIA LOPEZ, Técnico Profesional en Balística SIJIN, DEURA, remite al Juzgado 94 de Instrucción Penal Militar, el plano levantado en diligencia de inspección judicial con reconstrucción de hechos, realizada el día 17 de junio de 2006, en la vereda CHICHIRIDO, sobre la vía que del municipio de Dabeiba conduce a Mutatá. Lugar en el cual mediante versiones suministradas por los soldados profesionales: Luis Pacheco Hernández, Luis Octavio Otero Peñate, Pedro Pérez Vergara, Rafael Romero Duque, Humberto Ortega Martínez y Avendaño Pérez Caballero.

Folio 256 a 271, providencia de 28 de junio de 2006, proferida por el Juzgado 94 de Instrucción Penal Militar, por medio de la cual se IMPONE MEDIDA DE

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

ASEGURAMIENTO CONSISTENTE EN DETENCIÓN PREVENTIVA, en contra del ST MUÑOZ MONTOYA JUAN ESTEBAN, como "presunto responsable del delito de HOMICIDIO, siendo sujeto pasivo JOSE ANGEL HIGUITA. Contra esta decisión se interpuso el recurso de apelación, pero el Tribunal Superior Militar, mediante providencia de 11 de abril de 2006, se abstuvo de conocer del mismo y ordenó remitir la investigación a la justicia ordinaria (folios 529 a 540 del c 3).

4.18. Mediante providencia de 25 de enero de 2008, la Procuraduría Delegada Disciplinaria para Derechos Humanos, dispuso la apertura de investigación disciplinaria contra el Mayor Pablo Blanco Botía, el Subteniente Juan Esteban Muñoz Montoya, el SS. Jorge Andrés Estupiñán Chamorro y el C3 Jhon Andrey Rincón Salcedo, adscritos al Batallón de Ingenieros No. 17 "General Carlos Bejarano Muñoz", por los hechos del 14 de noviembre de 2005 en los cuales resultó muerto el señor José Angel Higuitya (folios 76-78 del c. 4.).

4.19. Mediante providencia de 30 de agosto de 2007, la Fiscalía General de la Nación, profirió medida de aseguramiento de DETENCIÓN PREVENTIVA, sin beneficio de excarcelación contra YON ANDREY RINCON SALGADO, por el delito de homicidio, en hechos del 14 de noviembre de 2005, en el municipio de Dabeiba, del cual fuera víctima JOSE ANGEL HIGUITA (Folios 18-68 del c. 7).

4.20. Folio 43-58 del cuaderno 7). Copia de la diligencia de inspección judicial que se practicó en las instalaciones de la Brigada XVII, Batallón Bejarano Muñoz, con sede en Carepa, por la Fiscalía Delgada, adscrita a la Unidad de Derechos Humanos. Se exhortó para que informara si el señor JOSE ANGEL HIGUITA, alias "NEGRIN", se encuentra en las órdenes de batalla de la subversión que operaba por los sectores de Dabeiba, Carepa, Mutatá, Chigorodó, antes del año de 2005, a lo cual refiere: "que no aparece en las órdenes de batalla del quinto frente, 34, 57, 58 y la columna móvil Mario Vélez, que se buscó del 2005 hacia atrás inclusive, estos son los frentes en esas localidades" (folio 41).

4.21. (folio 43-58 del c. 7), copia de la declaración que rindió el señor JORGE ANDRES ESTUPIÑAN CHAMORRO, el día 5 de diciembre de 2007, ante la

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

360

Fiscalía Doce Delegada, Adscrita a la Unidad Nacional de DH-DIH, y en la misma diligencia se procede a ordenar la privación de la libertad del indagado, y una vez enterado el defensor y el indagado, éste último le hizo saber al Despacho que "es su voluntad hablar, por lo que la Fiscalía accede a la petición", y declaró lo siguiente, bajo juramento:

"... ahí si lo vi, - se refiere al Teniente Muñoz-, él estaba de civil y venía en un trooper blanco y lo descargó y el carro siguió como si fuera para Medellín, yo ahí me vine a hablar con él me dijo que estaba en Dabeiba averiguando una información buena acerca de lo que pasó por ahí, hacia un mes, me dijo que tenía hambre y que si iba a cambiar, entonces él se regresó de civil y se embarcó nuevamente en el vehículo, iban con él como dos personas más. Lo volví a ver a las 6 de la tarde ya, entonces hablé con él y me dijo que andaba en la vuelta esa ahí averiguando, me dijo que había traído al señor ese para averiguarle, empezó a averiguarme como queriéndome decir algo, me decía que ese señor era, que ya le había dado comida, y fuimos a hablar con el señor, el señor decía que no sabía nada, y a lo último dijo el señor que si sabía donde estaba la guerrilla, mencionó un sitio y dijo que no lo fueran a matar, que no le fueran a hacer nada. En el programa informo al S3, al Mayor BLANCO, entonces como la comunicación era mala, hablaron por el celular, no se que hablarían porque el Teniente se apartó, supongo que le dieron la orden que nos moviéramos, entonces dijo que dejáramos al Cabo con unos soldados para la parte alta, y dijo que saliéramos como a una hora de camino, el señor dijo que cerca al sitio nos daba las indicaciones y nosotros seguíamos, el señor estaba de civil y el Teniente dijo que se le prestaba un camuflado y que iba a ir adelante, yo me fui a dormir y escogí al personal que se quedó con el Cabo, que eran 5 o 6 soldados, dejé a los centinelas y al rancharo, el señor se quedó del lado donde estaba mi Teniente, yo me quedé en mi cambuche. Me preocupaba que el señor fuera a decir que estaba secuestrado o algo y entonces me alcancé a parar para advertir al Teniente y el centinela dijo quien estaba ahí y yo me volví a acostar, al señor lo cambiaron de camuflado, y creo que mi Teniente organizó todo porque el si tenía tiempo con el Cabo y con los soldados, yo me paré antes de las 5 y estaba serenando y me dijo que ya íbamos a salir y me dijo que el señor iba adelante, pero que tal que se nos volteara, mi teniente mandó a un soldado adelante con el señor, más atrás veníamos mi Teniente y yo, ya nos íbamos metiendo al hueco y mi teniente le dijo soldado dispárele, entonces el soldado hizo como unos dos tiros y el Teniente luego disparó cuando empezó a sonar plomo desde arriba donde dejamos al Cabo con los otros y me dijo ESTUPIÑAN cuidado que nos están disparando, yo creo que del otro lado del puente sí había guerrilla porque de ese lado venía fuego y se sentían fogonazos, eso fue como a las 5 y media de la mañana, esos disparos duraron como 10 minutos, esos soldados botaron munición, el señor no alcanzó a pasar el puente, y nosotros estábamos regados por ahí, empezaron a timbrar por el radio que que pasaba, el Cabo empezó a timbrar por el radio al Teniente y el Teniente decía calma, dejen de disparar, entonces también venía otra contraguerrilla y de ese lado venían tiros también, y ya terminó ese tiroteo. El Teniente y yo íbamos como 10 pasos más atrás del señor y el soldado. El teniente estaba todo enredado para hablar, decía ahora si nos embalamos, me decía que ahora que hacemos, fuimos a ver al señor y me dijo tranquilo y el Teniente sacó del chaleco una pistola 7.65 y un radio y la tiró al lado del señor, el teniente me dijo subamos el cuerpo a la carretera, me decía tranquilo, entonces entre el Teniente, el soldado y yo subimos al señor a la carretera, entonces el Teniente timbró por el radio grande y se reportó no recuerdo si fue con el Comandante del Batallón o con el S3 que

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

era el Mayor BLANCO, y decía que un enfrentamiento, yo me aparté de ahí y empezó a contar lo que le conté yo al comienzo. Entonces se acordó el área para que no pasaran civiles que iban a sus trabajos, por la carretera habían como tres casas y esa gente por el tiroteo se abrieron de por ahí, como a las 8 y 30 llegaron en el carro del Batallón la Juez, la Secretaria, llegaron de la Brigada, no recuerdo si era el Ejecutivo o el 3 de la Brigada, fue gente de Dabeiba y fue gente de Mutatá, fue gente de la Policía, de la SIJIN, yo me senté a un lado, y el Teniente quedó ahí porque era el Comandante y a él era el que le preguntaban, ya después subieron al muerto en un carro y se lo llevaron, ahí nos preguntaron qué quienes habían participado en eso y dimos los nombres y empezaron a solicitar por radio el informe de patrullaje, la munición gastada, todo eso toca reportarlo, al medio día fue gente del Batallón, nos llevaron comida porque estábamos mal de comida, le llevaron a los soldados pollo y gaseosa, nadie hablaba nada, al día siguiente me llamó el Teniente como a las 7 de la mañana y me dijo alístese que se va para el Batallón a declarar, me fue a recoger un carro del Batallón y fui con el soldado que no recuerdo el nombre, declaré al otro día y antes de irme para el batallón me dijo que contara las cosas como se las conté inicialmente y me dijo que eso mismo lo iba a decir el soldado, me dijo que estuviera tranquilo, luego me mandaron a llamar de la Brigada y me dijeron que necesitan que pasara a hacer parte de un grupo especial de la Brigada y les dije que estaba enfermo y que me iba a los días trasladado a Bogotá para hacer curso, me hice revisar en el dispensario y me encontraron paludismo, hablé con mi Mayor BLANCO y le dije que mi Coronel me había dado 15 días de permiso, mi Mayor BLANCO no me preguntó nada solo me dijo que nos había ido bien, yo me fui para mi permiso, al soldado también le dieron permiso.".

Cuando se le preguntó en qué términos le dijo concretamente el Teniente al Soldado que disparara, contestó: "Dijo soldado dispara dispara, y el soldado hizo como dos o tres tiros". Y sobre la pregunta, qué distancia tenía el soldado del señor al momento que le disparó a éste, contestó: "Unos diez pasos, al principio iban los dos al paso, pero al momento del hecho se le alejó como diez pasos. Cuando el soldado disparó el señor hizo así como para caerse y al rato como disparó el Teniente. Yo también disparé porque del otro lado hicieron tiros". Se le preguntó, al cuanto tiempo de haber terminado el tiroteo que se presentó en el hueco sacó el Teniente la pistola 7.65 y el radio, contestó: "Inmediatamente vemos el muerto, yo le digo huy mi teniente mire esto y él dice tranquilo tranquilo y saca la pistola y el radio". Se le preguntó por qué se mantuvo usted hasta hoy callando la verdad, y contestó: "Por lo de las tres llamadas. Eso es lo único que yo he hecho malo".

4.22. Mediante providencia de 7 de diciembre de 2007, la Fiscalía General de la Nación, resolvió proferir medida de aseguramiento de DETENCIÓN PREVENTIVA, sin beneficio de excarcelación, en contra del señor JORGE ANDRES ESTUPIÑAN CHAMORRO, de los hechos acaecidos el 14 de noviembre de 2005, en el municipio de Dabeiba, donde fue víctima del delito de

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

361

homicidio en persona protegida, JOSE ANGEL HIGUITA (folios 73-109 del c. 7).

4.23. La Fiscalía General de la Nación, mediante providencia de 31 de marzo de 2008, profirió RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN en contra de JORGE ANDRES ESTUPIÑAN CHAMORRO, ADRIAN RAMIRO PUENTES ARRIETA y YON ANDREY RINCON SALGADO, por el delito de homicidio en contra de persona protegida, del cual fuera víctima JOSE ANGEL HIGUITA, en hechos ocurridos el 14 de noviembre de 2005, en el municipio de Dabeiba (folios 176-215 del c. 7).

5. Título de imputación

Se pretende la declaratoria de responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por los perjuicios ocasionados a los demandantes, con ocasión de la muerte del señor JOSE ANGEL HIGUITA, en hechos ocurridos el 13 de noviembre de 2005, en el municipio de Dabeiba – Departamento de Antioquia.

Para la parte actora, el título de imputación es el de falla en el servicio, porque su muerte fue ocasionada por soldados de la Brigada 17 del Ejército Nacional, con sede en el municipio de Carepa – Antioquia -, que operaba en la zona, y fue presentado como “guerrillero dado de baja en combate”, cuando lo cierto era que se trataba de una persona dedicada a oficios varios, como “trabajos de albañilería, trabajos materiales como obrero de la construcción y obras públicas en el municipio de Dabeiba”. En el escrito de alegatos reitera que la falla se presentó por el ejercicio arbitrario de la fuerza y abuso de autoridad por parte de miembros de las Fuerzas Armadas, que produjo como resultado la muerte del señor José Ángel Higueta, “quien fue visto por última vez el día 13 de noviembre de 2005 en el sitio Godó, jurisdicción del municipio de Dabeiba (Ant.), en la carretera troncal que conduce de Medellín a la Región de Urabá. Al día siguiente fue reportado como N. N., muerto en combate por parte de miembros del Ejército Nacional...”. (Folio 339).

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

Por su parte, la Entidad demandada señala que fue el mismo comportamiento ilícito que la víctima observara al momento del hecho, el que finalmente provocara su propia muerte, porque se "enfrentó al Ejército, provocando finalmente su propia muerte con ocasión de su propio comportamiento ilícito", lo cual estructura la CULPA EXCLUSIVA Y DETERMINANTE DE LA VÍCTIMA, como causal eximente de responsabilidad.

De acuerdo con la jurisprudencia, el uso de armas de fuego es una actividad peligrosa y como tal el régimen de responsabilidad aplicable es el objetivo como quiera que el riesgo creado en desarrollo de dicha actividad constituye una carga excesiva, grave y anormal que no deben asumir los ciudadanos. Bajo este título de imputación, al demandante le basta acreditar que la actividad peligrosa fue la causa del daño cuya reparación solicita, en tanto que la entidad para exonerarse, deberá demostrar la existencia de una causal de exoneración como la culpa de la víctima, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o la fuerza mayor¹⁷.

Sin embargo, considera también la jurisprudencia¹⁸ que cuando se invoca en la demanda el régimen de falla del servicio, deberá entrarse a estudiar, en primer término, la responsabilidad de la administración bajo ese título de imputación porque de un lado ese criterio es aplicable aún tratándose de daños causados con ocasión de actividades peligrosas, y por otra parte, se cumple con la función consustancial a la jurisprudencia contencioso administrativa de identificar las falencias que se presentan en el ejercicio de la actividad administrativa, con el propósito de que: (i) la definición para un caso concreto se convierta en advertencia para la administración con el fin de que esta procure evitar la reiteración de conductas anormales y (ii) esa decisión sirva para trazar políticas públicas en materia de administración. El carácter admonitorio y de reproche del actuar de la administración que la invocación de este título de imputación conlleva, determina que la condena deba preferirse

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de marzo de 2001, expediente 11.222, criterio que en decisiones posteriores ha reiterado la misma Sala, como en la sentencias de 25 de julio de 2002, expediente 14180

¹⁸ Criterio reiterado en la sentencia de 13 de agosto de 2008, expediente 16.533, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

362

con fundamento en éste y no aplicando el régimen objetivo de responsabilidad¹⁹.

Reiteró la citada Corporación que en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, cuando se invoca la falla del servicio, se debe estudiar en primer lugar si el acervo probatorio efectivamente demuestra la existencia de la alegada falla, y sólo de no haberse acreditado la misma, y en aplicación del principio *iura novit curia*, se analizarán los hechos probados bajo el título de riesgo excepcional por haberse producido el daño con ocasión del ejercicio de una actividad peligrosa²⁰.

Así las cosas, se analizará en primer lugar si la administración debe responder a título de falta o falla del servicio. Y en cuanto tiene que ver con los elementos cuya acreditación resulta necesario acreditar en el proceso para que proceda declarar la responsabilidad del Estado con base en este título jurídico –subjetivo- de imputación, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que se precisa de la concurrencia de los siguientes elementos: **(i) un daño o lesión** de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado –o determinable-, que se infringe a uno o varios individuos. El promotor del juicio tendrá que establecer la existencia del daño o menoscabo, mediante prueba directa o indirecta, que reúna las siguientes cualidades que el daño sea cierto, particular y que recaiga sobre una situación, o de acto o de hecho, que esté protegida jurídicamente; este elemento ya se analizó frente a todos y cada uno de los demandantes, y se encuentra probado en el proceso **(ii) una conducta activa u omisiva**, jurídicamente imputable a una autoridad pública, con la cual se incumplen o desconocen las obligaciones a cargo de la autoridad respectiva, por haberle sido atribuidas las correspondientes funciones en las normas constitucionales, legales y/o reglamentarias en las cuales se especifique el contenido obligacional que a la mencionada autoridad se le encomienda; y **(iii) una relación o nexo de causalidad** entre ésta y aquél, vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la circunstancia consistente en que el servicio o la función pública de la cual se trate, no funcionó o lo hizo de manera irregular, ineficiente o tardía. Y debe

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diciembre 4 de 2007, expediente 16736, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de junio 18 de 2008, expediente 17516, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL.
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00.

probar ese nexo porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales probado un hecho el legislador infiera la causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el adecuado nexo de causalidad.

Como criterio de identificación para la determinación de la falla en el servicio, en forma constante la jurisprudencia también ha dicho que, por regla general, "... las obligaciones a cargo de la administración (...) deben ser determinadas, especificadas, por las leyes o los reglamentos que se expidan para precisar las funciones que a cada organismo administrativo haya de ejecutar..."²¹. Por su parte, la entidad demandada para exonerarse de responsabilidad deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero.

Además, para poder aludir a la conducta imputable al Estado, por falta cometida por sus agentes y por la cual debe responder patrimonialmente, es necesario que la conducta de éstos, ejecutores directos de la función enjuiciada, tenga nexo jurídico con el servicio; por esto mismo la simple calidad de empleado o funcionario que ostente el autor de un hecho no vincula necesariamente al Estado, debido a que aquél no siempre actúa en su calidad de tal y bien pudo actuar en desarrollo de actividad de carácter eminentemente personal y por tanto ajena a toda actividad pública²².

Para tal efecto, el Consejo de Estado ha acogido el test de conexidad, de creación doctrinal, como herramienta útil para determinar si la falta personal de los Agentes de la Administración está o no ligada con la conducta del servicio. Y en desarrollo de ese test se formulan las siguientes preguntas: ¿advino el

²¹ Consejo de Estado, S. C. A., Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2007, referida anteriormente.

²² Pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias de la Sección Tercera: de 18 de julio de 2002, exp. 13.533, Actor: José Rosemberg Mejía Alfonso y otros, Consejero Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez; de 27 de noviembre de 2002, exp. 13759, Actor: Abel Arturo Altahona Fonseca y otros, Consejero Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez; de 29 de enero de 2004, exp. 14.951, Actor: María Leonor Ahumada de Castro y otros, Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, de 17 de junio de 2004, Actor: Agustín Correa Navarro, Consejero Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez y de 10 de agosto de 2005, Actor: Nancy Valencia D., Consejero Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez.

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

363

perjuicio en horas del servicio, en el lugar o con instrumento del mismo?; ¿el Agente actuó con el deseo de ejecutar un servicio o bajo su impulsión?²³

6. Análisis probatorio. La falla del servicio

Muestran los diversos medios probatorios allegados a los procesos contencioso-administrativo, penal y disciplinario, miembros del Ejército Nacional, adscritos a la Decimoséptima Brigada, con sede el municipio de Carepa, Departamento de Antioquia, aduciendo estar cumpliendo la orden de operaciones SOBERANÍA, misión táctica No. 06 NOVA, se vieron involucrados en los hechos presentados el día 14 de noviembre de 2005, en el sector Chichiridó, jurisdicción del municipio de Dabeiba. Según el informe que se presentó por el señor ST. MUÑOZ MONTOYA JUAN ESTEBAN, y el grupo de soldados que intervinieron en la operación, fueron atacados por un grupo de 10 a 15 terroristas, sosteniéndose un contacto armado, "lo cual produjo como consecuencia, la muerte en combate del sujeto identificado como JOSE ANGEL HIGUITA" (informe del comandante del Batallón, visible a folios 76).

La prueba directa que obra en el proceso, permite establecer que el daño por el cual se demanda indemnización del daño, fue causada por miembros del Ejército Nacional, en este caso, por efectivos de la Décima Séptima Brigada, con sede en el Municipio de Carepa, utilizando sus armas de dotación oficial. Se afirma lo anterior, con fundamento en las siguientes pruebas: a) El informe elaborado por el ST. Muñoz Montoya Juan Esteban, Comandante de la Compañía Deluyer, perteneciente al Batallón de Ingenieros No. 17, en el cual reporta la muerte de un "terrorista dado de baja, el cual mide aproximadamente 1.70 cm de estatura, piel morena, bigote, cabello Oscuro con algo de Cana" (folio 83); b) el informe de patrullaje, elaborado por el mismo Militar, en el cual señala un enfrentamiento armado con "un grupo de guerrilleros al parecer del Frente 34 de las FARC,... en el cual se da de baja un guerrillero al parecer uno de los comandantes" (folio 109).

c) El testimonio de los mismos soldados, rendido ante el Juzgado 94 de Instrucción Penal Militar y la Fiscalía General de la Nación, quienes narran la

²³ Sentencia del 10 de agosto de 2001, exp. 13.666; actor Azael Torres y O, Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

forma como se desarrolló el enfrentamiento armado, ocurrido el 14 de noviembre de 2005, en horas de la mañana, entre los efectivos de la Compañía Delhuyer de la Décimo Séptima Brigada y un grupo de guerrilleros, lo cual produjo como consecuencia "la muerte en combate del sujeto identificado como JOSE ANGEL HIGUITA"; d) véase del mismo modo, el informe que remitió al Juzgado el señor Comandante de la misma Brigada, visible a folios 76, donde señala que en desarrollo de la operación "SOBERANIA", en hechos presentados el 14 de noviembre de 2005 en el sector Chichiridó del municipio de Dabeiba, siendo las 5.30 horas aproximadamente, se presentó un ataque por 10 a 15 terroristas, sosteniendo contacto armado por un tiempo indeterminado lo cual produjo como consecuencia la muerte en combate del sujeto identificado como JOSE ANGEL HIGUITA".

También se encuentra probado el hecho de la muerte del señor JOSE ANGEL HIGUITA, causada por efectivos del Ejército Nacional, utilizando sus armas de dotación oficial, en circunstancias de tiempo y lugar: e) con la diligencia de necropsia que señala que el deceso de quien en vida correspondía al nombre de NN, fue consecuencia natural y directa de choque traumático debido a trauma craneonecefálico y torácico "debido a múltiples heridas resultantes de proyectiles de arma de fuego (de carga única y de alta velocidad..." (Folio 54-57); f) lo cual es corroborado con el estudio de balística, visible de folios 478 a 480, en el cual se expresa que, "... la víctima se encontraba en posición erguida y recibo los impactos desde dos posiciones distintas, producidas por dos victimarios", y g) lo anterior, sumado a la propia versión que de los hechos realizó el Sargento del Ejército Nacional y orgánico del Batallón de Ingenieros No. 17, de la Compañía DELHUYER, cuando señaló que vio cuando el ST. MUÑOZ MONTOYA JUAN ESTEBAN, le dijo al soldado: "dispárale, entonces el soldado hizo como unos dos tiros y el Teniente luego disparó...", y más adelante dijo: "... Cuando el soldado disparó el señor hizo así como para caerse y al rato como disparó el Teniente" (folios 43-58 del c. 7).

Lo que es materia de discusión en este proceso, son las circunstancias de modo en que ocurrió la muerte del señor JOSE ANGEL HIGUITA, y al respecto se encuentran planteadas dos versiones. La parte actora señala que el día 13

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

364

de noviembre de 2005, el mencionado señor se desplazaba en una bicicleta del municipio de Dabeiba, donde residía con su familia, al sitio Godó, que está ubicado en la carretera que de Dabeiba conduce al municipio de Mutatá, y no se volvió a saber de él hasta el día lunes 14 del mismo mes, que fue encontrado muerto en el puente de Chichiridó, ubicado en la carretera principal que conduce a Mutatá, y los Militares de la Brigada 17 del Ejército nacional, que operaba en la zona, lo presentaron "como guerrillero dado de baja en combate". Las declaraciones y los informes a los cuales ya se hizo referencia, muestran esta versión de un enfrentamiento armado que sostuvo un grupo de soldados al mando del ST MUÑOZ MONTOYA JUAN ESTEBAN con un grupo de "10 a 15 terroristas, sosteniendo contacto armado por un tiempo indeterminado, lo cual produjo como consecuencia la muerte en combate del sujeto identificado como JOSE ANGEL HIGUITA".

Sin embargo, para el Juzgado, luego de valorar en su conjunto todo el material probatorio, llega a la convicción de que está probada la falla del servicio que plantea la demanda. La prueba aportada por la demandada no convence, y por el contrario, se advierte el ánimo de justificar una conducta irresponsable de los miembros del ejército Nacional, quienes sin piedad, ajusticiaron al señor JOSE ANGEL HIGUITA, quien era un civil. Lo retuvieron el día 13 de noviembre de 2005, lo "cambiaron de camuflado", se lo llevaron para el sector del puente de Chichiridó, el día 14 de noviembre del mismo año, a eso de las 5:30 de la mañana, le propinaron dos impactos de bala, luego se simuló el enfrentamiento armado y le colocaron armas, para presentarlo como "un guerrillero muerto en combate". Ni más, ni menos, este es uno de los casos denominado como "un falso positivo", o en el argot militar, "lo legalizaron". Veamos:

Los testimonios de los señores Ledis marina Carvajal, Luz Amanda Hidalgo Vargas, Hartha Oliva Ruieda, Efrén de Jesús Borja Muñoz, Luis Horacio Guisao, Héctor Emilio Cano Patiño, expresaron que JOSE ANGEL HIGUITA, no era miembro de algún grupo guerrillero, y por el contrario, era una persona dedicado a su familia, con residencia en el municipio de Dabeiba, y durante los últimos meses se dedicaba a trabajar en la carretera, "tapando huecos". Salió a trabajar el día 13 de noviembre de 2006, y no regresó, y el día 14, lo encontraron muerto en el puente de Chichiridó. Señalaron que no pudo ser

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

enfrentamiento con los militares, porque no mantenía armas, "ellos a punta de bala y él con una triste pala y pico que era lo que tenía..." (declaración de Ledis Marina Carvajal –folio 44-45 del c. principal). El mismo Párroco de la localidad, lo conoció en Dabeiba, realizando trabajos varios, pero fundamentalmente, en la vía Dabeiba – Mutatá tapando huecos", y la misma versión dio el Alcalde, quien lo conoció por más de cinco (5) años, e incluso, lo auxiliaba económicamente, "pues era persona de escasos recursos", "últimamente trabajaba arreglando tramos de la carretera central de manera específica en los parajes Dabeiba Viejo y Gogó, lugares donde frecuentemente lo encontraba".

Al Párroco de la localidad y al alcalde, no les consta que fuera guerrillero, pues el primero dice que el mismo José Ágel le manifestó "que se entregaba a la Parroquia porque no le convenía seguir en la Selva", y el segundo expresó que "por rumores populares me di cuenta que durante un lapso fue guerrillero", y aunque los militares también trataron de probar esta condición con el testimonio de Neil Barrios, de resultar cierto, no justificaba su muerte porque no hubo combate. Previa orden de la autoridad competente, su misión era ponerlo a buen recaudo de la autoridad para que se le siguiera el debido proceso penal.

El testimonio de los Militares Muñoz Montoya Juan Esteban, Estupiñán Chamorro Jorge Andrés, Puentes Arrieta Adrián Ramiro, Rincón Salgado Yon Andrey, Rodríguez Oliveras Williton y Palencia Márquez Samir José, está plagado de contradicciones e incoherencias, como fue destacado por la autoridad penal para proferir medida de aseguramiento y resolución de acusación contra los implicados.

Llama la atención que en el informe elaborado por el ST. MUÑOZ MONTOYA JUAN ESTEBAN, visible a folios 83, se haga mención de los soldados PUENTES ARRIETA ADRIAN RAMIRO, ESTUPIÑAN CHAMORRO ANDRES, RINCON JON ANDRÉS, EL SARGENTO COPETE, y que ellos en las diferentes instancias declaren haber participado en el "enfrentamiento armado"; cuando observando el listado que obra a folios 69 vuelto del cuaderno 2, donde se relaciona el personal que participó en el combate, todos soldados regulares, no se relaciona siquiera el nombre del ST MUÑOZ MONTOYA

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

365

JUAN ESTEBAN, quien era la persona que se encontraba al mando del dispositivo, como tampoco el de los militares ESTUPIÑAN CHAMORRO ANDRES, RINCON YON ANDREY, ni el del SARGENTO COPETE. Además, se trata de testimonios que no ofrecen credibilidad, porque como agentes que se encuentran directamente implicados en la posible comisión de un delito de homicidio en persona protegida, es apenas lógico que den razones para justificar su proceder ante la justicia, y evitar a toda costa una decisión adversa a sus intereses.

Debe destacarse, si, el testimonio del soldado Estupiñán Chamorro Andrés, Suboficial del Ejército en el Grado de Sargento Segundo y Orgánico del Batallón de Ingenieros No. 17, quien inicialmente ante el Juzgado 94 de Instrucción Penal Militar (folio 144-147 del c. principal), y luego ante la Fiscalía 12 Delegada, Adscrita a la Unidad Nacional de Derechos Humanos, dio su versión, más o menos en la misma forma como lo hicieron sus compañeros, pero luego, cuando la fiscalía se dispuso a ordenar su privación de la libertad, cambió por completo su declaración, y narra con detalle la manera como ocurrieron los hechos, que por su importancia se transcribió en esta providencia casi en su totalidad.

Dijo que el Subteniente Muñoz Montoya Juan Esteban, se encontraba de civil y se transportaba en un Trooper Blanco, acompañado de dos personas más, llevaban al señor José Ángel Higuita, quien también se encontraba de civil, y trataban de obtener información sobre movimientos de la guerrilla en la zona. En principio José Ángel, "decía no saber nada, y a lo último dijo el señor que si sabía donde estaba la guerrilla, mencionó un sitio y dijo que no lo fueran a matar.

Luego, Muñoz Montoya "dijo que dejáramos al Cabo con unos soldados para la parte alta, y dijo que saliéramos como a una hora de camino, el señor dijo que cerca al sitio nos daba las indicaciones y nosotros seguíamos, el señor estaba de civil y el Teniente dijo que se le prestaba un camuflado y que iba a ir adelante, yo me fui a dormir y escogí al personal que se quedó con el Cabo, que eran 5 o 6 soldados.... El señor se quedó del lado donde estaba mi Teniente". Dijo el declarante que "me preocupaba que el señor fuera a decir

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

que estaba secuestrado o algo... al señor lo cambiaron de camuflado, y creo que mi Teniente organizó todo porque él si tenía tiempo con el Cabo y con los soldados, yo me paré antes de las 5 y estaba serenando y me dijo que ya íbamos a salir y me dijo que el señor iba adelante,..."

Agrega: "... mi teniente mandó a un soldado adelante con el señor, más atrás veníamos mi Teniente y yo, ya nos íbamos metiendo al hueco y mi teniente le dijo soldado dispárale, entonces el soldado hizo como unos dos tiros y el Teniente luego disparó cuando empezó a sonar plomo desde arriba donde dejamos al Cabo con los otros y me dijo ESTUPIÑAN cuidado que nos están disparando, yo creo que del otro lado del puente si había guerrilla porque de ese lado venía fuego..."

Explicó que "el señor no alcanzó a pasar el puente, y nosotros estábamos regados por ahí, empezaron a timbrar por el radio que qué pasaba, el Cabo empezó a timbrar por el radio al Teniente y el Teniente decía calma, dejen de disparar, entonces también venía otra contraguerrilla y de ese lado venían tiros también, y ya terminó el tiroteo... El teniente estaba todo enredado para hablar, decía ahora si nos embalamos, me decía que ahora que hacemos, fuimos a ver al señor y me dijo tranquilo y el Teniente sacó del chaleco una pistola 7.65 y un radio y la tiro al lado del señor, el teniente me dijo subamos el cuerpo a la carretera, me decía tranquilo, entonces entre el Teniente, el soldado y yo subimos al señor a la carretera". Y luego, reportó al Batallón u enfrentamiento, se acordonó el área "para que no pasaron civiles que iban a sus trabajos... como a las 8.30 llegaron en el carro del Batallón la Juez, la Secretaria, llegaron de la Brigada.

Cuando se le preguntó en qué términos, le dijo concretamente el Teniente al Soldado que disparara, no dudó en contestar: "Dijo soldado dispara, y el soldado hizo como dos o tres tiros", y la distancia del soldado con la víctima era de "unos diez pasos, al principio iban los dos al lado, pero al momento del hecho se le alejó como diez pasos".

Esta versión de los hechos concuerda con la denuncia que por correo electrónico se remitió a la Vicepresidencia de la República, con fecha 22 de

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

366

enero de 2006, la cual destacó el señor Procurador 196 Judicial I Penal, para solicitar el envío de la investigación a la justicia ordinaria, documento que se transcribió en esta providencia, donde se sindicó al Subteniente Muñoz de haber vestido de "camuflado" al señor que trabajaba en la carretera tapando huecos, quien fuera retenido por un grupo de paramilitares, acusado de ser un guerrillero, fue llevado a un puente de concreto donde el Teniente Muñoz lo mató, "lo hizo con su fusil disparando varias veces, luego le colocaron al muerto cartucheras y unos proveedores de fusil y dijeron al comando de la brigada que habían tenido un combate y habían matado a un guerrillero".

En la diligencia de necropsia que adelantó el Instituto de Medicina Legal, se hace referencia a dos trayectorias balísticas en la humanidad del señor Higuita, una materializada de adelante hacia atrás, de abajo hacia arriba y de izquierda a derecha de la víctima, y la trayectoria dos con sentido de atrás a adelante, de arriba abajo y de izquierda a derecha, "la cual describe una posible posición del victimario o agresor en un plano superior al de la víctima", y como concluye el dictamen de balística, elaborado por la Fiscalía, "se desprende que la víctima se encontraba en posición erguida y recibió los impactos desde dos posiciones distintas, producidas por dos victimarios", lo cual concuerda con la narración de Estupiñán Chamorro, cuando señala con respecto a la distancia que era de "unos diez pasos, al principio iban los dos al lado, pero al momento del hecho se le alejó como diez pasos", y quienes dispararon fueron el soldado, y al rato "disparó el teniente", es decir, los dos victimarios a que hace referencia el dictamen de la Fiscalía.

También hay una serie de indicios que llevan a establecer que no hubo ningún enfrentamiento armado. Los soldados en sus versiones, entre ellos, Muñoz Montoya y a Estupiñán Chamorro, coinciden en señalar que subieron el cuerpo del señor – José Angel Higuita – a la carretera, es decir, lo movieron del lugar de los hechos. Luego, con esta conducta impidieron que la diligencia de levantamiento del cadáver se realizara en el mismo lugar de los hechos, y a la poste se practicó por el Juzgado 94 de Instrucción Penal Militar, "en la Morgue del Hospital" – folio 58 del cuaderno principal -. Es evidente, entonces, el ánimo de los Militares de no permitir recoger evidencia en el lugar de los hechos, porque ello no les convenía. La autoridad que obra en cumplimiento de

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

un deber legal, no manipula la prueba porque precisamente es la que se va a presentar como evidencia ante el juez competente.

El material de guerra que se reportó como encontrado en poder del "guerrillero dado de baja", también fue manipulado por los Militares. Lo movieron junto con el cadáver, como lo admiten los mismos Militares en sus declaraciones.

La pistola CZ, 7,65, modelo VZOR70, era obsoleta y no apta para realizar disparos, como lo concluyó el estudio balístico dirigido al Juzgado 94 de Instrucción Penal Militar (folio 153-157); lo mismo sucedió con el radio de comunicaciones, en malas condiciones, "no funciona", como lo señaló el estudio técnico, obrante a folios 456. Los Militares sindicaron a Higuita, de ser uno de los comandantes de uno de los frentes de la guerrilla; pero, como se sabe, ningún guerrillero, y menos si se trata de comandante de un Frente, porta armas obsoletas y que no funcionan, para enfrentar al Ejército Nacional. Sobre el particular, el Tribunal Superior Militar, en la providencia de 11 de septiembre de 2006, donde resolvió remitir el asunto a la justicia ordinaria, señaló: "

"... el dictamen realizado por la sección de balística de la SIJIN, del Departamento de Policía de Urabá, efectuado a la pistola 7,65 VZOR70 numero 690890 que fuera decomisada al occiso; donde se certifica que después de sometida a estudio, se accionó su funcionamiento sencillo y doble y sometido a pruebas de disparo seco, utilizando para ello un cartucho de su misma clase y calibre, se comprobó su mal estado de funcionamiento y de conservación, examinado en su interior adoleció de su aguja percusora, la cual es indispensable para que se realice la percusión del fulminante. No se entiende como una persona y más concretamente un subversivo porte un arma que no sirve para su utilización, cuando la generalidad es que tengan armas muy modernas y en perfecto estado. Respecto a este hecho el anónimo se ha referido que el arma fue comprada por el señor Mayor BLANCO a los paramilitares" (folio 532 del c. 3).

Es verosímil entonces, la versión de Estupiñán Chamorro y la denuncia que se remitió a la Vicepresidencia de la República, cuando señalan que "El teniente sacó de chaleco una pistola 7.65 y un radio y la tiró al lado del señor..."; en otros términos, los militares le colocaron al cadáver el material de guerra, para hacer aparecer a la víctima como un combatiente de la guerrilla.

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

367

Las prendas de camuflado que vestía el cadáver también desaparecieron, pues, se observa que para la diligencia de necropsia, de 15 de noviembre de 2005, ya no las tenía, y se anota por el legista que sólo “venía vestido con interior gris con figuras en forma de cuadros azul y otras alargadas de color café. El resto de la ropa descrita en el acta no aparece” (folios 54). El hecho llamó la atención del Tribunal Superior Militar, que en la misma providencia señaló sobre el particular:

“... en forma inexplicable sin que precediera ninguna orden judicial, el acta en la que consta la incineración del camuflado, botas, chaleco que portaba el occiso al momento de los hechos, prendas que fueron relacionadas en el acta de levantamiento del cadáver (folio 2), quedando solo con su ropa interior cuando es enviado a medicina legal, pantaloncillo cuyo color no concuerda con el color beige plasmado en dicha acta, aspecto este que concuerda con lo mencionado en el anónimo, respecto ala orden que había dado el señor Mayor BLANCO de quemar la ropa del occiso” (folio 532 del c. 3).

Cuando se manipula la prueba, como sucedió en este caso, hace que la misma pierda confiabilidad y se habla de contaminación, y por ende, no puede ser apreciada por el juez como respaldo de una decisión, al menos para quien la quiere utilizar como fundamento para probar un hecho favorable a sus intereses²⁴.

El Tribunal Superior Militar, en la providencia mencionada, y luego de analizar el material probatorio que obra en el proceso penal, el mismo que se trasladó para este proceso, señaló:

“(...) Es evidente a juicio de este Despacho, que la circunstancia antes mencionada, está indicado la posible existencia de que JULIO ANGEL HIGUITA, hubiera fallecido en circunstancias muy diferentes a las narradas por los militares; que le hubieran cambiando de ropas antes de su deceso o después de la ocurrencia de su muerte; que le hubieren colocado después de los hechos el arma que se le decomisó; que le hubieren presentado testigos acomodados y todo esto al menos señala la posibilidad de que los hechos hubiesen ocurrido en forma diferente o como se especificó en el anónimo antes referido” (folio 537 del c 3).

²⁴ “la cadena de custodia es un método diseñado para controlar la confiabilidad de la prueba, que permite demostrar que el intercambio de evidencia ocurrió realmente en el momento del hecho. Si esto no es así, se pierde el valor probatorio de un elemento y se habla de contaminación. La cadena de custodia debe garantizar la pureza de la evidencia desde el momento mismo de la recolección, puesto que estos elementos materiales probatorios pueden finamente convertirse en pruebas cuya legalidad debe estar garantizada para que puedan ser descubiertas y controvertidas en juicio”. En Natalie Marulanda Paredes y otras, “la cadena de custodia ¿Una obligación para el profesional de la salud?, en revista Médico Legal, 2006; No. 31. Citada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia 4 de diciembre de 2007, expediente 15.522, Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero.

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

Mediante providencia de 31 de marzo de 2008, la Fiscalía General de la Nación, profirió resolución de acusación en contra de JORGE ANDRES ESTUPIÑAN CHAMORRO, ADRIAN RAMIRO PUENTES ARRIETA y YON ANDREY RINCON SALGADO, por el delito de homicidio en persona protegida, del cual fuera víctima JOSE ANGEL HIGUITA, en los hechos ocurridos el 14 de noviembre de 2005, en el municipio de Dabeiba, y para fundamentar su decisión, señaló:

"... el delito de homicidio en persona protegida si ocurrió, porque de las pruebas se tiene que la víctima era un civil, que estaba en una zona de conflicto, donde no se le respetó la vida por parte de la Fuerza Pública. Y el hecho de que el informe de patrullaje diga que se le incautó un arma, munición y un radio y estaba vestido de camuflado, no demuestra que sea subversivo, ni que haya habido combate, porque precisamente éstos aspectos están desvirtuados, ya que los elementos fueron colocados por el Teniente MUÑOZ MONTOYA, y el combate ya fue aclarado que no hubo, además de las inconsistencias que hay de las actas de legalización de munición, reporte de los hechos al COT, como es en la hora de los mismos, la fecha y contra que grupo insurgente fue el combate, se debe indicar que se aclara más que combate no se presentó, lo que se quiso fue imaginar éste dibujarlo y darlo a entender a las autoridades".

El derecho a la vida, por ser un presupuesto de los derechos humanos, goza dentro de nuestro ordenamiento constitucional de una protección absoluta. No de otra manera puede entenderse el mandato contenido en el artículo 11 de la Carta Política, según el cual "el derecho a la vida es inviolable". En los términos del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la protección que cada Estado debe dispensar a este derecho debe materializarse en una legislación que no sólo prevenga y castigue las violaciones y abusos que se cometan en su contra, sino que además consagre la prohibición general y absoluta de privar de forma arbitraria a persona alguna de su derecho a la vida.

En consonancia con lo anterior, los miembros de la fuerza pública no acataron los mandatos contenidos en los artículos 2º y 217 de la Constitución Política, porque estando debidamente capacitados, armados y equipados para una labor de patrullaje, no se sometieron a las reglas y procedimientos establecidos, sino que por el contrario, abusaron de su poder, y dieron muerte sin justificación alguna a una persona protegida. Es cierto que todavía no existe sentencia condenatoria ni penal ni disciplinaria contra el personal militar comprometido en los hechos, pero la prueba que obra en este proceso, permite

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

363

establecer al menos la probabilidad de que los hechos hayan sucedido de la manera como han quedado establecidos en esta providencia. En todo caso, está probado que no se presentó el enfrentamiento armado del Ejército con la guerrilla, y por ende, no se logró demostrar que efectivamente el señor JOSE ANGEL HIGUITA, fuera un guerrillero muerto en combate, como fue presentado por los Militares.

La prueba muestra que la muerte correspondió a un civil, y la misma no se presentó dentro del marco de un enfrentamiento armado con los miembros del Ejército Nacional, con reacción de ellos ante un ataque del "guerrillero", como se quiso mostrar. Ninguna prueba, fuera de lo dicho por los propios implicados, se presentó, y por el contrario, sus versiones quedaron desvirtuadas por los demás medios de convicción a los cuales se hizo referencia en esta providencia. Por tanto, no se configura la causal de exoneración de la responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima, propuesta por la Entidad demandada en la contestación de la demanda, y que se defiende en el escrito de alegatos de conclusión, para solicitar un absolutorio.

Así las cosas, está demostrada la imputación jurídica a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional, en atención a la anomalía del servicio, consistente en el defectuoso proceder al desarrollar la misión oficial que tenían encomendada, y causarle la muerte injustificada al señor JOSE ANGEL HIGUITA, con arma de dotación oficial, en nexa con el servicio. La Entidad demandada, por tanto, es responsable de la muerte del civil, a título de falla en el servicio, porque se encuentran demostrados todos los elementos que la configuran.

7. La indemnización de perjuicios.

7.1. Perjuicios morales

Para establecer el valor de la indemnización, el Despacho tendrá en cuenta los criterios establecidos en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13.232 y 15.646, en la cual se fijó en cien salarios mínimos

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

legales mensuales el valor del perjuicio moral, en los eventos de mayor intensidad; abandonando así el criterio de aplicación extensiva de las normas que sobre la materia se habían adoptado en el Código Penal, por considerarlo improcedente y para dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 16 de la ley 446 de 1998 y 178 del Código Contencioso Administrativo, que ordenan la reparación integral y equitativa del daño y la tasación de las condenas en moneda legal colombiana, respectivamente.

Por tanto, por este concepto la condena será la siguiente: a) cien (100) salarios mínimos legales mensuales para la señora DIOSELINA LOPEZ MONSALVE, en su condición de compañera de la víctima; b) cien (100) salarios mínimos legales mensuales, para cada uno de los hijos de la víctima, menores de edad, JOSE ANGEL y LEIDY YOHANA HIGUITA LOPEZ, y c) cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, para cada uno de los hermanos de la víctima, LUZ MARINA, FLOR ALBA, ACELYD HIGUITA y JHON JAIRO LOPEZ HIGUITA. El valor del salario mínimo legal mensual, será el vigente para la fecha de ejecutoria de la sentencia.

7.2. Perjuicios materiales

La demandante solicita por este concepto la suma de sesenta y nueve millones seiscientos mil pesos (\$69.600.000), de los cuales un cincuenta por ciento (50%), para la demandante Dioselina López Monsalve, y el restante cincuenta por ciento (50%) para sus hijos hasta que cumplan la edad de 25 años. Lo anterior, teniendo en cuenta que el occiso contaba con 43 años de edad, la expectativa de vida en Colombia que es de 72 años, y sobre la base del salario mínimo legal, disminuido en un 25%.

En los hechos de la demanda, se expresó que la víctima se "dedicaba a oficios varios, como trabajos de albañilería, trabajos materiales como obrero de la construcción y obras públicas en el municipio de Dabeiba. Su aporte económico era fundamental para el sostenimiento de su familia, hijos y compañera permanente, cuyos gastos ascendían al salario mínimo legal mensual vigente (\$408.000).

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

369

El artículo 5° del Código Sustantivo del trabajo, en la definición de trabajo, señala que “El trabajo que regula este Código es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo”.

De la definición de contrato de trabajo, se deducen los elementos del trabajo protegidos por nuestra legislación²⁵, a saber:

- **Actividad humana.** Se refiere al trabajo de cualquier naturaleza – intelectual o material, permanente o transitoria- para que merezca la protección de la legislación jurídico – laboral.
- **Actividad libre.** Se refiere a la libertad en sentido jurídico, o sea, la facultad que tiene toda persona de ejercer toda clase de oficio, siempre y cuando no esté prohibida por el ordenamiento legal.
- **Realizado por una persona natural.** Quiere decir que la actuación de las personas morales o jurídicas no son objeto de protección del derecho laboral; sólo el servicio personal, realizado por una persona natural, es considerado por esa disciplina jurídica.
- **Al servicio de otra.** “... el que presta el servicio se llama trabajador y debe ser una persona natural. Ahora, quien se beneficia de ese servicio, puede ser una persona natural o jurídica y se llama empleador o patrono. Este tiene la facultad de impartir las órdenes conducentes en la ejecución de la labor y, a su vez, el trabajador debe acatar esas órdenes en virtud de la subordinación. Este elemento es muy importante porque, como lo dijimos, el trabajo que protege el derecho laboral es el realizado por cuenta ajena bajo dependencia”.

²⁵ GUERRERO FIGUEROA, Guillermo, Compendio de Derecho Laboral, Tomo I, Editorial Leyer, pág. 122.

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

• **Cualquiera que sea su finalidad.** Debemos entender que se refiere a la finalidad que no implique violación de los sanos principios de la moral y de preceptos legales.

• **Efectuada en ejecución de un contrato de trabajo.** “En todo contrato de trabajo existe necesariamente una relación laboral en estado de dependencia, pero no toda relación de trabajo presupone la existencia de un contrato de trabajo... Esta es la razón por la cual coincidimos con Guillermo Camacho Henríquez cuando afirma que es más adecuado decir, en vez de la actividad “efectuada en ejecución de un contrato de trabajo”, la “originada en una relación de trabajo dependiente”.

Con respecto a la actividad laboral del señor JOSE ANGEL HIGUITA, se cuenta con los siguientes medios de prueba, que se analizarán para determinar si se acreditó o no lo señalado en los hechos de la demanda sobre este particular.

LEDIS MARINA CARVAJAL, expresó que “él trabajaba en la bomba que es saliendo del pueblo y él trabajaba le colaboraba a los Montallantas, garitiando a los de la compañía no recuerdo cual, lavando carros”, pero cuando se le preguntó si antes de su fallecimiento él realizaba esas labores, dijo: “No que yo sepa, y yo trabajé, hace como doce años y hace 6 años que me salí de trabajar en la bomba...”, que hasta el año 2001, lo conoció trabajando en la Bomba, pero después “en temporada de invierno se iba a tapar huecos... se iba a tapar huecos en la carretera”. Y cuando se le preguntó, esta labor era pagada por quien, expresó: “Por los camioneros, o sea ellos se van, tapan los huecos de la carretera, entonces los camioneros, taxis, también las motos, ellos le dan plata, monedas, hay veces que recogen buena platica, otras veces aparecen con 4 o cinco mil pesos” (folio 44 vuelto del c. Principal).

LUZ AMANDA HIDALGO VARGAS, dijo que últimamente laboraba en una sola parte “donde le resultaba trabajo, en la carretera tapando huecos... en la carretera a Urabá.... Él siempre lo que ganaba lo llevaba a la casa de él donde estaba la compañera y los hijos, con la platica para comprar arroz...” (Folio 46 del c. Principal). Y la señora **MARTHA OLIVA RUEDA PARRA**, expresó:

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

370

“trabajaba por ahí tapando huecos por la carretera” (folios 47). Para el señor **JESUS BORJA MUÑOZ**, el señor JOSE ÁNGEL HIGUITA, laboraba en “servicios varios, ayudante de construcción, trabajaba con contratitos con el Municipio botando tierra, tapando huecos en la carretera” (folio 48).

LUIS HORACIO GUISAO, dijo que “... él se iba para los lados de la Llorona entre Mutatá y Dabeiba, donde él se rebuscaba la forma de vivir por las circunstancias que hay dentro de la localidad, él se iba a tapar huecos en la carretera y los conductores le colaboraban con lo que le quisieran dar...” (Folio 254 vuelto del c. Principal).

El mantenimiento de una vía pública es obligación oficial que consiste en realizar permanentemente sobre ellas todas las obras y trabajos necesarios para que preste satisfactoriamente el servicio a que está destinada. Es deber del Estado (Municipio, Departamento, Nación, etc.), velar en todo momento por esta misión y su cumplimiento, y no es una labor que corresponda a los particulares, ni éstos por su propia iniciativa pueden entrar a cumplir una función que es Estatal, a menos que lo hagan en la ejecución de un vínculo jurídico con la Entidad a la cual le corresponde por ley esta obligación, o prestando sus servicios laborales para quien contrató su mantenimiento con el Estado. Así lo establece la Ley 105 de 1993, por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones.

En el caso de la referencia, la prueba que obra en el proceso, no permite establecer que el señor José Ángel Higuíta, para la fecha de los hechos, se dedicara a “trabajos materiales como obrero de la construcción y obras públicas en el Municipio de Dabeiba”, pues ninguna relación de trabajo dependiente lo vinculaba con la Entidad territorial, ni con ningún contratista en particular, que estuviera encargado del mantenimiento de la carretera.

Todos los testigos que declararon en el proceso, aunque señalaron que se dedicaba a “tapar huecos” en la carretera, e incluso el mismo OBIED DE JESUS AGUIRRE – Alcalde del municipio de Dabeiba -, señaló que

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

“últimamente laboraba arreglando tramos de la carretera central de manera específica en los parajes Dabeiba Viejo y Godó, lugares donde frecuentemente trataba con él”, y para ello utilizaba “pico y pala”; lo cierto es que ningún vínculo tenía con la administración municipal. El mismo Alcalde señaló que “permanentemente se acercaba por acá a la administración para que lo auxiliáramos económicamente pues era una persona de escasos recursos económicos.... Frecuentemente trataba con él ya que generalmente me detenía para darle algún aporte económico” (folio 508 c. 3).

Si bien es cierto, los testigos Ledis Marina Carvajal y Luis Horacio Guisao, se refieren a otros trabajos diferentes del de “tapar huecos” en la carretera, lo cierto, es que la primera señaló que conoció que lo hacía hasta el año 2001, pues en adelante se dedicaba a los trabajos en la vía, y sobre el dicho del segundo, ninguna prueba obra en el proceso que permita establecer algún vínculo laboral, de prestación de servicios o de ejecución de obra pública, con la Entidad territorial.

Para el tratadista Javier Tamayo Jaramillo, “daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extramatrimonial... toda disminución o supresión de un objeto patrimonial o extramatrimonial de la víctima supone, necesariamente, la ocurrencia de un daño que afecta al titular del bien lesionado”²⁶.

La labor de “tapar huecos” en la vía pública, era realizada por el señor JOSE ANGEL HIGUITA, sin ninguna relación de trabajo u otro vínculo jurídico con persona natural o jurídica, pública o privada; lo hacía de manera voluntaria, sólo con el ánimo de obtener una “colaboración” por parte de los camioneros, volqueteros, taxistas y motociclistas, que por allí transitaban, y del mismo alcalde del Municipio, quien se “detenía para darle algún aporte económico”, lo cual escasamente le alcanzaba para comprar “arrocito”, como lo dijo una de las declarantes.

En suma, para la fecha de los hechos, la víctima no tenía ninguna actividad laboral, ni oficio conocido del cual derivara su subsistencia y la de los suyos;

²⁶ Tamayo Jaramillo, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II, segunda edición, Legis, Bogotá, 2007, pág. 326-327.

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

321

se puede afirmar, por tanto, que para esa fecha de los acontecimientos que le causaron su muerte, era un desempleado que vivía de la caridad de sus semejantes, en este caso, de los usuarios de la vía pública, y en estas condiciones, no es dable señalar perjuicio patrimonial para su familia. No habrá lugar al reconocimiento de los perjuicios materiales solicitados en la demanda.

Con relación a las costas, el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el 55 de la Ley 446 de 1998 señala que el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la parte vencida en el proceso. En este caso, no habrá condena para la parte demandada, porque no existe prueba en el proceso en el sentido de que haya actuado con temeridad en el proceso contencioso administrativo.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. Declárense **NO PROBADO** la eximente de responsabilidad denominado "Culpa exclusiva de la víctima", propuesto por la demandada.
2. **DECLÁRASE** administrativamente responsable la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, por la muerte del señor JOSE ANGEL HIGUITA, en hechos ocurridos los días 13 y 14 de noviembre de 2005, en el municipio de Dabeiba – Departamento de Antioquia.
3. **CONDÉNASE** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL** a indemnizar a los demandantes, de la siguiente manera:
 - 3.1. Para la señora **DIOSELINA LOPEZ MONSALVE**, en calidad de compañera, en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de ejecutoria de la sentencia, por concepto de perjuicio moral.

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

3.2. Para cada uno los menores de edad **JOSE ANGEL** y **LEIDY YOHANA HIGUITA LOPEZ**, en calidad de hijos de la víctima, en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de ejecutoria de la sentencia, por concepto de perjuicio moral.

3.3. Para los señores **LUZ MARINA**, **FLOR ALBA**, **ACELYD HIGUITA** y **JHON JAIRO LOPEZ HIGUITA**, en calidad de hermanos de la víctima, en la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de ejecutoria de la sentencia, para cada uno, por concepto de perjuicio moral.

4. **NIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

5. En firme esta sentencia, se comunicará a la Entidad demandada y a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo previsto en el artículo 174 del Código Contencioso Administrativo. La Entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

6. Se ordena expedir copia auténtica de la sentencia con destino a la parte demandante, precisando cuál es la PRIMERA COPIA que presta mérito ejecutivo (artículo 115 del Código de Procedimiento Civil).

7. Sin condena en costas en esta instancia.

8. **CONSULTESE** esta sentencia con el **HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA**, de conformidad con lo previsto en el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, en el evento de que no fuere apelada.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

JOSÉ IGNACIO MADRIGAL ALZATE

JUEZ

REFERENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: DIOSELINA LOPEZ MONSALVE Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: No. 05001-33-31-003-2006-00082-00

372

NOTIFICACION PERSONAL

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

Medellín, _____

Compareció el Dr. Juan David Obregón Velásquez, Procurador 107 Judicial, a quien se le notifica el contenido del fallo anterior. Firma.

Procurador Judicial

ISABEL CRISTINA NARANJO ARISTIZÁBAL
Secretaria

NOTIFICACIÓN PERSONAL

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

Medellín, 30 de junio de 2010.

COMPARECió EL SEÑOR Jhon Arturo Cordero Meló.
A QUIEN SE LE NOTIFICó PERSONALMENTE EL CONTENIDO DE
ALFO ANTERIOR

[Firma]
Notificado
CC 98531498
TP 79651