

VALIDEZ DE LOS MEDIOS DE PRUEBA - Copia simple / PRUEBA TRASLADADA DEL PROCESO PENAL Y DISCIPLINARIO - Valor probatorio. Valoración probatoria / COPIA SIMPLE - Valor probatorio. Valoración probatoria. Reiteración de unificación jurisprudencial

La mayoría de las pruebas a las que se hará alusión, fueron allegadas al proceso contencioso provenientes de una investigación adelantada por la jurisdicción penal militar, y de la indagación disciplinaria adelantada por la Procuraduría General de la Nación, documentos que fueron arrimados al proceso mediante oficio n.º 2093 del 17 de noviembre de 2000, suscrito por el Secretario de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Armadas, y dirigido al Tribunal Administrativo del Huila, visible a folio 1 del cuaderno 2 de pruebas del expediente. (...) La práctica de esa prueba, que fue decretada por el Tribunal a quo en el auto del 14 de octubre de 1997 (folio 43 del cuaderno 1) y reiterada en providencia del 31 de agosto de 2000 (folio 93 ibídem) – véase infra párrafo 7-, fue solicitada en el libelo introductorio (folio 27) y la parte accionada, cuando contestó la demanda, guardó silencio en relación con su arribo al presente trámite, no obstante lo cual algunas de sus intervenciones procesales estuvieron parcial y genéricamente fundamentadas en la información contenida en los respectivos folios que componen la investigación adelantada por la justicia penal militar. (...) se reitera aquí el criterio recientemente establecido por la Sala Plena de Sección Tercera frente al valor probatorio de las copias simples, cuando las mismas han obrado en el plenario a lo largo del proceso y han sido susceptibles de contradicción por las partes sin que éstas las tacharan de falsas, evento en el cual dichas copias son susceptibles de valoración, e idóneas para determinar la convicción del juez frente a los hechos materia de litigio, pues de lo contrario se desconocerían el principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, lo que a su vez iría en contra de las nuevas tendencias del derecho procesal. (...) el hecho de que los intervinientes del proceso hubieran conocido el contenido de los documentos allegados como prueba trasladada, permite fallar de fondo el presente asunto con base en ellos, toda vez que resultaría contrario a la lealtad procesal que las partes utilizaran unas pruebas como fundamento de sus alegaciones y que luego, al ver que su contenido puede resultar desfavorable a sus intereses, predicaran su ilegalidad, pretextando que en el traslado de los documentos no se cumplió con las formalidades establecidas en el Código de Procedimiento Civil. **NOTA DE RELATORIA:** Sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera, unificación jurisprudencial en relación con la valoración de la copia simple, de 28 de agosto de 2013, exp. 25022

VALIDEZ DE LOS MEDIOS DE PRUEBA - Prueba testimonial trasladada / VALORACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL TRASLADADA - Unificación jurisprudencial / VALORACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL TRASLADADA - Artículos 185 y 229 del Código de Procedimiento Civil / VALORACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL TRASLADADA - Cuando la demandada es la Nación y una entidad del orden nacional recauda los testimonios tiene valor probatorio si se ha surtido audiencia y contradicción sobre ellas / PRUEBA TESTIMONIAL RECAUDADA Y TRASLADADA POR LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Tiene valor probatorio si se ha surtido audiencia y contradicción sobre ella

Esta Sección ha considerado que (iv) los testimonios practicados en otro proceso pueden valorarse en el trámite de reparación directa si los documentos contentivos de los mismos son allegados al trámite contencioso, y las partes, concedoras del contenido de las declaraciones, guardan silencio respecto a la regularidad del trámite de su traslado. (...) la Subsección “B” de la Sección Tercera –con ponencia de quien proyecta el presente fallo-, destacó que (v) cuando en un proceso se dirige la acción

contra una entidad que ejerce la representación de la Nación como persona jurídica demandada, y contra ella se hacen valer pruebas testimoniales que han sido practicadas por otra entidad que igualmente es parte de la Nación, entonces ello implica que la persona demandada –la Nación- no puede aducir que las declaraciones trasladadas no deben ser valoradas, pues es claro que por tratarse de medios de convicción que han sido recopilados por ella misma, entonces puede decirse que fueron practicados con su audiencia, lo que cumple con las condiciones establecidas en los artículos 185 y 229 del Código de Procedimiento Civil. (...) la Subsección “C” de la Sección Tercera ha sostenido la postura según la cual, (vi) cuando se trata de la discusión de casos relacionados con graves violaciones a los derechos humanos, resulta procedente inaplicar los presupuestos procesales consagrados en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil –y normas concordantes-, por excepción de convencionalidad, pues la falta de apreciación de ciertas pruebas testimoniales puede constituir una violación del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, lo cual ha sido reprochado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en distintas providencias. (...) la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de afirmar que la persona jurídica demandada –la Nación- es la misma que recaudó las pruebas en una sede procesal diferente, lo que implica que, por tratarse de testimonios recopilados con la audiencia de la parte contra la que se pretenden hacer valer en el proceso posterior, son plenamente admisibles y susceptibles de valoración, según la interpretación más estricta que pueda hacerse de las formalidades establecidas en el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil (...) En este caso, se entiende que la Nación es la persona jurídica en cuya cabeza radican las garantías que se pretenden preservar con las previsiones del artículo 229 del Código de Procedimiento Civil y, por lo tanto, también es plausible afirmar que tales prerrogativas no se transgreden cuando se aprecia el testimonio trasladado en las condiciones aludidas. (...) en el presente caso se dará plena apreciación a los testimonios que fueron recaudados por la Procuraduría General de la Nación, los cuales pretenden hacerse valer en contra de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional (...) cuando la demandada es la Nación, y es una entidad del orden nacional quien recaudó los testimonios con plena observancia del debido proceso, entonces puede afirmarse que la persona contra la que pretenden hacerse valer dichas pruebas, por ser la misma, tuvo audiencia y contradicción sobre ellas. En este caso, se entiende que la Nación es la persona jurídica en cuya cabeza radican las garantías que se pretenden preservar con las previsiones del artículo 229 del Código de Procedimiento Civil y, por lo tanto, también es plausible afirmar que tales prerrogativas no se transgreden cuando se aprecia el testimonio trasladado en las condiciones aludidas. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencias de: 26 de febrero de 2009, exp. 13440; 9 de febrero de 2011, exp. 16934 y de 19 de octubre de 2011, exp. 20241

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 185 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 229

VALIDEZ DE LOS MEDIOS DE PRUEBA - Valoración probatoria de las indagatorias. Deben practicarse bajo la gravedad del juramento

Las indagatorias rendidas por los agentes militares participantes en el operativo surgido de la orden de operaciones n.º 44, no pueden ser tenidas como medio de prueba, toda vez que se trata de versiones que se obtuvieron sin el apremio del juramento y, por tanto, no reúnen las características necesarias para que pueda considerárselas como testimonios. Lo anterior no obsta para que en algunos casos se tengan en cuenta las afirmaciones que los indagados consientan en hacer bajo la gravedad del juramento, lo que se deduce de la aplicación a contrario sensu de la regla antes aludida. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia del 13 de abril de 2000, exp. 11898

DAÑO ANTIJURIDICO - Ejecución extrajudicial de campesino presentado como guerrillero ocurrida en la vereda El Cadillo del municipio de Tello, Huila / DAÑO ANTIJURIDICO - Ejecución extrajudicial. Falso positivo / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Imputación fáctica y jurídica

La Sala tiene por demostrado el daño invocado por la parte actora, es decir, está debidamente acreditada la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón, ocurrida como consecuencia de múltiples heridas de arma de fuego que le fueron propinadas el 28 de marzo de 1993, así como los perjuicios que para los demandantes se siguieron del deceso del occiso, según pasa a explicarse. (...) La Sala considera que, debido al nexo de parentesco que existía entre el fallecido y los hoy accionantes en reparación, es presumible que la muerte de aquél implicó para éstos una situación de congoja y dolor. (...) En lo que tiene que ver con la imputación fáctica del daño, la Sala observa que dentro del expediente se acreditó que el señor Italo Adelmo Cubides Chacón fue muerto por miembros del Ejército Nacional, pues su cadáver –y el de otras tres personas- fue remitido por miembros de esa fuerza armada, primero a la Inspección de Policía de Vegalarga y, posteriormente, al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses con sede en Neiva, con la consigna de que se trataba de guerrilleros que habían sido “dados de baja” durante un combate armado llevado a cabo en el sector de “Piedramarcada”, en la carretera que de Tello conduce a Vegalarga, en el departamento del Huila. (...) en relación con la imputación jurídica del daño, debe decirse que éste fue causado por el Ejército Nacional cuando sus agentes desplegaban una actividad peligrosa, como lo es el desarrollo de un operativo militar con empleo de armas de fuego llevado a cabo con ocasión de la orden de operaciones n.º 044, evento frente al cual la jurisprudencia de la Sala tiene establecido que el título de imputación que puede ser utilizado para analizar la responsabilidad estatal, según la libre escogencia del juez en la utilización de los diferentes regímenes, es el de riesgo excepcional bajo la óptica de un régimen objetivo de responsabilidad, en el que al demandante le basta probar la existencia del daño, del hecho dañoso y del nexo causal entre el primero y el segundo. Demostrados esos elementos, a la entidad demandada le corresponde, para exonerarse de responsabilidad, poner en evidencia que el hecho tuvo origen en una de las causales excluyentes de responsabilidad fijadas por el ordenamiento jurídico –hecho de un tercero, hecho de la víctima y fuerza mayor

DAÑO ANTIJURIDICO - Ejecución extrajudicial de campesino presentado como guerrillero en combate / PROCEDENCIA DE LA APLICACION DEL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE FALLA PROBADA - Casos en que sea evidente y haya sido alegada

Sólo en aquellos casos en que sea evidente y haya sido alegada, procede el análisis del caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad de falla probada pues, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, en estos eventos es necesario que el Consejo de Estado ponga en evidencia los errores cometidos por la administración en ejercicio de sus funciones, con el objetivo de que la justicia contenciosa fije pautas para que esos yerros no tengan nueva ocurrencia. **NOTA DE RELATORIA:** Al respecto consultar sentencias de: 8 de julio de 2009, exp. 16974 y de 19 de abril de 2012, exp. 21515

EJECUCION EXTRAJUDICIAL DE CAMPESINO PRESENTADO COMO GUERRILLERO - Falla del servicio como título de imputación aplicable

La Sala encuentra que en el caso de autos, la obligación de reparación a cargo de la entidad demandada puede ser analizada teniendo en cuenta los parámetros de la teoría de la falla del servicio, pues la misma se encuentra plenamente demostrada con las pruebas allegadas al expediente, las cuales permiten la construcción de unos indicios

que señalan el hecho de que la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón ocurrió como consecuencia de una ejecución extrajudicial, según pasa a indicarse. (...) Al igual que el Tribunal de instancia, observa la Sala que no es cierta la versión de la muerte en combate del occiso, en la medida en que en el expediente se aprecian pruebas indiciarias que son suficientes para concluir que el deceso del señor Italo Adelmo Cubides Chacón fue consecuencia de una ejecución extrajudicial cometida por los miembros del Ejército Nacional, hecho éste que da total certeza sobre la ocurrencia de una falla del servicio por parte de los militares participantes en la operación. (...) De conformidad con lo antes expuesto –muerte de un herido a quemarropa, levantamiento ilegal de los cadáveres y, en adición, inexistencia del enfrentamiento armado-, para la Sala es claro que el Ejército Nacional incurrió en una falla del servicio al propinar la muerte a personas no combatientes que se encontraban en estado de indefensión, hecho que además encuadra con lo que el derecho penal, el D.I.H. y el derecho internacional de los derechos humanos tienen señalado como un comportamiento totalmente proscrito y reprochable, que lo es la ejecución extrajudicial y sumaria de personas para hacerlas aparecer como combatientes “dados de baja”. En el caso concreto, el Estado colombiano no cumplió con la obligación que le asistía en relación con el caso del señor Italo Adelmo Cubides Chacón pues, además de que se le quitó la vida, no se adelantó una investigación seria y dedicada para efectos de establecer la verdad sobre las circunstancias en que se produjo su muerte, falencia que a su vez implicó que no fuera posible la reparación adecuada de los familiares del fallecido y la imposición de sanciones y castigos para los agentes estatales involucrados en el hecho

DERECHOS A LA VIDA, A LA LIBERTAD Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL - Se encuentran consagrados en la Constitución Política de 1991 / DERECHOS A LA VIDA, A LA LIBERTAD Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL - Protección especial en virtud del Bloque de Constitucionalidad / EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES - El papel del Estado en relación con el establecimiento de la verdad, reparación e imposición de sanciones y castigos a aquellas personas que tenga responsabilidad en los hechos

Los derechos a la vida, a la libertad y a la integridad personales, además de estar expresamente consagrados en el ordenamiento interno, tienen plena protección por virtud de los tratados internacionales de derechos humanos en los que es parte Colombia -en un típico enlace vía bloque de constitucionalidad-, de acuerdo con los cuales es obligación de los Estados impedir que se presenten situaciones de ejecuciones extrajudiciales y, además, fomentar las políticas que sean necesarias y conducentes para evitar ese tipo de prácticas. (...) Dentro de dichas políticas deseables a la luz del derecho internacional, el Estado colombiano debe propender por una administración de justicia que sea eficaz en el juzgamiento de los eventos en los que se presentan ejecuciones extrajudiciales, de tal manera que pueda establecerse la verdad sobre las mismas, sea posible la imposición de sanciones y castigos a aquellas personas –servidores públicos o particulares- que tengan responsabilidad en los hechos, y sea factible la reparación de los derechos de los familiares de las víctimas que han padecido esas deleznable conductas.

CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS - Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrales o sumarias / DESCONOCIMIENTO DE PRINCIPIOS - Consecuencias / EXONERACION DE RESPONSABILIDAD POR EJECUCION DE PERSONA COMETIDA POR AGENTE ESTATAL - Amenaza real si razones de necesidad y proporcionalidad lo imponen

En el anexo a la Resolución 1989/65 adoptada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, se establecieron los “Principios relativos a una eficaz prevención e

investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias” (...) El desconocimiento de esos principios, o la falla por parte de los Estados en la implementación de las mejoras que son necesarias para prevenir y castigar en debida forma las ejecuciones extrajudiciales cometidas por agentes estatales, implican el incumplimiento de las normas de derecho internacional que consagran los derechos que se ven conculcados por ese tipo de conductas y, si los respectivos casos no son debidamente estudiados y decididos por las instancias judiciales de los respectivos países, entonces los daños que sean causados por motivo de ese incumplimiento serán, eventualmente, materia de análisis de responsabilidad en las instancias judiciales del sistema internacional de derechos humanos.

JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Papel preventivo en casos de ejecuciones extrajudiciales o falsos positivos / JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Pone de relieve las inapropiadas conductas cometidas por los agentes estatales y la obligación de la administración pública de eliminarlas de raíz

En aras de concretar el papel preventivo que debe tener la jurisprudencia contencioso administrativa en casos como el presente, es pertinente que la Sala ponga de relieve que, de conformidad con observaciones hechas recientemente por el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, en Colombia se ha presentado de manera recurrente, por parte de las fuerzas armadas del Estado, la práctica de quitarle la vida a personas ajenas al conflicto armado y que se encuentran en estado de indefensión, para luego presentarlas a las autoridades y a los medios de comunicación como bajas ocurridas en combate, dentro de lo que eufemísticamente ha dado en llamarse por la opinión pública “falsos positivos” (...) resulta de la mayor importancia para el Consejo de Estado poner de relieve, en casos como el presente, las inapropiadas conductas cometidas por los agentes estatales, con la finalidad de sentar un precedente que obligue a la administración pública a eliminar de raíz este tipo de conductas, y para que el caso reciba la reparación debida que haga innecesaria la recurrencia de los ciudadanos ante las instancias internacionales.

FALLA DEL SERVICIO - Ejecución extrajudicial de campesino presentado como guerrillero / FALLA DEL SERVICIO - Configuración

la Sala considera que la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón ocurrió como consecuencia de una ejecución extrajudicial efectuada por el Ejército Nacional, pues se trata de un homicidio efectuado deliberadamente por agentes estatales, cuando la víctima se encontraba en estado de indefensión o inferioridad, en el que no pudo acreditarse por la entidad demandada que el hecho se hubiera producido con ocasión de un combate o en cumplimiento legítimo y proporcional de las funciones que correspondían al cuerpo militar desplazado a la zona rural del municipio de Tello. (...) para la Sala es claro que en el proceso de conocimiento se encuentran acreditados todos los presupuestos necesarios para que pueda predicarse la falla del servicio de la conducta asumida por el Ejército Nacional por intermedio de sus agentes, en la medida en que las pruebas arrojadas al proceso dan pie para concluir que los militares participantes en el operativo llevado a cabo el 28 de marzo de 1993, le quitaron la vida al señor Italo Adelmo Cubides Chacón, en situaciones ajenas al desarrollo de un enfrentamiento armado que nunca existió, e hicieron aparecer al mencionado señor como si se tratara de un guerrillero dado de baja durante un combate, hecho que amerita la indemnización a favor de la parte demandante, situaciones todas estas que implican, a su vez, la condena patrimonial a cargo de la entidad demandada tal como lo hiciera el *a quo*.

DECISION DEL PROCESO PENAL - No condiciona la decisión en el proceso contencioso administrativo / SENTENCIA PROCESO PENAL - No genera efectos de cosa juzgada respecto del proceso contencioso administrativo. Reiteración jurisprudencial / SENTENCIA PROCESO PENAL - Sea condenatoria o absolutoria, no tiene efectos de cosa juzgada en la acción de reparación que se adelante contra el Estado. Precedente jurisprudencial

De acuerdo con reiterados pronunciamientos de la Sección Tercera de ésta Corporación, el hecho de la absolución penal o disciplinaria de los agentes estatales involucrados en la producción del hecho dañoso, no implica en modo alguno que el trámite contencioso deba concluir de la misma forma a favor de la institución a la que pertenecían los efectivos militares. (...) ninguna incidencia tiene en el presente proceso contencioso el hecho de que no se hubiese penalizado o sancionado disciplinariamente a los soldados, suboficiales y oficiales que participaron en la operación militar desplegada por virtud de la orden n.º 44. Como en el presente caso se ha establecido una falla del servicio en contra del Ejército Nacional por la ocurrencia de una ejecución extrajudicial, la Sala dispondrá medidas de reparación integral orientadas a evitar la repetición de conductas como las probadas en este caso. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar sentencias de: 13 de agosto de 2008, exp. 16533; de 10 de febrero de 2011, exp. 19123; de 27 de abril de 2011, exp. 19451 y de 29 de octubre de 2012, exp. 21377

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Falla del servicio. Ejecución extrajudicial y falso positivo / CAUSALES EXCLUYENTES O EXONERATIVAS DE RESPONSABILIDAD - Hecho de la víctima / HECHO DE LA VICTIMA COMO CAUSAL DE EXONERACION - No se probó

En relación con el hecho de la víctima la entidad demandada alega en su recurso de apelación, que el mismo se configura por dos motivos: (i) porque el señor Italo Adelmo Cubides Chacón estaba acompañando a los guerrilleros en el momento en que el Ejército realizó el operativo militar el 28 de marzo de 1993; y (ii) porque el occiso no se encontraba en su lugar de trabajo en el momento en que se produjo el supuesto combate. Respecto del primer argumento referido, la Sala considera que no se configuró esa causal excluyente de responsabilidad (...) Cuando están demostrados los presupuestos básicos de la responsabilidad –como en el caso de análisis-, corresponde a la entidad demandada la carga de demostrar la configuración de cualquiera de las causales excluyentes de responsabilidad previstas por el ordenamiento jurídico, en aplicación de la regla establecida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según la cual “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. (...) La Sala considera al respecto que el Ministerio de Defensa–Ejército Nacional no demostró que el señor Italo Adelmo Cubides Chacón fuera integrante activo de la cuadrilla guerrillera que, según la entidad demandada, trabó combate con la patrulla desplegada en la zona de Vegalarga. Por el contrario, las declaraciones rendidas ante la Procuraduría General de la Nación durante el trámite disciplinario, por los señores Hernando Leguizamón Rojas, Carlos Julio Leguizamón Rojas y Bellanyry Joven Moreno, dan cuenta de que el señor Italo Adelmo Cubides Chacón era trabajador de la finca “Buenos Aires”, en la que desempeñaba labores propias de actividad campesina. (...) para la Sala es claro que si estuviera probado –que no lo está- el hecho de que el señor Italo Adelmo Cubides Chacón no se encontraba en su lugar de labores para el momento de su muerte, ello no sería una situación con idoneidad para exonerar de responsabilidad a la entidad demandada pues, según el artículo 24 de la Constitución Política, a los ciudadanos les es dado desplazarse por donde bien les plazca en ejercicio de su derecho fundamental a la libre locomoción y, cuando los órganos administrativos causan daños a los coasociados que están haciendo uso legítimo de esa prerrogativa, al Estado le es obligatorio reparar los

daños que se causen en tales circunstancias. (...) la Sala considera que las pruebas arrojadas al proceso no son demostrativas de que el señor Italo Adelmo Cubides Chacón fuera integrante del grupo guerrillero y, además, el hecho de que el occiso no se encontrara en su lugar de trabajo en el momento en que se produjo su muerte – hecho que no está evidenciado- no es una situación que válidamente pueda exonerar de responsabilidad a la entidad demandada. (...) está demostrada la responsabilidad que le asiste a la entidad demandada por la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón, y la misma no está exonerada por la causal del hecho de la víctima que injustamente esgrime el Ministerio de Defensa

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 24 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 177

REPARACION INTEGRAL DEL DAÑO - Medidas de carácter no pecuniario / MEDIDAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA - Graves violaciones a los Derechos Humanos / DERECHO BLANDO O SOFT LAW - Criterios auxiliares de interpretación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos / PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA, JURISDICCION ROGADA Y NO REFORMATIO IN PEJUS - Restricciones. Cumplimiento de mandatos contenidos en normas internacionales de Derechos Humanos

Conforme a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas, dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, debe atender a los principios de reparación integral y de equidad. Esto significa que, en los procesos en los que se juzgue la responsabilidad patrimonial del Estado, el juez de lo contencioso administrativo deberá verificar con qué potestades y facultades cuenta para lograr el resarcimiento pleno del perjuicio y el restablecimiento de los derechos conculcados. (..) de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, existen casos en los que el juez puede ordenar medidas de carácter no pecuniario, que atiendan a la reparación integral del daño, aunque ello conlleve el desconocimiento de los mencionados principios procesales. Esto ocurre cuando se juzga la responsabilidad del Estado por graves violaciones de los derechos humanos pues, en estos eventos, la obligación de reparar integralmente el daño surge, principalmente, de distintos tratados y convenios de derechos humanos ratificados por Colombia que prevalecen en el orden interno, pero también de otros instrumentos de derecho internacional que, aunque no tienen carácter estrictamente vinculante –razón por la cual se los denomina “derecho blando” o “soft law”–, gozan de cierta relevancia jurídica y práctica en el ámbito internacional y nacional en tanto exhiben “una clara e inequívoca vocación axiológica o normativa general” y sirven como “criterio[s] auxiliar[es] de interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos” Así las cosas, se ha considerado que es posible establecer restricciones a los principios de congruencia, jurisdicción rogada y no reformatio in pejus con el fin, bien sea de dar cumplimiento a los mandatos contenidos en normas internacionales de derechos humanos con prevalencia en el orden interno, o de proteger otros derechos, valores y principios constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia. (...) se ha considerado que es posible establecer restricciones a los principios de congruencia, jurisdicción rogada y no reformatio in pejus con el fin, bien sea de dar cumplimiento a los mandatos contenidos en normas internacionales de derechos humanos con prevalencia en el orden interno, o de proteger otros derechos, valores y principios constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar Sección Tercera - Subsección B, sentencia de 29 de octubre de 2012, exp. 21377

REPARACION INTEGRAL DEL DAÑO - Adopción de medidas no pecuniarias encaminadas a la satisfacción y a la no repetición / EJECUCION EXTRAJUDICIAL

- Investigación deficiente por parte de la jurisdicción penal militar. Se ordena se compulsen copias a la Fiscalía General de la Nación para que revise si hay lugar a reabrir y continuar la investigación penal / JUSTICIA RESTAURATIVA - Medidas de satisfacción / MEDIDAS DE SATISFACCION - De carácter administrativo. Simbólicas o conmemorativas

El hecho de la ejecución extrajudicial del señor Italo Adelmo Cubides Chacón fue investigado en forma negligente por la jurisdicción penal militar, y en dicha pesquisa no pudieron establecerse las verdaderas circunstancias en que se produjo el fallecimiento del occiso. En consecuencia, se compulsarán copias a la autoridad pertinente para que, si se encuentran méritos suficientes para ello, se reabra la investigación penal en relación con los hechos ocurridos el 28 de marzo de 1993 en la vereda "Vegalarga" de zona rural del municipio de Tello –Huila-. (...) se compulsarán las copias pertinentes a la Fiscalía General de la Nación, para que esa entidad evalúe la posibilidad de adelantar una investigación exhaustiva respecto de los hechos materia del presente litigio, encaminada a identificar y castigar a los responsables de la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón. Con ocasión de dicha compulsión de copias se estudiará la forma en que se adelantó la investigación penal militar respectiva, con el propósito de estimar si es procedente proseguir alguna acción penal por los presuntos delitos contra la administración de justicia que allí pudieron haberse cometido. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema, consultar sentencia de 29 de octubre de 2012, exp. 21377

NOTA DE RELATORIA: En esta providencia aclararon voto los doctores Olga Mélida Valle de De la Hoz y Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 41001-23-31-000-1994-07654-01(20601)

Actor: MARIA DEL CARMEN CHACON Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 8 de marzo de 2001, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá D.C. –Sala de Decisión-, mediante la cual se declaró administrativamente responsable al Ministerio de Defensa Nacional de los

daños causados por la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón, entre otras determinaciones que más adelante se reseñan. La decisión apelada será confirmada en cuanto que declaró responsabilidad a cargo de la entidad demandada, y modificada en relación con las condenas que fueron impuestas por el *a quo*.

SÍNTESIS DEL CASO

El día domingo 28 de marzo de 1993 el señor Italo Adelmo Cubides Chacón, de 22 años de edad, resultó muerto por acción de integrantes del Ejército Nacional, quienes presentaron al occiso como un guerrillero dado de baja durante un combate librado con una cuadrilla de la guerrilla de las FARC, supuestamente ocurrido en la vereda “El Cadillo” del municipio de Tello, Huila. Posteriormente logró establecerse que el mencionado señor no era guerrillero y que, antes bien, se trataba de un campesino conocido por personas de la región.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. Mediante demanda presentada el 24 de febrero de 1994 ante el Tribunal Administrativo del Huila, la señora María del Carmen Chacón de Cubides, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores Anyelo Rubier Cubides Chacón y Ruth Maritza Cubides Chacón, y los señores Jesús Eduardo Cubides Chacón, Eliécer Cubides Chacón, Julio Fidel Cubides Chacón y Neidy Orfilia Cubides Chacón, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., solicitaron que se declarara responsable al Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional por la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón, ocurrida el 28 de marzo de 1993 en zona rural del municipio de Tello –Huila- (fls. 20 a 28 c.1.).

2. Como reparación del daño sufrido, los demandantes pidieron que se diera prosperidad a las pretensiones resarcitorias que a continuación se citan:

SEGUNDA: *Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Nación –Ministerio de Defensa-, a reparar los perjuicios morales y materiales irrogados a la señora MARÍA DEL CARMEN CHACÓN CUBIDES en calidad de madre de la víctima los cuales se cuantifican en la siguiente forma:*

1. La suma de OCHO MILLONES CINCUENTA MIL PESOS por concepto de perjuicios materiales.

2. La suma equivalente a Un (sic) mil gramos oro por concepto de perjuicios morales.

TERCERA: Se condene a la Nación –Ministerio de Defensa-, al pago de los perjuicios morales causados a los hermanos de la víctima, señores JESÚS EDUARDO, ELIÉCER, JULIO FIDEL y NEDY ORFILIA CUBIDES CHACÓN, y menores ANYELO RUBIER y RUTH MARITZA CUBIDES CHACÓN, perjuicios que se tasan en la suma equivalente a quinientos gramos oro para cada uno.

CUARTA: Las sumas a que se contraen las condenas impuestas devengarán intereses comerciales dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, y de mora con posterioridad a dicho plazo.

QUINTA: Las sumas a que se contraen las condenas por perjuicios materiales, serán indexadas con fundamento en la variación que experimente el índice oficial de precios al consumidor (negrilla del texto citado).

3. Según los demandantes, el señor Italo Adelmo Cubides Chacón fue muerto a manos de integrantes del Ejército Nacional, y su cadáver fue presentado como el de un guerrillero dado de baja, cuando lo cierto es que el occiso era un campesino que trabajaba en una finca ubicada en zona rural del municipio de Tello –Huila-.

4. Citan como fundamentos jurídicos de sus pretensiones varios artículos de la Constitución Política, así como los artículos 77, 78, 86, 136 y 206 del Código Contencioso Administrativo y diversas normas de derecho internacional, y con base en esos preceptos consideran que, como la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón se produjo a manos de agentes estatales y sin que existiera justificación alguna para el proceder homicida de los integrantes del Ejército, entonces debe repararse el daño antijurídico causado.

II. Trámite procesal

5. El Ministerio de Defensa Nacional presentó **contestación de la demanda** (fls. 36 y 37 c.p.) con oposición a todas las pretensiones formuladas por los actores, en la que manifestó que se atiene a lo que resulte probado respecto de los hechos, y que no hay lugar a declarar responsabilidad a cargo de la entidad demandada, comoquiera que el señor Italo Adelmo Cubides Chacón era integrante de los grupos guerrilleros que estaban siendo combatidos por el Ejército Nacional.

6. Cerrada la etapa probatoria en la primera instancia¹, sólo el Ministerio Público presentó sus **alegatos de conclusión**, en los que afirmó que no había lugar a declarar responsabilidad a cargo del Estado en la medida en que la parte demandante no cumplió con la carga de demostrar los hechos que narró en el libelo introductorio (f. 85 y sgts, c.1).

7. Remitido el expediente al Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá, éste consideró que debía abrirse nuevamente la etapa probatoria con fundamento en el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, en la medida en que ninguna de las pruebas decretadas en el auto correspondiente² había sido allegada al proceso. Dijo al respecto el *a quo*:

El inciso segundo del artículo 169 del Código Contencioso Administrativo faculta a la Sala para disponer la práctica de las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda. En el presente caso, a pesar de que las citadas pruebas fueron decretadas y practicadas, la respuesta obtenida no cumplió con el objetivo propuesto, cual es el de determinar si hubo una falla en el servicio por la presunta acción de miembros del ejército en hechos ocurridos el 28 de marzo de 1993, en la vereda Cadillo, Municipio de Tello, Huila en los que perdió la vida el señor Italo Adelmo Cubides Chacón, pues los documentos requeridos no fueron allegados al proceso³.

8. Practicadas las pruebas aludidas en el auto antes reseñado, el Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá D.C., Sección Tercera, Sala de Decisión, emitió **sentencia de primera instancia** con la siguiente decisión:

Primero.- *Declarar administrativamente responsable a la Nación Colombiana–Ministerio de Defensa Nacional, por los perjuicios causados con la muerte del señor ITALO ADELMO CUBIDES CHACÓN, en hechos ocurridos el 28 de marzo de 1993, en la vereda Cadillo, municipio de Tello, departamento del Huila, por parte de miembros del Ejército Nacional en servicio activo.*

Segundo.- *Condenar a la Nación Colombiana–Ministerio de Defensa a reconocer y pagar por concepto de perjuicios morales a MARÍA DEL CARMEN CHACÓN DE CUBIDES, la suma equivalente al valor de mil (1000) gramos oro certificado por el Banco de la República en el momento en que quede ejecutoriada la sentencia; a ANYELO RUBIER y RUTH MARITZA CUBIDES CHACÓN, como hermanos menores de la víctima al momento de ocurrencia de los hechos objeto del proceso, la suma equivalente al valor de quinientos (500) gramos oro certificado por el Banco*

¹ Mediante auto del 5 de mayo de 1998 (folio 84 cuaderno 1).

² El auto de pruebas es visible a folio 43 del cuaderno 1.

³ Decisión asumida mediante auto del 31 de agosto de 2000, que obra a folio 93 del cuaderno 1 del expediente.

de la República al momento en que quede ejecutoriada la sentencia. A los hermanos mayores de la víctima: JESÚS EDUARDO CUBIDES CHACÓN, ELIÉCER CUBIDES CHACÓN, JULIO FIDEL CUBIDES CHACÓN y NEDY ORFILIA CUBIDES CHACÓN, la suma equivalente al valor de quinientos (500) gramos oro certificado por el Banco de la República al momento en que quede ejecutoriada la sentencia.

Tercero.- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Cuarto.- Denegar las demás pretensiones, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Quinto.- Para el cumplimiento expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del decreto 359 del 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la actora serán entregadas al apoderado judicial que la ha venido representando (...) (folio 110, negrillas del original).

8.1. Para tal efecto, el Tribunal *a quo* consideró que en el caso de estudio, por las características de las heridas padecidas por el señor Italo Adelmo Cubides Chacón, es imposible considerar que la muerte se produjo durante un combate entre el ejército y un grupo guerrillero, y que, por tanto, le era imputable a la entidad demandada el daño reclamado por los demandantes, bajo el título de imputación de falla del servicio. En palabras del Tribunal:

De esta prueba técnica –se refiere al protocolo de necropsia- se tiene que el disparo que causó la muerte a Italo Adelmo Cubides Chacón fue mortal, proveniente de arma de fuego con proyectiles de alta velocidad, por las características de las heridas, tatuaje, no existe posibilidad alguna de que el hecho se haya producido en enfrentamiento pues el tiro se efectuó por la espalda a una distancia de 50 cms. aproximadamente. Fueron las lesiones recibidas por las esquirlas las que en un primer momento permitieron dominar a la víctima, para luego ser ultimado por los victimarios.

(...)

El hecho se produjo en desarrollo de un operativo militar, no así de un enfrentamiento, porque de conformidad con la necropsia el único tiro propinado a la víctima lo fue por la espalda y a una distancia aproximada de 50 cms. lo que descarta cualquier posibilidad de alegar un enfrentamiento armado.

(...)

En concepto de la Sala, la conducta asumida por los miembros del Ejército Nacional en desarrollo del operativo militar fue desmedida, desproporcionada e innecesaria, más aún cuando se trataba de un campesino indefenso y labrador de la tierra, como lo manifiesta el administrador de la Finca Buenos Aires. El hecho de que las Fuerzas Armadas dispongan del uso legítimo de las armas, ello tiene como fundamento la defensa de la vida, honra y bienes de los ciudadanos.

Para la Sala no hay duda que el Ejército Nacional incurrió en una falla del servicio y en consecuencia debe responder por los perjuicios antijurídicos ocasionados con la conducta de sus agentes, al causar la muerte al señor Italo Adelmo Cubides Chacón (folios 106 y siguientes, cuaderno principal).

9. Inconforme con la decisión antes reseñada, la parte demandada interpuso y sustentó en tiempo **recurso de apelación** contra la sentencia de primera instancia (folios 113 y 122 a 123 del cuaderno principal), en el que solicitó que ésta fuera revocada y que, en su lugar, se negaran las pretensiones de la demanda. Considera que el hecho de que los efectivos militares involucrados en los acontecimientos hubieran sido absueltos por las autoridades disciplinarias y penales militares, es demostrativo de que el Ejército no tuvo responsabilidad en la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón. Agrega que, en la forma en que ocurrió el combate, no era posible para los miembros del Ejército distinguir las personas que eran civiles, de aquellas que no lo eran, y que el occiso propició su propia muerte porque, en el momento de los hechos, no estaba trabajando en el lugar de la finca “Buenos Aires” que le había sido indicado por el administrador de la misma. Insinúa que el occiso, y las otras personas que resultaron muertas en el operativo, estaban colaborando con la guerrilla en el momento del combate (folios 122 y 123 cuaderno principal).

10. En el momento procesal correspondiente⁴, sólo la parte demandada rindió **alegato de conclusión** de segunda instancia visible a folios 128 a 130 del cuaderno principal. En dicho escrito, la apoderada del Ministerio de Defensa enfatiza los argumentos ya expresados en el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. Competencia

11. La Sala es competente para decidir el asunto por tratarse del recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de

⁴ El despacho sustanciador de la época corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, mediante auto del 19 de octubre de 2001 (folio 127, cuaderno principal).

Descongestión de Bogotá en un proceso que, por su cuantía (folio 20 cuaderno 1)⁵ determinada al momento de la interposición del recurso de apelación, tiene vocación de doble instancia. Se aplican en este punto las reglas anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998.

II. Validez de los medios de prueba

12. Dado que algunos de los medios de prueba que se relacionarán en el subsiguiente acápite de hechos probados, fueron practicados en procesos ajenos al presente trámite contencioso, la Sala los valorará conforme a las subsiguientes consideraciones. Primero se referirá al traslado de las pruebas documentales –párr. 12.1-, luego al de los testimonios –párr. 12.2- y por último al de las indagatorias –párr. 12.3-.

II.1. Validez de documentos

12.1. En primer lugar, la mayoría de las pruebas a las que se hará alusión, fueron allegadas al proceso contencioso provenientes de una investigación adelantada por la jurisdicción penal militar, y de la indagación disciplinaria adelantada por la Procuraduría General de la Nación, documentos que fueron arrimados al proceso mediante oficio n.º 2093 del 17 de noviembre de 2000, suscrito por el Secretario de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Armadas, y dirigido al Tribunal Administrativo del Huila, visible a folio 1 del cuaderno 2 de pruebas del expediente.

12.1.1. La práctica de esa prueba, que fue decretada por el Tribunal *a quo* en el auto del 14 de octubre de 1997 (folio 43 del cuaderno 1) y reiterada en providencia del 31 de agosto de 2000 (folio 93 *ibídem*) –véase *infra* párrafo 7-, fue solicitada en el libelo introductorio (folio 27) y la parte accionada, cuando contestó la demanda, guardó silencio en relación con su arribo al presente trámite, no obstante lo cual algunas de sus intervenciones procesales estuvieron parcial y genéricamente fundamentadas en la información contenida en los respectivos folios que componen la investigación

⁵ En la demanda se estima la cuantía de la mayor pretensión, por concepto de perjuicios morales (folio 20), en mil gramos de oro (1.000), equivalentes a \$10 428 590 para la época de presentación de la demanda –24 de febrero de 1994-. Por estar vigente al momento de la interposición del recurso de apelación que motiva esta instancia, se aplica en este punto el numeral 10º del artículo 2o del Decreto 597 de 1988 “*por el cual se suprime el recurso extraordinario de anulación, se amplía el de apelación y se dictan otras disposiciones*”, que modificaba el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, y que disponía que la cuantía necesaria para que un proceso fuera de doble instancia, debía ser superior a \$9 610 000.

adelantada por la justicia penal militar.

12.1.2. En todo caso, se reitera aquí el criterio recientemente establecido por la Sala Plena de Sección Tercera frente al valor probatorio de las copias simples, cuando las mismas han obrado en el plenario a lo largo del proceso y han sido susceptibles de contradicción por las partes sin que éstas las tacharan de falsas, evento en el cual dichas copias son susceptibles de valoración, e idóneas para determinar la convicción del juez frente a los hechos materia de litigio, pues de lo contrario se desconocerían el principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, lo que a su vez iría en contra de las nuevas tendencias del derecho procesal. Ello se fijó en la sentencia del 28 de agosto de 2013, de conformidad con las siguientes consideraciones:

En otros términos, a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P).

(...)

Entonces, la formalidad o solemnidad vinculantes en el tema y el objeto de la prueba se mantienen incólumes, sin que se pretenda desconocer en esta ocasión su carácter obligatorio en virtud de la respectiva exigencia legal. La unificación consiste, por lo tanto, en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido.

Por consiguiente, la Sala valorará los documentos allegados en copia simple contentivos de las actuaciones penales surtidas en el proceso adelantado contra Rubén Darío Silva Alzate⁶.

12.1.3. En aplicación del anterior criterio jurisprudencial, se considera en este punto que, el hecho de que los intervinientes del proceso hubieran conocido el contenido de los documentos allegados como prueba trasladada, permite fallar de fondo el presente asunto con base en ellos, toda vez que resultaría contrario a la lealtad procesal que las partes utilizaran unas pruebas como fundamento de sus alegaciones y que luego, al ver que su contenido puede resultar desfavorable a sus intereses, predicaran su ilegalidad, pretextando que en el traslado de los documentos no se cumplió con las formalidades establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –en pleno–, sentencia del 28 de agosto de 2013, C.P. Enrique Gil Botero, radicación n.º 05001-23-31-000-1996-00659-01 (25.022), actor: Rubén Darío Silva Alzate y otros, demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación y otros.

II.2. Validez de testimonios

12.2. Consideración especial merece la prueba testimonial recogida por la Procuraduría General de la Nación y la justicia penal militar en sus respectivas investigaciones pues la parte demandada guardó silencio respecto de ella y, en relación con ese tipo de prueba, el ordenamiento procesal establece estrictos requisitos, cuyo cumplimiento es necesario para que se pueda apreciar en un trámite ulterior, en el entendido que la regla general es que, por virtud del principio de inmediación, los testimonios tienen que practicarse en presencia de los jueces que deben resolver los litigios⁷ y, en observancia del derecho a la defensa, las partes deben haber tenido la posibilidad contradecir las pruebas que se aduzcan en su contra.

II.2.1. La regla general

12.2.1. Así, el Código de Procedimiento Civil establece, por un lado, que los testimonios practicados por fuera del proceso son apreciables cuando hayan sido recaudados en forma anticipada, lo cual fue necesario debido a que los declarantes, por una enfermedad que padecieran, corrían serio peligro de no poder verter su declaración en un momento posterior. Esta posibilidad está contemplada en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, en los siguientes términos:

ART. 298.- Modificado. Decr. 2282 de 1989, art. 1º, mod. 129. *Con el fin de allegarlos a un proceso, podrá pedirse que se reciban testimonios anticipados únicamente a personas que estén gravemente enfermas, con citación de la parte contraria en la forma prevista en el artículo 318 y en los numerales 1º, 2º y 3º del 320.*

La solicitud deberá formularse ante el juez de la residencia del testigo, y el peticionario expresará bajo juramento, que se considerará prestado por la presentación del escrito, que el testigo se encuentra en la circunstancia mencionada, e informará el lugar donde puede citarse a la persona contra quien pretende hacer valer la prueba.

Cuando el peticionario manifieste también bajo juramento prestado de igual manera, que ignora dónde puede citarse a la presunta contraparte, se aplicará el artículo 318.

⁷ Ha dicho la jurisprudencia en relación con el principio de inmediación: “1. Uno de los principios fundamentales del derecho probatorio, es el de la inmediación, en virtud del cual se persigue que el juzgador, por el contacto directo y personal al practicar las pruebas, pueda aprehenderlas y apreciarlas con mayores elementos de juicio y mejores garantías de acierto, razones estas por las cuales, sólo de manera excepcional ha de acudirse a la práctica de las mismas mediante comisión a otros despachos judiciales”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 14 de febrero de 1996, M.P. Pedro Lafont Pianetta, expediente n.º 5739.

El juez rechazará de plano la recepción de testimonios extraproceso para fines judiciales, cuando la solicitud no cumpla los requisitos exigidos en los incisos anteriores.

Los testimonios que se reciban con violación de este artículo no podrán ser apreciados por el juez.

12.2.2. De otro lado, el ordenamiento procesal civil consagra la posibilidad de que se rindan testimonios con fines judiciales ante alcaldes o notarios, pero sólo en los casos en que la ley lo autorice, según lo dispone el artículo 299 *eiusdem*, que es del siguiente tenor:

ART. 299.- Modificado. Decr. 2282 de 1989, art. 1º, mod 130. *Los testimonios para fines no judiciales, se rendirán exclusivamente ante notarios o alcaldes. Igualmente los que tengan fines judiciales y no se pida la citación de la parte contraria; en este caso, el peticionario afirmará bajo juramento, que se considera prestado con la presentación del escrito, que sólo están destinados a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba, y sólo tendrán valor para dicho fin.*

12.2.3. En ambos casos, para que el testimonio extraprocesal pueda ser apreciable por el juez, se requiere del cumplimiento de los requisitos de la ratificación, según están consagrados en el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, que dispone, además, que también podrán ratificarse los testimonios que hayan sido rendidos en otro proceso judicial, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior. El texto de la norma es el siguiente:

ART. 229.- Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 106. *Ratificación de testimonios recibidos fuera del proceso. Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos:*

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

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

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

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

12.2.4. Como se observa, para que se pueda apreciar un testimonio que ha sido

rendido por fuera el proceso es imperioso, en primer lugar, que se trate de aquellos eventos a los que se refieren los numerales 1 y 2 del artículo 229 del C de .P. C. y, en segundo orden, debe cumplirse con el trámite de ratificación que estipula la misma norma, trámite del cual se podrá prescindir únicamente cuando el juez considere que es innecesario y las partes concuerden en ello, voluntad que éstas deberán manifestar verbalmente en audiencia, o mediante escrito autenticado.

12.2.5. La interpretación del cúmulo de normas anteriormente reseñado no ha sido del todo uniforme en la jurisprudencia, según pasa a explicarse:

12.2.5.1. Por un lado, de manera estándar y siguiendo las reglas procesales transcritas, se ha manifestado que el testimonio practicado por fuera del proceso puede hacerse valer en un trámite judicial posterior, si y sólo si se cumplen las siguientes condiciones: (i) que la declaración haya sido recibida como prueba anticipada en los términos de los artículos 298 y 299 del Código de Procedimiento Civil, o en un proceso judicial diferente; (ii) que la declaración se haya recibido con audiencia o por solicitud de la parte contra la cual se pretende hacer valer en el proceso posterior; y, finalmente, (iii) que el testimonio sea ratificado en el nuevo trámite, según los parámetros que para tal efecto se establecen en el artículo 229 *ibídem*. Al respecto se consideró por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia del 13 de abril de 2000, lo siguiente:

Conforme a lo anterior, se tiene que los testimonios practicados en un proceso diferente de aquél en el que se pretende su valoración sólo pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador cuando son trasladados, en copia auténtica, y siempre que hayan sido practicados con audiencia de la parte contra la cual se aducen, o cuando, sin cumplir este último requisito, son ratificados en el nuevo proceso, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 229 del C. de P.C. Si no se dan estas condiciones, las pruebas aludidas no podrán apreciarse válidamente⁸.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de abril de 2000, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez, radicación n.º 11898, actor: José Francisco Montero Ballén, demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional. La tesis ha sido sostenida también por otras secciones del Consejo de Estado. Ver al respecto, de la Sección Quinta, la sentencia del 3 de diciembre de 1992, C.P. Luis Eduardo Jaramillo Mejía, radicación n.º 0811, actor: Álvaro Lara Zambrano, demandado: alcalde del municipio de Ancuyá. Se dijo en dicha providencia: “Cuando los testimonios no tengan la anterior finalidad, sino la de acreditar hechos diferentes a los que debe juzgar la jurisdicción en un caso concreto, como por ejemplo el cobro de pensiones, la supervivencia, etc., para estos últimos efectos deberán rendirse ante notarios y alcaldes conforme al artículo 229, y frente a estos mismos funcionarios, exclusivamente también deberán rendirse los testimonios para fines judiciales, cuando no se pida la citación de la parte contraria, evento en el cual sólo tienen valor de prueba sumaria en determinado asunto para el que la ley autoriza esta clase de prueba”. Postura que fue posteriormente reiterada por la misma Sección Quinta en la sentencia del 27 de noviembre de 1995, C.P. Mario Alario Méndez, radicación n.º 1450, actor: Joaquín Felipe Negrete Sepúlveda, demandado: alcalde del municipio de Córdoba. La Corte Suprema de Justicia ha emitido

II.2.2. Las excepciones

12.2.5.2. Como excepciones a la regla señalada y atendiendo el comportamiento procesal y positivo de las partes, la Sala ha sostenido que (i) cuando en el libelo introductorio se solicita que se allegue al trámite contencioso copia de los procesos en los que reposan declaraciones juramentadas y la contraparte solicita la misma prueba en la contestación de la demanda, o (ii) de manera expresa manifiesta que está de acuerdo con la práctica de las pruebas solicitadas por la parte actora, dicha situación implica que ya no es necesaria la ratificación de los testimonios. En estos eventos, según se ha dicho, resulta irrelevante que los testimonios se hayan practicado sin audiencia de las partes, o si éstas pudieron ejercer su derecho de contradicción. En la sentencia del 17 de mayo de 2001 se aseveró por la Sección Tercera:

Debe anotarse, adicionalmente, que en los eventos en que el traslado de los

pronunciamientos en esa misma dirección. Dijo al respecto la Sala de Casación Civil en la providencia del 30 de agosto de 1996 –expediente 4782-, M.P. Pedro Lafont Pianetta, que “... no encontrándose en este caso autorizados estos testimonios para fines judiciales y, más aún, no habiéndose hecho la respectiva contradicción, resultaba imposible, aún dentro de la legislación transitoria de descongestión judicial, su mera ratificación dentro del proceso, sino más aún resultaba contrario a la ley darle cualquier tipo de valoración probatoria como prueba anticipada testimonial. Ni tampoco era viable el tratamiento de documentos emanados de terceros, de una parte, porque son medios que, fundados en su naturaleza diferente, también gozan en la actualidad y en forma provisional, de regulaciones completamente distintas, como las arriba indicadas; y, de la otra, porque se trata de normas que, por sus circunstancias provisionales y particulares, han de entenderse de manera restrictiva únicamente a los documentos declarativos emanados de terceros, lo que se ajusta entonces a la interpretación general del derecho probatorio”. Y en el pronunciamiento del 9 de diciembre de 2004, M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez, radicación n.º 2390-95, reiteró dicha Sala: “En lo tocante al dictamen de medicina legal, así como las declaraciones... traídas del proceso penal, tempestivo es anotar que ciertamente, tal cual lo observó el juzgador de segunda instancia, trátase de pruebas que no pueden apreciarse dado que en dicho trámite no fueron parte los aquí demandantes, contra quienes se aducen, y en consecuencia no cumplen los requisitos del artículo 185 citado. Por la misma causa es de bulto que el dictamen tampoco cumplió la contradicción consagrada en el artículo 243 ibídem, ni los testimonios la formalidad de su ratificación conforme a la norma 229 de la legislación adjetiva en lo civil, que se imponía ineludible, porque, como lo ha dicho esta Corporación, “cuando no hubo participación de la parte contra la cual se pretendían aducir, si se desea utilizar dicho medio probatorio, será necesario practicar la prueba en el nuevo proceso, o bien, entrándose de testimonios, obtener su ratificación, precisamente para darle oportunidad de contradicción a la parte que no intervino en su producción... de contra-interrogar a los testigos o solicitar la práctica de pruebas adicionales, tendientes a desvirtuar el contenido de las declaraciones trasladadas, con lo que se satisfacen los principios de publicidad y contradicción de la prueba. Sin este último requisito las declaraciones trasladadas carecen de valor probatorio” (casación civil del 10 de diciembre de 1999, expediente 5367)”. En el mismo sentido, en la casación civil del 23 de junio de 2005 – M.P. Edgardo Villamil Portilla, radicación n.º 0143-, se aseveró: “En consecuencia, si está identificado el testigo original, el sistema procesal vigente impone como principio la verificación de la fuente, pues tal exigencia se destila de la conjugación armónica de varias normas de procedimiento. Así, el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil ordena la ratificación para los testimonios recibidos en otro juicio sin la audiencia de una de las partes. También se impone la ratificación de las pruebas anticipadas de la que sólo “se prescindirá cuando las partes lo soliciten de común acuerdo”...”.

testimonios rendidos dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, la Sala ha considerado que dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aún cuando hayan sido practicadas sin su citación o intervención en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el contencioso administrativo, aún cuando hayan sido practicadas sin su citación o intervención en el proceso original y no hayan sido ratificados en el contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio y, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su admisión^[9]¹⁰.

12.2.5.3. Igualmente se ha dicho que (iii) cuando un testimonio practicado en otro proceso sin audiencia de alguna de las partes –o de ambas-, ha sido trasladado al trámite contencioso administrativo por solicitud de una de las partes, y la otra utiliza en su defensa lo consignado en la aludida declaración juramentada, ello suple el trámite de ratificación de que habla el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil. En la sentencia del 9 de de diciembre de 2004 se aseveró:

Previamente a realizar el estudio de fondo, es necesario advertir que si bien los testimonios rendidos dentro de la investigación preliminar adelantada por la Unidad Investigativa Regional Policía Judicial SIJIN del Departamento del Tolima, con ocasión de los hechos ocurridos el día 9 de enero de 1994, en los cuales resultaron muertos el señor..., no fueron objeto de la ratificación exigida en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso contencioso administrativo en razón de la remisión que en materia probatoria expresamente consagra el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, de conformidad con el reiterado criterio fijado por la Sala sobre el particular, dichos testimonios pueden y deben ser válidamente apreciados, por cuanto hacen parte de la actuación adelantada por la SIJIN que luego, a petición de la parte demandante, fue trasladada a este proceso y con fundamento en los cuales al alegar de conclusión en segunda instancia la entidad demandada estructuró su defensa¹¹.

12.2.5.4. En otras ocasiones, ésta Sección ha considerado que (iv) los testimonios practicados en otro proceso pueden valorarse en el trámite de reparación directa si los documentos contentivos de los mismos son allegados al trámite contencioso, y las partes, conocedoras del contenido de las declaraciones, guardan silencio respecto a la regularidad del trámite de su traslado. Al respecto, en la sentencia del 26 de febrero de

⁹ “[2] Ver sentencias del 18 de septiembre de 1997, expediente 9666, y del 8 de febrero de 2001, expediente 13.254”.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 2001, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, radicación n.º 12.370, actor: Ómar Pérez Castebianco y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de diciembre de 2004, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, radicación n.º 73001-23-31-000-1995-3172-01(14174)DM, actor: Dioselina García Ramírez y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

2009, se dijo por la Sección Tercera:

La Sala, se limitará al examen y valoración de las pruebas aportadas en la audiencia de reconstrucción del expediente. El trámite seguido por el Magistrado Sustanciador, diferente al ponente de la presente providencia, permitió un detallado cumplimiento del ritual preceptuado en el artículo 133 del Código de Procedimiento Civil, siempre con la audiencia de los intervinientes en el proceso. En efecto, se dio traslado de las pruebas aportadas por las partes y el Ministerio Público, quienes no impugnaron su incorporación al expediente reconstruido, en cuanto a su congruencia con el auto que decretó su práctica, su valoración en la sentencia de primera instancia o su autenticidad. Por tal razón es conducente y pertinente su valoración en la presente instancia¹².

(...)

De otra parte, respecto de las indagatorias de todos los implicados en el hecho, en principio, ninguna puede ser valorada en el presente proceso, dado que carecen del requisito del juramento, necesario para poder ser tenidas como declaración de tercero (artículo 227 del Código de Procedimiento Civil). Sin embargo, respecto de las versiones libres e indagatorias del autor material del homicidio Willson Eduardo Daza Rosso, resulta necesaria su citación (sic) para entender los pormenores del caso, toda vez que éstas fueron el principal fundamento de las imputaciones contra los presuntos autores intelectuales del hecho. Como se verá en el curso de estas consideraciones, las mismas no sustentan la responsabilidad de la administración, sin embargo, su referencia resulta ineludible, como prueba fehaciente de la impunidad en la que ha quedado el asesinato de Henry Rojas Monje¹³.

¹² Una variante de ésta tesis puede verse en la sentencia de 11 de mayo de 2011, Sección Tercera-Subsección B, radicación 20052, ponente Ruth Stella Correa Palacio, en donde se admite el valor probatorio de los testimonios trasladados sin los requisitos de ley, pero solo en lo favorable a la demandada: “Así mismo, en cuanto a la prueba trasladada a solicitud de la parte actora, de la investigación que cursó en la Fiscalía 9 Delegada de Belén de los Andaquíes, cabe precisar que los testimonios allí recepcionados no podrán ser valorados sino en lo favorable a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, dado que no fueron ratificados en el presente proceso y su traslado no fue solicitado por ésta (artículo 229 del Código de Procedimiento Civil)...”.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de febrero de 2009, C.P. Enrique Gil Botero, radicación n.º 07001-23-31-000-1993-00063-01(13440), actor: Amira Monje de Rojas y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional. Obsérvese que en los párrafos transcritos se hace alusión únicamente a las indagatorias y versiones libres obrantes en el respectivo expediente, pero a lo largo de la providencia citada es visible la continua referencia a declaraciones juramentadas que fueron rendidas ante la jurisdicción penal ordinaria y ante la Procuraduría General de la Nación, situación que generó en su momento el desacuerdo de la consejera de Estado Ruth Stella Correa Palacio, quien salvó su voto en los siguientes términos: “Además, la sentencia llegó a las conclusiones que le permitieron declarar la responsabilidad de la demandada, previa valoración de un importante paquete de pruebas trasladadas de la investigación disciplinaria (adelantada por la Procuraduría General de la Nación-Oficina de investigaciones especiales) y penal (adelantada por la Justicia Penal de Orden Público), en relación con las cuales la demandada no tuvo oportunidad de controvertirlas, al no haber intervenido en ninguno de esos procesos. (...)// Discrepo de tal entendimiento en la medida en que el valor de la prueba trasladada no depende de que las partes no impugnen su incorporación al nuevo proceso. En los términos de la normativa procesal son varios los requisitos que deben reunirse para su valoración, dado que además de su autenticidad y legalidad, es indispensable su contradicción, sin la cual apenas tiene el carácter de prueba sumaria, válida sólo para los eventos en que

12.2.5.5. En otro pronunciamiento, la Subsección “B” de la Sección Tercera –con ponencia de quien proyecta el presente fallo-, destacó que (v) cuando en un proceso se dirige la acción contra una entidad que ejerce la representación de la Nación como persona jurídica demandada, y contra ella se hacen valer pruebas testimoniales que han sido practicadas por otra entidad que igualmente es parte de la Nación, entonces ello implica que la persona demandada –la Nación- no puede aducir que las declaraciones trasladadas no deben ser valoradas, pues es claro que por tratarse de medios de convicción que han sido recopilados por ella misma, entonces puede decirse que fueron practicados con su audiencia, lo que cumple con las condiciones establecidas en los artículos 185 y 229 del Código de Procedimiento Civil. Dijo la Subsección “B”:

11. Las pruebas aportadas al proceso, a las cuales se hará referencia bajo el título de hechos probados, se hallan en estado de valoración, puesto que fueron allegadas en cumplimiento de los presupuestos procesales. En especial, la Sala considera que las pruebas incorporadas en el “expediente disciplinario Nro...”, es decir, las declaraciones rendidas ante la Procuraduría

expresamente la ley ha permitido la demostración de algún supuesto a través de esa clase de prueba, siendo la regla general la exigencia de prueba controvertida.// En los términos del artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella y el artículo 229 ibídem, con el fin de dar valor a los testimonios recibidos por fuera del proceso, permite su ratificación señalando que se prescindirá de la misma, cuando las partes lo soliciten de común acuerdo, mediante escrito autenticado como se dispone para la demanda o verbalmente en audiencia, y el juez no la considera necesaria.// Con un criterio amplio, la jurisprudencia de esta Corporación ha prescindido del requisito de la ratificación de la prueba testimonial, el cual es estrictamente formal –escrito autenticado presentado por ambas partes con manifestación en tal sentido, o verbalmente en audiencia- frente al hecho de que el traslado de la misma haya sido solicitado por las dos partes, caso en el cual, en aplicación del postulado de la buena fe, se reprocha la conducta de la parte que después de haber pedido el traslado de la prueba, pretende que no se valore en su contra, con el argumento de que no ha tenido la oportunidad de controvertirla al no haber sido ratificada.// Pero si el traslado de la prueba solo lo solicita una de las partes, y aquella contra la que se aduce no participó en el proceso primigenio y por tanto no tuvo la oportunidad de controvertirla, el único mecanismo para lograr su valoración en el nuevo proceso, es a través de su ratificación, que para la prueba testimonial consiste en repetir el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior. Es decir, la inexistencia de objeción sobre su incorporación al proceso, no atribuye valor probatorio a la prueba trasladada.// De manera reiterada la jurisprudencia de esta sección, ha reclamado el cumplimiento del requisito de controversia para valorar la prueba trasladada del proceso penal por no haberse dado traslado de ella y la testimonial por no haberse ratificado, en la forma en que ordena el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, ni la parte contra la que se opone, haberlo sido en el proceso primigenio.// En la sentencia se cambia la jurisprudencia, sin advertirlo así y sin sustentar las razones del cambio, cuando simplemente frente al hecho de que las partes no hubieran replicado la incorporación de la prueba trasladada, esta resulta valorada en su integridad, a pesar de que la parte contra la que se opuso, no ha tenido oportunidad de controvertirla” (subrayas ajenas al texto citado).

Delegada para la Policía Nacional y el “informe evaluativo” de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación de diciembre de 1994, las cuales fueron aportadas en copia auténtica al presente proceso, constituyen prueba trasladada en los términos del artículo 185 del Código de Procedimiento Civil¹⁴, puesto que: (i) la entidad demandada, la parte contra quien se aducen las pruebas referidas, fue quien solicitó en la contestación de la demanda que se ordenara al “Hospital Central de la Policía Nacional” la remisión de “todos los antecedentes, incluida la hoja clínica, correspondientes a la paciente...” es decir existe una petición expresa de la parte demandada acerca de la incorporación al proceso de tales pruebas; (ii) la entidad demandada... autenticó las copias... y las envió al proceso, en cumplimiento de la orden judicial respectiva; (iii) El Subdirector General de la Policía Nacional,... inició el trámite correspondiente... y en relación con las pruebas provenientes de la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional, las cuales habían sido practicadas de manera previa por la entidad de control, expresamente decidió: “[T]énganse como válidas las pruebas ya practicadas”, de suerte que por orden expresa de la parte demandada se las reconoció y valoró por la misma entidad; (iv) En el mismo orden de ideas, el “MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICÍA NACIONAL-SUBDIRECCIÓN GENERAL-PROGRAMA HOSPITAL CENTRAL-OFICINA DE ASUNTOS DISCIPLINARIOS” en sendas providencias del 24 de marzo de 1995, a través de las cuales formuló pliego de cargos en contra de..., fundamentó su decisión sobre la valoración que hizo de las declaraciones rendidas frente a la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional por parte de..., y en el “[C]oncepto emitido por las profesionales de salud...”; (v) también, en el asunto sub iudice, la entidad demandada, “NACIÓN COLOMBIANA-Ministerio de Defensa-Policía Nacional”, y la Procuraduría General de la Nación, órgano de control que practicó las pruebas en el proceso con anterioridad a que se incorporaran en el “expediente disciplinario Nro. 500112/95”, integran la persona jurídica Nación, y por tal razón se puede concluir que las pruebas fueron practicadas en el proceso primitivo a petición y con intervención de la misma parte -Nación- contra quien se aducen ahora; (vi) finalmente, respecto de las declaraciones rendidas frente a la Procuraduría en el curso de la investigación disciplinaria la “NACIÓN COLOMBIANA-Ministerio de Defensa-Policía Nacional” no puede alegar el desconocimiento de las mismas, ni su imposibilidad de controvertirlas, en tanto que fue la misma entidad –Nación- quien formuló las preguntas y quien participó en la recepción de las respuestas y en la extensión de las mismas en el papel, y tuvo en todo momento la posibilidad tanto de conainterrogar a los declarantes como de expresar su sentir acerca de lo dicho por ellos”¹⁵

¹⁴ [1] “Artículo 185.- Prueba trasladada. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella.”

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 9 de febrero de 2011, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación n.º 25000-23-26-000-1994-09702-01(16934), actor: Lourdes Emilce Rangel Robles y otro, demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional. La tesis no ha sido extraña a la jurisprudencia de la Sección Tercera. Ver al respecto: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, Consejero Ponente (E) Mauricio Fajardo Gómez, radicación n.º 52001-23-31-000-1997-08660-01(17493), actor: Humberto Portilla Moreno, demandado: Nación-Consejo Superior de la Judicatura. Se dijo en ese pronunciamiento: “La Sala precisa que valorará las pruebas remitidas por la Procuraduría General de la Nación y por la Fiscalía General, las cuales fueron aportadas al proceso a

(negritas y mayúsculas del texto citado).

12.2.5.6. Finalmente, se destaca que la Subsección “C” de la Sección Tercera ha sostenido la postura según la cual, (vi) cuando se trata de la discusión de casos relacionados con graves violaciones a los derechos humanos, resulta procedente inaplicar los presupuestos procesales consagrados en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil –y normas concordantes-, por excepción de convencionalidad, pues la falta de apreciación de ciertas pruebas testimoniales puede constituir una violación del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, lo cual ha sido reprochado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en distintas providencias¹⁶. Ello se dijo por la mencionada subsección, en la sentencia del 19 de octubre de 2011:

3. Previo al estudio de fondo, la Sala advierte que las pruebas que obran en el caso materia de estudio, se tiene (sic) copia de los folios... del proceso penal 2.026, adelantado por el Juzgado Penal del Circuito de Garzón, y el disciplinario, que llevó la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial y la Policía Administrativa, por los hechos objeto de la demanda; sin embargo, las pruebas contenidas en ellos no pueden valorarse en el presente proceso, toda vez que no fueron solicitadas por ambas partes en los escritos de demanda y contestación, como tampoco cumplen con lo prescrito en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, para el traslado de pruebas...

No obstante, la Sala advierte que para casos como el presente donde está valorándose la ocurrencia de una “ejecución extrajudicial” no puede seguir aplicándose lo establecido en el Código de Procedimiento Civil ajeno al respecto de las garantías de los derechos humanos, dado que se estaría vulnerando la Convención Americana de Derechos Humanos al no garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido como derecho

solicitud de la parte demandante y de los llamados en garantía, por medio del oficio n.º... proferido por la Procuraduría Departamental de Nariño, al que se adjuntó copia auténtica del proceso disciplinario adelantado contra el mismo señor... // En el caso concreto la Sala encuentra demostradas las siguientes condiciones que determinan la validez de las pruebas trasladadas: // i) Las pruebas obrantes en los expedientes penal y disciplinario fueron practicadas con audiencia de la Nación y del señor... quienes fungen en este proceso como sujetos demandante y demandado, respectivamente...” (se subraya).

¹⁶ Se trata de una tesis en la que ya la Sección venía avanzando: “... frente a graves violaciones de derechos humanos (v.gr. crímenes de lesa humanidad), el ordenamiento jurídico interno debe ceder frente el internacional, en tanto este último impone la obligación a los estados, a los diferentes órganos que lo integran –incluida la Rama Judicial del Poder Público-, de adoptar todas las medidas tendientes a la protección y reparación de esas garantías del individuo...”. Sentencia del 20 de septiembre de 2008, C.P. Enrique Gil Botero, radicación n.º 26001-23-25-000-1996-04058-01(16996), actor: María Delfa Castañeda y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional y otro. En dicho caso, cuando el Consejo de Estado resolvió el recurso de apelación interpuesto por la entidad pública demandada como apelante único, en el que se solicitaba la revocatoria de la condena impuesta en la sentencia de primera instancia, la Sala agravó la condición de la entidad y, además, asumió medidas de restitución que no habían sido solicitadas por los demandantes, retando así los principios de congruencia y no *reformatio in pejus*.

humano reconocido constitucional y supranacionalmente, tal como se sostuvo en la sentencia del caso “Manuel Cepeda contra Colombia” en la que se sostiene,

“140. En lo que concierne al acceso a la justicia, valga destacar que en este caso los tribunales contencioso administrativos no establecieron responsabilidad institucional por acción de funcionarios estatales en la ejecución del Senador Cepeda Vargas, que considerara la transgresión de sus derechos a la vida y la integridad personal, entre otros, a pesar de que al momento de sus decisiones se contaba ya con los resultados parciales del proceso penal e incluso del disciplinario. En este sentido, no contribuyeron de manera sustancial al cumplimiento del deber de investigar y esclarecer los hechos (supra párrs. 116 a 122). Llama la atención que en uno de los procesos el Consejo de Estado no valoró los resultados parciales de las investigaciones penales y disciplinarias en las que constaba la responsabilidad de los dos sargentos del Ejército Nacional, por considerar que la documentación fue remitida en copia simple¹⁷. Si bien no correspondía a esta vía establecer responsabilidades individuales, al determinar la responsabilidad objetiva del Estado las autoridades jurisdiccionales deben tomar en cuenta todas las fuentes de información a su disposición. Por ende, las autoridades encargadas de estos procedimientos estaban llamadas no sólo a verificar las omisiones estatales, sino a determinar los alcances reales de la responsabilidad institucional del Estado”¹⁸.

¹⁷ “[1] Cfr. (sic) Sentencia de apelación emitida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el radicado No. 250002326000199612680-01(20.511) el 20 de noviembre de 2008, supra nota 128, folios 4524 a 4525”.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 19 de octubre de 2011, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación n.º 41001-23-31-000-1993-07335-01(20241), actor: Manuel Antonio Guarnizo Trujillo y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional. En igual sentido pueden consultarse las siguientes sentencias proferidas por la misma Subsección y ponente: sentencia del 18 de enero de 2012, radicación n.º 54001-23-26-000-1997-12780-01(19959), actor: Rosalba Daza Suárez y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional; sentencia del 9 de mayo de 2012, radicación n.º 27001-23-31-000-1997-3029-01(20334), actor: Luz Marina de Jesús Henao y otros, demandado: Ministerio de Defensa-Ejército Nacional. En esta última se ahondó en argumentos para dotar de valor probatorio a testimonios trasladados –e incluso también a las indagatorias- que no han sido materia de contradicción y respecto de los cuales no existe ratificación en el trámite contencioso, en los siguientes términos: “A lo anterior, cabe agregar que en el ordenamiento jurídico internacional la Corte Internacional de Justicia ha procurado argumentar que el juez debe orientarse por el principio de la sana crítica y de la libertad de apreciación de los medios probatorios que obren en los procesos, y que debe desplegar un papel activo...// (...) Lo anterior, advierte la Sala, no implica desconocer las exigencias legales y principios procesales, lo que lleva a que no sean considerados, valorados y apreciados diferentes testimonios y declaraciones rendidas ante las instancias disciplinaria y penal por no cumplir los expresos mandatos del artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, en aplicación sistemática con lo consagrado en el artículo 185 del mismo texto legal y por expresa remisión legal del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, esto es, por haberse producido su ratificación al haberse producido en otros procesos “sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan” en el presente contencioso. Así mismo, las indagatorias y ampliaciones de las mismas practicadas dentro del proceso penal cursado tampoco serán objeto de consideración, valoración y apreciación. No obstante lo anterior, y en aplicación del artículo 230 de la Carta Política que exige la primacía de lo sustancial por sobre lo procesal o adjetivo, la Sala tendrá en cuenta dentro del contexto de los hechos a probar y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, la realidad fáctica manifestada en todas aquellas deposiciones...”.

11.2.3. La redefinición de la regla general y sus alcances cuando el testimonio trasladado ha sido recaudado por una entidad del orden nacional

12.2.6. Ante la diversidad de criterios arriba ilustrada¹⁹, y para contribuir a la estabilidad de las expectativas de aplicación de la normatividad objeto de análisis, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado estima necesario emitir un pronunciamiento que recoja y fije los parámetros interpretativos que deben tenerse en cuenta para efectos de establecer la posibilidad de apreciar aquellos testimonios que, habiéndose rendido en un proceso ajeno al contencioso de reparación, no cumplieron con el requisito de haberse practicado con audiencia de la parte contra la cual se aducen en el proceso posterior y/o no fueron ratificados en éste; o bien, respecto de los cuales no se prescindió de la ratificación, lo cual debía hacerse, según el citado artículo 229 del estatuto procesal civil, por acuerdo común entre las partes manifestado mediante escrito autenticado.

12.2.7. Para tal efecto, será necesario determinar cuál es el sentido de las formalidades que establece el artículo 229 del C. de P.C., lo que se elucidará atendiendo al tenor literal de la disposición y a los derechos sustanciales cuya protección persiguió el legislador procesal con su estipulación, aspectos en los que se pondrá de presente que no es necesario cumplir al pie de la letra la ritualidad normada para la ratificación de testimonios extraprocesales, sino que es suficiente con que se satisfagan las garantías que se prohíjan con la misma, tal como se ha hecho en parte de la jurisprudencia citada para fundamentar algunas de las excepciones antes señaladas.

12.2.8. Así, en lo que tiene que ver con el sentido de las reglas procedimentales consagradas en el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil –y preceptos concordantes-, la Sala considera que una interpretación literal de tales normas, arroja

¹⁹ Que también ha sido advertida por la doctrina. Al respecto se ha dicho: “v) *El tema de la prueba trasladada. La circunstancia frecuente de que los mismos hechos que originan el proceso contencioso administrativo para reclamar del Estado la indemnización del daño, den nacimiento también a otros procesos que se han de servir, por eso mismo, de pruebas idénticas, como es el caso del proceso penal –cuando el hecho configura un delito- y del proceso disciplinario –si estructura una falta disciplinaria- ha suscitado la costumbre, legítima y bondadosa por lo demás, de solicitar con la demanda o con su contestación o en el momento procesal indicado, la remisión del proceso penal, del disciplinario o de los dos.// Tal hecho, unido a los inconvenientes que, en veces, se presentan para practicar de nuevo, en el proceso de reparación, algunos medios de prueba que ya obran en alguno de dichos procesos, ha dado la oportunidad al juez administrativo de pronunciarse sobre el tema relativo al traslado de la prueba, sin que para su definición, se hubiese conservado un criterio único...*” Hernández E., Alier E.; Franco G. Catalina, *Responsabilidad del Estado: Análisis jurisprudencial del Consejo de Estado*, Bogotá-2007, p. 162 y 163.

como resultado la tesis que ha sido sostenida por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia en las sentencias referidas al inicio del presente acápite, en el sentido de afirmarse que las declaraciones juramentadas trasladadas al proceso contencioso desde otro trámite judicial –o recopiladas de forma extraprocesal-, sólo son apreciables si se ratifican o cuando las partes han tenido la oportunidad de controvertirlas en el momento de su recopilación.

12.2.9. Ahora bien, la Sala recuerda que no todos los casos en los que se discuta la posibilidad de valorar testimonios practicados en otro proceso, pueden solucionarse con base en una interpretación literal de los requisitos procesales que están siendo comentados, pues es posible que existan supuestos de hecho en los cuales la aplicación rígida de una formalidad ritual podría conducir a consecuencias que son contrarias a las finalidades queridas por el legislador, lo cual es una de las mayores críticas que se han formulado en contra de la escuela gramatical de intelección de los preceptos normativos²⁰, aspecto frente al cual el jurista Francisco Gény atinó en afirmar:

Hecha esta salvedad, no hay inconveniente en sostener como desideratum absoluto la estabilidad y certidumbre del derecho; queda ahora por averiguar en qué proporción es realizable este ideal, y los medios para obtenerlo. Y en este particular sí que declaro que encuentro sumamente débil la objeción hecha. Parece que tener seguridad de que por un lado se hallan contenidas en el sistema tradicional la plenitud de soluciones jurídicas, y por otro lado, que este sistema consiste enteramente en elementos objetivos que tratan la ley escrita o los sugiere la lógica absoluta, los cuales pueden suprimir mecánicamente y por una especie de fatalismo geométrico la parte del juicio individual en la aplicación del derecho. Estas dos pretensiones pareceme que quedan condenadas por el resultado de nuestras investigaciones al hacer la crítica negativa del método corriente. Y lo que quiero repetir aquí, además de lo dicho, es que es una ilusión creer que el funcionamiento de la interpretación de los textos, combinado con el encadenamiento de concepciones lógicas, cualquiera que sea su valor intrínseco como proceso de aplicación del derecho positivo, constituya un organismo de interpretación categórica tal, que pueda sustraer las soluciones a la movilidad de las apreciaciones subjetivas. El examen de la infinita variedad de opiniones y sistemas sobre cada cuestión notable, edificados

²⁰ La elucidación gramatical del sentido de las palabras a partir de las cuales se forjan las leyes, es apenas una etapa inicial en el proceso de interpretación de los textos jurídicos y, en la mayoría de los casos, el cumplimiento de dicha etapa no agota el proceso que debe seguirse para interpretar sentido de un mandato normativo. Al respecto dice Arturo Valencia Zea que “La deficiencia más grave del método de los glosadores o de los exégetas consiste en haber creído que la sola interpretación gramatical era suficiente para conocer el derecho. Los métodos modernos no condenan la exégesis, pues toda ley consta de palabras y proposiciones gramaticales que es necesario conocer en primer término; simplemente sostienen que la sola exégesis no es suficiente, y que de las palabras debemos remontarnos hasta los principios esenciales del sistema jurídico” (Valencia Z., Arturo, Ortiz M., Álvaro, *Derecho Civil, Tomo I: Parte General y Personas*, decimoquinta edición, Bogotá-2002, p. 115).

por estos procedimientos, basta para convencerse de la incertidumbre inherente a su naturaleza de la interpretación tradicional, por rígidamente que quiera emplearse. En realidad, apenas disimulan las pretendidas construcciones lógicas el irremediable subjetivismo de las soluciones. Y el único resultado de un método matemático adaptado a la jurisprudencia, es el someter el espíritu al imperio de palabras e ideas que, encubriendo torpemente las realidades vivas, conducen a resultados harto extraños al fin último de nuestra ciencia²¹.

12.2.10. Y una literatura más reciente ha señalado que las disposiciones jurídicas deben ser interpretadas con observancia de un criterio hermenéutico que atienda los fines prácticos que justifican la existencia de los preceptos materia de interpretación, de forma tal que se eviten a toda costa interpretaciones con consecuencias absurdas o irrazonables, así:

... Las inferencias e implicaturas en las que se basa la comunicación humana exitosa son parte claramente de lo que se quiere decir o significar. Estas inferencias o implicaturas, sin embargo, son usualmente violadas cuando se asume que la hermenéutica jurídica se surte mediante una concentración de la atención en los términos de la ley. Esta práctica jurídica, que termina fijando su atención en los términos específicos del texto legal, parece ser un corolario del principio de fidelidad al derecho en la toma de decisiones. Pero, como queda claro del análisis precedente, la fidelidad al Estado de derecho no exige la adopción del textualismo interpretativo, como tradicionalmente se piensa. No sorprende entonces que el cálculo no especulativo del significado de la ley no tenga que enredarse necesariamente en una pesada y detallada concentración sobre el texto, como suelen hacer los abogados. El análisis sugiere, en cambio, que la fidelidad a la ley propia del Estado de derecho debe proyectarse a la tarea dialógica de comprender las intenciones o propósitos de las normas, enmarcadas dentro de diálogos sociales e institucionales más amplios²².

12.2.11. Del mismo modo, se resalta que es un principio medular aplicable a la interpretación de las normas adjetivas, el que las ritualidades procesales están instrumentadas para la garantía de los derechos sustanciales²³, de manera que las

²¹ Gény, François. *Método de de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid-1925, p. 207 y 208.

²² López Medina, Diego Eduardo, *La letra y el espíritu de la ley*. Bogotá, 2008, capítulo IV, num. 4.3. “*La interpretación de reglas en la pragmática del derecho*”, página 153.

²³ Así lo dispone el artículo 228 de la Constitución Política cuando allí se dice que en las actuaciones de la administración de justicia “...prevalecerá el derecho sustancial...”, principio que está replicado en el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor: “*Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes*”. Se ha dicho por la doctrina que el principio hermenéutico referido “...es, sin lugar a dudas, la regla de oro en la interpretación del derecho procesal, y que siempre debe tener presente el juez (en no pocas ocasiones se olvida ese carácter instrumental de la ley procesal y

formalidades no pueden entenderse como finalidades en sí mismas y, en aquellos casos en los que no se les dio estricta aplicación y, aún así, las garantías sustanciales no se vieron comprometidas, no sería lógico considerar que las actuaciones así adelantadas carecen de validez.

12.2.12. En esa misma línea no literalista, debe tenerse en cuenta, entonces, que el requisito de presentar un escrito autenticado en el que ambas partes afirmen que desean prescindir de la ratificación del testimonio –o de exteriorizar esa intención verbalmente en audiencia-, es una ritualidad que fue establecida por el legislador procesal con la finalidad de garantizar que la manifestación de esa voluntad fuera inequívoca, lo que es necesario en la medida en que se trata de la capitulación de una garantía relacionada con el derecho a la defensa de los intervinientes procesales, materializado éste en la posibilidad que tienen de controvertir las pruebas que se aduzcan en su contra, lo cual, en el caso de las declaraciones extraproceso, se logra mediante la repetición del interrogatorio en los términos consagrados en el artículo 229 del C. de P.C.

12.2.13. No obstante, la Sala considera que la presentación del mencionado escrito autenticado –o la manifestación verbal en audiencia de la intención de no ratificar los testimonios extraproceso-, no son las únicas vías a través de las cuales las partes pueden exteriorizar inequívocamente que concuerdan en prescindir de la repetición del interrogatorio, pues es claro que dicha intención también podría mostrarse, por ejemplo, con su manifestación en los memoriales que, sin necesidad de presentación personal, los intervinientes procesales radican ante los despachos judiciales en las diversas etapas del proceso, tales como los alegatos, los recursos, los incidentes y las peticiones, entre otras.

12.2.14. En el anterior orden de cosas, es perfectamente posible que, en ciertos casos, no se cumpla con la formalidad establecida para la ratificación y que, aún así, no se incurra en violación del derecho de defensa, porque las partes dieron a entender, por una vía distinta a la suscripción de un memorial autenticado o a la manifestación verbal en audiencia, que aceptaban sin reparos la anexión del testimonio al expediente, eventualidad ésta que en modo alguno puede considerarse como violatoria del debido proceso pues, a pesar de la supresión de la formalidad, se cumplió con la finalidad

se adoptan decisiones abiertamente contrarias al espíritu que informa nuestro estatuto)". López B. Hernán Fabio, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Tomo I: Parte General, Bogotá-2005, página 79.

buscada por la norma procesal, que era que las partes manifestaran inequívocamente su intención de prescindir de un nuevo interrogatorio.

12.2.15. Es la lógica que subyace a los casos (ii) y (iii) ya analizados –ver *supra* párrafos 12.2.5.2 y 12.2.5.3- en los que ambas partes piden el traslado del testimonio en los escritos de demanda y contestación de la misma, y en ellos no se solicita la ratificación, o la demandada manifiesta su acuerdo con las pruebas pedidas por la demandante, eventos en los cuales puede entenderse que ambas partes convinieron que las actas de los testimonios trasladados reposaran en el expediente, sin necesidad de que los testigos respondieran nuevamente al interrogatorio. Lo mismo sucede cuando sólo una de las partes solicita que se traslade el testimonio y, allegado éste al proceso sin haberse ratificado, la parte contra la que se aduce lo utiliza para probar los hechos que son de su interés, evento en el cual también puede afirmarse que ambas partes quisieron prescindir del requisito de ratificación.

12.2.16. La Sala reitera que, en los casos antes referidos, le es dable al juez otorgar un significado al comportamiento procesal y positivo de las partes, el cual puede implicar de manera inequívoca que éstas consienten en que se aprecie, sin necesidad de ratificación, determinado testimonio practicado en otro proceso, pues lo cierto es que con ello se cumplió la finalidad sustancial perseguida por la formalidad adjetiva.

12.2.17. En síntesis, para la Sala es viable apreciar una declaración rendida por fuera del proceso contencioso administrativo, sin audiencia de la parte demandada o sin su citación, cuando se cumpla con el trámite de ratificación, o cuando por acuerdo común entre las partes –avalado por el juez- se quiso prescindir del aludido trámite. Esto último puede manifestarse como lo dispone el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil – verbalmente en audiencia o presentando un escrito autenticado en el que ambas partes manifiesten expresamente que quieren prescindir de la ratificación-, o extraerse del comportamiento positivo de las partes, cuando los mismos indiquen de manera inequívoca que el querer de éstas era prescindir de la repetición del interrogatorio respecto de los testimonios trasladados, lo que ocurre cuando ambos extremos del litigio solicitan que el testimonio sea valorado, cuando la demandada está de acuerdo con la petición así hecha por la demandante, o cuando una parte lo solicita y la otra utiliza los medios de prueba en cuestión para sustentar sus alegaciones dentro del proceso.

12.2.18. Ahora bien, en los casos en donde las partes guardan silencio frente a la

validez y admisibilidad de dichos medios de convicción trasladados, y además se trata de un proceso que se sigue en contra de una entidad del orden nacional, en el que se pretenden hacer valer los testimonios que, con el pleno cumplimiento de las formalidades del debido proceso, han sido recaudados en otro trámite por otra entidad del mismo orden, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de afirmar que la persona jurídica demandada –la Nación- es la misma que recaudó las pruebas en una sede procesal diferente, lo que implica que, por tratarse de testimonios recopilados con la audiencia de la parte contra la que se pretenden hacer valer en el proceso posterior, son plenamente admisibles y susceptibles de valoración, según la interpretación más estricta que pueda hacerse de las formalidades establecidas en el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, según las cuales la ratificación de las declaraciones juramentadas trasladadas sólo es necesaria “... cuando se hayan rendido en otro [proceso], sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior...”.

12.2.19. La anterior regla cobra aún mayor fuerza si se tiene en cuenta que, en razón del deber de colaboración que les asiste a las diferentes entidades del Estado²⁴, a éstas les es exigible que las actuaciones que adelanten sean conocidas por aquellas otras que puedan tener un interés directo o indirecto en su resultado, máxime si se trata de organismos estatales que pertenecen al mismo orden, de tal manera que las consecuencias de una eventual descoordinación en las actividades de los estamentos del Estado, no puede hacerse recaer sobre los administrados, quienes en muchas ocasiones encuentran serias dificultades para lograr repetir nuevamente dentro del proceso judicial contencioso administrativo, aquellas declaraciones juramentadas que ya reposan en los trámites administrativos que han sido adelantados por las entidades correspondientes.

12.2.20. En el caso concreto, las investigaciones proseguidas por los organismos de control, en especial la Procuraduría General de la Nación, se adelantaron sin que existiera coordinación con las autoridades de la jurisdicción penal militar, de tal forma que los testimonios recaudados en las investigaciones disciplinarias no fueron trasladados a las investigaciones penales militares, lo que, de acuerdo con un entendimiento limitado de las normas procesales, generó obstáculos para la apreciación de las pruebas testimoniales en el ulterior trámite contencioso administrativo.

²⁴ Tal como lo ordena el artículo 113 de la Constitución Política al decir que “*Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines*”.

12.2.21. También debe tenerse en cuenta que en el presente caso las pruebas fueron decretadas por el juez contencioso varios años después de la ocurrencia de los hechos, situación en la que es indiscutible lo difícil que para la parte interesada resultó ubicar a los mismos testigos que rindieron su declaración ante la Procuraduría General de la Nación, obstáculo éste que quedó evidenciado cuando, solicitada la ratificación de los testimonios en la demanda, y decretados nuevamente los mismos por el Tribunal de primera instancia, las respectivas audiencias de recepción de las declaraciones fracasaron debido a la inasistencia de los testigos²⁵.

12.2.22. En ese orden, la Sala insiste en que los presupuestos formales establecidos en el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil para el traslado de los testimonios, tienen sentido para efectos de salvaguardar el derecho a la defensa de las personas que aparecen como partes dentro de un determinado proceso, de tal forma que cuando uno de los extremos de la *litis* es la Nación representada a través de alguna de sus entidades, entonces es plausible afirmar que, si la prueba trasladada fue practicada por otra entidad también del orden nacional, con el pleno cumplimiento de las formalidades del debido proceso, entonces no le es dable a la Nación –como parte procesal- aducir, con base en el aludido precepto adjetivo, la carencia de validez del medio de convicción, pues es claro que la parte tuvo audiencia en la recopilación del mismo y pudo haber ejercido su derecho de contradicción a través de la entidad nacional que intervino en su recaudación, lo que ocurre en el presente caso cuando se pretende hacer valer frente al Ministerio de Defensa-Ejército Nacional un testimonio recaudado por la Procuraduría General de la Nación, pues lo cierto es que si se hubiera llevado a cabo una investigación seria y coordinada por las entidades nacionales en conjunto, entonces la declaración juramentada habría sido conocida conjuntamente por las autoridades que tenían la función de adelantar la investigación sobre los hechos, sea en el ámbito penal o en el disciplinario.

12.2.23. Como corolario de todo el razonamiento explicado en el presente acápite de validez de los medios de prueba la Sala concluye, en relación con la posibilidad apreciar las pruebas testimoniales que han sido recaudadas en un proceso ajeno al trámite contencioso administrativo, lo siguiente:

²⁵ Al respecto, a folio 27 del cuaderno 1, en el libelo introductorio se solicita que se llame a declarar a los señores Carlos Julio Leguizamón, Bellaniri Joven Moreno y Hernando Leguizamón, quienes previamente habían rendido su declaración ante la Procuraduría General de la Nación. Dichas pruebas fueron decretadas mediante auto del 14 de octubre de 1997 (f. 43), pero no pudieron ser recaudadas debido a la inasistencia de las personas llamadas declarar, según consta en las respectivas actas (fls. 80 y 81).

12.2.23.1. En principio, para que puedan ser apreciadas dichas pruebas, deberá cumplirse con la ratificación de que trata el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, o prescindirse de dicho trámite tal como lo dispone la aludida norma, esto es, manifestándolo ambas partes mediante escrito autenticado o verbalmente en audiencia –párrafo 12.2.5.1-.

12.2.23.2. Excepcionalmente, los testimonios podrán apreciarse siempre que las partes muestren de forma inequívoca, con los comportamientos por ellas desplegados a lo largo del proceso, que desean que dichos medios de prueba hagan parte del expediente sin necesidad de que sean ratificados –casos (i), (ii) y (iii), párrafos 12.2.5.2 y 12.2.5.3-.

12.2.23.3. Finalmente, se repite, las variaciones jurisprudenciales expuestas anteriormente –ver párrafos 12.2.5.4, 12.2.5.5 y 12.2.5.6-, se unifican en esta providencia de Sala Plena de Sección, en el sentido de que cuando la demandada es la Nación, y es una entidad del orden nacional quien recaudó los testimonios con plena observancia del debido proceso, entonces puede afirmarse que la persona contra la que pretenden hacerse valer dichas pruebas, por ser la misma, tuvo audiencia y contradicción sobre ellas. En este caso, se entiende que la Nación es la persona jurídica en cuya cabeza radican las garantías que se pretenden preservar con las previsiones del artículo 229 del Código de Procedimiento Civil y, por lo tanto, también es plausible afirmar que tales prerrogativas no se transgreden cuando se aprecia el testimonio trasladado en las condiciones aludidas.

12.2.24. Así las cosas, en el presente caso se dará plena apreciación a los testimonios que fueron recaudados por la Procuraduría General de la Nación, los cuales pretenden hacerse valer en contra de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.

II.3. Validez de indagatorias

12.3. Las indagatorias rendidas por los agentes militares participantes en el operativo surgido de la orden de operaciones n.º 44, no pueden ser tenidas como medio de prueba, toda vez que se trata de versiones que se obtuvieron sin el apremio del juramento y, por tanto, no reúnen las características necesarias para que pueda

considerárselas como testimonios²⁶. Lo anterior no obsta para que en algunos casos se tengan en cuenta las afirmaciones que los indagados consientan en hacer bajo la gravedad del juramento, lo que se deduce de la aplicación *a contrario sensu* de la regla antes aludida.

12.4. Finalmente, debe decirse que todos los documentos allegados al proceso mediante el oficio n.º 2093 del 17 de noviembre de 2000, pueden tenerse como auténticos, pues cumplen con los requisitos establecidos en el numeral 1º del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, y están acordes con los parámetros jurisprudenciales ya citados de la reciente sentencia de Sala Plena de Sección Tercera calendada el 28 de agosto de 2013²⁷.

III. Los hechos probados

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

13.1. El señor Italo Adelmo Cubides Chacón –occiso-, nacido el 9 de junio de 1971 en Saboyá –Boyacá-, era hijo de la señora María del Carmen Chacón Ortiz y del señor Segundo Aquiles Cubides –fallecido²⁸-. También era hermano de los señores Anyelo Yubier Cubides Chacón, Ruth Maritza Cubides Chacón, Jesús Eduardo Cubides Chacón, Eliécer Cubides Chacón, Julio Fidel Cubides Chacón y Nedy Orfilia Cubides Chacón²⁹.

13.2. Italo Adelmo Cubides Chacón trabajaba en la finca “Buenos Aires” y desempeñaba labores varias de mantenimiento de la heredad, trabajo que realizaba en

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de abril de 2000, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, radicación n.º 11898, actor: José Francisco Montero Ballén, demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

²⁷ *Ibidem*, *supra* nota al pie n.º 6.

²⁸ Así consta en el registro civil que obra a folio 13 del cuaderno 1. El señor Segundo Aquiles Cubides falleció el 25 de abril de 1992, según registro de defunción que aparece a folio 6 del cuaderno 1 del expediente.

²⁹ Véase los registros civiles obrantes a folios 7 a 12 del cuaderno 1 del expediente.

compañía de otros campesinos, entre ellos el señor Juan de la Cruz Morales. El administrador de la finca era el señor Hernando Leguizamón Rojas. Así se puede extraer de las declaraciones juramentadas que fueron rendidas ante la Procuraduría General de la Nación por los señores Hernando Leguizamón Rojas³⁰, Carlos Julio Leguizamón Rojas³¹ y Bellanyry Joven Moreno³². En la declaración de la última de las mencionadas se afirma:

PREGUNTADA.- Manifieste al Despacho si usted se encontraba en la finca del señor HERNANDO LEGUÍZAMO, de nombre BUENOS AIRES, ubicada en la vereda el Cadillo, jurisdicción del Municipio de Tello Huila, para el día 28 de marzo de 1993.- CONTESTÓ.- Sí señora, yo hacía de comer para los trabajadores. (...) PREGUNTADO: Dígame si usted conoció al señor ITALO ADELMO CHACÓN CUBIDES (sic), y a JUAN DE LA CRUZ NÚÑEZ CALDERÓN.- CONTESTÓ.- Sí los conocí, eran trabajadores de la finca (folio 172).

13.3. El 27 de marzo de 1993, el comandante del Batallón de Artillería n.º 5 “Tenerife” de Neiva, Teniente Coronel Ancízar Hincapié Betancourth, expidió la orden de operaciones n.º 44 denominada “Gansos Salvajes”, con el propósito de “efectuar operaciones de registro y control militar de área, en el área general de Vegalarga, para capturar y/o destruir en caso de resistencia armada grupo de bandoleros que delinquen en el área”. La operación consistía en “desplazar a Vegalarga personal 1 cp de contra Guerrillas, y 3 pelotones”, cuya misión era efectuar labores de registro y control en la zona. En la orden de operaciones n.º 44 no se menciona labor alguna relacionada con actividades encubiertas de miembros del ejército, ni la participación de personal civil³³.

³⁰ Éste testigo manifestó en relación con los señores Italo Adelmo Cubides Chacón y Juan de la Cruz Morales, que los “... distinguía hacía más de un año en esa Región (sic) y les di trabajo por recomendación de unos señores propietarios de una finca cafetera, en donde los recomendaban como buenos trabajadores, entonces en vista de eso yo los estaba ocupando en la finca como buenos trabajadores, ellos llevaban trabajando en mi finca más de un año...” (folio 24 del cuaderno 2 de pruebas).

³¹ Quien era vecino de la vereda “Vegalarga” y residente en el sector “Piedramarcada” de zona rural del municipio de Tello –Huila-. Su declaración es apreciable a folios 38 y siguientes del cuaderno 2 de pruebas, y en ella se dice que Italo Adelmo Cubides Chacón y Juan de la Cruz Núñez eran trabajadores de la finca “Buenos Aires”.

³² Folios 172 y siguientes del cuaderno de pruebas n.º 2. Ésta testigo era residente “guisandera” de la finca “Buenos Aires”.

³³ Copia autenticada de la orden de operaciones n.º 44 se aprecia a folio 64 del cuaderno 2 de pruebas.

13.4. La unidad militar que participó en el operativo correspondiente a la orden n.º 44, fue la de contraguerrilla “Ganso 2”, “...orgánica del Batallón de Contraguerrillas No. 9 Los Panches, patrulla que iba conformada por 02 Oficiales, 03 Suboficiales y 16 Soldados... comandaba la patrulla el señor Teniente MATIZ RAMÍREZ CARLOS...”³⁴.

13.5. En la mañana del día domingo 28 de marzo de 1993, el señor Hernando Leguizamón Rojas, administrador de la finca “Buenos Aires” encomendó a los señores Italo Adelmo Cubides Chacón y Juan de la Cruz Morales la labor de reparar un corral, destinado a la alimentación de las mulas de la finca, labor que debían realizar en aproximadamente 2 horas³⁵.

13.6. En la tarde del mismo día, las unidades del ejército pertenecientes al Batallón “Tenerife”, que habían sido desplegadas en la zona rural de Tello –Huila- por virtud de la orden n.º 44 expedida por el comandante del Batallón, llegaron a la Inspección de Policía de la vereda “Vegalarga” y reportaron la ocurrencia de un combate con grupos guerrilleros en el sector denominado “Piedramarcada” en el que, según información de los militares, se dio de baja a tres guerrilleros, cuyos cuerpos fueron entregados en la inspección de policía junto con el armamento y el material de intendencia incautado, sin que se hiciera diligencia de levantamiento de los cadáveres en el lugar de fallecimiento. El inspector de Policía de Vegalarga levantó un acta manuscrita en la que hizo constar la recepción de los cadáveres y la identidad de los mismos, entre ellos el cadáver del señor Italo Adelmo Cubides Chacón, en relación con el cual se dijo en el acta:

Acta No. 05. ITALO ADELMO CUBIDES CHACÓN. Tarjeta de Identidad # 710609-05228 de Planadas Tolima, natural de Saboya Boyacá, 22 años sexo masculino, estatura 1,68 cm, color tez Trigueña, contextura delgada, señales ninguna, el cual vestía pantalón de la ponal y camisa estampada, botas de caucho media caña ecuatorianas, quien presentó un impacto a la altura de la muñeca brazo izquierdo, totalmente destrozada, un impacto a la

³⁴ Así se hace constar en el oficio n.º 0313/BR9-BATEN-S2-INT1-252 del 27 de abril de 1993, suscrito por el teniente coronel Ancízar Hincapié Betancourt, comandante del Batallón de Artillería n.º 9 “Tenerife”, anexo a folios 62 y 63 del cuaderno 2 de pruebas del expediente.

³⁵ Al respecto se dice en la ya citada declaración del señor Hernando Leguizamón que “...yo me vine de la finca el sábado por la mañana y les dejé un oficio para que me hicieran ahí en la finca... de que me arreglaran un corral donde le doy cuidado a las mulas lo cual el trabajo sí lo hicieron... aclaro que esa tarea la dejé para que fuera ejecutada el Domingo y fue ejecutada en su totalidad y ese trabajo duraba aproximadamente dos horas.” El hecho fue reiterado en la ampliación de declaración juramentada rendida por el señor Carlos Julio Leguizamo observable a folios 171 y siguientes.

altura de la espalda lado derecho con orificio de salida axila lado izquierdo pto.

Material de guerra incautado, 1 fusil G3FS # 37858, 1 fusil AK-47 # borrado, origen chino, 1 revólver llama 38L # IM 5393c # interno 393, 4 proveedores para G3, 1 proveedor para AK-47, 179 cartuchos calibre 7.62, 21 cartuchos calibre 5.56, 9 cartuchos calibre 9mm, 6 cartuchos calibre 38 largo pto.

Material de intendencia incautado, 8 uniformes de la ponal, 9 equipos de campaña, 1 reata color verde, 1 dacha de portaproveedores en cuero, 1 chapuza para revólver, 1 linterna, 1 machete, ropa para clima frío varias (sic), varios documentos y 1 casette al parecer (sic) de adoctrinamiento subversivo PF³⁶.

13.7. El señor Hernando Leguizamón Rojas, tuvo conocimiento de que dos de los trabajadores de la finca “Buenos Aires” –los señores Italo Adelmo Cubides Chacón y Juan de la Cruz Núñez- se encontraban extraviados y, como se había enterado de que el ejército había remitido los cadáveres de unos presuntos guerrilleros a la Inspección de Policía de Vegalarga, decidió entonces acercarse a dicha inspección con la finalidad de indagar si los cuerpos correspondían a los de los dos trabajadores cuyo paradero no conocía. Al acercarse a la Inspección de Policía, el administrador de la finca “Buenos Aires” logró identificar los cuerpos de los señores Italo Adelmo Cubides Chacón y Juan de la Cruz Núñez. Al respecto se lee en la ampliación de la declaración juramentada que rindió el señor Hernando Leguizamón Rojas ante la Procuraduría Provincial de Neiva:

... Yo los vi en el cuartel de la Policía en Vegalarga, el día que los ví creo que fue el 22 de marzo del año pasado, habían 3 cadáveres en el cuartel de policía, los dos muchachos tenían la ropa llena de barro, la policía era la que me alumbraba con una linterna para que yo los viera, el finado JUAN DE LA CRUZ tenía una camisa verdecita a cuadros y un pantalón gris, ITALO ADELMO tenía pantalón gris y una blusita estampada, era la misma ropa que tenían esa mañana, estaban descalzos, el otro cadáver que estaba ahí tenía un uniforme como de la policía... (folio 170 cuaderno 2 de pruebas).

13.7.1. Los mismos hechos fueron relatados en declaración juramentada rendida ante la Procuraduría Provincial de Neiva, por quien en ese entonces era Inspector de Policía de “Vegalarga”, señor José Rosel Álvarez González, en los siguientes términos:

³⁶ Copia auténtica del acta se aprecia a folio 48 del cuaderno 2 de pruebas.

...a eso de las seis y media de la tarde ya habían traído los cadáveres y los tenían en el puesto de Policía, nos pusimos a practicar las diligencias de levantamiento pero no le encontramos identificación a ninguno eran tres (3) cadáveres, entonces en el levantamiento los pusimos N.N. por ahí a las siete a ocho de la noche acabamos de hacer estas diligencias, salía del puesto hacia la calle y se me dirigió el señor HERNANDO LEGUÍZAMO, y me dijo ROSEL, yo quiero identificar los cadáveres porque posiblemente a dos trabajadores míos (sic) y yo le dije claro que sí, yo hablé con un militar que había afuera para que le dijera al Coronel que iba un señor a reconocer unos cadáveres y lo mandaron a entrar yo me detuve afuera hasta que HERNANDO volvió a salir y le dije Que- y me dijo entre los muertos hay dos trabajadores míos... (folio 19 cuaderno 2 de pruebas).

13.8. Los cadáveres entregados por los miembros del ejército, entre ellos el cuerpo del señor Italo Adelmo Cubides Chacón, fueron remitidos a Neiva –Huila-, donde se les practicó estudio de necropsia el 29 de marzo de 1993. También se realizó estudio *post mortem* del cadáver del señor Juan de la Cruz Núñez, cuyo hallazgo no se registró en el acta de la inspección de policía antes referida, y que también fue remitido por los militares que efectuaron el operativo en la zona de “Vegalarga”³⁷. En relación con los hallazgos hechos en el cadáver del señor Italo Adelmo Cubides Chacón, en el acta de necropsia se dejaron consignados los siguientes datos de interés para el presente proceso:

Descripción del cadáver: HOMBRE ADULTO, QUE PRESENTA VARIAS HERIDAS POR ARMA DE FUEGO Y ONDA EXPLOSIVA, EN TORAX Y MIEMBROS SUPERIORES” (folio 226 cuaderno 2 de pruebas).

(...)

CONCLUSIÓN: HOMBRE ADULTO QUE MURIÓ POR UN SHOCK HIPOVOLÉMICO DEBIDO A UNA ANEMIA AGUDA COMO CONSECUENCIA DE HERIDAS PENETRANTES A TORAX Y ABDOMEN PRODUCIDAS POR ARMA DE FUEGO” (folio 228 ibidem).

1.1. ORIFICIO DE ENTRADA QUE SE UBICA EN SÉPTIMO ESPACIO INTERCOSTAL DERECHO CON LINEA AXILAR POSTERIOR, CON TATUAJE, DE 1x1 CMS. DE DIÁMETRO.

³⁷ En el expediente también reposa copia del acta de la necropsia practicada en el cadáver del señor Albeiro Marín Morales (folios 236 a 239).

1.2. ORIFICIO DE SALIDA EN EL HEMITORAX IZQUIERDO A LA ALTURA DEL TERCER ESPACIO INTERCOSTAL IZQUIERDO CON LINEA AXILAR ANTERIOR DE 3x3 CMS. DE DIÁMETRO.

1.3. LESIONES: PIEL, PENETRA A CAVIDAD TORÁCICA, ATRAVIESA AMBOS HEMITORAX ESTALLANDO AMBOS PULMONES Y EL CORAZÓN, CONCRETAMENTE EL VENTRÍCULO IZQUIERDO; ASÍ MISMO HUBO PERFORACIÓN DE DIAFRAGMA DERECHO CON ESTALLIDO HEPÁTICO; HUBO HEMOTORAX Y HEMOPERITONEO MASIVOS.

1.4. TRAYECTORIA: DERECHO A IZQUIERDO.

2.1. ORIFICIO DE ENTRADA (RE-ENTRADA) EN LA CARA INTERNA TERCIO SUPERIOR DEL BRAZO IZQUIERDO, DE 3x2 CMS. DE DIAMETRO.

2.2. ORIFICIO DE SALIDA EN LA CARA EXTERNA TERCIO MEDIO DEL BRAZO IZQUIERDO, DE 4x4 CMS. DE DIÁMETRO.

2.3. LESIONES: PIEL, TEJIDOS BLANDOS Y HUMERO.

3.1. HERIDAS PRODUCIDAS POR ESQUIRLAS DISTRIBUIDAS ASÍ:

A. CARA EXTERNA TERCIO SUPERIOR DEL BRAZO DERECHO, CON EXPOSICIÓN ÓSEA B Y C) CARA POSTERIOR TERCIO INFERIOR DEL ANTEBRAZO IZQUIERDO CON EXPOSICIÓN OSTEOMUSCULAR Y PÉRDIDA DE SUSTANCIA. HUBO FRACTURAS DEL CÚBITO Y DE CARPOS (folio 229, *ibídem*).

13.8.1. Por su parte, en la necropsia practicada al cadáver del señor Juan de la Cruz Núñez, quien para el momento de su muerte contaba con 17 años, se consignan los siguientes datos de interés:

Descripción del Cadáver: HOMBRE ADULTO, DE TALLA Y CONTEXTURA MEDIANAS, CON HERIDAS DE ARMA DE FUEGO EN LA CABEZA.

(...)

Conclusión: HOMBRE JOVEN QUE MURIÓ POR UN ESTALLIDO CRANEANO DEBIDO A HERIDA PRODUCIDA POR ARMA DE FUEGO.

(...)

1.1. ORIFICIO DE ENTRADA QUE SE LOCALIZA EN LA REGIÓN FRONTAL, LÍNEA MEDIA, REGIÓN INTERCILIAR, DE 0.5 CMS. DE DIÁMETRO CON TATUAJE.

1.2. ORIFICIO DE SALIDA UBICADO EN LA REGIÓN PARIETAL POSTERIOR DERECHA, DE 7x7 CMS. DE DIÁMETRO, CON DESTRUCCIÓN ÓSEA Y PROTUSIÓN DE MASA ENCEFÁLICA.

1.3. LESIONES: HAY ESTALLIDO DE LA BÓVEDA CRANEANA, CON LACERACIONES CEREBRALES Y DESTRUCCIÓN PARENQUIMATOSA.

1.4. TRAYECTORIA: ANTERO-POSTERIOR.

2.1. ORIFICIO DE ENTRADA QUE SE LOCALIZA EN LA CARA EXTERNA DEL CODO DERECHO, DE 0.5 CMS. DE DIÁMETRO.

2.2. ORIFICIO DE SALIDA LOCALIZADO EN LA CARA INTERNA DEL CODO DERECHO, DE 8x4 CMS. DE DIÁMETRO.

2.3. LESIONES: PIEL, TEJIDOS BLANDOS, HAY LUXOFRATURA QUE COMPROMETE LA ARTICULACIÓN DEL CODO DERECHO.

13.9. La señora María del Carmen Chacón de Cubides, madre de Italo Adelmo Cubides Chacón, interpuso una queja disciplinaria ante la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, con la manifestación que a continuación se transcribe (folios 10 y siguientes del cuaderno 2 de pruebas):

Mi hijo se llamaba ITALO ADELMO CHACÓN CUBIDES (sic) de 22 años de edad, después de la muerte de mi esposo, él se vino a vivir conmigo, ahí vivió como unos dos meses, antes estaba trabajando en Santa María (Huila), después se encontró con el señor Hernando Leguizamón, y le pidió que se fuera a trabajar con él en una finca que queda en la vereda el "Pato" en jurisdicción de la Inspección de Vegalarga (Huila), municipio de Tello (Huila), y se fue a trabajar con él como en el mes de junio de 1992, se fue a trabajar de obrero, y de lo que lo pusieran a hacer, el 28 de marzo pasado pues comentan que el patrón lo había mandado a arreglar la comida para las

mulas, luego se fue a pelar leña, estaban esperando la línea un carro o sea escalera cuando entonces se presentó el Ejército donde estaba él esperando en la carretera, y dicen que el Ejército se los llevó donde estaban sentados, él estaba con otro compañero JUAN DE LA CRUZ NÚÑEZ CALDERÓN, pues a mí me contaron las guisanderas de don Hernando que escuchó unos disparos, fueron a ver que había pasado y encontraron los cadáveres que recién los habían matado, cuando ellas llegaron al sitio donde estaban los cadáveres encontraron a miembros del Ejército allí, ellas le dijeron que porque habían matado a esos muchachos, y estos le respondieron que se callaran la geta (sic), que se fueran para el Rancho, entonces ellas llegaron a la casa de Hernando....

13.10. La Procuraduría Provincial de Neiva, inició una indagación preliminar disciplinaria para establecer la posible comisión de faltas disciplinarias por parte de los efectivos militares que participaron en el operativo llevado a cabo con ocasión de la orden de operaciones n.º 44. Como conclusión de la averiguación preliminar, el asistente jurídico de la mencionada procuraduría expidió el Informe Evaluativo n.º 169 del 6 de diciembre de 1994, en el que se recomendó al Procurador Provincial que abriera investigación disciplinaria en contra de los militares involucrados en los hechos. En lo pertinente, se consignaron en el aludido informe las consideraciones que a continuación se citan:

No han podido determinarse dentro de la investigación, qué armas fueron encontradas a los cuatro occisos, ya que como lo afirmó el Teniente Matiz en su versión³⁸, estas fueron recogidas de inmediato e indiscriminadamente para ebitar (sic) un robo. Tampoco se han podido esclarecer los motivos por los cuales resultaron muertos los trabajadores ITALO ADELMO y JUAN DE LA CRUZ, en manos de los militares que visitaron la región para el 28 de marzo de 1993, quienes son coincidentes en sus indagatorias al afirmar, que se trataba de guerrilleros dados de baja en combate, situación que se presentó debido a que no se practicó el levantamiento en el lugar de los hechos por parte del Inspector de Policía de Vegalarga JOSÉ ROSEL ÁLVAREZ GONZÁLEZ, quien se negó a ir por tratarse de zona roja, tampoco ha debido el Teniente MATIZ, ordenar el traslado de los cadáveres a vegalarga (sic), borrando de esa manera cualquier medio de prueba que permitiera según el lugar donde se encontraban los cuerpos, determinar la razón de la muerte de los jóvenes tantas veces nombrados en el proceso, razones por las cuales, considero pertinente, salvo otro criterio del Señor Procurador Provincial, ordenar la apertura formal de averiguación disciplinaria contra el citado oficial e inspector, por lo tanto la investigación deberá separarse, teniendo en cuenta que será la Delegada para las fuerzas Militares la competente para investigar la conducta del Teniente CARLOS EDUARDO MATIZ RAMÍREZ. Lo anterior de conformidad a (sic) lo establecido en el artículo 20 literal A de la Ley 4ª de 1990. La Provincial

³⁸ Se refiere a la diligencia de indagatoria rendida por el señor Carlos Eduardo Matiz Ramírez, visible a folios 66 y siguientes del cuaderno 2 de pruebas del proceso.

continuará las diligencias en lo que respecta al señor Inspector (folios 180 y 181 del cuaderno 2 de pruebas).

13.11. La indagación preliminar disciplinaria fue trasladada al despacho de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, dependencia que determinó, mediante decisión del 14 de enero de 1997 (folios 242 a 257 del cuaderno 2 de pruebas), “*abstenerse de abrir investigación disciplinaria, dentro del presente diligenciamiento, por lo expresado en la parte considerativa de ésta actuación, en concordancia con la normatividad vigente para el caso*” y “*ordenar el **ARCHIVO** de la presente actuación, sin perjuicio a (sic) que si con posterioridad resultare prueba para vincular a alguien como encartado, se ordenará la apertura de la misma, siempre y cuando la actuación disciplinaria no se haya extinguido*” (folios 256 y 257). Para tomar esa decisión, la Procuraduría Delegada consideró:

Lo que sí está claro es que murieron durante el enfrentamiento armado que sostuvo el Ejército con la Guerrilla, por lo tanto es riesgoso, endilgar responsabilidad al Teniente CARLOS EDUARDO MATIZ RAMÍREZ, quien iba al mando de la patrulla o a algún otro miembro de la misma, pues en verdad, como narran los hechos, era difícil para el grupo Militar establecer en el momento, quiénes eran guerrilleros y quienes no y más aún si éstos se desplazaban al lado de los guerrilleros o simplemente se encontraban en el lugar de los hechos. Los Militares (sic) aquí investigados, cumplían una orden y además fueron agredidos lo que motivó su reacción, con el infortunado hecho de que en verdad los dos Occisos referidos eran trabajadores de la finca, cosa difícil de establecer en el momento del enfrentamiento, más aún cuando el lugar está catalogado como Zona Roja, en donde no existe Policía ni Autoridad, precisamente por ser zona de dominio de la subversión.

*Por lo anteriormente expuesto y no habiendo mérito dentro del material probatorio allegado a la misma; ni ningún medio de prueba que infiera la violación de tal orden, por la forma en que ocurrieron los hechos que ocupan la atención del Despacho de la **DELEGADA PARA LAS FUERZAS MILITARES**, por lo que es necesario dar aplicación al Art. 3º del Decreto 3404 de 1983, en concordancia con el Art. 141 de la Ley 200 de 1995, absteniéndose de **ABRIR INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA** (folio 256, cuaderno 2 de pruebas, negrillas del texto citado).*

13.12. En forma paralela a la investigación preliminar disciplinaria antes reseñada, la jurisdicción penal militar adelantó su propia averiguación por los mismos hechos,

durante la cual se recogieron las indagatorias³⁹ de cada uno de los integrantes de la patrulla militar involucrada en los hechos, y algunas declaraciones juramentadas en las que se hizo afirmación de los siguientes hechos:

13.12.1. El operativo fue adelantado en la modalidad encubierta.

13.12.2. Los efectivos militares participantes del mismo estaban disfrazados de civiles y de mujeres.

13.12.3. La infiltración se hizo con la ayuda de un transporte civil del tipo “chiva” o “bus escalera”.

13.12.4. Los militares se enteraron de la presencia guerrillera en la zona por informe del conductor de una camioneta que había transportado a los subversivos kilómetros más arriba en la carretera por donde se desplazaba la unidad militar.

13.12.5. Cuando los militares divisaron a los guerrilleros, algunos de ellos iban vestidos de civil y otros con uniformes de la Policía Nacional.

13.12.6. El combate se inició por una guerrillera cuando ésta observó las armas que tenían escondidas los militares en su medio de transporte.

13.12.7. Cuando cesó el intercambio de disparos, los guerrilleros emprendieron la huida, y los militares iniciaron la labor de persecución.

13.12.8. Cuando estaban siendo registrados los muertos y los elementos que habían sido abandonados por los subversivos, uno de los guerrilleros heridos trató de agredir a los militares quienes, para protegerse, le dispararon a corta distancia.

³⁹ Ver lo dicho en el párrafo 12.3, incluida la nota al pie.

13.13. Para efectos de facilitar la apreciación crítica de las pruebas que obran en el expediente en relación con las afirmaciones antes enumeradas, la Sala hace una cita extensa de las declaraciones juramentadas que obraron en la investigación penal militar.

13.13.1. Declaración juramentada rendida por el soldado voluntario Cristo Alfonso Guzmán (folios 124 y siguientes del cuaderno No. 2 de pruebas), quien afirmó:

... nos desplazamos en una chiva, íbamos vestidos de civil en forma de camuflaje, éramos aproximadamente unos 20 los que conformábamos la patrulla militar la cual iba al mando de mi Teniente MATIZ y le seguía mi Teniente ORTEGÓN GAMBA, luego seguía mi cabo VIVAS, mi cabo BUSTOS y mi cabo PERDOMO y soldados que éramos como unos 15 aproximadamente, salimos como a eso de las 5 de la mañana, de un secadero de café que fue donde nos camuflamos y allí tomamos la chiva, luego más adelante hubo un cambio de chiva, pues nos pasamos a la chiva que hacía la línea hacia la vereda de Turquestán, entonces luego ya pasamos por Vegalarga sin ninguna novedad y seguimos de largo hacia el objetivo que era la Vereda de Turquestán, entonces nosotros íbamos y bajaba una camioneta pequeña de carrocería de estaca, entonces se bajaron dos soldados de la chiva y les preguntaron a los que iban en la camioneta que si han visto guerrilla y entonces ellos les dijeron que habían subido a la guerrilla y que los habían dejado más adelante que estaban cerquita (sic) y la camioneta entonces siguió allí en ella venían dos tipos, y nosotros seguimos el camino y entonces el chofer que iba manejando la chiva tan pronto la vio a la guerrilla se asustó seguramente y paró la chiva y se botó inmediatamente entonces los guerrilleros al ver esto de inmediato nos atacaron y la que inició a disparar fue una guerrillera que era como bajita, mona, iba vestida de policía al igual que la mayoría de los guerrilleros unos poquitos iban vestidos de civil, entonces la M-60 fue la que contestó el fuego inicialmente y nosotros nos pudimos evacuar de la chiva para reaccionar porque sino (sic) nos matan ahí entre el carro, entonces yo fui uno de los últimos en bajarme de la chiva pues iba era a la parte de la otra orilla y por allí no había salida, entonces unos cogieron hacia la parte de abajo por la carretera y otros cogimos por la parte de arriba por el barranco, por allí fue donde yo también cogí inclusive por ese mismo lado se fue mi Teniente MATIZ, entonces al llegar a la parte de arriba del cerro efectuamos un registro y no se encontró nada solo un equipo que inclusive yo lo bajé, y luego nos bajamos hacia la parte donde había quedado la chiva, entonces allí tenían reunidos a los guerrilleros que habían sido dados de baja y que fueron encontrados por la parte de abajo, los tenían ya organizados con material de guerra que les fue decomisado y el material de intendencia, de ahí luego me tocó ir con otros soldados a prestar seguridad al cerro y esa

noche cambuchamos ahí, a los cadáveres de los guerrilleros los mandaron luego en la misma chiva creo que para Vegalarga...⁴⁰.

13.13.2. Declaración juramentada del señor José Alfonso Peña Ramírez (folios 128 y siguientes del cuaderno 2 de pruebas), quien supuestamente fue la persona que manejó el medio de transporte -“chiva” o “bus escalera”- que fue utilizado para que las unidades militares hicieran la incursión al sitio donde se produjo el combate, y que afirma en relación con las circunstancias del enfrentamiento, lo que se cita a continuación:

...No me acuerdo para qué sitio era que íbamos, pero los hechos sucedieron de Piedra Marcada para arriba, es decir después de pasar por Vegalarga y Piedra Marcada, yo iba conduciendo la chiva en la cual iba el personal militar que iban todos vestidos de civil, es decir como camuflados, unos iban vestidos de hombre otros de mujer y al estilo campesino, para así poder despistar a la subversión y dar la apariencia de que era gente campesina la que viajaba allí, y las armas las llevaban debajo de las ruanas y los equipos en la parte de arriba como carga, entonces al llegar a un sitio que queda al pie de los cables donde sacan la madera, venía bajando una camioneta Luv amarilla y el Teniente ORTEGON, la hizo parar y les preguntó a los que venían allí que a donde había dejado a los guerrilleros que había subido y les dijo que lo habían obligado a subirlos que era (sic) como doce y que estaban bien armados y que los acababa de dejar como dos cuadras arriba, y el de la camioneta siguió su camino y nosotros arrancamos nuevamente y como a la cuadra al salir de una curva estaban los guerrilleros todos amontonados, se estaban apenas poniendo los equipos, cuando la chiva apareció en la curva, una guerrillera que estaba dentro del grupo, fue la que primero giró y ahí mismo hizo un rafagazo de fusil contra la chiva y entonces el soldado que iba arriba en la chiva con la M-60 reaccionó de inmediato hasta cuando se le trabó la M-60, entonces cuando la guerrillera hizo el rafagazo yo paré de inmediato la chiva y la aseguré y me boté del carro ahí mismo para guarecerme de las balas y proteger mi vida, ya que no iba armado, pues nosotros nunca cargamos armamento, y ahí mismo también empezaron a evacuar la chiva mientras el de la M-60 los protegía, entonces yo corrí a esconderme en la parte de atrás de la chiva, detrás de la pacha de atrás del lado izquierdo, cuando de pronto sentí un quejido y voltié a mirar y era un guerrillero que caía muerto detrás de mí, y más atrás de él cayó otro, y entonces cuando yo ví que cayó ese otro guerrillero yo me metí entre el chasis encima del cardan y ahí me estuve hasta cuando pasó todo hasta que la tropa hizo el registro y se calmó todo, ahí sí salí de donde estaba escondido y pude ver a los guerrilleros dados de baja, que en total fueron tres, uno estaba vestido de civil y con botas de caucho, otro tenía pantalón

⁴⁰ En apartes ulteriores de su declaración, el soldado manifiesta que no tiene conocimiento de quiénes fueron las personas que dieron de baja a los guerrilleros. Dice que fueron 4 los dados de baja, pero que el día del combate sólo se encontraron 3. El declarante hace una descripción de las características geográficas del sitio donde se desarrolló el combate.

*verde y camisa civil y el otro tenía camisa verde y un blue jean azul, y los dos con botas de caucho, uno tenía un tiro en la muñeca pero no recuerdo bien, cual era, otro tenía un tiro bien en la frente, el otro sí no recuerdo bien en donde le veía disparos (...)*⁴¹.

13.13.3. Declaración juramentada rendida por el subteniente Héctor Armando Rodríguez Duque (folios 132 y siguientes del cuaderno No. 2 de pruebas), quien integraba otra patrulla militar destacada en el sector, que narra las circunstancias en que fue encontrado otro cadáver al otro día de aquél en que se produjo el combate descrito por los otros testigos.

13.13.4. En algunas de las indagatorias se manifestó, bajo la gravedad de juramento, que uno de los integrantes de la patrulla militar, el soldado dragoneante de nombre Wilton Ramírez Álvarez, disparó a quemarropa contra uno de los insurgentes involucrados en el combate, como mecanismo de defensa ante el intento de reacción desplegado por éste⁴².

13.14. El inventario del armamento y material de intendencia incautado durante la operación militar llevada a cabo con ocasión de la orden n.º 44 de 1993, quedó registrado en el oficio n.º 0313/BR9-BATEN-S2-INT1-252 del 27 de abril de 1993, suscrito por el comandante del Batallón de Artillería n.º 9, teniente coronel José Ancízar Hincapié Betancourt, en el que se hizo la siguiente relación de elementos (folio 61 cuaderno 2 de pruebas):

- Fusil AK-47 No. 82261.....(01)
- Fusil G3 No. 378581.....(01)
- Revólver marca LLAMA calibre 38L No. IM5393C.....(01)
- Cartuchos calibre 7.62 m.m.....(169)

⁴¹ Al inicio de la diligencia se dijo por el declarante que él era “... de profesión conductor, empleado al servicio del Ejército Nacional, orgánico del Batallón Tenerife, con el grado de Adjunto Tercero como conductor...” (folio 128). En lo restante de la diligencia, el testigo afirma que no se hizo levantamiento de los cadáveres por el hecho de que el área donde se produjo el combate era de “zona roja”. Manifiesta que no sabe quién dio muerte a los guerrilleros.

⁴² Esta afirmación puede encontrarse bajo la gravedad del juramento en la indagatoria del soldado Luis Álvaro Bolaños (folio 83 cuaderno 2 de pruebas) y la del Cabo Segundo Milton Bernardo Castañeda (folios 107 y siguientes *ibídem*). Se aclara que, aún cuando en estos casos específicos la diligencia de indagatoria fue realizada sin apremio alguno, lo cierto es que a los indagados se les tomó juramento por parte del ente investigador cuando vertieron la afirmación que se reseña en este punto.

- Cartuchos calibre 5.56 m.m.....(21)
- Cartuchos calibre 38L.....(06)
- Cartuchos calibre 9 m.m.....(09)
- Proveedores para fusil AK-47, metálico.....(01)
- Proveedores para fusil G3, metálico.....(04)
- Uniformes de color verde.....(08)

13.15. En relación con el armamento y elementos antes descritos, el juzgado penal militar que conoció de la investigación adelantada por la muerte de los señores Italo Adelmo Cubides Chacón y otros, llevó a cabo una inspección judicial (folios 138 y siguientes del cuaderno 2 de pruebas) en la que se pudo determinar que las armas incautadas tienen un funcionamiento mecánico adecuado y que son aptas para disparar.

13.16. El Comando de la Novena Brigada del Ejército Nacional, mediante decisión proferida el 11 de abril de 1994, decidió “*PRIMERO: DECLARAR que en la presente investigación no existe mérito para convocar Consejo de Guerra, contra el TE. MATIZ RAMÍREZ CARLOS EDUARDO, CP. VIVAS MORALES JOSÉ ALEJANDRO, C.S. PERDOMO BONILLA FREDY, SLV. BOLAÑOS PENEQUE LUIS ÁLVARO, SLV. OSPINA VÍCTOR HUGO, SLV. ESPITIA ROJAS HENRY, SLV. LEÓN CAMACHO JUAN DE JESÚS, SLV. RAYO SEGURA ÉLVER, SLV. PERDOMO SÁNCHEZ JAVIER FRANCISCO, S.T. ORTEGÓN GAMBA WILLIAM EUTIMIO, CS. BUSTOS CASTAÑEDA MILTON HERNANDO, DG. RAMÍREZ ÁLVAREZ WILTON, SL. CANDELA GÓMEZ ALBÉIRO, y SL. OSORIO ORLANDO, de condiciones civiles y militares conocidas en autos, por las razones consignadas en la parte motiva del presente proveído*”, y “*SEGUNDO: ORDENAR LA CESACIÓN DE TODO PROCEDIMIENTO respecto de los procesados (...), en razón al presunto delito de Homicidio (sic), por el cual se les vinculó a la presente investigación*” (folios 206 y 207 del cuaderno 2 de pruebas). Como soporte de dicha decisión, el comandante de la Novena Brigada del Ejército –coronel Fernando Millán Pérez-, consideró que estaba acreditado que las personas que resultaron muertas en el operativo llevado a cabo con ocasión de la orden operaciones n.º 44, eran subversivos. En relación con el hecho de que los cadáveres de los señores Italo Adelmo Cubides Chacón y Juan de la Cruz

Núñez presentaran tatuaje en las heridas de arma de fuego por ellos recibidas, se manifestó en la citada providencia⁴³:

En cuanto a la autoría de las bajas, únicamente se pudo establecer que el DG. WILTON RAMÍREZ ÁLVAREZ, disparó a corta distancia contra uno de los guerrilleros que se encontraba herido y precisamente, después de efectuar el registro, dos de los occisos fueron encontrados por el sector hacia donde disparó. Respecto de las otras bajas, desafortunadamente a través de la investigación, no se pudo individualizar quienes (sic) fueron los autores, toda vez que en el momento de los hechos todos los miembros de la patrulla militar dispararon sus armas de dotación, por lo tanto cualquiera de ellos pudo haber dado en la humanidad de los subversivos que resultaron muertos (folio 202).

(...)

3. A través de las necropsias, se estableció que los occisos JUAN DE LA CRUZ NÚÑEZ, ADELMO CUBIDES CHACÓN y ALEXANDER CUBILLOS TOVAR⁴⁴, presentaron algunas heridas con tatuaje, sería que el personal militar los capturó vivos para luego asesinarlos?. Respecto a éste interrogante se pudo conocer, que una vez iniciado el enfrentamiento armado, algunos soldados hicieron el involucramiento para llegar al objetivo, disparando a muy corta distancia. Es tan cierta dicha información, que el DG. RAMÍREZ ÁLVAREZ, hizo un disparo de reacción a menos de dos metros de uno de los guerrilleros que se encontraba herido. Por otra parte, no es descartable que el occiso ALEXÁNDER CUBILLOS TOVAR, haya sido asesinado por sus mismos compañeros en la huída al verlo herido. Esta eventualidad puede ser posible, en razón a que la patrulla militar que lo encontró manifiesta que le hallaron al occiso un proveedor para pistola 9 mm., munición del mismo calibre, más no el arma (folio 204).

13.17. El Tribunal Superior Militar de las Fuerzas Militares de Colombia, conoció en sede de consulta de la investigación penal que se ha venido refiriendo, y mediante decisión proferida el 12 de julio de 1994 resolvió “CONFIRMAR en todas sus partes la providencia de Abril 11 del corriente año, mediante la cual el Juzgado de Instancia de la Novena Brigada, declaró la inexistencia de mérito para convocar juicio en contra de los militares (...). Consecuencialmente CESARÁ PROCEDIMIENTO a favor de los mismos, quienes fueran vinculados al proceso por el delito de HOMICIDIO en los particulares: ALBEIRO MARÍN MORALES, JUAN DE LA CRUZ NÚÑEZ CALDERÓN, ITALO

⁴³ Se resalta por la Sala que en la parte de antecedentes de la referida providencia se hace alusión expresa a los testimonios de María del Carmen Chacón de Cubides, José del Carmen Chacón y Hernando Leguizamó Rojas, rendidos ante la Procuraduría General de la Nación (ver folios 192 y 193).

⁴⁴ Se anota en este punto que al proceso contencioso no fue allegada el acta de necropsia del cadáver de la persona que aquí se menciona.

ADELMO CUBIDES CHACÓN y ALEXÁNDER CUBILLOS TOVAR (...)” (folio 217). De la aludida providencia se destacan las consideraciones que a continuación se transcriben, con base en las cuales el tribunal militar concluyó que las muertes de las mencionadas personas se produjeron con ocasión de un enfrentamiento armado, sin que fuera relevante el hecho de que algunas de las heridas de arma de fuego de los occisos presentaban tatuaje:

En efecto, la mayoría de enfrentamientos por esencia, por previsión y cuidado, ubica a los contendores a grandes distancias, pero ello no quiere decir que dadas las especiales circunstancias como la sorpresa en un momento dado puedan encontrarse frente a frente militares y guerrilleros y ante el afán de supervivencia, producirse lesiones que denoten estragos y tatuajes como en el caso de autos.

4. Problema jurídico

14. Para emitir una decisión de mérito en el proceso de la referencia, la Sala deberá verificar si están probados los elementos que estructuran la responsabilidad en cabeza del Estado, labor en la cual tendrá que dar solución a los siguientes interrogantes:

14.1. La Sala estudiará si dentro del proceso estuvo demostrada la causal excluyente de responsabilidad de hecho exclusivo de la víctima, alegada por la parte apelante, quien afirma que el señor Italo Adelmo Cubides Chacón propició su propia muerte al no estar en su lugar de trabajo, y encontrarse acompañando a la cuadrilla guerrillera involucrada en el combate supuestamente ocurrido el 28 de marzo de 1993. El mismo estudio deberá hacerse en relación con la afirmación de que el señor Italo Adelmo Cubides Chacón era integrante de la guerrilla y que disparó contra la patrulla militar, hecho que estaría demostrado, según la entidad demandada, porque al occiso se le encontraron armas de fuego y material de intendencia de uso privativo de las fuerzas militares.

14.2. Igualmente, será necesario analizar si el hecho de que los militares involucrados en el operativo militar realizado el 28 de marzo de 1993 hubieran sido absueltos de

responsabilidad penal y disciplinaria, implica que la jurisdicción de lo contencioso administrativo deba pronunciarse absolviendo de toda responsabilidad patrimonial al Ejército Nacional, como lo sostiene la entidad demandada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

14.3. Finalmente, en caso de que se decida que es procedente la declaración de responsabilidad de la entidad demandada, es necesario que la Sala determine si es posible aplicar a la indemnización de los perjuicios, los criterios de reparación integral que han sido fijados por la Sala en otras oportunidades –en acogida de los criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, cuando se demuestra que el daño se produjo con ocasión de graves violaciones a los derechos humanos de los demandantes. Esto a pesar de que la parte demandante, favorecida con la decisión recurrida en alzada, no formuló apelación en éste punto.

15. Previo al abordaje de las preguntas antes formuladas, es necesario determinar si está probada la existencia de un daño, y si el mismo es imputable a la entidad demandada.

IV. Análisis de la Sala

16. De conformidad con los hechos probados, la Sala tiene por demostrado **el daño** invocado por la parte actora, es decir, está debidamente acreditada la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón, ocurrida como consecuencia de múltiples heridas de arma de fuego que le fueron propinadas el 28 de marzo de 1993, así como los perjuicios que para los demandantes se siguieron del deceso del occiso, según pasa a explicarse.

16.1. En efecto, se tiene acreditado el parentesco que los demandantes –María del Carmen Chacón Ortiz (madre), Anyelo Yubier Cubides Chacón (hermano), Ruth Maritza Cubides Chacón (hermana), Jesús Eduardo Cubides Chacón (hermano), Eliécer Cubides Chacón (hermano), Julio Fidel Cubides Chacón (hermano) y Nedy Orfilia

Cubides Chacón (hermana)- tenían con el fallecido Italo Adelmo Cubides Chacón, pues se allegaron al expediente los certificados expedidos por las respectivas notarías, donde constan los registros civiles de nacimiento de quienes integran la parte actora.

16.2. La Sala considera que, debido al nexo de parentesco que existía entre el fallecido y los hoy accionantes en reparación, es presumible que la muerte de aquél implicó para éstos una situación de congoja y dolor.

17. En lo que tiene que ver con la **imputación fáctica** del daño, la Sala observa que dentro del expediente se acreditó que el señor Italo Adelmo Cubides Chacón fue muerto por miembros del Ejército Nacional, pues su cadáver –y el de otras tres personas- fue remitido por miembros de esa fuerza armada, primero a la Inspección de Policía de Vegalarga y, posteriormente, al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses con sede en Neiva, con la consigna de que se trataba de guerrilleros que habían sido “dados de baja” durante un combate armado llevado a cabo en el sector de “Piedramarcada”, en la carretera que de Tello conduce a Vegalarga, en el departamento del Huila.

17.1. En efecto, en el expediente reposan los informes emitidos por el Batallón “Tenerife” con sede en Neiva en los que se da parte de los resultados del operativo llevado a cabo en virtud de la orden de operaciones n.º 044, en los que se ponen en conocimiento de las autoridades pertinentes “...*las circunstancias en las que fueron dados de baja cuatro (4) bandoleros pertenecientes a la XVII cuadrilla de las autodenominadas FARC*”, en clara referencia a la forma en que se dio muerte a los señores Italo Adelmo Cubides Chacón, Juan de la Cruz Núñez y Albeiro Marín Morales⁴⁵.

17.2. Igualmente, en las declaraciones rendidas por los militares participantes en la operación se dice con claridad que los testigos vieron por lo menos a uno de los militares del operativo –el soldado dragoneante Wilton Ramírez Álvarez- quitarle la vida a uno de los supuestos guerrilleros una vez finalizado el combate, y que en ese momento los militares agruparon los cuerpos de los guerrilleros “dados de baja” con el fin de trasladarlos a la Inspección de Policía de la vereda Vegalarga.

⁴⁵ No se allegó al presente proceso protocolo de necropsia de la cuarta persona “dada de baja” por el Ejército, y por lo tanto no puede conocerse su identidad.

17.3. Según la versión militar consignada tanto en los respectivos informes rendidos por el comandante del Batallón “Tenerife” –teniente coronel José Ancízar Hincapié Betancourth- como en las declaraciones juramentadas rendidas durante la investigación preliminar adelantada por la jurisdicción penal militar, en el sitio de los hechos fueron encontradas varias armas de fuego junto con los cadáveres de los supuestos guerrilleros dados de baja, hecho que también estuvo corroborado por lo dicho en el acta de levantamiento de cadáver diligenciada por el Inspector de Policía de Vegalarga.

17.4. En relación con este punto la Sala observa que en el expediente no consta medio de convicción alguno que permita afirmar que el familiar de los demandantes fue ultimado por personas ajenas a la institución militar, en concreto los integrantes de la cuadrilla guerrillera que supuestamente se vio involucrada en el combate, pues en ninguna de las declaraciones practicadas tanto ante la Procuraduría General de la Nación como ante la jurisdicción penal militar, se menciona que los testigos hubieran visto a la cuadrilla guerrillera disparando contra sus propios miembros o contra la población civil y, antes bien, los testigos son contestes en afirmar que los supuestos guerrilleros fueron “dados de baja” debido a la acción defensiva desplegada por los miembros del Ejército Nacional.

17.5. De manera que, en el contexto de lo demostrado en el proceso, es claro que el señor Cubides Chacón fue muerto por acción de miembros del Ejército Nacional y, por tal razón, el daño le es causalmente imputable a la entidad demandada –Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-.

18. Ahora bien, en relación con la **imputación jurídica** del daño, debe decirse que éste fue causado por el Ejército Nacional cuando sus agentes desplegaban una actividad peligrosa, como lo es el desarrollo de un operativo militar con empleo de armas de fuego llevado a cabo con ocasión de la orden de operaciones n.º 044, evento frente al cual la jurisprudencia de la Sala tiene establecido que el título de imputación que puede ser utilizado para analizar la responsabilidad estatal, según la libre escogencia del juez en la utilización de los diferentes regímenes, es el de riesgo excepcional bajo la óptica de un régimen objetivo de responsabilidad, en el que al demandante le basta probar la existencia del daño, del hecho dañoso y del nexo causal entre el primero y el segundo. Demostrados esos elementos, a la entidad demandada le corresponde, para exonerarse de responsabilidad, poner en evidencia que el hecho tuvo origen en una de

las causales excluyentes de responsabilidad fijadas por el ordenamiento jurídico –hecho de un tercero, hecho de la víctima y fuerza mayor-.

19. Sólo en aquellos casos en que sea evidente y haya sido alegada, procede el análisis del caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad de falla probada pues, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, en estos eventos es necesario que el Consejo de Estado ponga en evidencia los errores cometidos por la administración en ejercicio de sus funciones, con el objetivo de que la justicia contenciosa fije pautas para que esos yerros no tengan nueva ocurrencia⁴⁶.

20. En atención a que en la demanda se señaló que la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón fue producida por una acción de los miembros del Ejército Nacional, constitutiva de una falla del servicio consistente en que al mencionado señor se le asesinó sin que existiera una razón legítima para ello, entonces la Sala principiará por estudiar si se configuró la aludida falla. Definido aquello, se indicará posteriormente que, si en gracia de discusión se entendiera que no está demostrada una falla del servicio, entonces el caso podría analizarse con base en un régimen objetivo de imputación de responsabilidad, toda vez que el hecho dañoso se desplegó en el marco de una actividad peligrosa, como lo es el adelantamiento de un operativo armado por parte de los miembros de la institución militar involucrada en la presente contención. Finalmente, se analizará si en el proceso estuvieron demostrados los elementos necesarios para la exoneración de responsabilidad por un hecho de la víctima que alega la entidad demandada, consistente en que el señor Italo Adelmo Cubides Chacón pertenecía, supuestamente, a un grupo guerrillero que abrió fuego contra la patrulla

⁴⁶ Al respecto, ver entre otras la sentencia de esta sección del 8 de julio de 2009, radicación No. 05001-03-26-000-1993-00134-01(16974), actor: Fanny de J. Morales Gil y otros, demandado: Nación–Ministerio de Defensa–Policía. Lo anterior sin perjuicio de lo dicho por la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia del 19 de abril de 2012, C.P. Hernán Andrade Rincón, radicación n.º 19001-23-31-000-1999-00815-01(21515), actor: María Hermenza Tunubalá Aranda, demandado: Nación–Ministerio de Defensa–Policía Nacional. Se dijo en dicha providencia: “... *En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación*”.// “*En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado...*”.

militar desplegada en el lugar de los acontecimientos. En este punto se enfatizará que la prueba de la causal eximente de responsabilidad, es una carga que corresponde a quien la alega.

21. La Sala encuentra que en el caso de autos, la obligación de reparación a cargo de la entidad demandada puede ser analizada teniendo en cuenta los parámetros de la teoría de **la falla del servicio**, pues la misma se encuentra plenamente demostrada con las pruebas allegadas al expediente, las cuales permiten la construcción de unos indicios⁴⁷ que señalan el hecho de que la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón ocurrió como consecuencia de una ejecución extrajudicial, según pasa a indicarse.

21.1. Al igual que el Tribunal de instancia, observa la Sala que no es cierta la versión de la muerte en combate del occiso, en la medida en que en el expediente se aprecian pruebas indiciarias que son suficientes para concluir que el deceso del señor Italo Adelmo Cubides Chacón fue consecuencia de una ejecución extrajudicial cometida por los miembros del Ejército Nacional, hecho éste que da total certeza sobre la ocurrencia de una falla del servicio por parte de los militares participantes en la operación.

21.1.1. Se puede tener certeza de la anterior aseveración porque, en primer lugar, al revisar el acta de la necropsia practicada al cadáver del señor Italo Adelmo Cubides Chacón, se observa que al occiso se le propinó una herida de bala cuyo “...*orificio de entrada... se ubica en el séptimo espacio intercostal derecho con línea axilar posterior, **con tatuaje**, de 1x1 cms de diámetro...*”, y con ubicación del orificio de salida “...*en el hemitórax izquierdo a la altura del tercer espacio intercostal izquierdo con línea axilar*

⁴⁷ De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los indicios son prueba suficiente para establecer a partir de ellos la existencia de graves violaciones a los derechos humanos. Así lo dijo en la sentencia fechada el 29 de julio de 1988, dentro del caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras: “129. La Corte no puede ignorar la gravedad especial que tiene la atribución a un Estado Parte en la Convención del cargo de haber ejecutado o tolerado en su territorio una práctica de desapariciones. Ello obliga a la Corte a aplicar una valoración de la prueba que tenga en cuenta este extremo y que, sin perjuicio de lo ya dicho, sea capaz de crear convicción de la verdad de los hechos alegados.” 130. La práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos...”. En algunas oportunidades, el Consejo de Estado ha determinado la existencia de graves violaciones de los derechos humanos, a partir de indicios. Ver al respecto, frente al caso de una ejecución extrajudicial cometida por el Ejército Nacional, la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –Subsección “B”-, sentencia del 14 de abril de 2011, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, radicación n.º 05001233100019960023701 (20145), actor: Ramona María Angulo Arrieta y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.

anterior...” (se destaca por la Sala). Dicha herida es característica de un disparo efectuado a corta distancia y recibido desde atrás⁴⁸, lo que podría indicar que la víctima se encontraba en estado de indefensión, dado el contexto en que se produjo la herida letal.

21.1.2. Igualmente , en la necropsia correspondiente al cadáver del señor Juan de la Cruz Núñez, quien era la persona que, precisamente, estaba acompañando al señor Italo Adelmo Cubides Chacón en la realización de las reparaciones locativas encomendadas por el administrador de la finca “Buenos Aires”, se observa que el cuerpo presentaba “*orificio de entrada que se localiza en la región frontal, línea media, región intercostal, de 0.5 cms. de diámetro y con tatuaje*”, herida respecto de la cual se pueden realizar las mismas observaciones que se hicieran en el párrafo anterior, en la medida en que se trata de una lesión que con muy baja probabilidad podría darse al calor de un enfrentamiento armado.

21.1.3. Resulta poco creíble que la muerte del demandante se haya producido durante un enfrentamiento armado, si se tiene en cuenta que es muy dudoso que durante el mismo, al menos dos muertes se hayan producido por disparos realizados a quemarropa, ya que se trata de una eventualidad que sólo en forma excepcional podría presentarse en las circunstancias que relatan los militares destacados en la zona de operaciones. Dichos efectivos narran que uno de los guerrilleros fue “dado de baja” cuando se estaba efectuando la revisión de los cuerpos de quienes cayeron en combate, lo que a primera vista explicaría el hecho de la cercanía de alguno de los disparos, según las heridas antes descritas. Pero ocurre que son dos cadáveres los que exhiben señas de haber sido heridos a corta distancia⁴⁹, y el relato de la providencia de la justicia penal militar no da cuenta de cuál de ellos fue, ni mucho menos justificó la

⁴⁸ Nótese frente a este punto que, si bien la trayectoria del disparo en el cuerpo de la víctima es lateral, de izquierda a derecha, también es cierto que es de atrás hacia delante, pues el orificio de entrada se ubica en la parte posterior de la línea axilar, mientras que el de salida está localizado la parte anterior de dicha línea, tal como consta en el acta de necropsia: “1.1. **ORIFICIO DE ENTRADA QUE SE UBICA EN SÉPTIMO ESPACIO INTERCOSTAL DERECHO CON LINEA AXILAR POSTERIOR, CON TATUAJE, DE 1x1 CMS. DE DIÁMETRO.** 1.2. **ORIFICIO DE SALIDA EN EL HEMITORAX IZQUIERDO A LA ALTURA DEL TERCER ESPACIO INTERCOSTAL IZQUIERDO CON LINEA AXILAR ANTERIOR DE 3x3 CMS. DE DIÁMETRO**” (se resalta).

⁴⁹Y por cierto respecto del tercero de los fallecidos, cuya necropsia no se allegó al expediente, el fallo de primera instancia en la justicia penal militar afirmó que seguramente lo habrían matado sus propios compañeros: “*no es descartable que el occiso ALEXÁNDER CUBILLOS TOVAR, haya sido asesinado por sus mismos compañeros en la huída al verlo herido. Esta eventualidad puede ser posible, en razón a que la patrulla militar que lo encontró manifiesta que le hallaron al occiso un proveedor para pistola 9 mm., munición del mismo calibre, más no el arma*”. Puede verse el texto completo de donde se toma este apartado en el párr. 13.16.

existencia del tatuaje en las heridas mortales de ambos occisos. En otros términos: no está claro si quien se dijo que intentó atacar al soldado que hacía la requisa de las víctimas y por ello muerto a quemarropa, fue Cubides Chacón –víctima cuyos familiares reclaman en este proceso- o Juan de la Cruz Núñez –víctima que, sin embargo, igualmente recibió un disparo a corta distancia-.

21.1.4. Adicionalmente, de la enfática afirmación del juez penal militar de primera instancia según la cual “*únicamente se pudo establecer que el DG. WILTON RAMÍREZ ÁLVAREZ, disparó a corta distancia contra uno de los guerrilleros que se encontraba herido y precisamente, después de efectuar el registro, dos de los occisos fueron encontrados por el sector hacia donde disparó*”, se puede inferir que allí se tuvo claro que sólo una de las tres víctimas habría recibido heridas a corta distancia, cuando lo cierto es que está probado que al menos dos de ellas –Italo Adelmo Cubides Chacón y Juan de la Cruz Núñez- fueron heridos mortalmente a quemarropa.

21.1.5. Pero aún asumiendo que quien recibió el disparo a corta distancia como consecuencia de un actuar supuestamente legítimo del dragoneante Ramírez Álvarez, fue Italo Adelmo Cubides, es de resaltar que ésta persona, según lo dice la misma justicia militar, se encontraba gravemente herida, y resulta cuando menos extraño que hubiese querido disparar en contra del dragoneante, pues sus heridas en ambos brazos y la magnitud de las mismas –según se lee en la necropsia⁵⁰- hacen imposible creer que pudiese sostener un arma para ser disparada. Ese mismo tipo de heridas, lo que muestran es una absoluta indefensión y la consecuente obligación que tenían los efectivos militares de atender al herido, conforme lo estipula el Derecho Internacional Humanitario y, en todo caso, el disparo que se le propinó al occiso a corta distancia constituye un ataque desproporcionado, tal como lo consagra la normatividad de derecho internacional citada.

21.1.6. La Sala considera entonces que el hecho de que tanto el cadáver del señor Italo Adelmo Cubides Chacón como el del señor Juan de la Cruz Núñez presentaran impactos de arma de fuego con tatuaje, uno de ellos recibido desde atrás, es indicativo de que la herida les fue propinada en momentos en que se encontraban en estado de indefensión, ya que se trata de disparos hechos a una distancia que, por su reducida

⁵⁰ Recuérdese lo que se indica en la parte pertinente de la necropsia: “3.1.HERIDAS PRODUCIDAS POR ESQUIRLAS DISTRIBUIDAS ASÍ: A. CARA EXTERNA TERCIO SUPERIOR DEL BRAZO DERECHO, CON EXPOSICIÓN ÓSEA B Y C) CARA POSTERIOR TERCIO INFERIOR DEL ANTEBRAZO IZQUIERDO CON EXPOSICIÓN OSTEOMUSCULAR Y PÉRDIDA DE SUSTANCIA. HUBO FRACTURAS DEL CÚBITO Y DE CARPOS”.

magnitud, es incompatible con el aparente combate, según las características con que éste fue descrito por los mismos militares involucrados, quienes dijeron que el supuesto tiroteo se inició cuando el grupo guerrillero estaba “...como a la cuadra de salir de una curva...” (ver *infra* párrafo 13.13.2.). Además, la experiencia indica que los enfrentamientos con armas de fuego entre el ejército y la subversión raras veces se desarrollan cuerpo a cuerpo y a corta distancia, circunstancia que explica el hecho ampliamente conocido de que la dotación bélica en este tipo de conflictos es, por regla general, con armas de largo alcance, regla que en el caso concreto se corroboraría por el dicho de los testimonios recogidos durante la investigación penal militar, en los que se dice que la patrulla respondió al ataque guerrillero con fusiles y ametralladoras.

21.2. En segundo orden, la Sala se percata de que los militares participantes en la operación denominada “gansos salvajes” no procuraron las medidas que eran necesarias para que el levantamiento de los cadáveres se hiciera de forma apropiada para establecer las circunstancias en que se produjeron las muertes y, por el contrario, procedieron a alterar la escena del crimen moviendo los cuerpos del lugar de su yacimiento. Tal comportamiento constituye un indicio grave en contra de la entidad demandada pues, si fuera cierto que la muerte del familiar de los demandantes ocurrió en el marco de las actividades regulares de una patrulla militar, entonces se habría permitido el levantamiento del cadáver en condiciones apropiadas, máxime cuando los efectivos militares, en sus declaraciones juramentadas, afirman reiteradamente que la cuadrilla guerrillera, una vez ocurrido el supuesto combate, abandonaron el lugar de los hechos, lo que habría permitido que el levantamiento y la inspección de los cadáveres se adelantaran *in situ* por parte de las autoridades competentes.

21.2.1. En este punto la Sala enfatiza que, aun cuando es cierto que en el marco de un conflicto armado se pueden producir muertes en medio de un combate, y que por virtud de las condiciones de inseguridad propiciadas por el enfrentamiento puede presentarse cierta dificultad para realizar el levantamiento de los cadáveres en forma apropiada y en el lugar de los hechos, ello no exonera a las unidades militares del deber de poner a las autoridades competentes en conocimiento de los fallecimientos que hubieran ocurrido, y la situación de imposibilidad de efectuar *in situ* los respectivos levantamientos debe ser demostrada con lujo de detalles, por lo que resulta insuficiente el simple dicho de los militares que participaron en la operación.

21.2.2. En el caso concreto, el relato de los militares involucrados es conteste en afirmar que los guerrilleros abandonaron el sitio del enfrentamiento cuando cesó la

reyerta armada, por lo que no se observa una razón válida que justifique el hecho de que los cuerpos hubiesen sido movidos del sitio de los hechos sin que se les hubieran realizado las respectivas diligencias, y para explicar esa situación resulta insuficiente la simple afirmación que en ese sentido vertieron los integrantes de la patrulla en el desarrollo del proceso penal militar pues es claro que, ante la retirada de los contendores, era posible, en principio, efectuar el levantamiento de los cadáveres según las normas pertinentes.

21.3. Los anteriores argumentos –muerte a quemarropa y ausencia del levantamiento de los cadáveres-, son suficientes para dar por demostrada la falla del servicio en el presente caso. Pero para ahondar en razones, la Sala estima que la versión de los militares adscritos al Batallón “Tenerife”, según la cual la muerte del señor Cubides Chacón –y de sus acompañantes- ocurrió con ocasión de un combate librado con una cuadrilla guerrillera, es un relato que no resulta creíble y se encuentra falseado por las contradicciones que exhiben las pruebas con las que se intenta soportar esa versión, hecho éste que también constituye un indicio en contra de la entidad demanda y que se sumaría a los dos ya analizados.

21.3.1. Así, en los testimonios rendidos por uno de los soldados –señor Cristo Alfonso Guzmán- y un civil –el señor José Alfonso Peña Ramírez- que en apariencia participaron en la operación militar, se afirma que los militares integrantes del pelotón desplegado en la zona rural del municipio de Tello, acudieron al teatro de operaciones como encubiertos, disfrazados de campesinos, algunos con atuendos femeninos, y utilizando como medio de transporte un bus de aquellos conocidos como “chiva” o bus escalera; todo ello desplegado por el grupo militar con la intención de no advertir al enemigo la presencia del Ejército en la zona.

21.3.1.1. Al respecto, la Sala considera que no es creíble la versión vertida por los citados declarantes, pues al revisar la orden de operaciones n.º 44 expedida por el comandante del Batallón “Tenerife” con sede en Neiva, allí no se menciona que la operación se fuera a realizar en la modalidad encubierta, como narran los testigos, sino que sólo se especifica que los efectivos militares destacados debían desplazarse a la zona para capturar o “dar de baja” a guerrilleros que supuestamente delinquirían en el sector rural de la vereda “Vegalarga”.

21.3.1.1.1. Frente a este hecho, debe ponerse de presente que el Ejército Nacional es una fuerza armada regular que, en principio y por regla general, no debe actuar sin

exhibir las insignias y los uniformes que lo identifican, tal como lo tienen establecido las normas de derecho internacional humanitario ratificadas por Colombia. Al respecto, el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)⁵¹, establece la prohibición de que los ejércitos busquen ventajas bélicas a partir de simular la condición de civiles no combatientes, en los siguientes términos:

Artículo 37. Prohibición de la perfidia.

1. Queda prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios péfidos. Constituirán perfidia los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados. Son ejemplos de perfidia los actos siguientes:

(...)

c) simular el estatuto de persona civil, no combatiente...⁵².

21.3.1.1.2. De tal forma que, si una operación bélica debía desarrollarse conforme a las características que describen los testimonios visibles en la investigación penal, lo cual es un hecho que eventualmente podría ser materia de censura a la luz de las normas de derecho internacional, ello debía constar expresamente en la respectiva orden de operaciones pues, de lo contrario, implicaría una insubordinación o una actuación desbordada de los parámetros dados por los superiores militares, además de una contravención de las normas del derecho de la guerra.

21.3.1.2. Además, si en algunos testimonios se dice que los integrantes de la patrulla estaban disfrazados de campesinos y de mujeres pero, acto seguido, se afirma que los guerrilleros reconocieron la presencia militar al observar los fusiles y las ametralladoras

⁵¹ Entró en vigor para Colombia el 1 de marzo de 1994, en virtud de la no improbación otorgada por la Comisión Especial Legislativa el 4 de septiembre de 1991. Consultar al respecto: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, *Compilación de Instrumentos Internacionales: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*, primera edición, Bogotá, marzo de 2001, compiladores: Daniel O'Donnell, Inés Margarita Uprimny y Alejandro Valencia Villa, páginas 383 y siguientes.

⁵² La norma citada, que hace parte del *corpus* del Derecho Internacional Humanitario, tiene plena aplicación en el desarrollo de los conflictos armados de carácter no internacional en la medida en que, por tratarse de una norma del *ius cogens del derecho internacional*, su aplicación no está supeditada a la forma en que se hizo su positivización en los tratados internacionales. Al respecto puede consultarse: Hernández Hoyos, Diana. *Derecho Internacional Humanitario*, Tercera Edición, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá-2012, páginas 472-473 y 936. También la sentencia del caso *Tadic* proferido por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. La Corte Constitucional ha aceptado el carácter de *ius cogens* de las normas sobre Derecho Internacional Humanitario. Ver al respecto la sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

que se transportaban en el vehículo, se pregunta la Sala, ¿cuál era el objeto de los disfraces que tendrían los militares, si en todo caso portaban sus armas de dotación de forma que eran visibles para quienes transitaban por la carretera en que se movilizaban? Tampoco deja de llamar la atención que el camuflaje de las armas se hiciese “debajo de la ruana” según la versión de testigo José Alonso Peña Ramírez, prenda poco habitual en tierra caliente –Tello, Huila- y por lo mismo notoria en vez de desapercibida.

21.3.1.3. Por otro lado, tampoco es clara la toma de posesión del bus escalera o “chiva” para desplazarse al sitio de los hechos, pues en ninguna de las declaraciones se narran las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que los efectivos militares procedieron a apoderarse del vehículo.

21.3.1.4. En este punto la Sala echa de menos testimonios que no tengan interés en el caso –característica que no puede predicarse de las declaraciones de los soldados y el conductor del Ejército-, tales como el del conductor supuestamente despojado de la “chiva”, o el de las personas que venían en la camioneta que se cruzó con la “chiva” momentos antes del enfrentamiento, y que aparentemente transportó a los guerrilleros hacia el sitio de los acontecimientos. Nada se indagó por ejemplo acerca de la forma en que la guerrilla habría obligado a tales personas a que los transportasen, circunstancia que debería haber sido investigada por la justicia penal militar a efectos de establecer el nivel de credibilidad de los informes rendidos por los militares participantes en la operación y, por esa misma vía, buscar determinar el grado de verdad de unas versiones suministradas en un contexto de investigación por la muerte de tres civiles a manos de militares.

21.4. De conformidad con lo antes expuesto –muerte de un herido a quemarropa, levantamiento ilegal de los cadáveres y, en adición, inexistencia del enfrentamiento armado-, para la Sala es claro que el Ejército Nacional incurrió en una falla del servicio al propinar la muerte a personas no combatientes que se encontraban en estado de indefensión, hecho que además encuadra con lo que el derecho penal, el D.I.H. y el derecho internacional de los derechos humanos tienen señalado como un comportamiento totalmente proscrito y reprochable, que lo es la ejecución extrajudicial y sumaria de personas para hacerlas aparecer como combatientes “dados de baja”. En el caso concreto, el Estado colombiano no cumplió con la obligación que le asistía en relación con el caso del señor Italo Adelmo Cubides Chacón pues, además de que se le quitó la vida, no se adelantó una investigación seria y dedicada para efectos de

establecer la verdad sobre las circunstancias en que se produjo su muerte, falencia que a su vez implicó que no fuera posible la reparación adecuada de los familiares del fallecido y la imposición de sanciones y castigos para los agentes estatales involucrados en el hecho, según pasa a explicarse.

21.4.1. La norma básica en estos casos es el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, según la cual en caso de conflicto armado sin carácter internacional, las partes en contienda deben cumplir con las siguientes obligaciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, heridas, detención, o por cualquier otra causa serán tratadas, en todas las circunstancias, con humanidad sin distinción alguno de carácter desfavorable basado en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A tal efecto están y quedan prohibidas, en todo tiempo y lugar, respecto a las personas arriba aludidas:

a) Los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios.

(...)

d) Las condenas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio por un tribunal legalmente constituido y dotado de las garantías judiciales reconocidas por los pueblos civilizados.

21.4.2. Estas reglas fueron luego desarrolladas en el Protocolo II adicional a los mencionados convenios⁵³ y consagradas en lo esencial en el artículo 135 de la Ley 599 de 2000 en donde se define la ejecución extrajudicial, como aquella que se comete en persona protegida conforme con las normas del Derecho Internacional Humanitario. En el párrafo del citado precepto del Código Penal se determina que “personas protegidas” son las que reúnen las siguientes características⁵⁴:

⁵³ El Protocolo II adicional fue aprobado por el Congreso de la República mediante Ley 171 de 1994, “... por medio de la cual se aprueba el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional...”. La ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁴ El Código Penal Militar vigente para la época de los hechos –Decreto 2550 de 1988-, disponía que el homicidio tendría causal de agravación cuando se realice “Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, o aprovechándose de esa situación” (artículo 260 numeral 6°).

Parágrafo. Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario:

1. Los integrantes de la población civil.
2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.
(...)
6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.
(...)
8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.

21.4.3. La conducta de “ejecución extrajudicial” ha sido definida, respectivamente, por organismos como Amnistía Internacional y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en los siguientes términos:

Norma básica 9. No se perpetrarán, ordenarán ni encubrirán ejecuciones extrajudiciales o “desapariciones”, y hay que incumplir órdenes de hacerlo.

No se debe privar a nadie de la vida de forma arbitraria o indiscriminada. Una ejecución extrajudicial es un homicidio ilegítimo y deliberado perpetrado u ordenado por alguna autoridad, sea nacional, estatal o local, o llevado a cabo con su aquiescencia.

El concepto de ejecución extrajudicial se compone de varios elementos importantes:

- *es un acto deliberado, no accidental,*
- *infringe leyes nacionales como las que prohíben el asesinato, o las normas internacionales que prohíben la privación arbitraria de la vida, o ambas.*

Su carácter extrajudicial es lo que la distingue de:

- *un homicidio justificado en defensa propia,*
- *una muerte causada por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que han empleado la fuerza con arreglo a las normas internacionales,*
- *un homicidio en una situación de conflicto armado que no esté prohibido por el derecho internacional humanitario.*

En un conflicto armado, aún cuando éste no sea internacional, tanto los soldados y agentes armados de un Estado como los combatientes de grupos políticos armados tienen prohibido llevar a cabo ejecuciones arbitrarias y sumarias. Tales actos contravienen el artículo 3 común de los convenios de Ginebra (que además prohíbe la mutilación, la tortura o el trato cruel,

*inhumano o degradante, la toma de rehenes y otros abusos graves contra los derechos humanos)*⁵⁵.

*En lo referente al homicidio perpetrado por agentes del Estado colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, es de precisar que esta conducta se identifica con lo que en el derecho internacional de los derechos humanos recibe el nombre de ejecución extrajudicial.// Hay ejecución extrajudicial cuando individuos cuya actuación compromete la responsabilidad internacional del Estado matan a una persona en acto que representa los rasgos característicos de una privación ilegítima de la vida. Por lo tanto, para que con rigor pueda hablarse de este crimen internacional la muerte de la víctima ha de ser deliberada e injustificada.// La ejecución extrajudicial debe distinguirse, pues, de los homicidios cometidos por los servidores públicos que mataron:// a. Por imprudencia, impericia, negligencia o violación del reglamento.// b. En legítima defensa.// c. En combate dentro de un conflicto armado.// d. Al hacer uso racional, necesario y proporcionado de la fuerza como encargados de hacer cumplir la ley*⁵⁶.

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

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

⁵⁵ Amnistía Internacional, Unidad Didáctica II. “Dossier”. Fuerzas de Seguridad y Derechos Humanos. 24. Diez normas Básicas de derechos humanos para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en www.es.amnesty.org. En la parte pertinente del escrito que se está citando de esta organización internacional, se establecen las siguientes fuentes normativas que sirvieron para la redacción de la norma transcrita: Principios Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias (principios 1 y 3), artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

⁵⁶ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, intervención en el “Conversatorio sobre justicia penal militar organizado por el Comité Institucional de derechos humanos y derecho internacional humanitario”, celebrado en Medellín el 14 de septiembre de 2005.

21.4.6. La Sala recuerda que los derechos a la vida, a la libertad y a la integridad personales, además de estar expresamente consagrados en el ordenamiento interno, tienen plena protección por virtud de los tratados internacionales de derechos humanos en los que es parte Colombia -en un típico enlace vía bloque de constitucionalidad⁵⁷-, de acuerdo con los cuales es obligación de los Estados impedir que se presenten situaciones de ejecuciones extrajudiciales⁵⁸ y, además, fomentar las políticas que sean necesarias y conducentes para evitar ese tipo de prácticas.

21.4.7. Dentro de dichas políticas deseables a la luz del derecho internacional, el Estado colombiano debe propender por una administración de justicia que sea eficaz en el juzgamiento de los eventos en los que se presentan ejecuciones extrajudiciales, de tal manera que pueda establecerse la verdad sobre las mismas, sea posible la imposición de sanciones y castigos a aquellas personas –servidores públicos o particulares- que tengan responsabilidad en los hechos, y sea factible la reparación de los derechos de los familiares de las víctimas que han padecido esas deleznable conductas. Al respecto, en el anexo a la Resolución 1989/65 adoptada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, se establecieron los “*Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*”, en los siguientes términos:

1. Los gobiernos prohibirán por ley todas las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias y velarán porque todas esas ejecuciones se tipifiquen como delitos en su derecho penal y sean sancionables con penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de tales delitos. No podrán invocarse para justificar esas ejecuciones circunstancias excepcionales, como por ejemplo, el estado de guerra o de de riesgo de guerra, la

⁵⁷ De acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política “*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecerán en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...)*”. El Consejo de Estado – Sección Tercera- ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación con el carácter absoluto e inviolable del derecho a la vida de las personas, en aplicación de las normas del derecho interno integradas al derecho internacional de los derechos humanos. Esos criterios fueron consignados en las siguientes providencias: sentencia del 8 de julio de 2009, radicación n.º 05001-23-26-000-1993-00134-01(16974), actor: Fanny de J. Morales Gil y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Policía; sentencia del 23 de agosto de 2010, radicación n.º 05001-23-25-000-1995-00339-01(18480), actor: Pedro Saúl Cárdenas y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército.

⁵⁸ En el artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se hace la siguiente previsión: “*1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por ley, nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente*”. En el numeral 2º *ibídem* se dispone que, en los países donde exista la pena de muerte, “*...sólo podrá imponerse en sentencia definitiva dictada por tribunal competente*”.

inestabilidad política interna ni ninguna otra emergencia pública. Esas ejecuciones no se llevarán a cabo en ninguna circunstancia, ni siquiera en situaciones de conflicto armado interno, abuso o uso ilegal de la fuerza por parte de un funcionario público o de una persona que actúe con carácter oficial o de una persona que obre a instigación, o con el consentimiento o la aquiescencia de aquélla, ni tampoco en situaciones en las que la muerte se produzca en prisión. Esta prohibición prevalecerá sobre los decretos promulgados por la autoridad ejecutiva.

2. Con el fin de evitar ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, los gobiernos garantizarán un control estricto, con una jerarquía de mando claramente determinada, de todos los funcionarios responsables de la captura, detención, arresto, custodia y encarcelamiento, así como de todos los funcionarios autorizados por la ley para usar la fuerza y las armas de fuego.

3. Los gobiernos prohibirán a los funcionarios superiores o autoridades públicas que den órdenes que autoricen o inciten a otras personas a llevar a cabo cualquier ejecución extralegal, arbitraria o sumaria. Toda persona tendrá el derecho y el deber de negarse a cumplir esas órdenes. En la formación de esos funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deberá hacerse hincapié en las disposiciones expuestas.

4. Se garantizará la protección eficaz, judicial o de otro tipo, a los particulares y grupos que estén en peligro de ejecución extralegal, arbitraria o sumaria, en particular aquellos que reciban amenazas de muerte.

(...)⁵⁹

8. Los gobiernos harán cuanto esté a su alcance para evitar las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias recurriendo, por ejemplo, a la intercesión diplomática, facilitando el acceso de los demandantes a los órganos intergubernamentales o judiciales y haciendo denuncias públicas. Se utilizarán los mecanismos intergubernamentales para estudiar los informes de cada una de esas ejecuciones y adoptar medidas eficaces contra tales prácticas. Los gobiernos, incluidos los países en los que se sospeche fundadamente que se producen ejecuciones extralegales arbitrarias o sumarias, cooperarán plenamente en las investigaciones al respecto.

(...)

9. Se procederá a una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial en todos los casos en que haya sospecha de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, incluidos aquellos en los que las quejas de parientes u otros informes fiables hagan pensar que se produjo una muerte no debida a causas naturales en las circunstancias referidas. Los gobiernos mantendrán órganos y procedimientos de investigación para realizar esas indagaciones. La investigación tendrá como objetivo determinar la causa, la forma y el momento de la muerte, la persona responsable y el procedimiento o práctica que pudiera haberla provocado. Durante la investigación se realizará una autopsia adecuada, se recopilarán y analizarán todas las pruebas materiales y documentales y se recogerán las declaraciones de testigos. La investigación distinguirá entre la muerte por causas naturales, la muerte por accidente, el suicidio y el homicidio.

⁵⁹ Los principios contenidos en los numerales 5, 6 y 7, cuya cita se omite, se refieren a la prohibición de la extradición de personas a países donde puedan ser sumariamente ejecutados y a la implementación de las políticas que son necesarias para evitar las ejecuciones extrajudiciales en los sitios de reclusión.

10. La autoridad investigadora tendrá poderes para obtener toda la información necesaria para la investigación. Las personas que dirijan la investigación dispondrán de todos los recursos presupuestarios y técnicos necesarios para una investigación eficaz, y tendrán también facultades para obligar a los funcionarios supuestamente implicados en esas ejecuciones a comparecer y dar testimonio. Lo mismo regirá para los testigos. A tal fin, podrán citar testigos, inclusive a los funcionarios supuestamente implicados, y ordenar la presentación de pruebas.

11. En los casos en los que los procedimientos de investigación establecidos resulten insuficientes debido a la falta de competencia o de imparcialidad, a la importancia del asunto o a los indicios de existencia de una conducta habitual abusiva, así como en aquellos en los que se produzcan quejas de la familia por esas insuficiencias o haya otros motivos sustanciales para ello, los gobiernos llevarán a cabo investigaciones por conducto de una comisión de encuesta independiente o por otro procedimiento análogo. Los miembros de esa comisión serán elegidos en función de su acreditada imparcialidad, competencia o independencia personal. En particular, deberán ser independientes de cualquier institución, dependencia o persona que pueda ser objeto de la investigación. La comisión estará facultada para obtener toda la información necesaria para la investigación y la llevará a cabo conforme a lo establecido en estos Principios.

12. No podrá procederse a la inhumación, incineración, etc., del cuerpo de la persona fallecida hasta que un médico, a ser posible un experto en medicina forense, haya realizado una autopsia adecuada. Quienes realicen la autopsia tendrán acceso a todos los datos de la investigación, al lugar donde fue descubierto el cuerpo, y a aquél en el que suponga que se produjo la muerte. Si después de haber sido enterrado el cuerpo resulta necesaria una investigación, se exhumará el cuerpo sin demora y de forma adecuada para realizar una autopsia. En caso de que se descubran restos óseos, deberá procederse a desenterrarlos con las precauciones necesarias y a estudiarlos conforme a técnicas antropológicas sistemáticas.

13. El cuerpo de la persona fallecida deberá estar a disposición de quienes realicen la autopsia durante un periodo suficiente con objeto de que se pueda llevar a cabo una investigación minuciosa. En la autopsia se deberá intentar determinar, al menos, la identidad de la persona fallecida y la causa y forma de la muerte. En la medida de lo posible, deberán precisarse también el momento y el lugar en que ésta se produjo. Deberán incluirse en el informe de la autopsia fotografías detalladas en color de la persona fallecida, con el fin de documentar y corroborar las conclusiones de la investigación. El informe de la autopsia deberá describir todas y cada una de las lesiones que presente la persona fallecida e incluir cualquier indicio de tortura.

14. Con el fin de garantizar la objetividad de los resultados, es necesario que quienes realicen la autopsia puedan actuar imparcialmente y con independencia de cualesquiera personas, organizaciones o entidades potencialmente implicadas.

15. Los querellantes, los testigos, quienes realicen la investigación y sus familiares serán protegidos de actos o amenazas de violencia o de cualquier otra forma de intimidación. Quienes estén supuestamente implicados en

ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias serán apartados de todos los puestos que entrañen un control o poder directo o indirecto sobre los querellantes, los testigos y sus familias, así como sobre quienes practiquen las investigaciones.

16. Los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda la información pertinente a la investigación, y tendrán derecho a presentar otras pruebas. La familia del fallecido tendrá derecho a insistir en que un médico u otro representante suyo calificado esté presente en la autopsia. Una vez determinada la identidad del fallecido, se anunciará públicamente su fallecimiento, y se notificará inmediatamente a la familia o parientes. El cuerpo de la persona fallecida será devuelto a sus familiares después de completada la investigación.

17. Se redactará en un plazo razonable un informe por escrito sobre los métodos y las conclusiones de las investigaciones. El informe se publicará inmediatamente y en él se expondrán el alcance de la investigación, los procedimientos y métodos utilizados para evaluar las pruebas, y las conclusiones y recomendaciones basadas en los resultados de hecho y en la legislación aplicable. El informe expondrá también detalladamente los hechos concretos ocurridos, de acuerdo con los resultados de las investigaciones, así como las pruebas en que se basen esas conclusiones, y enumerará los nombres de los testigos que hayan prestado testimonio, a excepción de aquellos cuya identidad se mantenga reservada por razones de protección. El gobierno responderá en un plazo razonable al informe de la investigación, o indicará las medidas que se adoptarán a consecuencia de ella.

(...)

18. Los gobiernos velarán porque sean juzgadas las personas que la investigación haya identificado como participantes en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, en cualquier territorio bajo su jurisdicción. Los gobiernos harán comparecer a esas personas ante la justicia o colaborarán para extraditarlas a otros países que se propongan someterlas juicio. Este principio se aplicará con independencia de quienes sean los perpetradores o las víctimas, del lugar en que se encuentren, su nacionalidad, y el lugar en el que se cometió el delito.

19. Sin perjuicio de lo establecido en el principio 3 supra, no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias. Los funcionarios superiores, oficiales u otros funcionarios públicos podrán ser considerados responsables de actos cometidos por funcionarios sometidos a su autoridad si tuvieron una posibilidad razonable de evitar dichos actos. En ninguna circunstancia, ni siquiera en estado de guerra, de sitio o en otra emergencia pública, se otorgará inmunidad general previa de procesamiento a personas supuestamente implicadas en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias.

20. Las familias y las personas que estén a cargo de las víctimas de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias tendrán derecho a recibir, dentro de un plazo razonable, una compensación justa y suficiente⁶⁰.

⁶⁰ La resolución que se cita fue objeto de acompañamiento y reiteración en la Resolución n.º 44/162 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada en la 82ª sesión plenaria de

21.4.8. El desconocimiento de esos principios, o la falla por parte de los Estados en la implementación de las mejoras que son necesarias para prevenir y castigar en debida forma las ejecuciones extrajudiciales cometidas por agentes estatales, implican el incumplimiento de las normas de derecho internacional que consagran los derechos que se ven conculcados por ese tipo de conductas y, si los respectivos casos no son debidamente estudiados y decididos por las instancias judiciales de los respectivos países, entonces los daños que sean causados por motivo de ese incumplimiento serán, eventualmente, materia de análisis de responsabilidad en las instancias judiciales del sistema internacional de derechos humanos.

21.4.9. Ahora bien, en aras de concretar el papel preventivo que debe tener la jurisprudencia contencioso administrativa en casos como el presente, es pertinente que la Sala ponga de presente que, de conformidad con observaciones hechas recientemente por el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias⁶¹, en algunas ocasiones se ha incurrido en la práctica de quitarle la vida a personas ajenas al conflicto armado y que se encuentran en estado de indefensión, para luego presentarlas a las autoridades y a los medios de comunicación como bajas ocurridas en combate, dentro de lo que eufemísticamente ha dado en llamarse por la opinión pública “falsos positivos”. Al respecto dijo el relator:

Las fuerzas de seguridad han perpetrado un elevado número de asesinatos premeditados de civiles y han presentado fraudulentamente a esos civiles como “bajas en combate”. Aunque al parecer estos llamados falsos positivos no respondían a una política de Estado, tampoco fueron hechos aislados. Esos homicidios fueron cometidos por un gran número de unidades militares y en todo el país. Se produjeron porque las unidades militares se sintieron presionadas para demostrar que su lucha contra las guerrillas tenía resultados positivos a través del “número de bajas”. Hubo además algunos alicientes: un sistema oficioso de incentivos ofrecidos a los soldados para que produjeran bajas y un sistema oficial de incentivos ofrecidos a los civiles para que proporcionaran información que condujera a la captura o muerte de guerrilleros. Este último sistema careció de supervisión y transparencia. En general, hubo falta fundamental de rendición de cuentas y problemas en todas las etapas de los procesos disciplinarios y de investigación.

la asamblea, celebrada el 15 de diciembre de 1989, en la cual se dijo que la asamblea “hace suyos... los principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, enunciados en el anexo a la resolución 1989/65 del Consejo Económico y Social, de 24 de mayo de 1989”.

⁶¹ Informe dirigido a la Asamblea General de la ONU por el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, Philip Alston, presentado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 14 período de sesiones, Tema 3 de la agenda, “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, distribuido al público el 31 de marzo de 2010.

21.4.10. En relación con el *modus operandi* de los llamados “falsos positivos”, el relator de la ONU hizo la siguiente observación:

(...) Una vez que estas víctimas son asesinadas, las fuerzas militares organizan un montaje de la escena, con distintos grados de habilidad, para que parezca un homicidio legítimo ocurrido en combate. El montaje puede entrañar, entre otras cosas, poner armas en manos de las víctimas; disparar armas de las manos de las víctimas; cambiar su ropa por indumentaria de combate u otras prendas asociadas con los guerrilleros; o calzarlas con botas de combate. Las víctimas son presentadas por los militares y anunciadas a la prensa como guerrilleros o delincuentes abatidos en combate. A menudo se entierra a las víctimas sin haberlas identificado (bajo nombre desconocido), y en algunos casos en fosas comunes⁶².

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

21.4.12. Así las cosas, aplicados al caso particular los criterios antes señalados, la Sala considera que la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón ocurrió como consecuencia de una ejecución extrajudicial efectuada por el Ejército Nacional, pues se trata de un homicidio efectuado deliberadamente por agentes estatales, cuando la víctima se encontraba en estado de indefensión o inferioridad, en el que no pudo acreditarse por la entidad demandada que el hecho se hubiera producido con ocasión de un combate o en cumplimiento legítimo y proporcional de las funciones que correspondían al cuerpo militar desplazado a la zona rural del municipio de Tello.

⁶² En el informe se hace un relato de las posibles causas por las que el relator de la ONU considera que se ha propiciado la práctica de las ejecuciones judiciales en Colombia, entre los que se encuentran: presiones ejercidas por los mandos militares para la obtención de resultados en los combates; el régimen de recompensas estatuido en las fuerzas militares; en relación con la responsabilidad penal de las personas involucradas en los homicidios, en el informe se considera que la “*falta de atribución de responsabilidad penal ha sido un factor clave*” pues “*los soldados sabían que podían cometer tales actos y salir impunes*”, y se destaca la dificultad que tienen los órganos investigativos como el Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía para llevar a cabo los levantamientos de los cadáveres en forma apropiada; y, finalmente, la atribución de competencias a la jurisdicción penal militar para el juzgamiento criminal de los casos relacionados con ejecuciones extrajudiciales, cuando lo cierto es que el conocimiento de los mismos debería recaer en la jurisdicción ordinaria.

21.4.13. Ahora bien, en relación con lo que sostiene la parte demandada en su recurso de apelación, al señalar que no puede haber condena patrimonial en esta jurisdicción por el hecho de que las investigaciones penal y disciplinaria culminaron con decisiones favorables a la inocencia de los militares involucrados, la Sala debe precisar que, de acuerdo con reiterados pronunciamientos de la Sección Tercera de ésta Corporación, el hecho de la absolución penal o disciplinaria de los agentes estatales involucrados en la producción del hecho dañoso, no implica en modo alguno que el trámite contencioso deba concluir de la misma forma a favor de la institución a la que pertenecían los efectivos militares. Sobre este tema se ha dejado sentada la postura que a continuación se cita:

La Sala reitera el criterio jurisprudencial conforme al cual la sentencia penal que se profiera en el proceso penal que se adelante contra el servidor estatal, sea ésta condenatoria o absolutoria, no tiene efectos de cosa juzgada en la acción de reparación que se adelante contra el Estado por esos mismos hechos, porque, conforme se ha sostenido en las providencias en las que se ha acogido dicho criterio: (i) las partes, el objeto y la causa en ambos procesos son diferentes: a través del ejercicio de la acción penal, el Estado pretende la protección de la sociedad, con la represión del delito y para ello investiga quién es el autor del mismo y cuál su responsabilidad; a través del ejercicio de la acción de reparación, la víctima del daño antijurídico pretende la indemnización de los perjuicios que le ha causado el Estado con una acción que le sea imputable; (ii) los principios y normas que rigen ambos procesos son, en consecuencia, diferentes, lo cual incide, entre otros eventos en los efectos de las cargas probatorias, así: en el proceso penal la carga de la prueba de la responsabilidad del sindicado la tiene el Estado, quien deberá desvirtuar la presunción de responsabilidad que por mandato constitucional ampara a todas las personas; en tanto que en la acción de reparación directa, quien finalmente soporta los efectos adversos de la carencia de prueba de los elementos de la responsabilidad estatal es el demandante, y (iii) el fundamento de la responsabilidad del Estado no es la culpa personal del agente, sino el daño antijurídico imputable a la entidad; de tal manera que aunque se absuelva al servidor por considerar que no obró de manera dolosa o culposa, en los delitos que admiten dicha modalidad, el Estado puede ser condenado a indemnizar el daño causado, bajo cualquiera de los regímenes de responsabilidad y, en cambio, el agente puede ser condenado penalmente, pero el hecho que dio lugar a esa condena no haber tenido nexos con el servicio.

Adicionalmente, se observa que la responsabilidad patrimonial del Estado no constituye el efecto civil de un ilícito penal, por eso, no son aplicables las normas relacionadas con los efectos de la sentencia penal absolutoria sobre la pretensión indemnizatoria que se formule en proceso separado del penal. Ello por cuanto la responsabilidad del Estado, conforme a lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, se genera en los eventos en los cuales se causa un daño antijurídico imputable a la entidad demandada, al margen de que ese daño hubiera sido causado con una conducta regular o irregular.

Y, finalmente, si bien la sentencia penal que se dicte contra el servidor estatal no tiene efectos de cosa juzgada en la acción de reparación directa,

no puede desconocerse el valor probatorio que la misma pueda tener en este proceso; por lo tanto, la sentencia penal puede ser el fundamento de la decisión de reparación, cuando constituya la única prueba de las circunstancias del ilícito que ha sido juzgado, de la cual se infieran los demás elementos de la responsabilidad estatal, como lo son el hecho, la autoría del agente estatal y el nexo con el servicio; pero, se insiste, ese valor de la sentencia penal no surge del hecho de que la misma produzca efectos de cosa juzgada sobre la acción de reparación sino porque esa sentencia constituye una prueba documental para el proceso, que bien puede brindar al juez contencioso certeza sobre los elementos de responsabilidad.

En consecuencia, aunque en el caso concreto se hubiera proferido en el proceso penal decisión definitiva, favorable a los intereses del servidor público, dicha decisión no impide que se valore esa misma conducta para establecer si la misma fue o no constitutiva de falla del servicio, es decir, que a pesar de que para el juez penal el servidor estatal no fue penalmente responsable del daño, podrán valorarse las pruebas que obren en este proceso, incluida esa decisión, para establecer si el daño sufrido por los demandantes es imputable al departamento de Caldas y si, además, el título de imputación es el de falla del servicio⁶³.

21.4.14. Así las cosas, ninguna incidencia tiene en el presente proceso contencioso el hecho de que no se hubiese penalizado o sancionado disciplinariamente a los soldados, suboficiales y oficiales que participaron en la operación militar desplegada por virtud de la orden n.º 44. Como en el presente caso se ha establecido una falla del servicio en contra del Ejército Nacional por la ocurrencia de una ejecución extrajudicial, la Sala dispondrá medidas de reparación integral orientadas a evitar la repetición de conductas como las probadas en este caso.

21.4.15. Aquí se resalta que la justicia penal militar adelantó un proceso con el propósito de esclarecer las circunstancias en que ocurrieron los hechos del 28 de marzo de 1993 y, según se probó en esta providencia –ver *infra* párrafo 13.16.–, dichas instancias judiciales tuvieron conocimiento de los testimonios que se practicaron a instancias de la Procuraduría General de la Nación, en los que los familiares del occiso y su empleador manifestaron que el señor Italo Adelmo Cubides Chacón era un campesino de la zona, que laboraba en una finca en actividades agrícolas, y que era ampliamente conocido por los vecinos del sector desde hace varios años. No obstante, a lo largo de la investigación se observa que la labor probatoria del juez castrense se limitó a recopilar las versiones que pudieran verter los militares que fueron partícipes de

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 2008, radicación n.º 17001-23-31-000-1995-06024-01(16.533), actor: Libardo Sánchez Gaviria y otros, demandado: Departamento de Caldas. La tesis jurisprudencial ha sido recientemente reiterada en otras sentencias de la Sección Tercera –Subsección “B”–, entre ellas la sentencia del 10 de febrero de 2011 (radicación n.º 19.123) y la sentencia del 27 de abril del mismo año (radicación n.º 19.451).

la maniobra militar, pero en modo alguno se intentó recibir nueva declaración de los parientes del occiso, ni las personas que lo conocían, y tampoco de los pobladores del sector, lo que denota un incumplimiento de la normatividad que ordena investigar tanto lo desfavorable como lo favorable del investigado, así como la búsqueda de la verdad para la resolución del caso.

21.5. Expuestos como quedaron los razonamientos anteriores, para la Sala es claro que en el proceso de conocimiento se encuentran acreditados todos los presupuestos necesarios para que pueda predicarse la falla del servicio de la conducta asumida por el Ejército Nacional por intermedio de sus agentes, en la medida en que las pruebas arrojadas al proceso dan pie para concluir que los militares participantes en el operativo llevado a cabo el 28 de marzo de 1993, le quitaron la vida al señor Italo Adelmo Cubides Chacón, en situaciones ajenas al desarrollo de un enfrentamiento armado que nunca existió, e hicieron aparecer al mencionado señor como si se tratara de un guerrillero dado de baja durante un combate, hecho que amerita la indemnización a favor de la parte demandante, situaciones todas estas que implican, a su vez, la condena patrimonial a cargo de la entidad demandada tal como lo hiciera el *a quo*.

22. En todo caso, y en gracia de discusión, la Sala considera que es pertinente aclarar que si no se hubiera acreditado una falla del servicio por parte de la entidad demandada, aún así estarían demostrados los presupuestos de la obligación de indemnizar, pues es posible aplicar al presente caso el régimen objetivo de responsabilidad, por el hecho de que la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón ocurrió en el marco de un operativo adelantado por el Ejército Nacional con utilización de armas de fuego y, como se verá en los párrafos subsiguientes, en el proceso no se demostró la configuración de una causal de exoneración de la responsabilidad cuya prueba, en todo caso, estaba a cargo de la entidad demandada.

23. Así, en relación con el **hecho de la víctima** la entidad demandada alega en su recurso de apelación, que el mismo se configura por dos motivos: (i) porque el señor Italo Adelmo Cubides Chacón estaba acompañando a los guerrilleros en el momento en que el Ejército realizó el operativo militar el 28 de marzo de 1993; y (ii) porque el occiso no se encontraba en su lugar de trabajo en el momento en que se produjo el supuesto combate. Respecto del primer argumento referido, la Sala considera que no se configuró esa causal excluyente de responsabilidad teniendo en cuenta lo siguiente:

23.1. Cuando están demostrados los presupuestos básicos de la responsabilidad – como en el caso de análisis-, corresponde a la entidad demandada la carga de demostrar la configuración de cualquiera de las causales excluyentes de responsabilidad previstas por el ordenamiento jurídico, en aplicación de la regla establecida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según la cual *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

23.2. La Sala considera al respecto que el Ministerio de Defensa–Ejército Nacional no demostró que el señor Italo Adelmo Cubides Chacón fuera integrante activo de la cuadrilla guerrillera que, según la entidad demandada, trabó combate con la patrulla desplegada en la zona de Vegalarga. Por el contrario, las declaraciones rendidas ante la Procuraduría General de la Nación durante el trámite disciplinario, por los señores Hernando Leguizamón Rojas, Carlos Julio Leguizamón Rojas y Bellanyry Joven Moreno, dan cuenta de que el señor Italo Adelmo Cubides Chacón era trabajador de la finca “Buenos Aires”, en la que desempeñaba labores propias de actividad campesina.

23.2.1. En efecto, se dice por los citados declarantes que el señor Italo Adelmo Cubides Chacón era conocido desde hacía varios años en la región, y que nunca se le había visto portando armas de fuego o desempeñando actividades relacionadas con el movimiento subversivo.

23.2.2. De hecho, los señores Hernando y Carlos Julio Leguizamón Rojas afirmaron que el día 28 de marzo de 1993, al señor Italo Adelmo Cubides Chacón se le encomendó la labor de realizar, en compañía del también occiso Juan de la Cruz Morales, unas reparaciones en el sitio de la finca destinado para dar comida a las mulas, hecho que es indicativo de que la labor a la que se dedicaba el occiso era propia de la actividad campesina, y nada tenía que ver con comportamientos delincuenciales.

23.2.3. Además, estudiadas las pruebas que reposan en el expediente, ninguna de ellas señala que el señor Italo Adelmo Cubides Chacón fuera integrante de grupo guerrillero alguno, hecho cuya demostración, se reitera, incumbía a la entidad demandada.

23.2.4. Debe agregarse en este punto que el hecho de que el ejército hubiese remitido el cadáver del occiso –y el de otras personas- acompañado de algunas armas de fuego y otro material de guerra, no es demostrativo de la calidad de guerrillero atribuida al señor Italo Adelmo Cubides Chacón, pues en el proceso no se evidenció que éste

hubiese disparado el arma de fuego que supuestamente le había sido incautada y, además, cuando los efectivos militares movieron los cadáveres de los sitios donde cayeron muertos, borraron con ello toda evidencia que pudiera señalar que se trataba de combatientes muertos con ocasión de un enfrentamiento armado, circunstancia a la que ya se hizo alusión en párrafos precedentes. Aquí se destaca el hecho de que ninguno de los testimonios rendidos ante la Procuraduría General de la Nación da cuenta de que en el sitio y momento de los hechos se hubiera presentado algún combate y, además, en el presente proceso brillan por su ausencia pruebas de balística o de absorción atómica que demostraran que el señor Italo Adelmo Cubides Chacón hubiera disparado las armas de fuego que supuestamente se le encontraron, razón por la cual es imposible afirmar categóricamente que él dirigió ataque alguno contra los miembros del Ejército Nacional.

23.3. Al estudiar el segundo de los argumentos esgrimidos por la parte recurrente en apelación para sostener la existencia de un hecho de la víctima, para la Sala es claro que si estuviera probado –que no lo está- el hecho de que el señor Italo Adelmo Cubides Chacón no se encontraba en su lugar de labores para el momento de su muerte, ello no sería una situación con idoneidad para exonerar de responsabilidad a la entidad demandada pues, según el artículo 24 de la Constitución Política⁶⁴, a los ciudadanos les es dado desplazarse por donde bien les plazca en ejercicio de su derecho fundamental a la libre locomoción y, cuando los órganos administrativos causan daños a los coasociados que están haciendo uso legítimo de esa prerrogativa, al Estado le es obligatorio reparar los daños que se causen en tales circunstancias.

23.4. En el orden de ideas anteriormente expuesto, la Sala considera que las pruebas arrojadas al proceso no son demostrativas de que el señor Italo Adelmo Cubides Chacón fuera integrante del grupo guerrillero y, además, el hecho de que el occiso no se encontrara en su lugar de trabajo en el momento en que se produjo su muerte – hecho que no está evidenciado- no es una situación que válidamente pueda exonerar de responsabilidad a la entidad demandada.

24. De acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, está demostrada la responsabilidad que le asiste a la entidad demandada por la muerte del señor Italo Adelmo Cubides

⁶⁴ “ART. 24.- **Modificado. A.L. 02/2003, art. 2º.** Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia.// El Gobierno Nacional podrá establecer la obligación de llevar un informe de residencia de los habitantes del territorio nacional, de conformidad con la ley estatutaria que se expida para el efecto.”

Chacón, y la misma no está exonerada por la causal del hecho de la víctima que injustamente esgrime el Ministerio de Defensa, razón por la cual se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia, en cuanto que declaró la responsabilidad a cargo del Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, y a modificarla en relación con las condenas impuestas por el *a quo*, ello conforme a los razonamientos que se explicitan a continuación.

24.1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas, dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, debe atender a los **principios de reparación integral y de equidad**. Esto significa que, en los procesos en los que se juzgue la responsabilidad patrimonial del Estado, el juez de lo contencioso administrativo deberá verificar con qué potestades y facultades cuenta para lograr el resarcimiento pleno del perjuicio y el restablecimiento de los derechos conculcados.

24.2. Por regla general, estas facultades se encuentran limitadas por los principios de congruencia, de jurisdicción rogada y *de no reformatio in pejus*, de manera que para que proceda el reconocimiento de medidas tanto de carácter compensatorio –como son la indemnización de los perjuicios morales y materiales causados– como de carácter restitutorio, es necesario que exista una petición expresa de la parte demandante en tal sentido.

24.3. Con todo, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado⁶⁵, existen casos en los que el juez puede ordenar medidas que atiendan a la reparación integral del daño, aunque ello conlleve restricciones a los mencionados principios procesales. Esto ocurre cuando se juzga la responsabilidad del Estado por graves violaciones de los derechos humanos pues, en estos eventos, la obligación de reparar integralmente el daño surge, principalmente, de distintos tratados y convenios de derechos humanos ratificados por Colombia que prevalecen en el orden interno⁶⁶, pero

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 21 de febrero de 2001, exp. 20046, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de 26 de marzo de 2009, exp. 17.794, C.P. Enrique Gil Botero; de 20 de febrero de 2008, exp. 16996 C.P. Enrique Gil Botero.

⁶⁶ Entre ellos, la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 63), la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 13), y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (artículo 9). Se hace claridad en que, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, para que un tratado de derechos humanos ratificado por el Congreso prevalezca en el orden

también de otros instrumentos de derecho internacional⁶⁷ que, aunque no tienen carácter estrictamente vinculante –razón por la cual se los denomina “*derecho blando*” o “*soft law*”–, gozan de cierta relevancia jurídica y práctica en el ámbito internacional y nacional en tanto exhiben “*una clara e inequívoca vocación axiológica o normativa general*”⁶⁸ y sirven como “*criterio[s] auxiliar[es] de interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos*”⁶⁹.

24.4. Así las cosas, se ha considerado que es posible establecer restricciones a los principios de congruencia, jurisdicción rogada y no *reformatio in pejus* con el fin, bien sea de dar cumplimiento a los mandatos contenidos en normas internacionales de derechos humanos con prevalencia en el orden interno, o de proteger otros derechos, valores y principios constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia.

IV.1. Conclusión

25. En el presente caso está demostrada la responsabilidad que le asiste al Ministerio de Defensa–Ejército Nacional, y es legal la condena patrimonial que le fue impuesta a esa entidad por parte del Tribunal de primera instancia, cuyo monto será actualizado a valor presente según los criterios jurisprudenciales. Adicionalmente, es procedente que la Sala adopte medidas adicionales de restitución integral de los derechos conculcados con las conductas dañosas desplegadas por el Ejército Nacional, según se explicará en los párrafos subsiguientes –ver *infra* apartado VI–.

V. Actualización de la condena

interno –en resultado de integrarse al bloque de constitucionalidad como lo ha entendido la Corte Constitucional– es necesario que se refiera a derechos ya reconocidos en la propia Constitución. Siendo así, se entiende que los tratados mencionados prevalecen en el orden interno, debido a que el derecho de las víctimas de hechos delictivos a la reparación, se encuentra expresamente estipulado en el artículo 250 del ordenamiento superior.

⁶⁷ Entre ellos, el Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad; los Principios y directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones; la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos y de abuso de poder; y la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

⁶⁸ Luis Manuel Castro. “*Soft law y reparaciones a víctimas de violaciones de derechos humanos: Reflexiones iniciales*”, en Rodrigo Uprimny (coord.), *Reparaciones en Colombia: Análisis y propuestas*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 2009. p. 66.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-872 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

26. De acuerdo con el criterio que ha sido adoptado por la Sala desde el 2001⁷⁰, cuando se demuestra el padecimiento de un perjuicio moral en su mayor grado, se ha reconocido una indemnización equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, reconocimiento que es el subrogado de lo que antes reconocía la Sala como mayor indemnización, que eran 1 000 gramos de oro.

27. Como en la sentencia apelada se reconoció una indemnización por perjuicios morales en un monto de 1 000 gramos de oro en favor de la señora María del Carmen Chacón Cubides, la Sala considera que lo pertinente es reconocer a favor de esa demandante la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria del presente fallo.

28. A favor de cada uno de los hermanos del occiso se reconoció una suma equivalente a 500 gramos de oro, razón por la cual la Sala procederá a la actualización de esa condena, y se reconocerá a favor de cada uno de esos demandantes la suma equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria del presente fallo.

VI. Reparación integral del daño

29. Como no es posible retrotraer el hecho causante del daño padecido por los demandantes –muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón-, la Sala considera que es pertinente la adopción de medidas no pecuniarias encaminadas a la satisfacción y a la no repetición⁷¹ de las conductas que fueron materia de pronunciamiento en el

⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, radicación No. 66001-23-31-000-1996-3160-01(13232-15646), demandantes: Belén González y otros – William Alberto González y otra, demandado: Nación – Ministerio de Transporte – Instituto Nacional de Vías – INVÍAS-.

⁷¹ La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante Resolución 2005/35 del 19 de abril de 2005, adoptó los “*Principios y directrices básicos sobre el derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves al derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*”, y en el capítulo IX de dicha resolución –“Reparación de los años sufridos”- consagró las medidas encaminadas a la satisfacción –numeral 22- y a las garantías de no repetición –numeral 23-. Las primeras están relacionadas con la cesación de violaciones continuadas y la consecución de la verdad sobre los hechos para su divulgación. Las segundas

presente fallo, las cuales se concretan en lo siguiente:

30. El hecho de la ejecución extrajudicial del señor Italo Adelmo Cubides Chacón fue investigado en forma negligente por la jurisdicción penal militar, y en dicha pesquisa no pudieron establecerse las verdaderas circunstancias en que se produjo el fallecimiento del occiso. En consecuencia, se compulsarán copias a la autoridad pertinente para que, si se encuentran méritos suficientes para ello, se reabra la investigación penal en relación con los hechos ocurridos el 28 de marzo de 1993 en la vereda “Vegalarga” de zona rural del municipio de Tello –Huila-.

30.1. Para tal efecto, como la Corte Constitucional⁷² y el Consejo Superior de la Judicatura⁷³ tienen establecido que los tribunales militares no tienen jurisdicción para juzgar crímenes cometidos por integrantes de la fuerza pública cuando éstos sean presuntamente culpables de delitos ajenos al ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, entonces se compulsarán las copias pertinentes a la Fiscalía General de la Nación, para que esa entidad evalúe la posibilidad de adelantar una investigación exhaustiva respecto de los hechos materia del presente litigio, encaminada a identificar y castigar a los responsables de la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón. Con ocasión de dicha compulsación de copias se estudiará la forma en que se adelantó la investigación penal militar respectiva, con el propósito de estimar si es procedente proseguir alguna acción penal por los presuntos delitos contra la administración de justicia que allí pudieron haberse cometido.

31. Comoquiera que los miembros del Ejército Nacional que perpetraron el homicidio del señor Italo Adelmo Cubides Chacón exhibieron su cadáver como si se tratara el de una persona delincuente, el Ministerio de Defensa Nacional deberá realizar una publicación de los apartes pertinentes del presente fallo –párrafos 13 a 23.4-, en un medio escrito de amplia circulación nacional y en uno de amplia circulación local en el departamento del Huila, con la inclusión de un aviso en el que conste que la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón no ocurrió con ocasión de un combate de tropas del Batallón Tenerife con la Guerrilla, sino que fue consecuencia de una ejecución

están relacionadas con las medidas que deben adoptar los Estados para que no queden impunes las faltas cometidas por sus agentes.

⁷² Sentencias C-358 de 1997 y C-878 de 2000.

⁷³ Sala Jurisdiccional Disciplinaria, providencia del 14 de agosto de 2008.

extrajudicial perpetrada por los efectivos militares desplegados en ejecución de la orden de operaciones n.º 44 del 27 de marzo de 1993.

32. El Ministerio de Defensa Nacional realizará una publicación de la totalidad de esta sentencia en un lugar visible al público de la sede principal de dicha entidad, y la divulgará por medios escritos -físicos y magnéticos- por todos los batallones y brigadas del Ejército Nacional.

VII. Costas

33. El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 establece que se condenará en costas a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones procesales de las partes dentro del proceso, razón por la cual no se condenará en costas.

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

FALLA

PRIMERO. CONFÍRMASE la sentencia del 8 de marzo de 2001 proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá D.C: -Sala de Decisión-, en cuanto declaró administrativamente responsable a la Nación–Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional por los daños ocurridos con ocasión del homicidio cometido en la persona del señor Italo Adelmo Cubides Chacón.

SEGUNDO. ACTUALÍCESE el valor de la condena impuesta en la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, **RECONÓZCASE** a favor de los demandantes, a título de indemnización de perjuicios, lo siguiente:

A) A favor de la señora María del Carmen Chacón Cubides, la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de ejecutoria de la presente sentencia.

B) A favor de cada uno de los señores Anyelo Rubier, Ruth Maritza, Jesús Eduardo, Eliécer, Julio Fidel y Neidy Orfilia Cubides Chacón, la suma equivalente 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de ejecutoria de la presente sentencia.

TERCERO. COMPÚLSENSE copias auténticas de la totalidad del expediente en el que consta el trámite contencioso administrativo de la referencia, con destino a la Fiscalía General de la Nación, con la finalidad de que se evalúe la posibilidad de adelantar la investigación penal que sea conducente a efectos de establecer la responsabilidad individual directa e indirecta por la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón, ocurrida el 28 de marzo de 1993 en la vereda “Vegalarga” o en la vereda “El Cadillo” en zona rural del municipio de Tello “Huila” y la correspondiente sanción a los responsables.

CUARTO. ORDÉNASE al Ministerio de Defensa Nacional realizar una publicación de los apartes pertinentes del presente fallo –párrafos 13 a 23.4-, en un medio escrito de amplia circulación nacional y en uno de amplia circulación local en el departamento del Huila, con la inclusión de una certificación en la que conste que la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón no ocurrió con ocasión de un combate de tropas del Batallón Tenerife con la Guerrilla, sino que fue consecuencia de una ejecución extrajudicial perpetrada por los efectivos militares desplegados con ocasión de la orden de operaciones n.º 44 del 27 de marzo de 1993.

QUINTO. ORDÉNASE al Ministerio de Defensa Nacional realizar una publicación escrita de la totalidad de esta sentencia en un lugar visible al público de la sede principal de dicha entidad, y la divulgación de la misma providencia por medios físicos y/o magnéticos en todos los batallones y brigadas del Ejército Nacional.

SEXTO. Sin costas.

SÉPTIMO. DESE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código

Contencioso Administrativo.

OCTAVO. En firme la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de primera instancia para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HERNÁN ANDRADE RINCÓN
Presidente de la Sala

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO PAZOS GUERRERO

DANILO ROJAS BETANCOURTH

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

ACLARACION DE VOTO DEL DR. DANILO ROJAS BETANCOURTH

VALORACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL TRASLADADA - Cuando la demandada es la Nación y una entidad del orden nacional recauda los testimonios / VALORACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL TRASLADADA - No debe darse una aplicación restrictiva del derecho fundamental al debido proceso frente el derecho de acceso a la administración de justicia / VALORACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL TRASLADADA - El derecho de defensa se ve limitado por el de acceso a la administración de justicia pero ambos derechos perviven

La Corte colombiana ha incorporado al menos dos importantes presupuestos para el correcto proceder en materia de ponderación de derechos en pugna: la pretensión de unidad y coherencia del sistema jurídico, y la existencia de distintos tipos de juicios de proporcionalidad -o con distinta intensidad-, según la materia de que se trate. (...) En lo atinente al derecho de acceso a la administración de justicia, que está consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política, a pesar de que no está contenido en el capítulo del ordenamiento superior destinado a la compilación de los derechos fundamentales, ha sido amparado por la vía de acciones de tutela, debido a su indisoluble relación con el derecho fundamental al debido proceso. (...) la determinación de una solución de la tensión surgida no podía formularse en términos abstractos, sino que debía tener en cuenta las características singulares del caso concreto a partir de las cuales debían extraerse las condiciones en las que, según la aplicación de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es constitucionalmente plausible dar prevalencia condicionada a un derecho sobre el otro frente a lo que se está juzgando. (...) la regla que establece exigencias para la validez de testimonios trasladados, apoyada en el derecho al debido proceso, impone una restricción excesiva al derecho de acceso a la administración de justicia; o lo que es lo mismo, dadas las circunstancias del caso, la maximización de éste derecho se impone condicionalmente al derecho de contradicción de la demandada en un contexto de ponderación, en el que si bien el derecho de defensa se ve limitado por el de acceso a la administración de justicia, ambos derechos perviven. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el juicio de proporcionalidad estricto y la existencia de un derecho preferente, consultar de la Corte Constitucional, sentencia T-425 de 1995, T-1205 de 2003 T-116 de 2004, T-1225 de 2003, T-462 de 2003, C-227 de 2004, C-872 de 2003, C-673 de 2001, C-579 de 2001, C-048 de 2001, C-540 de 2001, C-093 de 2001, C-112 de 2000, C-539 de 1999 y C-318 de 1998, sentencia C-417 de 2009, T-493 de 2010. En relación con el derecho de defensa material y la valoración de la pruebas con aplicación del debido proceso, ver T-264 de 2006; de la Sala de Casación Civil en la sentencia 11001-31-03-042-2003-00689-01 de 15 de julio de 2008. Sentencia T-577 de 1998. Respecto al poder oficioso del Juez para

ordenar la práctica de pruebas, consultar de la Sala de Casación Civil en la sentencia 11001-31-03-042-2003-00689-01 de 15 de julio de 2008. En cuanto al principio de contradicción como fundamento de la realización del principio de defensa y condición necesaria para la efectividad del derecho al debido proceso, leer de la Corte Constitucional sentencia T-055 de 1994. En lo atinente al núcleo esencial del derecho a la defensa, ver sentencia T-426 de 1992. En concordancia con la condición de igualdad de partes que existe en los procesos judiciales contencioso administrativos, consultar sentencia de la Corte Constitucional C-043 de 2004. Respecto al amparo por vía de tutela del derecho de acceso a la administración de justicia, a pesar de no estar consagrado como un derecho fundamental y a la delimitación del derecho al debido proceso, ver sentencias C-426 de 2002, C-1177 de 2005, C-1194 de 2005, C-1083 de 2005, T-030 de 2005, T-909 de 2006 y T-1222 de 2004". De la Corte Constitucional, sentencia T-345 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. El Consejo de Estado, como juez de tutela, también ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la garantía ius fundamental que se viene analizando. Pueden consultarse al respecto las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 11 de febrero de 2008, C.P. Jaime Moreno García, radicación n° 11001-03-15-000-2007-01349-00(AC), actor: Libia Jiménez Crisanchó y otros, demandado: Tribunal Administrativo del Tolima; de la misma Sala la sentencia del 23 de octubre de 2008, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, radicación n.° 08001-23-31-000-2001-00881-01(0730-07), actor: Peirina Lucía Martínez Sierra, demandado: Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla; entre otras. Debe preferirse la flexibilización de la ritualidad procesal relacionada con el recaudo probatorio, en este sentido consultar Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera -en pleno-, sentencia del 22 de marzo de 2012, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación n.° 23001-23-31-000-1997-08445-01(22206).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 229

VALORACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL TRASLADADA - Limitación del derecho a la defensa material. Cumplimiento de los criterios de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad / VALORACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL TRASLADADA - Ley de colisión / LEY DE COLISION - Fundamento. Presupuestos / PRUEBA TESTIMONIAL RECAUDADA Y TRASLADADA POR LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Tiene valor probatorio, aún sin ser materia de ratificación y sin que éste requisito sea de común acuerdo omitido por las partes / EFICACIA A LOS DERECHOS DE LAS VICTIMAS A LA VERDAD Y A LA REPARACION - Prevalencia del derecho de acceso a la administración de justicia

Una eventual limitación del derecho a la defensa material -consistente en la posibilidad de controvertir pruebas- en aras de dar total eficacia a los derechos de las víctimas a la verdad y la reparación, cumple con los criterios de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad, toda vez que: (a) no implica la supresión de alguno de los principios constitucionales en colisión, (b) busca proteger la eficacia de un interés jurídico avalado por la Constitución Política, (c) es eficaz en la búsqueda de esa finalidad y, además, (d) los beneficios obtenidos con la maximización de uno de los derechos en colisión -el acceso a la administración de justicia-, son mayores a los costos erogados con la limitación del otro -el debido proceso-. (..) la ley de la colisión que habría solucionado la tensión de principios en el caso concreto, es la siguiente: en tratándose de (i) graves violaciones a los derechos humanos -como lo es el estudio de la eventual comisión de una ejecución extrajudicial- imputables a la Nación, (ii) hecha la investigación judicial de los hechos por la justicia penal militar de manera precaria y descoordinada, (iii) practicadas las pruebas por la Procuraduría General de la Nación en calidad de organismo que igualmente hace parte del ente demandado -la Nación- y (iv) ante la

posibilidad normativa de enervar la ratificación de los testimonios trasladados, entonces lo procedente es dar prevalencia al derecho de acceso a la administración de justicia en procura del esclarecimiento de la verdad real sobre los acontecimientos, lo que implica una limitación -que no supresión- del derecho a la defensa de la parte contra la que pretende hacerse valer la prueba. La consecuencia de dicha regla en el sub iudice comporta la plena valoración las declaraciones juramentadas rendidas ante la Procuraduría General de la Nación, las cuales fueron trasladadas al presente trámite contencioso administrativo sin que fueran materia de ratificación y sin que éste requisito fuera de común acuerdo omitido por las partes.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 41001-23-31-000-1994-07654-01(20601)

Actor: MARIA DEL CARMEN CHACON Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACLARACION DE VOTO

1. En el interesante debate que se presentó con ocasión de la ponencia presentada, el suscrito admitió la tesis mayoritaria que valida los testimonios trasladados sin necesidad de ratificación, cuando la entidad demandada es la Nación y tales pruebas son practicadas por entidades de carácter nacional. Se trata de una tesis razonable que, entre otras cosas, ya había tenido curso en un caso anterior -ver párrafo 12.2.5.5- de la sentencia-. Sin embargo, la propuesta que inicialmente llevé sobre este punto para llegar al mismo resultado y que la Sala no aceptó, me parece más consistente y por eso la expongo a continuación a modo de aclaración de voto.

2. En el caso de autos era necesario dar cuenta de la tensión que se presenta entre el derecho fundamental a la defensa material y el derecho de acceso a la administración de justicia, la cual debía ser resuelta en un ejercicio de ponderación que permitiría

justificar la existencia de las restantes excepciones estipuladas en la jurisprudencia sobre el tema de la posibilidad de apreciar testimonios trasladados, sobretudo en aquellos casos en los que las partes guardan silencio frente a la validez y admisibilidad de tales medios de convicción, y en los que, además, se juzgan violaciones de derechos humanos que, por su gravedad y trascendencia, podrían ser materia de juzgamiento ante el sistema internacional de amparo de dichas garantías.

2.1. El resultado de dicha ponderación, habría arrojado como resultado el planteamiento de una regla que en el *sub judice* resolviera el enfrentamiento a favor de la precedencia condicionada de uno de los dos preceptos en pugna, sin que ello implicara la declaración de invalidez abstracta de alguno de ellos. Al respecto, en la ponencia inicial se citaban los planteamientos expuestos por Robert Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales*⁷⁴, los cuales debían constituir la base justificatoria de la solución del *sub judice*. Dice el autor:

*Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta –a como se solucionan las colisiones entre reglas- tal como ocurre cuando, según un principio, algo está prohibido y, según otro principio, lo mismo está permitido- uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Sin embargo, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la pregunta acerca de cuál es el principio que prevalece puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso*⁷⁵ (p. 71).

(...)

Esta situación no se soluciona declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no. La solución de la colisión consiste más bien en que,

⁷⁴ Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid-2012, páginas 70 a 95. En la transcripción que se realizaba en el texto de la ponencia, se citaban entre paréntesis -como ahora se hace- aquellas páginas de las que se extraía cada uno de los planteamientos que se consideraban pertinentes en procura de los fines metodológicos que eran pretendidos por el ponente. Para tal efecto, en el proyecto inicialmente presentado se acompañaba la postura del autor según la cual, si bien los preceptos que expresan derechos fundamentales suelen estar expresados como “mandatos de optimización” en tanto que son principios que deben satisfacerse “en la mayor medida posible”, ello no los despoja de su carácter normativo y vinculante, a pesar de la radical distinción que se plantea entre ellos -como categoría-, por un lado, y las reglas jurídicas en estricto sentido consideradas, por el otro, las cuales, según se dice en la obra bajo análisis, “...son normas que -a diferencia de los principios- pueden ser cumplidas o no...” (p. 68).

⁷⁵ [32] “Con respecto al concepto de la dimensión de peso, cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, págs. 26 y s”.

teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones en las cuales un principio precede al otro. En otras condiciones, la pregunta acerca de cuál de los principios debe preceder, puede ser solucionada inversamente (p. 73).

(...)

Este <<conflicto>>, como el Tribunal llama a veces a la colisión, no se soluciona mediante una declaración relativa a la invalidez de ambas normas, sino por medio de una <<ponderación>> en la que ninguno de los dos principios –el Tribunal Constitucional Federal habla en este contexto de <<valores constitucionales>>– <<puede pretender una precedencia básica>>. Más bien, habría que <<decidir cuál interés debe ceder, teniendo en cuenta la conformación típica del caso y las circunstancias especiales del caso particular>>. No es posible una descripción más precisa de una colisión de principios. Dos normas, tomadas en sí mismas, conducen a resultados recíprocamente contradictorios. Ninguna es inválida, ninguna tiene una precedencia absoluta. Lo que aquí tenga validez dependerá de qué decisión deba adoptarse a la luz de las circunstancias del caso concreto... (p. 77).

(...)

Ya se ha insinuado que entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más próxima: el carácter de principio implica el principio de proporcionalidad, y este implica a aquél. Que el carácter de principio implique el principio de proporcionalidad significa que el principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad (el mandato del medio más benigno) y de proporcionalidad en sentido estricto (el mandato de ponderación propiamente dicho) se sigue lógicamente a partir del carácter de principio, es decir, es deducible de él.

(...)

Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de la ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio contrapuesto, entonces las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto. Para llegar a una decisión, es indispensable llevar a cabo una ponderación, en el sentido de la ley de la colisión... Dado que está ordenado aplicar los principios válidos, cuando ellos son aplicables, y que para su aplicación en los casos de colisión es indispensable llevar a cabo una ponderación, entonces, el carácter de principio de las normas de derecho fundamental implica que está ordenado llevar a cabo una ponderación cuando ellas entran en colisión con otros principios contrapuestos. Esto quiere decir que el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental.

Del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, los subprincipios de necesidad y de idoneidad derivan del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas (p. 91-93).

2.2.1. Esta dogmática ha sido ampliamente aplicada por tribunales nacionales e internacionales. En Colombia la Corte Constitucional, especialmente, ha venido apoyándose no solo en la teoría expuesta, sino también en las construcciones jurisprudenciales que a partir de allí realizan los tribunales europeos y norteamericanos. Sobre esa base, la Corte colombiana ha incorporado al menos dos importantes presupuestos para el correcto proceder en materia de ponderación de derechos en pugna: la pretensión de unidad y coherencia del sistema jurídico, y la existencia de distintos tipos de juicios de proporcionalidad -o con distinta intensidad-, según la materia de que se trate.

2.2.1.1. Sobre lo primero la Corte señala que siempre que exista una colisión entre derechos, principios y garantías plasmados en la Constitución, será necesario partir de la base de que existe una pretensión de unidad y coherencia entre los diferentes componentes normativos y axiomáticos del ordenamiento *superior*, de tal manera que el ejercicio de la ponderación no puede implicar la supresión de alguno de los intereses en enfrentamiento y, antes bien, debe propugnarse por una maximización de los mismos, en aras de hacer prevalecer el principio de unidad constitucional. En sus palabras:

*Las colisiones entre normas jurídicas de igual jerarquía constitucional deben solucionarse de forma que se logre la óptima eficacia de las mismas. El **principio de la unidad constitucional** exige la interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente, al cual se opone una interpretación aislada o contradictoria de las disposiciones que la integran.*

*10. El ejercicio de los derechos plantea conflictos cuya solución hace necesaria la armonización concreta de las normas constitucionales enfrentadas. El **principio de armonización concreta** impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro. De conformidad con este principio, el intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La colisión de derechos no debe, por lo tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra.*

*11. El principio de armonización concreta implica la mutua delimitación de los bienes contrapuestos, mediante la concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de modo que se asegure su máxima efectividad. En este proceso de armonización concreta de los derechos, el **principio de proporcionalidad**, que se deduce del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (CP, art. 97-1), juega un papel crucial. Los límites trazados al ejercicio de los derechos, en el caso concreto, deben ser proporcionales, esto es, no deben ir más allá de lo indispensable*

para permitir la máxima efectividad de los derechos en pugna. La proporcionalidad se refiere entonces a la comparación de dos variables relativas, cuyos alcances se precisan en la situación concreta, y no a la ponderación entre una variable constante y absoluta, y otras que no lo son. La delimitación proporcional de los bienes jurídicos en conflicto, mediante su armonización en la situación concreta, se hace necesaria cuando se toma en serio la finalidad social del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (C.P., art. 2), y se pretende impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos⁷⁶ (las rejas son del original).

2.2.1.2. Sobre lo segundo, luego de recordar los pasos del juicio de proporcionalidad, la Corte indica su modo de aplicación en función de la intensidad del mismo –leve, intermedio o estricto–:

2.c.6.a. El juicio de proporcionalidad estricto y la existencia de un derecho preferente

118. Como se ha manifestado en múltiples ocasiones⁷⁷, el juicio de proporcionalidad consta de distintas etapas, cuya aplicación en cada caso depende de la intensidad de aplicación del juicio para la situación que se analiza.

Así, la Corte ha establecido que en los distintos pasos del juicio se debe establecer: (i) si el fin perseguido por la norma o medida que se analiza es legítimo desde la perspectiva constitucional; (ii) si la norma o medida es adecuada para el logro del fin perseguido; (iii) si la norma es necesaria, es decir, si no existen medios menos onerosos para lograr el objetivo buscado; y (iv) si la norma es estrictamente proporcional, con lo cual se indaga si los beneficios que se derivan de su adopción superan las restricciones que ella conlleva sobre otros derechos y principios constitucionales, en una relación costo-beneficio.

De la misma manera, la Corte ha señalado que el juicio puede ser leve, intermedio o estricto, de acuerdo con la materia de que se trate, y que el grado de severidad del juicio determina cuáles etapas del mismo deben ser examinadas. Así, la Corte ha determinado que cuando la aplicación del juicio es leve es suficiente con establecer que el fin propuesto por la norma se ajusta a la Constitución y es apto para lograr el fin propuesto. También ha indicado que el test intermedio es más exigente, por cuanto en este caso debe corroborarse que la medida, además de ser legítima y apta, es efectivamente conducente para lograr el fin propuesto. Finalmente, la jurisprudencia ha determinado que cuando el juicio es estricto, también se

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia T-425 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido pueden consultarse las siguientes providencias de la Corte: T-1205 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-116 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-1225 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinoza), T-462 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), entre otras.

⁷⁷ [165] Ver, entre muchas, las sentencias C-227 de 2004, C-872 de 2003, C-673 de 2001, C-579 de 2001, C-048 de 2001, C-540 de 2001, C-093 de 2001, C-112 de 2000, C-539 de 1999 y C-318 de 1998.

*debe estudiar si la norma es necesaria y estrictamente proporcional*⁷⁸.

2.2.1.3. Así las cosas, en orden a resolver la mencionada colisión entre el derecho al debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia, en la ponencia inicial para el *sub lite* se proponía la aplicación de la ponderación expuesta, con lo cual se buscaba, como ya se dijo, no solo resolver el caso concreto sino también proporcionar una adicional justificación racional a las excepciones que han sido elaboradas por el Consejo de Estado frente a la estricta y literal interpretación de los requisitos de traslado de las pruebas testimoniales establecidos en el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil. La realización de dicho ejercicio de ponderación, iba a realizarse conforme a los pasos analíticos que ahora se exponen bajo el título de aclaración de voto, así: en primer lugar se expondrá el alcance de los derechos en enfrentamiento; acto seguido se mostrarán las principales particularidades del caso que fue decidido por la Sala en el *sub lite*, en especial aquellos rasgos que resultan relevantes para la solución de la tensión de derechos existente; posteriormente se realizará el examen de la limitación que, en el contexto jurídico y fáctico previamente descrito, uno de los derechos padece frente al otro; finalmente, como conclusión del ejercicio de ponderación se formulará la regla que, de haberse adoptado esta metodología por la Sala, habría gobernado la solución del caso concreto como ley de la colisión.

2.2.2. El derecho al debido proceso⁷⁹, referido específicamente a uno de los tantos aspectos que lo definen, como lo es la posibilidad que tienen las partes de controvertir las pruebas que se aduzcan en el trámite judicial **-derecho a la defensa material-**, ha

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia C-417 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. En el mismo sentido de la sentencia citada, en relación con los elementos constitutivos del llamado juicio de proporcionalidad o razonabilidad, se dijo en la sentencia T-493 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub): “*Para ello se aplicará el test de proporcionalidad el cual comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido; la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios; y la proporcionalidad en estricto sentido entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes*”.

⁷⁹ Establece el artículo 29 constitucional: “**ART. 29.-** *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.//... Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...// Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*”. Según la Corte Constitucional, el derecho a la defensa material implica que al acusado debe permitírsele “... *rendir sus descargos y... controvertir y aportar las pruebas que considere pertinentes a su favor...*”: sentencia T-264 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería.

sido caracterizado por la Corte Constitucional como aquella garantía cuya observancia es necesaria para la consecución del fin último de todo proceso judicial, como lo es la confección de una teoría del caso que esté lo más cercana posible a la elucidación de una verdad real de los hechos⁸⁰, lo que a su vez es el sustrato que permite aplicar las normas de derecho que corresponden para la solución de un caso determinado. Así las cosas, según la postura que ha sido definida por la Corte Constitucional frente a normas de corte eminentemente procesal penal, el derecho a la contradicción de la prueba se entiende como un presupuesto fundamental del debido proceso en los siguientes términos:

5. La investigación y el descubrimiento de la verdad suponen la puesta en tela de juicio de los elementos fácticos y normativos que ingresan al proceso y, en consecuencia, presuponen el debate y la confrontación entre las diferentes versiones y partes. El proceso no puede ser concebido como una serie de pasos encaminados a la demostración de una hipótesis planteada por el fiscal o juez. Así se eliminaría su connatural elemento dialéctico, cuya presencia activa en todas sus fases, asegura que la verdad real aflore a partir de la controversia. De acuerdo con la naturaleza bilateral del proceso penal, el imputado debe ser oído y sus argumentos deben ser sopesados con indagaciones y estudio.

6. El principio de contradicción (C.P.P. art. 7) es el fundamento de la realización del principio de defensa (C.P.P. art. 1 inc. 1) y, este a su vez, es condición necesaria para la efectividad del derecho al debido proceso (C.P.P. art. 1). De esta cadena de elementos se desprende el postulado de la imparcialidad del funcionario judicial, que se concreta en la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al sindicado y que se encuentra consagrado en la ley penal (C.P.P. art. 249) y en la Constitución (C.P. art. 250 inc. último)⁸¹.

⁸⁰ En el proceso civil y en el proceso contencioso administrativo, el ideal querido por el legislador es que la decisión se adopte con base en versiones fácticas que sean lo más cercanas posibles a la verdad real de los hechos. Al respecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia que el carácter dispositivo del procedimiento civil no es absoluto, lo que puede extraerse del hecho de que el ordenamiento adjetivo civil haya estipulado poderes oficiosos a cargo del juez en materia probatoria -art. 179 del C. de P.C.-. Así lo dijo la Sala de Casación Civil en la sentencia del 15 de julio de 2008: “7.- Es incuestionable que uno de los avances más importantes que ha tenido el derecho procesal ha sido el de darle al juez o magistrado que tiene a su cargo el trámite de determinada controversia judicial, la potestad de decretar pruebas de oficio, no obstante que se requiera la iniciativa de la parte con la presentación de la respectiva demanda para darle inicio. El proceso en estas circunstancias, si bien conserva su naturaleza dispositiva, morigera su estructura a través de la prerrogativa que se le concede al funcionario con el fin de acudir en la búsqueda de la llamada verdad real, con la cual pasa de simple espectador del debate entre los litigantes, a convertirse en el director del mismo con plenos poderes, aunque respetando, como es obvio, las reglas aplicables fijadas por el legislador” (casación civil del 15 de julio de 2008, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda, expediente n.º 11001-31-03-042-2003-00689-01). También la Corte Constitucional ha dicho que “... el juez debe hacer uso de los poderes que le otorga la ley para llegar al conocimiento de la verdad real...” (sentencia T-577 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

⁸¹ Corte Constitucional, sentencia T-055 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2.2.2.1. Por la misma vía la Corte Constitucional, al pronunciarse respecto del derecho a la contradicción de la prueba en el nuevo sistema procesal penal de corte “adversarial” -Ley 906 de 2004-, que en diferentes cuerpos normativos del derecho internacional de los derechos humanos ha sido dado en llamarse “*principio de igualdad de armas*”⁸², precisó que se trata de una garantía que, cuando está referida a las imputaciones que en materia penal se le hacen a un sindicado, imputado o procesado, hace parte del núcleo esencial⁸³ del derecho a la defensa, en los siguientes términos:

En relación con el derecho a la defensa técnica, conocido en el modelo de tendencia acusatoria como el principio de “igualdad de armas”, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en sostener que el mismo hace parte del núcleo esencial del derecho a la defensa y al debido proceso⁸⁴, y su garantía plena es particularmente relevante si se considera que de su ejercicio se deriva la garantía de otros derechos como el de la igualdad de oportunidades e instrumentos procesales⁸⁵. Para la Corte, el principio de igualdad de armas “constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección [86]⁸⁷.

2.2.2.2. Lo anterior está en consonancia con lo que ha sido consagrado en el sistema

⁸² Ver artículo 14, numeral 3º, literal d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 8º, numeral 2º, literales d) y e) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁸³ Sobre la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales, ha dicho la Corte Constitucional: “21. *La doctrina y la jurisprudencia extranjeras han diseñado la teoría del núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales como una garantía constitucional contra su vulneración. El núcleo esencial de un derecho fundamental puede definirse como el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares...// 22. En el proceso de determinación de lo que constituye el núcleo esencial de un derecho fundamental, el juzgador dispone de técnicas jurídicas complementarias. Visto desde la perspectiva de los derechos subjetivos, el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose. Por otra parte, la jurisprudencia de intereses ha diseñado una fórmula según la cual el núcleo esencial del derecho fundamental es aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección*” (sentencia T-426 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁸⁴ [41] Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-507 de 2001 (MP. Álvaro Tafur Galvis); C-131 de 2002 (MP. Jaime Córdoba Triviño. SPV. Rodrigo Escobar Gil); C-228 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. AV. Jaime Araujo Rentería); C-040 de 2003 (MP. Clara Inés Vargas Hernández); C-328 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa); y C-152 de 2004 (MP. Jaime Araujo Rentería. SV. Rodrigo Escobar Gil).

⁸⁵ [42] Sentencia C-617 de 1996 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

⁸⁶ [43] Sentencia C-1194 de 2005 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia C-127 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa.

interamericano de derechos humanos, de acuerdo con el cual el derecho a la defensa material es una garantía de talante eminentemente vertical⁸⁸, y con un enfoque indiscutiblemente dirigido a la prerrogativa que tienen los acusados en un trámite penal, consistente en presentar pruebas y controvertir las que se aduzcan en su contra. Así, en el artículo 8.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se dispuso:

8. Garantías Judiciales

(...)

2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

(...)

f) *derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;...*

2.2.2.3. Como se observa, si bien la jurisprudencia y los cuerpos normativos de derechos humanos suscritos y ratificados por Colombia, han sido prolijos en establecer una delimitación conceptual de lo que se considera como el núcleo definitorio del derecho a la defensa, lo cierto es que dichas definiciones se han circunscrito a las prerrogativas que, por virtud de ese derecho, cobijan a las personas cuya inocencia se encuentra *sub iudice* por virtud del adelantamiento de un proceso, de tal manera que se trata de un derecho que, a primera vista, los particulares ejercen frente al Estado, y no al contrario.

2.2.2.4. Sin embargo, para el suscrito es indudable que, aunque el derecho a la defensa es generalmente predicado en su sentido vertical -como una limitación que los particulares pueden enrostrarle al Estado que los juzga-, lo cierto es que la mencionada prerrogativa tiene vigencia respecto de cualquier interviniente que se vea inmiscuido en un trámite procesal y, en los procesos contencioso administrativos en los que la administración y los particulares acuden en igualdad de condiciones para hacer valer sus respectivos intereses, el referido derecho a controvertir las pruebas, también debe

⁸⁸ Por contraposición al efecto horizontal de los derechos, el cual ha sido caracterizado por la vigencia de los mismos respecto de terceros particulares. Al respecto puede consultarse: Franco V. Diego Enrique, *Obligaciones Civiles y Fuente Constitucional*, en el compilatorio denominado *Memoria: Obligaciones, Contratos, Responsabilidad*, del Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá-2011, p. 216. Allí se dice: “El fenómeno del que venimos hablando, esto es, la aplicación, influencia o eficacia de la fuente constitucional dentro de las instituciones clásicas el derecho privado desde la perspectiva del derecho constitucional, ha sido denominado en Alemania, país donde se estructuró por primera vez la doctrina jurídica, como *Dritwirkung der Grundrechte*, es decir, el efecto frente a terceros o particulares de los derechos fundamentales, también denominado efecto horizontal”.

ser garantizado en las mismas condiciones, tanto al particular como a quien representa los intereses del Estado litigante. En relación con la condición de igualdad de partes que existe en los procesos judiciales que se traban entre los particulares y el Estado, la Corte Constitucional, en la sentencia del 27 de enero de 2004, aseveró:

Empero, cuando el Estado acude ante la jurisdicción contencioso administrativa para la definición de esta responsabilidad derivada del ejercicio de su actividad, la relación jurídica que se traba no es de naturaleza sustancial y no implica el ejercicio de prerrogativas propias del poder público. Las teorías jurídicas que le reconocían una posición privilegiada dentro del proceso, derivadas tales prerrogativas de su condición de soberano, hoy en día han sido revaluadas. El Estado, ahora, acude ante el juez en igualdad de condiciones frente a los particulares, y ello constituye una garantía de la efectividad del control jurídico que compete ejercer a la rama judicial respecto de las otras ramas del poder público...

(...)

11. Así pues, cuando el Estado a través de uno de sus órganos comparece en juicio, lo hace en condiciones de igualdad frente a la contraparte, despojándose entonces de sus prerrogativas especiales. Las normas que gobiernan su situación no son las sustanciales que regulan sus obligaciones, facultades y atribuciones con miras al ejercicio de la función pública y a la realización del interés general, sino otras de naturaleza instrumental que persiguen una finalidad distinta: resolver un conflicto jurídico en torno de su responsabilidad⁸⁹.

2.2.2.5. Así las cosas, es indudable que el derecho a la defensa material, concretamente en su aspecto relacionado con la posibilidad de presentar pruebas y contradecir las que se aduzcan en contra, es una garantía aplicable en igualdad de condiciones a quienes son parte dentro del trámite contencioso administrativo, es decir, respecto de los particulares y el Estado trenzados en litigio. El ejercicio de la mencionada prerrogativa es una condición indispensable para la realización del derecho al debido proceso y, por virtud de la misma, a los intervinientes del proceso les está dado ejercer la defensa de sus intereses con la presentación de pruebas y la formulación de controversias respecto del contenido de los elementos de convicción que han sido presentados por los otros sujetos procesales, incluidas aquellas pruebas testimoniales que hayan sido recaudadas dentro o fuera del trámite contencioso administrativo.

2.2.2.6. Ahora bien, el derecho al debido proceso también involucra la obligación de respetar las formas propias de cada juicio y, en ese orden, si se tiene en cuenta que el Código de Procedimiento Civil estableció que el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 229 *eiusdem* es una condición indispensable para que

⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

puedan ser valorados los testimonios practicados en otro proceso, entonces deberá afirmarse, en principio, que resulta improcedente valorar las declaraciones que hayan sido trasladadas a los procesos de reparación directa, si las mismas no fueron practicadas en el proceso original con audiencia de la parte contra la cual se aducen en el posterior o si, a falta de lo anterior, el testimonio no se ratifica en el nuevo proceso, o si la ratificación no ha sido declinada por las partes trenzadas en litigio.

2.2.2.7. En efecto, al no cumplirse con las formalidades aludidas, la parte contra la que se aduce la prueba no ha tenido la oportunidad de controvertirla en el momento de su recaudación o en el momento de su ratificación, ni ha renunciado expresamente a esa prerrogativa y, en esas condiciones, se considera que si se admite la posibilidad de apreciar y valorar un testimonio obtenido de esa forma, ello implicaría una clara limitación de los derechos a la defensa y al debido proceso que están en cabeza de la parte que, con ese proceder, pueda resultar desmejorada en su posición.

2.2.2.8. La tesis anterior, que constituye la consecuencia de una observación estricta de las normas procesales que rigen el traslado de testimonios rendidos por fuera del proceso, tendrá que ser contrastada con la efectividad del derecho de acceso a la administración de justicia el cual, según las consideraciones que se expondrán en los acápites subsiguientes, puede verse comprometido cuando la aplicación a ultranza de las formalidades adjetivas, implica la imposibilidad jurídica de apreciar las pruebas que reposan dentro del proceso de reparación directa.

2.2.3. En lo atinente al **derecho de acceso a la administración de justicia**, que está consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política⁹⁰, a pesar de que no está contenido en el capítulo del ordenamiento *superior* destinado a la compilación de los derechos fundamentales, ha sido amparado por la vía de acciones de tutela, debido a su indisoluble relación con el derecho fundamental al debido proceso⁹¹. Así, el aludido

⁹⁰ Lo define la Constitución Política en los siguientes términos: “**ART. 229.-** Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de un abogado”.

⁹¹ En palabras de la Corte Constitucional: “Es evidente, entonces, que la interpretación adoptada por los jueces de instancia respecto de la demanda que presentaron varias personas que se consideraban afectadas por un hecho que le imputan al Estado, condujo al absurdo de impedir que la administración de justicia resuelva definitivamente las pretensiones legal y válidamente formuladas. Ese hecho, es claramente contrario a la Constitución, pues como lo ha advertido esta Corporación en múltiples oportunidades, el derecho de acceso a la administración de justicia o también denominado derecho a la jurisdicción, hace parte fundamental del debido proceso porque materializa el valor de justicia, hace efectivo el deber del Estado de administrar justicia y garantiza la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales (preámbulo, artículos 1º y 2º superiores).// En efecto, “el derecho de acceso a la administración

derecho ha sido delimitado por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que el cumplimiento de las providencias judiciales por parte de las autoridades y de los particulares, al tiempo que constituye una garantía de efectividad de los derechos de quienes acceden a la administración de justicia, configura un elemento integrante del derecho fundamental al debido proceso. Ello, de conformidad con lo establecido en los artículos 2º, 29 y 229 de la Constitución Política.

De esta manera, uno de los presupuestos esenciales del Estado Social de Derecho, es el de poder brindarle a los ciudadanos el acceso efectivo a la administración de justicia, lo cual implica (i) la posibilidad de que cualquier persona acuda ante las autoridades judiciales para poner en su conocimiento una situación determinada con el ánimo de obtener la protección o el restablecimiento de sus derechos. Sin embargo, dicha prerrogativa no se agota con el solo acceso, sino que además comprende (ii) la solución de la controversia dentro de un plazo razonable, con la garantía del debido proceso y (iii) el cumplimiento de la orden que en este sentido emita el operador jurídico⁹².

2.2.3.1. De otro lado, la Corte Constitucional ha destacado que el derecho de acceso a la administración de justicia cobra especial relevancia cuando se trata de garantizar a las víctimas de conductas criminales, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, eventos en los cuales debe procurarse que sea efectiva la tutela de las mencionadas garantías, lo que implica, a su vez, que los procedimientos por los cuales

de justicia no se satisface si el juez deja de pronunciarse sobre el asunto sometido a su decisión, quedando éste imprejuizado” [Nota al pie n.º 13 de la sentencia citada: “Sentencia T-231 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Reiterada en la sentencia T-954 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil”], en tanto que consiste en permitir a los particulares acudir al Estado, como único titular del monopolio de la administración de justicia, para resolver los conflictos particulares o la defensa del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, la jurisprudencia constitucional [nota al pie n.º 14: “En este tema, pueden verse, entre muchas otras, las sentencias C-426 de 2002, C-1177 de 2005, C-1194 de 2005, C-1083 de 2005, T-030 de 2005, T-909 de 2006 y T-1222 de 2004”] ha considerado que se viola el derecho de acceso a la administración de justicia y por esa razón puede ser protegido por vía de tutela cuando la ley, la reglamentación, los jueces o sus decisiones, entre otros casos: i) impidan que se profiera una decisión de fondo, ii) cuando establecen trabas irrazonables para acudir a la justicia, iii) no observan los términos procesales sin justificación al respecto, iv) no existieran instrumentos procesales que le permitan a los afectados acudir al Estado para resolver sus conflictos y, v) autoricen conflictos indefinidos, esto es, cuando no respeten la cosa juzgada ni la definición última de un conflicto”.

⁹² Corte Constitucional, sentencia T-345 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. El Consejo de Estado, como juez de tutela, también ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la garantía *ius fundamental* que se viene analizando. Pueden consultarse al respecto las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 11 de febrero de 2008, C.P. Jaime Moreno García, radicación n.º 11001-03-15-000-2007-01349-00(AC), actor: Libia Jiménez Cristancho y otros, demandado: Tribunal Administrativo del Tolima; de la misma Sala la sentencia del 23 de octubre de 2008, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, radicación n.º 08001-23-31-000-2001-00881-01(0730-07), actor: Peirina Lucía Martínez Sierra, demandado: Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla; entre otras.

se encaucen los intereses de las personas perjudicadas, sean expeditos y accesibles, y que en ellos se permita a las víctimas intervenir y se les preste asistencia para que ejerzan su defensa en las mejores condiciones posibles. Así, en relación con el principio de tutela judicial efectiva, la Corte Constitucional ha dejado plasmadas las consideraciones que se citan a continuación:

38. De otra parte, los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre derechos humanos, consagran el derecho de todas las personas a acudir a los procesos judiciales para ser escuchadas con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, para la determinación de sus derechos y obligaciones. De particular relevancia en relación con los derechos de las víctimas, es el artículo 25 de este instrumento que hace parte de la protección judicial a la cual está obligado el Estado. Esta norma consagra el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra violaciones de sus derechos fundamentales (...).

39. A su turno, el Estatuto de la Corte Penal Internacional consagró de manera expresa los derechos de las víctimas a presentar observaciones sobre la competencia de la Corte o la admisibilidad de la causa, a que se haga una presentación completa de los hechos de la causa en interés de la justicia, a ser tratadas con dignidad, a que se proteja su seguridad e intimidad, a que se tengan en cuenta sus opiniones y observaciones, a ser reparadas materialmente y a apelar ciertas decisiones que afecten sus intereses⁹³. Los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la ex Yugoslavia, también contienen disposiciones sobre la protección de víctimas⁹⁴.

⁹³ [41] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. A/CONF. 183/9, 17 de julio de 1998, artículos 19.3., 65.4, 68, 75 y 82.4.

⁹⁴ [42] Estatuto para el Tribunal Internacional para el juzgamiento de personas responsables de graves violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991, artículo 20. Apertura y conducción del proceso. 1. La Cámara de Primera Instancia debe ocuparse de que el proceso sea imparcial y expedito y que la instancia se desarrolle de conformidad con las reglas del procedimiento y de prueba, que los derechos del acusado sean plenamente respetados y que la protección de las víctimas y de los testigos sea debidamente asegurada. Artículo 22. Protección de las víctimas y de los testigos. El Tribunal internacional prevé que sus reglas de procedimiento y de prueba, medidas de protección para las víctimas y los testigos. Las medidas de protección comprenden, como mínimo, las audiencias a puerta cerrada y la protección de su identidad (se destaca).// Estatuto del Tribunal Internacional de Rwanda. Artículo 14. Reglas de procedimiento y de pruebas. A los efectos de las actuaciones ante el Tribunal Internacional para Rwanda, los magistrados del Tribunal Internacional adoptarán las reglas de procedimiento y pruebas aplicables a la etapa preliminar del proceso, al juicio propiamente dicho, a las apelaciones, a la admisión de pruebas, a la protección de las víctimas y testigos y a otros asuntos pertinentes del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia, con las modificaciones que estimen necesarias. Artículo 19. Iniciación y tramitación del juicio. 1. La Sala de Primera Instancia deberá velar porque el procedimiento sea justo, expedito y que se tramite de conformidad con las normas de procedimiento y de pruebas, con pleno respeto de los derechos del acusado y con la consideración debida a la protección de las víctimas y los testigos. Artículo 21. Protección de las víctimas y de los testigos. El Tribunal Internacional para Rwanda, adoptará disposiciones, en sus reglas de procedimiento y de prueba de protección para las víctimas y los testigos. Las medidas de protección comprenden, como mínimo, las audiencias a puerta cerrada y la protección de su identidad.

(...)

41. *Sobre la efectividad del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo (CP, artículos 29 y 229), ha establecido la jurisprudencia que su garantía depende de que éstas puedan intervenir en cualquier momento del proceso penal, aún en la fase de indagación preliminar. Su intervención no solo está orientada a garantizar la reparación patrimonial del daño inferido con el delito, sino también a la satisfacción de sus derechos a la justicia y a la verdad. En ocasiones, incluso la representación de las víctimas en el proceso penal tiene unos cometidos exclusivamente vinculados al goce efectivo de los derechos a la justicia y la reparación. Bajo estas consideraciones la Corte Constitucional estableció una doctrina en la que explícitamente abandonó una concepción reductora de los derechos de las víctimas, fundada únicamente en el resarcimiento económico, para destacar que las víctimas, o los perjudicados con el delito, tienen derecho efectivo al proceso y a participar en él, con el fin de reivindicar no solamente intereses pecuniarios, sino también, y de manera prevalente, para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia [95]96 (negrillas del texto citado).*

2.2.3.2. Como se ve, el derecho de acceso a la administración de justicia, en observancia de la normatividad internacional sobre derechos humanos y del derecho penal internacional, constituye una garantía en virtud de la cual las personas -en especial las víctimas-, tienen derecho a esperar del funcionamiento del aparato jurisdiccional, por lo menos, las siguientes actitudes:

- (i) Que el acceso a la justicia sea lo más fácil posible para los usuarios, de tal forma que las normas procesales sean instrumentadas como mecanismos que propicien que las personas puedan tramitar sus conflictos ante la jurisdicción, y no como obstáculos para el ejercicio de tal prerrogativa. Así, las normas que imponen requisitos para el debido uso de la justicia, deben ser interpretadas siempre en función de la satisfacción de los derechos sustanciales y, en los casos en que la interpretación sea dudosa, debe preferirse siempre aquél sentido de las normas que facilite en mejor medida el acceso al aparato jurisdiccional, con lo cual se proscribe toda postura normativa que implique una aplicación irrazonable de los requisitos procesales.
- (ii) Que los procesos promovidos ante las autoridades jurisdiccionales sean tramitados y resueltos en forma expedita y oportuna, empleando para la sustanciación de las ritualidades procesales, aquellos mecanismos que

⁹⁵ [43] *Esta doctrina fue desarrollada tanto en el ámbito de la justicia penal militar, como de la justicia penal ordinaria. Cfr. Sentencias C-293 de 1995; C-163 de 2000; C-1149 de 2001; C-228 de 2002; C-805 de 2002; C-916 de 2002.*

⁹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-454 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

resulten menos gravosos para los intervinientes del proceso, siempre en observancia del principio de economía procesal.

- (iii) Que los sistemas normativos doten a los intervinientes procesales de herramientas que les permitan controvertir las decisiones asumidas en el curso del proceso, y que dichos recursos puedan ser ejercidos sin la imposición de obstáculos irrazonables, y resueltos de manera pertinente y oportuna.
- (iv) Que los procesos culminen con decisiones que resuelvan de fondo los asuntos promovidos ante la jurisdicción, lo que implica, *a contrario sensu*, que las decisiones inhibitorias deben constituir una posibilidad meramente excepcional. Esto no quiere decir, en modo alguno, que los procesos y peticiones promovidos siempre deban ser resueltos en forma favorable a los peticionarios⁹⁷.
- (v) Que las decisiones que se asuman como culminación de los procesos judiciales sean cumplidas de manera pronta y completa, en respeto y estricta observancia del principio de cosa juzgada. En este punto, sería violatorio del derecho de acceso a la administración de justicia, permitir la perpetuación del proceso con la presentación de sucesivos recursos, o propiciar que se reinicien procesos que ya han sido legalmente concluidos.

2.2.3.3. En lo tocante con el régimen de prueba, la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de precisar que si la aplicación excesivamente rigurosa de la normatividad relacionada con la recaudación y admisibilidad de los medios de convicción, implica la imposibilidad de resolver de fondo el asunto litigioso con base en el material de prueba que reposa en el expediente, o si el fallo se profiere con base una verdad procesal que resulta dudosa frente a la realidad material de los hechos juzgados, entonces tal es una situación que implica una violación del derecho de acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial, por la incursión por parte de juez en lo que la Corte ha dado en llamar un “*exceso ritual manifiesto*”. En sus palabras:

El defecto procedimental en las providencias judiciales, incorpora dos tipos de garantías constitucionales, el derecho al debido proceso y el derecho al acceso a la administración de justicia. En relación con el primer derecho se

⁹⁷ Sobre este aspecto puede consultarse: Saraza J., Rafael, *Doctrina Constitucional Aplicable en Materia Civil y Procesal Civil*, Madrid (España), 1994, p. 41.

produce un defecto procedimental de carácter absoluto cuando el funcionario judicial se aparta del proceso legalmente establecido, ya sea porque sigue un proceso ajeno al autorizado o porque omite una etapa sustancial de éste. En relación con el derecho de acceso a la administración de justicia el defecto se produce, cuando por un exceso ritual manifiesto se entraba este acceso, es decir, cuando “un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia”.

(...)

Frente a la dimensión probatoria del exceso ritual manifiesto y su consecuente relación con el defecto fáctico, en la citada sentencia T-264 de 2009, instaurada a propósito de una acción de responsabilidad civil extracontractual en la que el Tribunal Superior de Distrito Judicial se inhibió para reconocer la indemnización a la demandante dado que ésta no demostró su parentesco con la persona fallecida en un accidente de tránsito, la Corte consideró que “a pesar de que existían en el expediente serios elementos de juicio para generar en el juzgador la necesidad de esclarecer algunos aspectos de la controversia y para concluir que, de no ejercer actividades inquisitivas en búsqueda de la verdad, la sentencia definitiva podía traducirse en una vulneración a los derechos constitucionales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la peticionaria, y en desconocimiento de la obligación de dar prevalencia al derecho sustancial y evitar fallos inocuos, en tanto desinteresados por la búsqueda de la verdad”, en consecuencia la Corte encontró razones suficientes para señalar que al juez civil le asiste el deber de decretar pruebas de oficio, con el objetivo de dar prevalencia al derecho sustancial en las actuaciones judiciales y de materializar el compromiso constitucional que se tiene con la verdad y la justicia, ordenando el juez natural decretar un nuevo periodo probatorio en donde haría uso de sus facultades oficiosas.

(...)

La facultad oficiosa cobra especial relevancia tratándose de la instrucción de procesos, cuando con su omisión se infringen derechos fundamentales, pues la misma debe enderezarse a disipar las dudas que puedan afectar la consistencia y el sentido de la decisión del juez. En el escenario procesal contencioso, tampoco el juez puede actuar como simple espectador dado que el Código Contencioso Administrativo colombiano, a partir de la reforma introducida con la expedición del Decreto Ley 01 de 1984, además de proporcionar una relativa autonomía al régimen probatorio de los procesos que cursan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, destacó el carácter inquisitivo de los mismos, nota distintiva que resulta consustancial a este tipo de regímenes.

Si bien es cierto que los jueces se encuentran vinculados por la restricción del non liquet, la cual les impone el deber de fallar aunque no dispongan de todos los elementos probatorios que acrediten la ocurrencia, o no, de los hechos relevantes para resolver el caso, no lo es menos que al sentenciador no se le puede compeler a decidir un asunto respecto del cual abriga dudas, cuando estas pueden ser superadas para formar su convencimiento...

(...)

De esta manera, si bien en principio la carga de la prueba instituida por la ley corresponde al sujeto que tiene interés en ella, también lo es, que una interpretación sistemática de los artículos del Código Contencioso Administrativo y del Código de Procedimiento Civil al cual remite el estatuto contencioso a través del artículo 267, informa que el juez contencioso no debe desatender el deber de esclarecer oficiosamente la realidad fáctica del

litigio.

Recuerda en este momento la Corte una obviedad, que sin embargo en múltiples ocasiones no es atendida por los operadores jurídicos: la justicia se dirige a los usuarios de la misma, no se destina a los apoderados. El abogado es simplemente un instrumento con conocimiento informado que habilita el uso eficaz de determinadas acciones, cuya asistenta exige la ley con el fin de que los particulares puedan hacer efectivos sus derechos, pero no son éstos los destinatarios de la administración de justicia. Esta observación implica otro elemento que debe tenerse en cuenta en el momento en el que se interpreta la utilización de los poderes oficiosos de los jueces, puesto que, en la medida en que los mismos tengan claridad respecto de los destinatarios de su encargo, podrán cumplir con su misión de privilegiar el derecho sustancial en aras de la consolidación democrática de la Nación.

De todas formas, aunque la facultad oficiosa del juez administrativo para decretar pruebas sirve como medio de búsqueda de la verdad real y esclarecimiento de los hechos, no se puede pretender que se haga uso de éste poder para suplir una exacerbada negligencia de los apoderados respecto de los medios probatorios. Lo anterior quiere decir que no se puede esperar que el juez administrativo decrete pruebas de oficio que pretendan dar cuenta de hechos que las partes no han tenido diligencia en demostrar por otros medios; la prueba de oficio se justifica cuando ella es apta para otorgar al juez certeza respecto de hechos que a pesar de estar insinuados a través de otros medios de prueba no han ofrecido el grado de convicción requerido.

(...)

Como se ha expresado en las consideraciones generales de la presente providencia, los jueces de la República deben desplegar sus poderes oficiosos cuando de los hechos de la demanda se observa con nitidez que su utilización permite dictar justicia sin ataduras formalistas, que solo llevan a vulnerar la confianza legítima que los usuarios tienen en el sistema judicial. En el caso concreto, como también se ha dicho, el caso adquiere mayor nitidez en la medida en que los mismos hechos habían sido estudiados por el mismo Tribunal en otro proceso y en la medida en que la no utilización de los poderes de oficio son reflejo de un desalentador facilismo que deviene en una solución desigual.

En el caso concreto la omisión en la práctica de esta prueba se traduce en un claro exceso ritual manifiesto que lesiona de bulto los preceptos constitucionales que garantizan el acceso a la justicia y la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales. La no prevalencia del derecho sustancial, como falta de compromiso por la búsqueda de la verdad en el proceso, se traduce en una denegación de justicia que favorece fallos inocuos que desconocen la realidad, al tiempo que anega la confianza legítima de los particulares en quienes administran justicia al cambiar de manera injustificada e inesperada su posición frente a un caso idéntico en un limitado espacio de días⁹⁸.

2.2.3.4. Como se observa, es indudable que las normas procesales están instituidas para la garantía de los derechos sustanciales, cometido éste que, a su vez, sólo puede

⁹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-599 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

lograrse si los litigios se resuelven con base en versiones de los hechos que sean lo más fieles posible a la verdad real, de tal guisa que debe preferirse la flexibilización de la ritualidad procesal relacionada con el recaudo probatorio, por sobre la posibilidad de que el caso se solucione absteniéndose el juez de apreciar los medios de convicción obrantes en el litigio, so pretexto de una aplicación rígida e irracional de las formalidades del proceso instituidas para el recaudo de los medios de convicción. Dicha postura no ha sido extraña a los pronunciamientos del Consejo de Estado y, antes bien, en reciente pronunciamiento la Sala Plena de la Sección Tercera precisó:

37. En este caso específico, la Sala encuentra que la exigencia del registro civil de defunción afectaría gravemente el derecho de los demandantes a acceder a la administración de justicia con el fin de que se les indemnice el daño causado porque, aunque se trata de un documento imprescindible para adoptar una decisión de fondo, no puede ser aportado al proceso por los demandantes por la potísima razón de que no existe, y su ausencia tampoco puede ser subsanada por el juez contencioso apelando a las facultades oficiosas que la ley procesal le atribuye en materia probatoria.

(...)

39. Adicional a ello, la Sala considera que si existen otros elementos probatorios, distintos al registro civil de defunción, que acreditan plenamente el hecho del fallecimiento de Martha Cecilia Domicó, el juez no puede simplemente ignorar su existencia pues ello no sólo afectaría el derecho al debido proceso de los demandantes por falta de valoración de la prueba, sino que, además, transgrediría el principio de buena fe y el mandato constitucional que ordena asegurar la prevalencia –en los procedimientos judiciales– del derecho sustancial sobre el derecho formal (CP, artículo 228)⁹⁹.

2.2.3.5. En consonancia con lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que, aunque ni su Estatuto ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos regulan el tema de los requisitos de admisibilidad de la prueba, lo cierto es que, por regla general, en los casos de violaciones de derechos humanos por parte de agentes del Estado o de particulares con su aquiescencia, se presentan para las víctimas dificultades en el recaudo de pruebas las cuales, en la mayoría de los casos, están en manos de las autoridades de quienes se predica la responsabilidad, o han sido ocultadas para evitar el esclarecimiento de la verdad sobre los hechos. Por tal razón, ha dicho el Tribunal interamericano que el procedimiento para la tutela internacional de derechos humanos resulta mucho menos formalista que los sistemas procesales

⁹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera -en pleno-, sentencia del 22 de marzo de 2012, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación n.º 23001-23-31-000-1997-08445-01(22206), actor: Inés Domicó Domicó y otros, demandado: Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional.

internos, en la medida en que la finalidad de la jurisdicción internacional de derechos humanos no es la de establecer responsabilidades individuales, sino la de determinar la verdad sobre los hechos juzgados y, por esa misma vía, lograr una reparación a las víctimas. Esta ha sido la constante establecida desde el primer caso conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos -caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, párrafos 127 a 135- decisión de fondo reiterada por la Corte, entre otros casos, en el de Escué Zapata contra Colombia:

... En principio, corresponde a las partes adjuntar a sus respectivos escritos principales toda la documentación que pretendan hacer valer como prueba, de tal forma que sea conocida por el Tribunal y por las demás partes de manera inmediata. Sin embargo, como la Corte lo ha señalado anteriormente, en cuanto a la recepción y valoración de la prueba, los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que las actuaciones judiciales internas, y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites trazados por el respeto a la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes¹⁰⁰....¹⁰¹.

2.2.3.6. Lo que implica que, bajo la óptica de la guarda y protección de las garantías humanas y fundamentales, el derecho de acceso a la administración de justicia podría verse conculcado cuando se realiza una aplicación excesivamente rigurosa de los requisitos meramente formales, conduciendo a que el juez se abstenga de la apreciación de aquellas pruebas que reposan en el expediente y que son relevantes para la solución del caso concreto. En esa eventualidad, se estaría prefiriendo la vigencia del formalismo ritual por sobre la aplicación de las normas sustanciales, en contravía de uno de los objetivos básicos del proceso judicial, como lo es la consecución de una verdad real que permita la solución del caso concreto con base en los hechos sometidos al juzgamiento, objetivo éste que cobra especial relevancia cuando se trata de juzgar casos que, por su especial afectación de los derechos humanos, serían justiciables ante la jurisdicción internacional para la tutela de tales garantías.

¹⁰⁰ [11] “Cfr. Caso Baena Ricardo y otros, sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C, n.º 72, párrs. 71 y 76; Caso del Penal Miguel Castro Castro, sentencia del 25 de noviembre de 2006, Serie C, n.º 160, párr. 184, y Caso Almonacid Arellano y otros, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, n.º 154, párr. 69”.

¹⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Escué Zapata Vs. Colombia, sentencia de condena sobre el fondo del asunto, fechada el 4 de julio de 2007. Reiterada entre otras en la sentencia del caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela, fechada el 30 de junio de 2009.

2.2.4. Fijada esta dogmática acerca de los derechos concernidos es claro que la determinación de una solución de la tensión surgida no podía formularse en términos abstractos, sino que debía tener en cuenta las características singulares del caso concreto a partir de las cuales debían extraerse las condiciones en las que, según la aplicación de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es constitucionalmente plausible dar prevalencia condicionada a un derecho sobre el otro frente a lo que se está juzgando. Así las cosas, en la ponencia inicialmente presentada, se proponía una descripción de las aristas particulares del caso en los términos que pasan a exponerse.

2.2.4.1. En primer lugar, el caso objeto de análisis corresponde a la muerte de una persona en manos del Ejército Nacional, en un contexto en el que se discute una grave violación a los derechos humanos, concretamente una ejecución extrajudicial, lo que le da una vocación de justiciabilidad ante la jurisdicción internacional de derechos humanos, y en donde además de la indemnización de perjuicios, tiene gran relevancia el derecho a la verdad, la justicia y la reparación integral.

2.2.4.2. En segundo lugar, la investigación penal de los hechos materia de litigio corrió a cargo de la jurisdicción penal militar, quien se limitó a analizar aquellos aspectos que tienen algún interés para el decoro y la disciplina militares y, por tanto, recogió únicamente las versiones de los militares participantes en las operaciones, pero se abstuvo de recibir las declaraciones de personas particulares, situación ésta en la cual las decisiones se asumieron con base en versiones unidimensionales de los acontecimientos. Esta es la principal razón por la que los únicos testimonios que eventualmente podrían favorecer las pretensiones de los demandantes, recopilados por la Procuraduría General de la Nación, no satisfacen los presupuestos formales relacionados con la ratificación, contradicción y traslado, condiciones en las cuales resultaría a todas luces injusto hacer recaer sobre la víctima las consecuencias adversas de una investigación penal militar precariamente adelantada.

2.2.4.3. También debe tenerse en cuenta que en el presente caso las pruebas fueron decretadas por el juez contencioso varios años después de la ocurrencia de los hechos, situación en la que es indiscutible lo difícil que para la parte interesada resultó ubicar a los mismos testigos que rindieron su declaración ante la Procuraduría General de la Nación, obstáculo éste que quedó evidenciado cuando, solicitada la ratificación de los

testimonios en la demanda, y decretados nuevamente los mismos por el Tribunal de primera instancia, las respectivas audiencias de recepción de las declaraciones fracasaron debido a la inasistencia de los testigos. Es importante mencionar que la vicisitud aquí aludida sí fue tenida en cuenta en el texto de la providencia mayoritariamente adoptada por la Sala.

2.2.4.4. Igualmente, debe recordarse que los presupuestos formales establecidos en el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil para el traslado de los testimonios, tienen sentido para efectos de salvaguardar el derecho a la defensa de las personas que aparecen como partes dentro de un determinado proceso, de tal forma que cuando uno de los extremos de la *litis* es la Nación representada a través de alguna de sus entidades, entonces es plausible afirmar que, si la prueba trasladada fue practicada por otra entidad también del orden nacional, entonces no le es dable a la Nación -como parte procesal- aducir con base en el aludido precepto procesal la carencia de validez del medio de convicción, pues es claro que la parte tuvo audiencia en la recopilación del mismo y pudo haber ejercido su derecho de contradicción a través de la entidad nacional que intervino en su recaudación, lo que ocurre -por ejemplo- cuando se pretende hacer valer frente al Ministerio de Defensa-Ejército Nacional un testimonio recaudado por la Procuraduría General de la Nación pues, si se hubiera llevado a cabo una investigación seria y coordinada por las entidades nacionales en conjunto¹⁰², la declaración juramentada habría sido conocida conjuntamente por las autoridades que tenían la función de adelantar la investigación sobre los hechos, sea en el ámbito penal o en el disciplinario.

2.2.5. Expuestas las condiciones normativas y fácticas del caso, se constata que la regla que establece exigencias para la validez de testimonios trasladados, apoyada en el derecho al debido proceso, impone una restricción excesiva al derecho de acceso a la administración de justicia; o lo que es lo mismo, dadas las circunstancias del caso, la maximización de éste derecho se impone condicionalmente al derecho de contradicción de la demandada en un contexto de ponderación, en el que si bien el derecho de defensa se ve limitado por el de acceso a la administración de justicia, ambos derechos perviven, conforme al siguiente juicio de proporcionalidad estricto:

¹⁰² Tal como lo ordena el artículo 113 de la Constitución Política al decir que “*Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines*”.

2.2.5.1. En primer lugar, el **fin perseguido** con dicha limitación es constitucionalmente legítimo, pues se trata de garantizar el derecho de las víctimas a acceder a la administración de justicia en condiciones que sean propicias para que pueda conocerse la verdad real sobre los asuntos que se someten al estudio de la jurisdicción contenciosa y, en caso de ser procedente, para que obtengan la reparación que sea adecuada. Igualmente, se busca establecer si alcanzan grado de verdad las imputaciones relacionadas con graves violaciones a los derechos humanos que, de resultar ciertas, obligarían al Estado a adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar la no repetición de los hechos reprochados.

2.2.5.2. En segundo orden, la limitación del derecho de defensa es un **medio adecuado** para poder garantizar que en determinado proceso aflore la verdad real sobre unos hechos y, por esa misma vía, para que se logre la reparación a favor de las víctimas, pues sólo si se aprecian integralmente todas las pruebas arrojadas al proceso, podrá proveerse de forma correcta para resolver el litigio. Como se dejó visto en las consideraciones precedentes, el esclarecimiento de la verdad real es uno de los aspectos definitorios del derecho de acceso a la administración de justicia, el cual se encuentra exacerbado en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, según lo han dicho la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus respectivas jurisprudencias.

2.2.5.3. En tercer lugar, **la medida es necesaria**, pues el sentido del fallo en un caso como el presente, depende de las pruebas que aquí se pretenden trasladar y conocida es la dificultad para que las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos recauden las pruebas que soporten sus alegaciones. Así, es plausible considerar que la ausencia de apreciación de ciertas pruebas implicaría dar la espalda a la verdad del caso, y ya se ha dicho que cuando el Estado se ve involucrado en hechos que pueden constituir conductas violatorias de derechos humanos, las investigaciones criminales y disciplinarias correspondientes recaen sobre entidades estatales, que tienen en su poder las pruebas que requieren las víctimas para hacer valer sus derechos, lo que hace difícil un recaudo probatorio que, casi siempre, depende de la colaboración de las entidades y de los sujetos activos de los hechos dañosos.

2.2.5.4. Finalmente, en punto de la **proporcionalidad *strictu sensu***, la limitación del derecho de defensa no implica, en modo alguno, una afectación de su núcleo esencial,

por varias razones: en primer lugar, la valoración de las aludidas pruebas trasladadas del expediente de la Procuraduría General de la Nación, no desconoce la que corresponda a las existentes en el proceso de la justicia penal militar; es decir, el derecho de contradicción de la demandada está igualmente garantizado con la presentación de otras pruebas con las que puede controvertir el contenido de los testimonios trasladados. En segundo lugar, no debe olvidarse en todo caso, que la Procuraduría es parte de la Nación y, conforme a lo explicado no le es dable a las entidades del orden nacional aducir que dichas pruebas han sido recaudadas sin su audiencia, pues la persona jurídica demandada siempre estuvo presente en el recaudo de los testimonios. Por último, también hay que recordar que el ordenamiento procesal civil consagra la posibilidad de que las partes capitulen la posibilidad de controvertir el testimonio, por lo que no se observa razón alguna que impida limitar el derecho a la contradicción de la prueba, en los casos en que se trata de dar total vigencia a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

2.2.5.5. En el orden de ideas expuesto, se concluye que una eventual limitación del derecho a la defensa material -consistente en la posibilidad de controvertir pruebas- en aras de dar total eficacia a los derechos de las víctimas a la verdad y la reparación, cumple con los criterios de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad, toda vez que: (a) no implica la supresión de alguno de los principios constitucionales en colisión, (b) busca proteger la eficacia de un interés jurídico avalado por la Constitución Política, (c) es eficaz en la búsqueda de esa finalidad y, además, (d) los beneficios obtenidos con la maximización de uno de los derechos en colisión -el acceso a la administración de justicia-, son mayores a los costos erogados con la limitación del otro -el debido proceso-.

2.2.6. Así entonces, la **ley de la colisión** que habría solucionado la tensión de principios en el caso concreto, es la siguiente: en tratándose de (i) graves violaciones a los derechos humanos -como lo es el estudio de la eventual comisión de una ejecución extrajudicial- imputables a la Nación, (ii) hecha la investigación judicial de los hechos por la justicia penal militar de manera precaria y descoordinada, (iii) practicadas las pruebas por la Procuraduría General de la Nación en calidad de organismo que igualmente hace parte del ente demandado -la Nación- y (iv) ante la posibilidad normativa de enervar la ratificación de los testimonios trasladados, entonces lo procedente es dar prevalencia al derecho de acceso a la administración de justicia en procura del esclarecimiento de la verdad real sobre los acontecimientos, lo que implica

una limitación -que no supresión- del derecho a la defensa de la parte contra la que pretende hacerse valer la prueba. La consecuencia de dicha regla en el *sub iudice* comporta la plena valoración las declaraciones juramentadas rendidas ante la Procuraduría General de la Nación, las cuales fueron trasladadas al presente trámite contencioso administrativo sin que fueran materia de ratificación y sin que éste requisito fuera de común acuerdo omitido por las partes.

3. En los términos anteriores, dejo manifestados los motivos de mi parcial discrepancia con la motivación de la decisión mayoritariamente adoptada por la Sala, la cual es compartida en sus decisiones y demás consideraciones.

Atentamente,

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Fecha *ut supra*

ACLARACION DE VOTO DEL DR. ENRIQUE GIL BOTERO

SISTEMA DE ALIGERAMIENTO PROBATORIO EN DERECHOS HUMANOS - Prueba de la muerte según los estándares probatorios de la CORTE IDH

La providencia parte de una falsa premisa que consiste en creer que las reglas procesales del traslado de la prueba testimonial (art. 229 del C.P.C.), hacen nugatorio el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia. De ser así, la Corte Constitucional tendría que retirar del ordenamiento jurídico esas disposiciones, y todo el análisis anterior sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado era irrelevante y sobraba, ya que se parte del supuesto de que las normas procesales sobre la ratificación vulneran un principio constitucional. Lo cierto es que esas disposiciones formales, propias de cada juicio según el debido proceso, no vulneran o limitan el principio de acceso efectivo a la administración de justicia. Contrario a lo precisado en la sentencia, los escenarios de exceso ritual manifiesto, que han sido decididos por la Corte Constitucional, se refieren a la posibilidad que tenía el Juez Contencioso de decretar pruebas de oficio. De manera que, al haberse negado a su decreto y práctica, incurre en la mencionada vía de hecho. La Corte nunca ha señalado que las reglas de ratificación probatoria sean constitutivas de exceso ritual manifiesto. De serlo, la misma argumentación que se plantea en este proyecto sería trasladable al ámbito civil, laboral, penal, etc., ya que las citadas disposiciones serían inconstitucionales y nugatorias del principio de acceso a la administración de justicia. No es posible aplicar los estándares probatorios de la Corte IDH, en Colombia, porque en el ámbito internacional rige la libertad probatoria y se valoran todos los medios de convicción allegados, sin importar las formalidades. A diferencia, en el marco interno, desde la propia Constitución Política

se defienden las formas y reglas propias de cada juicio, que integran el núcleo esencial del debido proceso.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 229

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 41001-23-31-000-1994-07654-01(20601)

Actor: MARIA DEL CARMEN CHACON Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACLARACION DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales si bien, comparto la decisión adoptada el 11 de septiembre del año en curso, me aparto de varias de las conclusiones y criterios expuestos en la parte motiva de la providencia.

2. Razones y fundamentos de la aclaración

2.1. A diferencia de lo sostenido en la sentencia, considero que el hecho de que la Nación sea una, no significa que el derecho de defensa y al debido proceso se concentren en la persona jurídica. Cada entidad tiene derecho a defenderse de las pruebas que obran en el proceso, y a controvertir las pruebas trasladadas, por consiguiente este no puede ser un argumento válido para sostener la tesis del

aligeramiento probatorio en eventos en que el daño consiste en la violación grave a derechos humanos.

2.2. La determinación de si se aligera o no el esquema probatorio, no es un problema de ponderación, se trata de un aspecto de reglas de derecho que debe ser solucionado a través de los criterios hermenéuticos aplicables para las mismas y con principios que se armonicen con ellas.

2.3. Jamás, al menos para mi, unos alegatos de conclusión, o un memorial presentado por una de las partes podría entenderse como el documento idóneo que supla el requisito a que se refiere el artículo 229 del C.P.C.

2.4. El principio de lealtad y de valoración del comportamiento tiene mucho sentido tratándose de documentos en copia simple o que no cumplen las formalidades del traslado, ya que han obrado a lo largo del proceso, y las partes, por lo tanto, los han podido controvertir, tachar de falsos, objetar, etc.

No obstante, con el testimonio o las declaraciones de parte, no ocurre lo mismo, ya que la parte no tiene la posibilidad de controvertir lo que ha sido vertido por el declarante en otro proceso. Es decir, no existe de ningún modo contradicción de la prueba.

2.5. Considero que la providencia parte de una falsa premisa que consiste en creer que las reglas procesales del traslado de la prueba testimonial (art. 229 del C.P.C.), hacen nugatorio el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia. De ser así, la Corte Constitucional tendría que retirar del ordenamiento jurídico esas disposiciones, y todo el análisis anterior sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado era irrelevante y sobraba, ya que se parte del supuesto de que las normas procesales sobre la ratificación vulneran un principio constitucional. Lo cierto es que esas disposiciones formales, propias de cada juicio según el debido proceso, no vulneran o limitan el principio de acceso efectivo a la administración de justicia.

2.6. Contrario a lo precisado en la sentencia, los escenarios de exceso ritual manifiesto, que han sido decididos por la Corte Constitucional, se refieren a la posibilidad que tenía el Juez Contencioso de decretar pruebas de oficio. De manera que, al haberse negado a su decreto y práctica, incurre en la mencionada vía de hecho. La Corte nunca ha señalado que las reglas de ratificación probatoria sean constitutivas de exceso ritual manifiesto. De serlo, la misma argumentación que se plantea en este proyecto sería

trasladable al ámbito civil, laboral, penal, etc., ya que las citadas disposiciones serían inconstitucionales y nugatorias del principio de acceso a la administración de justicia.

2.7. No es posible aplicar los estándares probatorios de la Corte IDH, en Colombia, porque en el ámbito internacional rige la libertad probatoria y se valoran todos los medios de convicción allegados, sin importar las formalidades. A diferencia, en el marco interno, desde la propia Constitución Política se defienden las formas y reglas propias de cada juicio, que integran el núcleo esencial del debido proceso.

En estos términos dejo sustentada mi posición.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

ACLARACION DE VOTO DE LA DRA. STELLA CONTO DIAZ DE DEL CASTILLO

LIBERTAD DE LOS MEDIOS PROBATORIOS Y DE VALORACION RACIONAL - Principios constitucionales y régimen legal

Descendiendo al ámbito legal, los estatutos procesales administrativo y civil fundan el régimen probatorio en principios generales que no pueden ser soslayados en orden a la utilización de los medios de prueba: i) de eficacia de los derechos sustanciales, ii) de libertad de los medios probatorios, iii) del control de la prueba y v) de la libre valoración racional o libre convicción del juez. (...) En virtud del principio de libertad de los medios probatorios, la ley procesal civil admite como prueba cualquiera que sea útil para el convencimiento del juez, bien sea que se trate i) de las previstas en ese estatuto, tales como -pero sin limitarse a- las directas, esto es, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, la confesión, el dictamen judicial, la inspección judicial y las indirectas, como los indicios y las presunciones o ii) de cualquier otro medio no previsto en la codificación procesal civil, con independencia de las antes relacionadas. (...) De conformidad con las disposiciones bajo análisis, es dable concluir que en el régimen probatorio de los juicios administrativos se concibe como prueba jurídica cualquier medio contentivo de información que sea útil para la formación del convencimiento del juez. Por su parte, el principio del control de la prueba se edifica sobre las distintas normas constitucionales y legales que integran el debido proceso y el derecho a la defensa, orientadas a la admisión, práctica, valoración y contradicción de los medios probatorios en cada una de esas etapas. (...) En el ámbito de la contradicción el control de las pruebas debe garantizar que la parte pueda i) conocer de antemano las que se pretende hacer valer en su contra y discutir su admisión; ii) participar en su formación y en todo caso en su contradicción, según la forma propia y atendiendo a su admisibilidad legal, de manera que se le debe permitir contrainterrogar en el mismo momento o posteriormente, solicitar ampliaciones, complementaciones, aclaraciones, ratificaciones o reconocimientos, tachar, recusar, etc., cuando su intervención resulte posible y, de no ser ello así, aportar otros medios probatorios de cara a desvirtuar los hechos de que dan cuenta las practicadas y iii) ejercer los recursos y acciones judiciales orientados a

impugnar la valoración probatoria en que se funda la decisión. (...) La integración de estos principios rectores del régimen probatorio permite a la Sala concluir que, de cara a una decisión justa, garante de la eficacia de los derechos de las partes, el ordenamiento jurídico ha dotado a los juicios administrativos de una amplia libertad de admisión, formación y valoración de los medios probatorios, por cuya virtud le corresponde al juez utilizar todas las fuentes de información disponibles con el fin de formar su convencimiento sobre la verdad de los hechos respecto de los que habrá de impartir justicia. Sin que, en observancia de las formas legales dispuestas para la práctica de algunas pruebas reguladas en el estatuto procesal civil o en cualquier otro, le esté dado anular en todo caso su potestad de amplia admisibilidad y libre valoración racional, pues una restricción en tal sentido comporta una indebida limitación del derecho fundamental de acceso a la justicia.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 175 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 176 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 187 / CODIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTICULO 176

PRUEBA TESTIMONIAL - Al juez le asiste el deber general de valorarla. La excepción es la ratificación

En lo que tiene que ver con la prueba testimonial, desde la adopción del estatuto procesal civil mediante el Decreto ley 1400 de 1970, está previsto que puede allegarse al proceso, al menos, por cualquiera de estas formas: a) vertida ante el juez, caso en el cual puede (i) oírse directamente al testigo dentro del proceso en el que se pretende hacer valer –arts. 220 y 227-, (ii) trasladarse el testimonio recibido en otro proceso – arts. 229 y 185- y (iii) recepcionarse extraprocesalmente con citación de la parte contraria, o sin su intervención cuando circunstancias como la avanzada edad o la grave enfermedad así lo ameritaban –art. 298- (la Ley 1395 de 2010 eliminó este condicionamiento) o b) contenida en documento declarativo, recayendo inicialmente la carga de pedir la ratificación sobre la parte que lo trajo al proceso –art. 277-, en tanto que el Decreto ley 2651 de 1991 ordenó al juez valorar las declaraciones extraprocesales sin necesidad de ratificación, “salvo que la parte contra la cual se aducen solicite su ratificación de manera expresa” –art. 22-.Específicamente, en lo relativo al testimonio extraprocesal, dispuso inicialmente el citado Decreto ley 1400 de 1970 –se destaca-: (...) De conformidad con estas disposiciones, la declaración del tercero a través de documento privado no estaba condicionada a que se tratara de personas de avanzada edad o gravemente enfermas, ni a que se hiciera con intervención de la parte contra la que se pretende hacer valer, pues estas exigencias se dispusieron específicamente para el testimonio extraprocesal rendido ante el juez, quedando, entonces, subordinado el valor probatorio del documento declarativo privado solamente a la ratificación, al punto de que esa misma normatividad dispuso cómo hacerla en el proceso, en caso de muerte del testigo otorgante. Con la reforma introducida por el Decreto 2289 de 1989 a los citados artículos 229, 277 y 298 del Decreto 1400 de 1970 se mantuvo la regla general de la ratificación, para efectos de valorar las declaraciones vertidas por terceros en sus documentos y se reiteró que los testimonios extraprocesales rendidos ante el juez por personas gravemente enfermas con citación de la parte contraria no debían ser ratificados, pese a que con este cambio legislativo se dio a entender que solamente eran admitidos con valor probatorio los documentos declarativos privados que contuvieran los testimonios rendidos en otro proceso o extraprocesalmente, ante el juez por personas gravemente enfermas. (...) El Decreto ley 2651 de 1991, expedido con el fin de adoptar normas para descongestionar los despachos judiciales, modificó sustancialmente las disposiciones bajo análisis, al establecer como deber general del juez el de valorar el testimonio de contenido declarativo vertido por terceras personas en cualquier documento, aportado con o sin la

intervención de la parte contraria y al convertir la ratificación en un trámite excepcional, procedente cuando así lo solicite la persona contra quien se pretenda hacer valer la prueba, en el proceso. (...) los documentos que dan cuenta de los testimonios rendidos ante el juez por terceras personas en otro proceso o extraprocesalmente sin la intervención de la parte contra quien se aducen, deben regirse por el artículo 22 del Decreto 2651 de 1991, cuyas disposiciones no exigen la ratificación como regla general, ni limitan la declaración extraprocesal al caso de personas gravemente enfermas, como sí lo hacían los artículos 229, 227 y 299 del Decreto 1400 de 1970, modificados por el Decreto 2289 de 1989. Normas estas últimas que, por ser anteriores y contrarias a la nueva normatividad, quedaron derogadas en lo relativo a la exigencia general de la ratificación y a la limitación del valor probatorio de los documentos contentivos de declaraciones extraprocesales, de conformidad con el artículo 3º de la Ley 153 de 1887. Pero es que, además, nada justifica que las declaraciones vertidas en documentos otorgados directamente por terceras personas sin intervención del juez puedan ser ratificadas, de conformidad con el artículo 22 del Decreto 2651 de 1991 y que, por el contrario, las rendidas ante el despacho judicial sin la intervención de parte contra quien se aducen no puedan ser pasibles de ese trámite, pues, habiendo revestido esta última norma de valor probatorio a los documentos extraprocesales de contenido declarativo, no es posible sostener la vigencia de las limitaciones dispuestas por el artículo 298 del Decreto 1400 de 1970 modificado por el Decreto 2289 de 1989 para este tipo de declaraciones. Bajo el régimen del artículo 22 del Decreto ley 2651 de 1991 resulta claro que la ratificación del documento de contenido declarativo tiene como fin garantizar su contradicción (...) no resulta posible partir del supuesto normativo de que la regla general en materia de la prueba testimonial trasladada continúa siendo la ratificación, pues las normas en las que se sustentaba esa exigencia fueron modificadas por el artículo 22 del Decreto ley 2651 de 1991, cuyas disposiciones fueron establecidas como legislación permanente en el numeral 2º del artículo 10 de la Ley 446 de 1998. De donde el valor de la prueba testimonial trasladada al proceso contencioso administrativo sin ratificación no deriva de excepciones fundadas en la autonomía de la voluntad privada de las partes y el principio del colaboración armónica, a los que acudió la posición mayoritaria, sino del deber general que la ley le impuso al juez de valorar los documentos declarativos provenientes de terceros, siendo lo excepcional la ratificación, cuando la parte contra quien se pretende hacer valer manifieste expresamente su intención ejercer el derecho a controvertir esta prueba mediante la formalidad de la ratificación.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1400 DE 1970 - ARTICULO 185 / DECRETO LEY 1400 DE 1970 - ARTICULO 220 / DECRETO LEY 1400 DE 1970 - ARTICULO 227 / DECRETO LEY 1400 DE 1970 - ARTICULO 229 / LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 3 / DECRETO LEY 2651 DE 1991 - ARTICULO 22 / DECRETO 2289 DE 1989 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 10 NUMERAL 2

LIBERTAD DE LOS MEDIOS PROBATORIOS Y DE LIBRE VALORACION RACIONAL - La indagatoria es un elemento probatorio válido. No le resulta posible al juez excluirla sin fundamento legal

Sobre la indagatoria, atendiendo a su naturaleza mixta, cabe precisar que se trata de un medio de defensa y una prueba propia del proceso penal, que no puede tomarse como testimonio o declaración de parte, pues no cumple los requisitos exigidos para darle esa calidad; empero, se trata de un elemento de prueba que, como tal, vale en los juicios civiles y administrativos, así no se relacione, defina y regule en el Código de Procedimiento Civil. Para el efecto, basta que se hubiere recepcionado con el cumplimiento de los requisitos del Código de Procedimiento Penal y que en los asuntos civiles y contenciosos se haya practicado y sometido a contradicción como corresponde. (...) la indagatoria rendida en el proceso penal no puede ser valorada en

el juicio contencioso administrativo, como testimonio, en tanto no se rinde bajo la gravedad del juramento en diligencia que se permita el contrainterrogatorio, criterio que compartimos, pues, efectivamente, la indagatoria, en cuanto difiere del testimonio, no puede valorarse como si lo fuera. Lo que, a mi juicio, no comporta la imposibilidad absoluta de atribuirle mérito probatorio a la indagatoria como elemento de convicción, conforme a las citadas disposiciones del Código de Procedimiento Civil. (...) la indagatoria es un elemento de convicción que, en cuanto difiere del testimonio, no puede ser valorado como tal; empero, en aplicación de los principios de la libertad de medios probatorios y de la libre convicción del juez, de ello no se sigue que no pueda ser apreciado, de ninguna manera. (...) La indagatoria no es una prueba prohibida; por el contrario, se trata de un elemento de persuasión válidamente aceptado en el ordenamiento jurídico, así su regulación se encuentre en el Código de Procedimiento Penal exclusivamente. De donde, prima facie, puede ser utilizado, en cuanto sirve lógicamente para probar un hecho. (...) En tanto la indagatoria es un medio probatorio de obligatoria recepción en las causas criminales, se puede trasladar a los juicios administrativos, en los que se apreciará sin más formalidades que las mismas que la acompañan en la investigación penal, con el lleno de los requisitos establecidos para el traslado y cumpliendo las oportunidades que permiten su contradicción, como lo dispone expresamente el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil. (...) En tanto la indagatoria es una prueba con su propia individualidad, su control no puede reconducirse exclusivamente por los cauces de la contradicción de otros medios probatorios. En consecuencia, así como resulta dable sostener que carece de mérito probatorio porque no se recibe bajo juramento, tampoco es viable afirmar que no se admite porque no puede contradecirse en la misma oportunidad, como sucede con otras. (...) siendo la indagatoria una fuente de información de obligatoria recepción en los procesos penales, con individualidad propia en lo que tiene que ver con su práctica y contradicción, debe reconocérsele su mérito probatorio, como lo exigen los derechos fundamentales de acceso a la justicia y a probar, los principios de prevalencia del derecho sustancial, de libertad de medios probatorios, de contradicción, de libre valoración racional de la prueba y la demás normatividad que rige en materia probatoria, para lo cual, además, no resulta ajena al deber de ser valorada en conjunto con los demás elementos de convicción y con arreglo a los criterios rectores de la sana crítica.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 185

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 41001-23-31-000-1994-07654-01(20601)

Actor: MARIA DEL CARMEN CHACON Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACLARACION DE VOTO

En esta oportunidad, no obstante la unanimidad de la suscrita Consejera sobre la decisión adoptada, debo reiterar mi desacuerdo con los criterios de la Sección Tercera, conforme con los cuales i) unificó la jurisprudencia en torno a que la prueba testimonial trasladada solamente puede ser valorada por el juez de lo contencioso administrativo en tanto sean ratificada, de conformidad con las exigencias del artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, salvo en los casos en que las partes de común acuerdo hayan convenido en la omisión de ese requisito o se trate de aquellos testimonios que por ser rendidos ante una entidad estatal con el lleno de los requisitos legales se pueden hacer valer en un juicio contra la Nación, en virtud del principio de colaboración armónica y ii) la indagatoria trasladada de los procesos penales no puede ser objeto de valoración, en tanto no puede asimilarse a la prueba testimonial, se rinde sin la formalidad de juramento y no puede ser objeto de ratificación.

En criterio de la suscrita, de conformidad con las exigencias de la eficacia de los derechos fundamentales de acceso a la justicia y a probar, de los principios de prevalencia del derecho sustancial, de libertad de medios probatorios, de contradicción y de libre valoración racional de la prueba, que desde la Constitución Política y la demás normatividad rigen su valor probatorio, incluidas las reformas al estatuto procesal, i) la regla general de la ratificación de los testimonios, prevista en las disposiciones del artículo 229 del Código de Procedimiento Civil de 1970, fue sustituida por el deber general impuesto al juez de valorar cualquier documento de contenido declarativo allegado al proceso, impuesto por el artículo 22 del Decreto ley 2651 de 1991, para el caso los testimonios rendidos ante autoridad por fuera del proceso contencioso administrativo, sin sujeción a la ratificación, salvo cuando la parte contra la que se pretenden hacer valer hubiere exigido esa formalidad y ii) con independencia de la certeza que ofrecen los demás elementos probatorios sobre el daño y las irregularidades en la actuación de los agentes estatales que ameritan imputarle la responsabilidad a la demandada, conjuntamente debieron valorarse las indagatorias rendidas en el proceso penal, como expongo enseguida.

1. Principios constitucionales y el régimen legal de la libertad de los medios probatorios y de valoración racional

La Constitución Política garantiza el acceso a la justicia¹⁰³ y la facultad de probar¹⁰⁴ como derechos fundamentales orientados a asegurar la efectividad de los principios, derechos y deberes, la convivencia pacífica, la vigencia de un orden justo y la primacía

¹⁰³ Conforme al artículo 229 Constitucional, “[s]e garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

¹⁰⁴ El artículo 29 Constitucional garantiza a toda persona el derecho “...a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”.

de los derechos inalienables de las personas¹⁰⁵, con prevalencia del derecho sustancial¹⁰⁶.

En ese orden, desde la carta fundamental el acceso a la justicia no puede entenderse simplemente como la posibilidad formal de que las personas acudan ante la jurisdicción en pos de cualquier decisión que ponga fin a sus controversias, sino que exige al juez trascender al ámbito material de la eficacia de los derechos, libertades y demás intereses jurídicamente protegidos. Imperativo por cuya virtud le corresponde al juzgador acudir a las distintas fuentes de información que le permitan la convicción sobre la verdad de los hechos en procura de una decisión justa; por la insuperable razón de que, conforme a las reglas universales de la justicia, *veritas, non auctoritas, facit iudicium* -es la verdad y no la autoridad la que hace al juicio-, de donde se sigue, por contera, que una justicia sin verdad resulta tan arbitraria como un sistema sin garantías sustanciales ni procesales.

En línea con estos fundamentos, se erige como regla general que las normas procesales deben ser aplicadas con criterios racionales y flexibles de cara a la utilización de cualquier medio probatorio, en tanto encaminado a la verdad de los hechos en que deben fundarse las decisiones y la eficacia material de los derechos, sin restricciones más allá de las que expresamente prevé el ordenamiento, con fundamento en las garantías del debido proceso y la defensa.

Descendiendo al ámbito legal, los estatutos procesales administrativo y civil fundan el régimen probatorio en principios generales que no pueden ser soslayados en orden a la utilización de los medios de prueba: i) de eficacia de los derechos sustanciales, ii) de libertad de los medios probatorios, iii) del control de la prueba y v) de la libre valoración racional o libre convicción del juez.

Efectivamente, en lo relativo a las pruebas en los juicios ante esta jurisdicción, el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo dispone la aplicación de las normas del procedimiento civil “...en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”.

Manda el artículo 4º de este último estatuto que **“[a]l interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”** y, conforme con el artículo 2º del Código General del Proceso, **“[t]oda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable (...)”**. Normas que, por venir enmarcadas en los cánones constitucionales atrás citados, constituyen unos de los contenidos principales del derecho fundamental de acceso a la justicia.

105 Así lo impone la Constitución Política –se destaca–: **“[s]on fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”** –art. 2º- y **“[e]l Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona”** –art- 5º.

106 Preceptúa el artículo 228 Constitucional, que **“[l]a Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial”** –se destaca-

En virtud del principio de libertad de los medios probatorios, la ley procesal civil admite como prueba cualquiera que sea útil para el convencimiento del juez, bien sea que se trate i) de las previstas en ese estatuto, tales como -pero sin limitarse a- las directas, esto es, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, la confesión, el dictamen judicial, la inspección judicial y las indirectas, como los indicios y las presunciones o ii) de cualquier otro medio no previsto en la codificación procesal civil, con independencia de las antes relacionadas¹⁰⁷.

En efecto, se tiene, al tenor de las siguientes disposiciones del Código de Procedimiento Civil –se destaca-:

*ARTÍCULO 175. MEDIOS DE PRUEBA. **Sirven como pruebas**, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios **y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.***

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio.

ARTÍCULO 176. PRESUNCIONES ESTABLECIDAS POR LA LEY. Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados.

El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.

Disposiciones que vienen contenidas con similar alcance en los artículos 165 y 166 del Código General del Proceso¹⁰⁸.

El principio de libertad de los medios probatorios, en los términos de las disposiciones bajo análisis, comprende la máxima amplitud de admisibilidad y eficacia de la prueba, salvo los casos de tasación legal –prueba o tarifa legal- como está dispuesto, v. gr., en lo relativo al registro civil de las personas, de los negocios jurídicos solemnes y, en general, de los actos jurídicos con *solemnitatis ad substantiam* dispuestas por la ley o por acuerdo de voluntades. Libertad y amplitud que de plano descartan el criterio de interpretación taxativo o restrictivo, basado en las formas legales que rigen la práctica o formación de alguno de los medios de prueba o en la carencia de normas que regulen específicamente su eficacia, pues, además, es evidente que esta última emana directamente de las disposiciones del artículo 175 en cita.

De conformidad con las disposiciones bajo análisis, es dable concluir que en el régimen probatorio de los juicios administrativos se concibe como prueba jurídica cualquier medio contentivo de información que sea útil para la formación del convencimiento del juez.

¹⁰⁷ En la doctrina se denomina “atípicas” o “inominadas” a “las pruebas no reguladas por la ley”, en tanto se designa como “típicas” a aquellas con formas legales preestablecidas. Cfr. Taruffo, Michele; “[[La prueba de los hechos]”, Editorial Trotta; traducción de Jordi Ferrer Beltrán; Madrid, 2002; páginas 403 y siguientes.

¹⁰⁸ Que, igualmente, regirán desde el 1º de enero de 2014, al tenor de lo dispuesto en el artículo 627, numeral 6, *ibidem*.

Por su parte, el principio del control de la prueba se edifica sobre las distintas normas constitucionales y legales que integran el debido proceso y el derecho a la defensa, orientadas a la admisión, práctica, valoración y contradicción de los medios probatorios en cada una de esas etapas.

Así, el control se orienta a verificar i) su legalidad -que no esté expresamente prohibida por el ordenamiento-, oportunidad, utilidad y pertinencia, en lo relativo a la admisión de la prueba; ii) que su formación e introducción al proceso haya seguido los cauces lícitos, en lo que toca a su práctica y iii) que las partes puedan expresar *ex ante* al juez su propia valoración y conocer, *ex post*, en la motivación de la sentencia, los criterios de la sana crítica en que este fundó la selección de los medios allegados al proceso y los criterios, racionales, que sostienen la decisión.

En el ámbito de la contradicción el control de las pruebas debe garantizar que la parte pueda i) conocer de antemano las que se pretende hacer valer en su contra y discutir su admisión; ii) participar en su formación y en todo caso en su contradicción, según la forma propia y atendiendo a su admisibilidad legal, de manera que se le debe permitir conainterrogar en el mismo momento o posteriormente, solicitar ampliaciones, complementaciones, aclaraciones, ratificaciones o reconocimientos, tachar, recusar, etc., cuando su intervención resulte posible y, de no ser ello así, aportar otros medios probatorios de cara a desvirtuar los hechos de que dan cuenta las practicadas y iii) ejercer los recursos y acciones judiciales orientados a impugnar la valoración probatoria en que se funda la decisión.

En ese orden, dada la amplitud de admisibilidad de los medios probatorios y la especificidad de las formas legales de algunas de las pruebas, a mi juicio, es claro que el control de la prueba no puede reconducirse en todos los casos a un sola forma de contradicción, de manera que, por vía de ejemplo, no es posible sostener que, en todos los casos, la prueba deba ser objeto de ratificación o que siempre la contraparte deba tener la posibilidad de conainterrogar en el mismo momento, como tampoco que determinada prueba deja de serlo porque la contraparte no fue citada, pues, en todos los casos, lo esencial tiene que ver con que quien no participó en su formación, tenga acceso, con igualdad probatoria y posibilidad, a oportunidades reales y efectivas de contradicción.

Por su parte, el principio de la libre valoración racional o libre convicción del juez, directamente relacionado con la libertad de los medios probatorios, se expresa en una doble connotación, por cuya virtud, en su aspecto negativo, implica ausencia de regulación que predetermine la eficacia o necesidad de un específico medio probatorio para un hecho concreto, mientras que en su ámbito positivo constituye un amplio reconocimiento al poder del juez para determinar, conforme a la sana crítica, los criterios de valoración de la prueba en cada caso, con el deber de expresar en la motivación el raciocinio que le permitió fundar su convicción.

En la legislación procesal civil está concebido este principio así:

Artículo 187. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

Texto que viene reproducido en el artículo 176 del Código General del Proceso.

La integración de estos principios rectores del régimen probatorio permite a la Sala concluir que, de cara a una decisión justa, garante de la eficacia de los derechos de las partes, el ordenamiento jurídico ha dotado a los juicios administrativos de una amplia libertad de admisión, formación y valoración de los medios probatorios, por cuya virtud le corresponde al juez utilizar todas las fuentes de información disponibles con el fin de formar su convencimiento sobre la verdad de los hechos respecto de los que habrá de impartir justicia. Sin que, en observancia de las formas legales dispuestas para la práctica de algunas pruebas reguladas en el estatuto procesal civil o en cualquier otro, le esté dado anular en todo caso su potestad de amplia admisibilidad y libre valoración racional, pues una restricción en tal sentido comporta una indebida limitación del derecho fundamental de acceso a la justicia.

2. Al juez le asiste el deber general de valorar la prueba testimonial trasladada. La excepción es la ratificación

En lo que tiene que ver con la prueba testimonial, desde la adopción del estatuto procesal civil mediante el Decreto ley 1400 de 1970, está previsto que puede allegarse al proceso, al menos, por cualquiera de estas formas: a) vertida ante el juez, caso en el cual puede (i) oírse directamente al testigo dentro del proceso en el que se pretende hacer valer –arts. 220 y 227-, (ii) trasladarse el testimonio recibido en otro proceso – arts. 229 y 185- y (iii) recepcionarse extraprocesalmente con citación de la parte contraria, o sin su intervención cuando circunstancias como la avanzada edad o la grave enfermedad así lo ameritaban –art. 298- (la Ley 1395 de 2010 eliminó este condicionamiento) o b) contenida en documento declarativo, recayendo inicialmente la carga de pedir la ratificación sobre la parte que lo trajo al proceso –art. 277-, en tanto que el Decreto ley 2651 de 1991 ordenó al juez valorar las declaraciones extraprocesales sin necesidad de ratificación, “salvo que la parte contra la cual se aducen solicite su ratificación de manera expresa” –art. 22-.

Específicamente, en lo relativo al testimonio extraprocesal, dispuso inicialmente el citado Decreto ley 1400 de 1970 –se destaca-:

*ARTÍCULO 229. RATIFICACIÓN DE TESTIMONIOS RECIBIDOS FUERA DEL PROCESO. Para que puedan apreciarse en un proceso **declaraciones de testigos rendidas fuera de él sin audiencia de la contraparte**, es necesaria su ratificación, para la cual se repetirá el interrogatorio, en la forma establecida para la recepción de testimonios en el mismo proceso.*

La ratificación del testimonio de una persona fallecida se considerará surtida cuando el interesado acredite la veracidad y buena fama del fallecido, mediante declaraciones de testigos de abono. En este caso las tachas podrán proponerse dentro de la ejecutoria del auto que admita la prueba o en la audiencia en que declaren dichos testigos.

ARTÍCULO 277. DOCUMENTOS EMANADOS DE TERCEROS. Salvo disposición en contrario, los documentos privados emanados de terceros sólo se estimarán por el juez:

1. Si siendo de naturaleza dispositiva o simplemente representativa, fueron reconocidos por sus autores, o se ordenó tenerlos por reconocidos, o se probó por otros medios su autenticidad.

2. Si siendo simplemente declarativos, su contenido se ha ratificado mediante las formalidades establecidas para la prueba de testigos, caso en el cual se apreciarán en la misma forma que los testimonios.

ARTÍCULO 298. TESTIMONIOS PARA FINES JUDICIALES. Con el fin de allegarlos a un proceso podrá pedirse que se reciban testimonios a personas de edad avanzada o gravemente enfermas, mediante solicitud formulada ante el juez de la residencia del testigo.

El peticionario expresará bajo juramento, que se considerará prestado por la presentación del escrito, la existencia de alguna de aquellas circunstancias y el lugar donde se encuentra la persona contra quien pretende hacer valer la prueba, o que lo ignora. Si dicha persona reside en la sede del juez, se procederá a citarla en la forma prevista en el artículo 205. Cuando se ignore el lugar donde pueda citarse a la presunta contraparte, o ésta resida fuera de la sede del juzgado, se prescindirá de citarla, y los testimonios tendrán el carácter de prueba sumaria.

También podrá solicitarse antes del proceso, testimonios a personas que no estén en ninguno de los casos antedichos, siempre que se cite a la presunta parte contraria. Serán competentes para la diligencia, a prevención, el juez del domicilio de dicha parte y el que deba conocer del proceso al cual se pretenda allegar los testimonios (...).

De conformidad con estas disposiciones, la declaración del tercero a través de documento privado no estaba condicionada a que se tratara de personas de avanzada edad o gravemente enfermas, ni a que se hiciera con intervención de la parte contra la que se pretende hacer valer, pues estas exigencias se dispusieron específicamente para el testimonio extraprocesal rendido ante el juez, quedando, entonces, subordinado el valor probatorio del documento declarativo privado solamente a la ratificación, al punto de que esa misma normatividad dispuso cómo hacerla en el proceso, en caso de muerte del testigo otorgante.

Con la reforma introducida por el Decreto 2289 de 1989 a los citados artículos 229, 277 y 298 del Decreto 1400 de 1970 se mantuvo la regla general de la ratificación, para efectos de valorar las declaraciones vertidas por terceros en sus documentos y se reiteró que los testimonios extraprocesales rendidos ante el juez por personas gravemente enfermas con citación de la parte contraria no debían ser ratificados, pese a que con este cambio legislativo se dio a entender que solamente eran admitidos con valor probatorio los documentos declarativos privados que contuvieran los testimonios rendidos en otro proceso o extraprocesalmente, ante el juez por personas gravemente enfermas.

Así dispusieron las referidas normas a partir de las modificaciones introducidas en 1989 –se destaca–:

ARTÍCULO 229. RATIFICACION DE TESTIMONIOS RECIBIDOS FUERA DEL PROCESO. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 106 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos:

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

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

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

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

ARTÍCULO 277. Salvo disposición en contrario **los documentos privados de terceros sólo se estimarán por el juez:**

1. Si siendo de naturaleza dispositiva o simplemente representativa son auténticos de conformidad con el artículo 252.

2. Si siendo simplemente declarativos, su contenido se ha ratificado mediante las formalidades establecidas para la prueba de testigos, caso en el cual se apreciarán en la misma forma que los testimonios. La ratificación no será necesaria en el caso previsto en el inciso segundo, numeral 2 del artículo 229.

ARTÍCULO 298. Con el fin de allegarlos a un proceso, podrá pedirse que se reciban testimonios anticipados únicamente a personas que estén gravemente enfermas, con citación de la parte contraria en la forma prevista en el artículo 318 y en los numerales 1., 2. y 3. del 320.

La solicitud deberá formularse ante el juez de la residencia del testigo, y el peticionario expresará bajo juramento, que se considerará prestado por la presentación del escrito, que el testigo se encuentra en la circunstancia mencionada, e informará el lugar donde puede citarse a la persona contra quien pretende hacer valer la prueba.

Cuando el peticionario manifieste también bajo juramento prestado de igual manera, que ignora dónde puede citarse a la presunta contraparte, se aplicará el artículo 318.

El juez rechazará de plano la recepción de testimonios extraproceso para fines judiciales, cuando la solicitud no cumpla los requisitos exigidos en los incisos anteriores.

Los testimonios que se reciban con violación de este artículo no podrán ser apreciados por el juez.

Empero, el Decreto ley 2651 de 1991, expedido con el fin de adoptar normas para descongestionar los despachos judiciales, modificó sustancialmente las disposiciones

bajo análisis, al establecer como deber general del juez el de valorar el testimonio de contenido declarativo vertido por terceras personas en cualquier documento, aportado con o sin la intervención de la parte contraria y al convertir la ratificación en un trámite excepcional, procedente cuando así lo solicite la persona contra quien se pretenda hacer valer la prueba, en el proceso.

En efecto, dispuso el artículo 22 del citado Decreto ley 2651 de 1991:

ARTICULO 22. Para la práctica de pruebas, además de las disposiciones generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil se dará aplicación a las siguientes reglas:

1. (...)

2. **Los documentos declarativos emanados de terceros se estimarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contra la cual se aducen solicite su ratificación de manera expresa (...).**

Al amparo de estas disposiciones del Decreto 2651 de 1991, los documentos que contengan testimonios de terceras personas, por haberse vertido ante el juez, en otro proceso o extraprocesalmente, sin intervención de la parte contra quien se aducen, o bien por haberse producido sin otra intervención que la del otorgante, deben ser valorados por el fallador sin necesidad de ratificarlos, salvo que así lo solicite la parte contra quien se pretenden hacer valer en el proceso al que fueron aportados.

Y esto es así, dado que, atendiendo a su contenido declarativo, los documentos que dan cuenta de los testimonios rendidos ante el juez por terceras personas en otro proceso o extraprocesalmente sin la intervención de la parte contra quien se aducen, deben regirse por el artículo 22 del Decreto 2651 de 1991, cuyas disposiciones no exigen la ratificación como regla general, ni limitan la declaración extraprocesal al caso de personas gravemente enfermas, como sí lo hacían los artículos 229, 227 y 299 del Decreto 1400 de 1970, modificados por el Decreto 2289 de 1989. Normas estas últimas que, por ser anteriores y contrarias a la nueva normatividad, quedaron derogadas en lo relativo a la exigencia general de la ratificación y a la limitación del valor probatorio de los documentos contentivos de declaraciones extraprocesales, de conformidad con el artículo 3º de la Ley 153 de 1887¹⁰⁹.

Pero es que, además, nada justifica que las declaraciones vertidas en documentos otorgados directamente por terceras personas sin intervención del juez puedan ser ratificadas, de conformidad con el artículo 22 del Decreto 2651 de 1991 y que, por el contrario, las rendidas ante el despacho judicial sin la intervención de parte contra quien se aducen no puedan ser pasibles de ese trámite, pues, habiendo revestido esta última norma de valor probatorio a los documentos extraprocesales de contenido declarativo, no es posible sostener la vigencia de las limitaciones dispuestas por el artículo 298 del Decreto 1400 de 1970 modificado por el Decreto 2289 de 1989 para este tipo de declaraciones.

Asimismo, bajo el régimen del artículo 22 del Decreto ley 2651 de 1991 resulta claro que la ratificación del documento de contenido declarativo tiene como fin garantizar su

¹⁰⁹ “Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia á que la anterior disposición se refería” –se destaca-

contradicción, *telos* del que no puede derivarse la facultad para que la parte contra quien se aduce decida su mérito probatorio, por ser este un asunto que, en tanto relacionado directamente con el ejercicio de los derechos fundamentales de acceso a la justicia y de probar, está reservado a la ley.

En ese orden, bajo el citado régimen dispuesto en 1991 no es posible concluir que en materia de documentos de contenido declarativo solamente puede ser valorado el otorgado ante el juez por persona gravemente enferma, a condición de que la parte contraria así lo consienta o solicite su ratificación y, menos aún, que en este último caso al fallador no le es posible apreciar probatoriamente cualquier otro documento declarativo, distinto de aquellos que conforme con las disposiciones del artículo 229 modificado por el Decreto 2289 de 1989 podían ser ratificados, porque un entendimiento en cualquiera de estos sentidos deja al arbitrio de la persona contra quien se aduce la decisión sobre la eficacia de la prueba, vulnerándose así la garantía constitucional del acceso a la justicia de la parte que pretende hacerla valer.

Ahora, la Ley 446 de 1998 adoptó como legislación permanente las disposiciones del numeral 2º del artículo 22 del Decreto 2651 de 1991 con el mismo alcance que se viene analizando, en tanto que la Ley 1395 de 2010 modificó el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, para disponer expresamente lo que ya se deducía desde aquellas normas de 1991, esto es, el valor probatorio de la declaración extraprocesal rendida con fines judiciales por cualquier tercero¹¹⁰.

En efecto, dispuso el artículo 10 de la Ley 446 de 1998 –se destaca–:

ARTICULO 10. SOLICITUD, APORTACION Y PRACTICA DE PRUEBAS. Para la solicitud, aportación y práctica de pruebas, además de las disposiciones generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones se dará aplicación a las siguientes reglas:

1. Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente.

2. Los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros, se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación.

Vale reseñar que, igualmente, la doctrina concluye la eficacia probatoria de los testimonios extraprocesales a partir de las anteriores disposiciones y el fin de la ratificación orientado al ejercicio del derecho de contradicción –se destaca–:

El numeral 2 del art. 10 de la Ley 446 de 1998 regla: “Los documentos privados de contenido declarativo...”.

¹¹⁰ Dispone el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, en la forma como fue modificado por el artículo 12 de la Ley 1395 de 2010: “[q]uien pretenda aducir en un proceso el testimonio de una persona **podrá pedir que se le reciba declaración extraprocesal** con citación de la contraparte” –se destaca–.

Expliquémoslo, inicialmente, con un ejemplo, se trata de un proceso ordinario que tiene como demandante a A y como demandado a B; A aporta al proceso un documento que dice: “Hago constar que el día 2 de diciembre de 1984, observé que el vehículo marca Renault, de color rojo, con placas ED-2628, fue estrellado por la parte de atrás por la volqueta de placas EN-0085, conducida por el señor Z”. El escrito aparece firmado por C.

Repárese que este documento no es más que un testimonio, que no ha sido recibido, ni siquiera en forma anticipada, por el órgano jurisdiccional, el que, por la misma razón, carece de la solemnidad del juramento; entonces podrá ser apreciado en el proceso por el juez sin necesidad de que se reciba ratificación del mismo, salvo que la parte contraria a la aportante solicite la misma.

En el evento de que la parte contraria a la aportante solicite la ratificación, quien la aportó debe hacer todas las diligencias para que el ‘testigo’ comparezca y debe indicar el lugar donde se puede notificar. Si en ese evento no se puede hacer la ratificación, no se podrá apreciar el testimonio, porque la solicitud de ratificación nos está indicando que la parte contraria quiere ejercer su derecho de contradicción. En caso de que no haga la manifestación anterior, ello indica que está conforme con lo dicho con la persona autora del documento declarativo¹¹¹.

Siendo así, no resulta posible partir del supuesto normativo de que la regla general en materia de la prueba testimonial trasladada continúa siendo la ratificación, pues las normas en las que se sustentaba esa exigencia fueron modificadas por el artículo 22 del Decreto ley 2651 de 1991, cuyas disposiciones fueron establecidas como legislación permanente en el numeral 2º del artículo 10 de la Ley 446 de 1998.

De donde el valor de la prueba testimonial trasladada al proceso contencioso administrativo sin ratificación no deriva de excepciones fundadas en la autonomía de la voluntad privada de las partes y el principio de colaboración armónica, a los que acudió la posición mayoritaria, sino del deber general que la ley le impuso al juez de valorar los documentos declarativos provenientes de terceros, siendo lo excepcional la ratificación, cuando la parte contra quien se pretende hacer valer manifieste expresamente su intención ejercer el derecho a controvertir esta prueba mediante la formalidad de la ratificación.

3. La indagatoria es un elemento probatorio válido, de conformidad con los principios de libertad de medios probatorio y de libre valoración racional. No le resulta posible al juez excluirla sin fundamento legal

Sobre la indagatoria, atendiendo a su naturaleza mixta, cabe precisar que se trata de un medio de defensa y una prueba propia del proceso penal, que no puede tomarse como testimonio o declaración de parte, pues no cumple los requisitos exigidos para darle esa calidad; empero, se trata de un elemento de prueba que, como tal, vale en los juicios civiles y administrativos, así no se relacione, defina y regule en el Código de Procedimiento Civil. Para el efecto, basta que se hubiere recepcionado con el cumplimiento de los requisitos del Código de Procedimiento Penal y que en los asuntos

¹¹¹ PARRA QUIJANO, Jairo; Manual de Derecho Probatorio; Ed. Librería del Profesional; 2000; págs., 423 y 424.

civiles y contenciosos se haya practicado y sometido a contradicción como corresponde.

Ponemos de relieve que reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia reconoce, sin hesitación alguna, el carácter de medio probatorio de esta versión espontánea y sin juramento que rinde la persona sindicada de un delito ante su investigador.

Así lo señala la línea jurisprudencial que en esta materia mantiene la Corte Constitucional¹¹²:

5.2. Contenidos y fines de la diligencia de indagatoria y de su ampliación.

En diversas oportunidades, la Corte se ha pronunciado en relación con los contenidos y fines de la diligencia de indagatoria y de la ampliación de ésta, existiendo por tanto unas claras líneas jurisprudenciales en la materia¹¹³.

*Así, esta Corporación ha entendido en relación con la diligencia de indagatoria que (i) tiene una doble connotación jurídica, siendo un medio de defensa del imputado en el proceso, mediante el cual explica su posible participación en los hechos; y es, a su vez, **fuente de prueba de la investigación penal, porque le permite al fiscal hallar razones que orienten la investigación a la obtención de la verdad material**¹¹⁴; (ii) supone el conocimiento inmediato de la acusación y, por ende, permite no sólo la defensa material de la persona inculpada, sino también la oportunidad de escoger desde el principio un apoderado de confianza para adelantar la denominada defensa técnica¹¹⁵; (iii) no resulta indispensable, y ni siquiera pertinente, que el abogado defensor formule interrogantes durante la diligencia¹¹⁶; (iv) no es la indagatoria el acto procesal indicado para forzar al imputado a que confiese o suministre elementos que posteriormente pueden ser usados en su contra, bajo la velada amenaza en que consiste una exhortación judicial a decir únicamente la verdad¹¹⁷; (v) con base en la garantía constitucional sobre no autoincriminación, el silencio voluntario del individuo llamado a indagatoria se constituye en una forma de defensa y por tanto en un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso¹¹⁸; y (vi) el funcionario judicial puede ordenar la conducción del imputado para realizar la diligencia de indagatoria a la que previamente fue citado, en tanto éste se niega a comparecer y por tanto incumple con su deber de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia¹¹⁹ -se destaca-.*

A su vez, en relación con la ampliación de la diligencia de indagatoria, la Corte ha considerado que (i)¹²⁰ en dicha diligencia la persona goza de la más amplia libertad para poner en conocimiento de la autoridad investigadora informaciones y

¹¹² Sentencia C-537 de 2006.

¹¹³ “Entre otras, sentencias T- 439 de 1997, C- 621 de 1998, T- 1450 de 2000, C- 620 de 2001, C- 296 de 2002, C- 330 de 2003 y C- 248 de 2004”.

¹¹⁴ “Sentencia T- 439 de 1997, reiterada en sentencia C- 620 de 2001”.

¹¹⁵ “Sentencia C- 248 de 2004”.

¹¹⁶ “Sentencia C- 621 de 1998”.

¹¹⁷ “*Ibíd*em”.

¹¹⁸ “*Ibíd*em”.

¹¹⁹ “Sentencia C-330 de 2003”.

¹²⁰ Sentencia C-621 de 1998.

elementos de juicio que complementen e inclusive modifiquen los ya aportados, y simultáneamente puede llevar al sumario la referencia a hechos y situaciones con base en los cuales fundamente su defensa y fortalezca los puntos de vista que su apoderado estima relevantes en relación con las imputaciones que se le formulan; (ii)¹²¹ el funcionario que conduce el proceso no puede negarse a recibir tales ampliaciones de indagatoria, ya que ellas constituyen importante medio de defensa y a la vez ocasión para profundizar en el conocimiento exacto e integral sobre la versión del imputado en torno a los hechos del proceso; y (iii) en todo caso, las ampliaciones de la indagatoria estarán rodeadas de las mismas garantías para el indagado y tendrán igual carácter espontáneo, libre y exento de todo apremio¹²².

En este orden de ideas, la diligencia de indagatoria, en un sistema procesal de carácter mixto, es un instrumento para el ejercicio del derecho de defensa, y por ende, se rinde libre de todo apremio, pudiendo la persona guardar silencio en el curso de la misma, no estando obligada a autoincriminarse ni a declarar contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. A su vez, la indagatoria ha sido entendida como un medio de prueba de la investigación penal, porque le permite al fiscal hallar razones que orienten la investigación a la obtención de la verdad material. De allí que, correlativamente, la diligencia de indagatoria podrá ser ampliada únicamente a petición del sindicado o de oficio, “cuando se considere conveniente y sin necesidad de motivación alguna”¹²³, e igualmente, será ampliada “cuando aparezcan fundamentos para modificar la imputación jurídica provisional”¹²⁴ –se destaca–.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia sostiene los siguientes criterios jurisprudenciales¹²⁵ -se destaca-:

Para responder la inquietud del libelista preciso resulta recordar lo dicho por la jurisprudencia sobre este particular aspecto:

“Debe expresar la Sala, en primer lugar, que aunque la indagatoria es en principio un medio de defensa a través del cual la persona vinculada al proceso penal tiene la oportunidad de explicar unos hechos que se le atribuyen, obra igualmente como medio de prueba en cuanto contribuye a aclarar y a reconstruir lo sucedido. En tal orden de ideas resulta absurdo señalar que cuando el imputado relata un acontecer y en su exposición declara en contra de otro o de otros, la circunstancia de no ser juramentado para volverlo a interrogar sobre el particular impide la valoración de su indagatoria y la circunstancia eventual de utilizarla como medio de convicción para edificar desde el punto de vista probatorio una determinación judicial.”

¹²¹ “Ibídem”.

¹²² “Ibídem”.

¹²³ “Art. 342 de la Ley 600 de 2000”.

¹²⁴ “Ibídem”.

¹²⁵ Sala de Casación Penal, Sentencia del 21 de noviembre de 2002, Proceso n.º 14065.

“Ciertamente que el artículo 357 del Código de Procedimiento Penal prescribe como regla general en la realización de la indagatoria la prohibición de juramentar al imputado y como excepción la de hacerlo cuando éste ‘declarare contra otro’. En presencia de esta hipótesis, sin embargo, **la no-imposición del juramento en manera alguna traduce un vicio de la indagatoria y menos impide la apreciación de su contenido total y en particular de las declaraciones contra otros que allí se hagan.**

“**El sentido del juramento en el curso de la indagatoria, en cuanto su imposición se exige del hecho de declarar en contra de otro, tiene que ver con la responsabilidad personal de quien hace la incriminación, con la no-impunidad total de sus aseveraciones,** la cual sólo lo protege hasta el momento en que las explicaciones que realice en su defensa no signifiquen la atribución de un hecho delictivo a otra persona, caso en el cual el juramento tiene por objeto convertirlo en testigo respecto de esa afirmación y en consecuencia en eventual autor de falso testimonio en el caso de no resultar cierta su incriminación.

“No obstante, reitera la Sala, **la omisión del juramento en la hipótesis examinada en ninguna forma hace nugatoria la posibilidad del examen integral de la indagatoria como medio de prueba y obviamente la de ser tomada como fundamento de cualquier determinación dentro del proceso penal, incluidas naturalmente la acusación y la sentencia.** Lo único que propicia tal tipo de irregularidad, ya se dijo, es la imposibilidad de derivar responsabilidad penal en contra de quien incrimine falsamente a otro en el marco de dicha diligencia de vinculación procesal” (Cfr. Sentencia de casación octubre 22 de 1998. M. P. Mejía Escobar. Rad. 10934).

En lo que respecta a esta Corporación, la jurisprudencia ha sostenido que la indagatoria rendida en el proceso penal no puede ser valorada en el juicio contencioso administrativo, como testimonio, en tanto no se rinde bajo la gravedad del juramento en diligencia que se permita el contrainterrogatorio, criterio que compartimos, pues, efectivamente, la indagatoria, en cuanto difiere del testimonio, no puede valorarse como si lo fuera. Lo que, a mi juicio, no comporta la imposibilidad absoluta de atribuirle mérito probatorio a la indagatoria como elemento de convicción, conforme a las citadas disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Así, en sentencia del 1º de diciembre de 1988, sostuvo la Sala¹²⁶ -se destaca-:

C) Respecto de la indagatoria rendida por el señor Luis Elías Acevedo ante la Inspección Primaria Municipal de Policía de Bello el 15 de abril de 1982 (fls. 56 y ss.), la Sala tampoco la valora, pues siendo del mismo demandante, sus afirmaciones, que lo favorecen, no tiene relevancia probatoria. Además, y como es bien sabido, **tal diligencia se practica sin la formalidad del juramento, en ella no se puede contrainterrogar al sindicado por ninguna de las partes, aspectos sobre los cuales difiere sustancialmente del interrogatorio de parte, y también del testimonio.** En sentencia de 22 de julio de mil novecientos

¹²⁶ Sección Tercera, radicación n.º 5228.

ochenta y ocho (1988), expediente número 5090. Actor: William A. Potes Vergara. Consejero ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta, sobre el mismo tema, la Sala dijo:

*"... Tampoco acertó el a quo al valorar, con miras a dar por probada la falla del servicio, la indagatoria rendida por el sindicato... En este aspecto no puede perderse de vista que en penal la confesión no es plena prueba mientras que en el campo civil y administrativo sí, respecto de los asuntos susceptibles de acreditarse por este medio probatorio. **En la indagatoria el sindicato no puede ser interrogado sino por el Juez, nunca por otro interesado en la investigación del delito. En la recepción de la prueba testimonial, la contraparte puede contrainterrogar al deponente, lo que no puede ocurrir en la citada diligencia penal. La indagatoria se rinde sin juramento, el interrogatorio de parte, en materia civil, administrativa, lo exige como formalidad sustancial...**"*

Posteriormente, en sentencia del 13 de abril de 2000127, señaló –se destaca–:

*"En relación con la diligencia de indagatoria practicada dentro de un proceso penal, debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que 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 testimonio¹²⁸.*

En fallo de 19 de octubre de 2011, expuso los siguientes razonamientos –se destaca–:

En efecto, la indagatoria en principio no está concebida como un medio de prueba del cual se puedan tener como ciertos los hechos que son esgrimidos por el indagado, razón por la cual, entre otras, es rendida libre de apremio y de juramento; se trata de un medio de defensa que tiene la persona contra quien se inicia la acción penal y comporta, además, una de las formas de vinculación al proceso de la misma naturaleza a términos del Decreto 2700 de 1991 y de la Ley 600 de 2000, ordenamientos del procedimiento penal que actualmente se hallan derogados.

*Lo anterior implica que **ante el traslado del documento contentivo de tales declaraciones no pueda darse el mismo tratamiento que se le otorga a la prueba testimonial trasladada, pues la única similitud que podrían tener es***

¹²⁷ Sección Tercera, expediente 11.898.

¹²⁸ Este mismo criterio ha sido reiterado, en las sentencias del 6 de 2005, radicación n.º 68001-23-15-000-1994-08879-01(13969), del 17 de marzo 2010, radicación n.º 52001-23-31-000-1998-00028-01(17925); del 26 de mayo de 2010, radicación n.º 05001-23-31-000-1994-02459-01(18888); del 9 de junio de 2010, radicación n.º 13001-23-31-000-1995-00116-01(18078); del 11 de agosto de 2010, radicación n.º 05001-23-26-000-1996-01277-01(19289) y del 9 de marzo de 2011, radicación n.º 85001-23-31-000-1999-00018-01(18010).

que se trata de la declaración vertida por una persona ante un funcionario judicial con fines judiciales.

Con todo, dentro de la diligencia de indagatoria puede suceder que el indagado realice manifestaciones que, a la postre, se traduzcan en imputaciones contra otras personas, por ende, en ese momento asume la condición de testigo y la declaración que realice es recibida bajo la gravedad del juramento según lo previsto por los artículos 357 del Decreto 2700 de 1991¹²⁹ y 337 de la Ley 600 de 2000¹³⁰, por ende, tales declaraciones pueden ser trasladadas al proceso contencioso administrativo y de cumplir las exigencias destacadas en precedencia, pueden ser valoradas sin más formalidades en el proceso al cual han sido trasladados con el rigor que exige el ordenamiento jurídico para valorar la prueba testimonial conforme lo dispone el artículo 185 del C. de P.C., para deducir a partir de dichos supuestos el comportamiento ilícito que eventualmente puede conducir a la estructuración de uno de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual del Estado.

Desde luego, para los fines del proceso contencioso administrativo, tales declaraciones, por regla general, provendrán o bien del particular que atribuya conductas ilícitas al servidor público o cuando otro servidor impute la comisión de conductas punibles a quien también detenta tal condición.

Igualmente, puede suceder que el servidor público dentro de la indagatoria rendida ante el funcionario competente asuma la responsabilidad penal que se le endilga y, por ende, en el evento en que se reúnan las demás exigencias previstas por los artículos 296 del Decreto 2700 de 1991 o 280 de la Ley 600 de 2000, pueda adquirir la connotación de confesión, que en materia penal constituye un medio de prueba autónomo pero que, en materia civil y contencioso administrativa, surge como resultado de la declaración que realiza una de las partes del proceso sobre hechos propios o ajenos que perjudican a quien declara o benefician a su contraparte¹³¹, por consiguiente, a pesar de que la indagatoria contenga declaraciones constitutivas de confesión no es posible valorarlas ni como declaración de parte ni como testimonio dentro del proceso contencioso administrativo, pues cuando el servidor público detenta la condición de indagado, la posición que asume en el proceso penal sólo trasciende en el ámbito de una

¹²⁹ “ARTÍCULO 357. PROHIBICIÓN DE JURAMENTAR AL IMPUTADO. La indagatoria no podrá recibirse bajo juramento. El funcionario se limitará a exhortar al imputado a que diga la verdad, advirtiéndole que debe responder de una manera clara y precisa a las preguntas que se le hagan. Pero si el imputado declarare contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo”.

¹³⁰ “ARTICULO 337. REGLAS PARA LA RECEPCION DE LA INDAGATORIA. La indagatoria no podrá recibirse bajo juramento. El funcionario se limitará a informar al sindicado el derecho que le asiste de guardar silencio y la prohibición de derivar de tal comportamiento indicios en su contra; que es voluntaria y libre de todo apremio; no tiene la obligación de declarar contra sí mismo, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, ni contra su cónyuge, compañero o compañera permanente; le informará la prohibición de enajenar bienes sujetos a registro durante el año siguiente y el derecho que tiene a nombrar un defensor que lo asista, y en caso de no hacerlo, se le designará de oficio. Pero si el imputado declarare contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo”.

¹³¹ “PARA QUIJANO J. Manual de Derecho Probatorio. Librería Ediciones del Profesional Ltda., décimo sexta edición, 2008”.

responsabilidad personal, sin que tenga la virtualidad de comprometer la responsabilidad del ente al cual pertenece en el proceso contencioso administrativo, pues respecto de éste, en principio, detentará la condición de tercero. Además, **la indagatoria que rinde el empleado o funcionario público no podría trasladarse como un medio de prueba testimonial con fines judiciales, debido a que, como se advirtió, no reúne las exigencias que el ordenamiento procesal civil prevé para la validez de tal medio de prueba**¹³².

Efectivamente, como lo ha sostenido reiteradamente la Sección Tercera, la indagatoria es un elemento de convicción que, en cuanto difiere del testimonio, no puede ser valorado como tal; empero, en aplicación de los principios de la libertad de medios probatorios y de la libre convicción del juez, de ello no se sigue que no pueda ser apreciado, de ninguna manera.

A mi juicio, la indagatoria debidamente allegada a los juicios en lo contencioso administrativo no tiene por qué ser excluida, por las razones que paso a explicar.

a) La indagatoria no es una prueba prohibida; por el contrario, se trata de un elemento de persuasión válidamente aceptado en el ordenamiento jurídico, así su regulación se encuentre en el Código de Procedimiento Penal exclusivamente. De donde, *prima facie*, puede ser utilizado, en cuanto sirve lógicamente para probar un hecho¹³³.

Siendo así, aunque la Sección no hubiere conferido con antelación a las indagatorias, entidad probatoria aduciendo que el indagado no rinde testimonio, el principio de la libertad de medios probatorios, vertido expresamente en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, prohíba la utilización de cualquier elemento, aún en el caso en que no esté regulado en el ordenamiento.

En este sentido, en la doctrina se trata el punto de las pruebas típicas, típicas “equivalentes” y atípicas; para el efecto se parte de que las relaciones de medios probatorios no contienen elementos que permiten catalogarlos y distinguirlos por su naturaleza, aunque a menudo los ordenamientos i) disponen que debe inadmitirse todas las que no resulten relevantes y ii) regulan, mediante normas particulares, algunos medios de prueba. Es decir que para llegar a su admisibilidad basta con tener claro que las relaciones de medios de pruebas no son taxativas y que adquiere tal calidad todo aquello que sirve para determinar los hechos, salvo expresa prohibición legal.

De lo que se colige que, en un sistema como en el establecido en el Código de Procedimiento Civil, “(...) *la razón principal por la que una prueba debe ser admitida en juicio no es en absoluto la existencia de una norma que se ocupe de ello (que a menudo no la hay) sino la utilidad de la prueba para la determinación de los hechos*”¹³⁴.

¹³² “En este sentido ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de septiembre de 2009, expediente No. 15.354”.

¹³³ “Desde esa perspectiva, es «prueba» todo aquello que sirve lógicamente para probar el hecho, no aquello que la ley denomina «prueba» -se destaca-. Cfr. Taruffo, Ob. Cit. Pág. 410.

¹³⁴ Taruffo, Michele; Ob. Cit., págs. 410 y 411.

De manera que la indagatoria, en cuanto se encuentra regulada en el ordenamiento y sirve para probar un hecho, deberá admitirse, sin que para el efecto resulte del caso fijarle una equivalencia con el testimonio; primeramente, porque no la tiene y, en últimas, porque tal equivalencia deviene en innecesaria.

b) En tanto la indagatoria es un medio probatorio de obligatoria recepción en las causas criminales, se puede trasladar a los juicios administrativos, en los que se apreciará sin más formalidades que las mismas que la acompañan en la investigación penal, con el lleno de los requisitos establecidos para el traslado y cumpliendo las oportunidades que permiten su contradicción, como lo dispone expresamente el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil.

Deviene en absurdo sostener que para darle valor probatorio a la indagatoria tendría que haber sido recepcionada bajo juramento, caso en que sería nula de pleno derecho, por desconocer el derecho del sindicado a la no incriminación, pero de esto no se sigue que no se pueda contar con la versión del autor de los hechos.

Así las cosas, no caben limitaciones a la eficacia probatoria de la indagatoria trasladada al proceso administrativo, derivadas de su aparente equivalencia con el testimonio, la declaración de parte o la confesión, pues se trata de un medio diferente, con valor probatorio autónomo, como lo exigen la aplicación de los principios generales de la libertad de medios probatorios y de la libre convicción del juez.

Para el efecto bien vale traer a colación los siguientes criterios doctrinarios, plasmados en función del valor probatorio de las pruebas atípicas, en orden a aceptar, en gracia de discusión, que la indagatoria, en cuanto no se genera en el proceso civil o contencioso administrativo, aunque regulada en el ordenamiento, se debe tratar como medio de convicción atípico¹³⁵ -se destaca-:

Se ha intentado así reconducir las pruebas atípicas a la categoría de las inferencias probatorias, adoptando la tesis rigurosa según la cual no serían más que elementos complementarios e integrativos de la valoración de las verdaderas y estrictas pruebas, carentes de valor probatorio autónomo. Así, las pruebas atípicas solo podrían ser utilizadas como elementos para la valoración de pruebas típicas, no como elementos probatorios autónomos. Esta tesis ha sido ampliamente argumentada, pero se presta al menos a dos objeciones. La primera es que formula una suerte de prueba legal negativa, en función de la cual la eficacia probatoria de las pruebas atípicas no podría superar un cierto «grado»: Una regla de este tipo, sin embargo, supone una excepción del principio de la libre convicción y, por tanto (...) debería estar basada en una norma legal expresa y no en una mera argumentación dogmática.

La segunda objeción es que precisamente la estructura de la prueba atípica es la que normalmente excluye que ésta sirva para valorar el resultado de la prueba típica. La prueba atípica, en realidad, a menudo versa sobre un hecho de la causa (principal o secundario), no sobre circunstancias relevantes para valorar la aceptabilidad de otra prueba (...).

¹³⁵ Taruffo, Ob. Cit., págs. 414 a 418.

En el plano teórico no hay exigencias que impongan la formulación de límites a la eficacia probatoria de las pruebas atípicas. No hay nada extraño en remitir la determinación de esa eficacia a la «prudente apreciación» discrecional del juez (...). Desde el punto de vista del análisis racional de la convicción del juez, no es teóricamente justificable ninguna regla limitativa de la eficacia de un elemento de prueba. No se percibe, en efecto, sobre qué premisa se puede fundar una regla según la cual una prueba atípica está dotada a priori de una eficacia menor que una prueba típica (excepto que se invoque la taxatividad del catálogo legal de la eficacia de las pruebas, pero también en esta versión el argumento entero caería en un círculo vicioso).

Otra cosa muy distinta es el peligro de que los jueces hagan un mal uso de la discrecionalidad que de esa forma les viene conferida. Sin embargo, éste no es un problema exclusivo de la valoración de las pruebas atípicas, ya que se plantea también, en los mismos términos, en toda el área, siempre más extendida, gobernada por el principio de la libre convicción del juez.

Ahora, es claro que la indagatoria se practica sin la formalidad del juramento y en ella no se puede contrainterrogar al sindicado, aspectos respecto de los cuales difiere sustancialmente del interrogatorio de parte y también del testimonio.

En este mismo sentido, ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹³⁶:

(...) la Corte encuentra que existen numerosas diferencias ontológicas entre las figuras del indagado y el testigo. Así, el indagado es (i) sujeto de la acción penal; (ii) sobre él recae la investigación penal; (iii) es titular de los derechos a guardar silencio, no pudiendo ser apreciado tal comportamiento como un indicio en su contra, y a no autoincriminarse, y por ende, la declaración que rinde es voluntaria, libre de todo apremio; (iv) constitucionalmente no está obligado a declarar contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (v) durante la indagatoria debe estar asistido por su defensor de confianza o de oficio, quienes no podrán interrogarlo; y (vi) le asiste el derecho a solicitar la ampliación de su indagatoria. Por el contrario, el testigo (i) no es sujeto de la acción penal; (ii) está obligado a declarar bajo juramento, no pudiendo ser obligado a hacerlo contra sí mismo o contra su cónyuge compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (iii) de llegar a faltar a la verdad o la calle total o parcialmente, puede ser sancionado penalmente por el delito de falso testimonio; y (iv) todos los sujetos procesales pueden interrogarlo.

De suerte que la indagatoria es un medio probatorio que guarda su propia individualidad y, como tal, no se acompasa con los principios constitucionales de acceso a la justicia y prevalencia de lo sustancial sobre la forma, desarrollados en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, limitar su eficacia probatoria argumentando que no reúne las formas del testimonio; lo que importa es que prueba un hecho y que como tal constituye un elemento racional de convicción.

¹³⁶ Sentencia C-537 de 2006.

c) En tanto la indagatoria es una prueba con su propia individualidad, su control no puede reconducirse exclusivamente por los cauces de la contradicción de otros medios probatorios. En consecuencia, así como resulta dable sostener que carece de mérito probatorio porque no se recibe bajo juramento, tampoco es viable afirmar que no se admite porque no puede contradecirse en la misma oportunidad, como sucede con otras.

Resulta claro, entonces, que a la luz de los distintos medios que integran el control de la prueba, como la posibilidad de discutir su admisibilidad, aportar otros elementos probatorios idóneos para desvirtuar los hechos de que da cuenta y ejercer los recursos y acciones que permiten impugnar la valoración probatoria. De donde no es posible sostener, en términos generales, que la indagatoria carece de contradicción, simplemente porque el indagado en el mismo momento no se puede conainterrogar, en cuanto los documentos se contradicen *a posteriori* y esto no resta ni excluye su valor probatorio.

En suma, siendo la indagatoria una fuente de información de obligatoria recepción en los procesos penales, con individualidad propia en lo que tiene que ver con su práctica y contradicción, debe reconocérsele su mérito probatorio, como lo exigen los derechos fundamentales de acceso a la justicia y a probar, los principios de prevalencia del derecho sustancial, de libertad de medios probatorios, de contradicción, de libre valoración racional de la prueba y la demás normatividad que rige en materia probatoria, para lo cual, además, no resulta ajena al deber de ser valorada en conjunto con los demás elementos de convicción y con arreglo a los criterios rectores de la sana crítica.

Fecha *ut supra*,

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO