

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE HECHO / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA MATERIAL /LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Problema jurídico 1: ¿En la legitimación en la causa por pasiva, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial? si

Tesis 1: La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, por manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva. (...) la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación. Así, tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

DERECHO A LA VERDAD / APLICACIÓN DEL DERECHO A LA VERDAD / DERECHO A LA INFORMACIÓN / DERECHO DE ACCESO A LA INVESTIGACIÓN / DECLARACIÓN DE MUERTE PRESUNTA DE PERSONA NATURAL / MUERTE PRESUNTA DE PERSONA NATURAL / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / OMISIÓN DE BÚSQUEDA DE DESAPARECIDO / PERSONA DESAPARECIDA / DERECHOS DE LOS FAMILIARES DE PERSONA DESAPARECIDA / MIEMBRO DE LAS FUERZAS MILITARES / OPERACIÓN MILITAR / DAÑO / DAÑO MORAL / DERECHOS HUMANOS / DERECHO A LA VERDAD / OBLIGACIONES DEL ESTADO / OBLIGACIONES DE LAS FUERZAS MILITARES / OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS / FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN / EJÉRCITO NACIONAL / OBLIGACIONES DEL EJÉRCITO NACIONAL / DEBERES DEL EJÉRCITO NACIONAL / FALLA EN EL SERVICIO DEL EJÉRCITO NACIONAL / DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Problema jurídico 2 ¿El Ejército Nacional incurre en falla del servicio por omisión, al vulnerar el derecho a la verdad, por no informar a los familiares las circunstancias en las que un miembro de esa institución desapareció, así como, no realizar todas las averiguaciones y gestiones pertinentes para esclarecer las mismas, además, no adelantar las medidas adecuadas para la búsqueda y restitución de sus restos?

Tesis 2: [E]l daño sufrido por los accionantes, familiares del ex militar desaparecido, es moral, consistente en la angustia padecida por no conocer la verdad de los hechos, es decir, qué sucedió con su pariente. (...) Para la Sala, el a quo no se extralimitó en su decisión por incongruencia, debido a que los demandantes no imputan a la demandada el hecho de la muerte del ex militar, sino la falta de información y de gestiones por parte de la accionada, que llevó a que los actores no supieran cómo desapareció su pariente y debieran solicitar la declaración judicial de muerte presunta. (...) Así las cosas, como lo declaró el a

quo, la afectación sufrida por los accionantes ante la incertidumbre y desinterés del Ejército Nacional por esclarecer el paradero de un miembro de esa institución, deriva en la violación del derecho a la verdad. (...) Si bien las Leyes 1418 de 2010 y 1448 de 2011, no se encontraban vigentes para la época de los hechos, se aplican al sub judice dado que el derecho a la verdad de los demandantes aún no ha sido satisfecho. (...) En el sub judice, la falla de la demandada no se configura porque no hubiera encontrado el paradero del ex militar, sino porque no informó a sus familiares lo que sucedió en el operativo durante el cual aquel desapareció y por la desidia en realizar todas las averiguaciones y gestiones pertinentes para esclarecer las circunstancias de su desaparición y adelantar las medidas adecuadas para la búsqueda y restitución de sus restos. (...)

FUENTE FORMAL: CONJUNTO DE PRINCIPIOS PARA LA PROTECCIÓN Y LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS MEDIANTE LA LUCHA CONTRA LA PRINCIPALIDAD / CONJUNTO DE PRINCIPIOS PARA LA PROTECCIÓN Y LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS MEDIANTE LA LUCHA CONTRA LA PRINCIPALIDAD / LEY 1418 DE 2010 - PREÁMBULO / LEY 1418 DE 2010 - ARTÍCULO 24 NUMERAL 1, LEY 1418 DE 2010 - ARTÍCULO 24 NUMERAL 2 / LEY 1418 DE 2010 - ARTÍCULO 24 NUMERAL 3 / LEY 1448 DE 2011 - ARTÍCULO 23 LEY 1418 DE 2010 / LEY 1448 DE 2011

DERECHO A LA VERDAD / OBLIGACIONES DEL ESTADO / INSTRUMENTOS INTERNACIONALES / OBLIGACIONES DE LAS FUERZAS MILITARES / OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS / EJÉRCITO NACIONAL / OBLIGACIONES DEL EJÉRCITO NACIONAL / DEBERES DEL EJÉRCITO NACIONAL / FALLA EN EL SERVICIO DEL EJÉRCITO NACIONAL / DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Problema jurídico 3 ¿debe el Estado implementar los procedimientos judiciales y no judiciales para esclarecer los hechos y realizar la búsqueda de los restos de un miembro del Ejército Nacional, cuando se mantiene la incertidumbre?

Tesis 3: [M]ientras la incertidumbre se prolonga en el tiempo, no desaparece la obligación del Estado de implementar los procedimientos judiciales y no judiciales para esclarecer los hechos y realizar la búsqueda de los restos del suboficial (...), aunque la última vez que se tuvo noticia de él fue el 23 de junio de 1989, pues se trata de una obligación vigente, de acuerdo con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la ley colombiana. Lo cierto es que, pasados más de 29 años desde la desaparición del ex militar, la demandada solo se pronunció dos años después para darlo de baja del servicio y, posteriormente, para reconocerle una (sic) ascenso póstumo, sin haber demostrado que realizó tarea alguna para su búsqueda o para determinar cómo ocurrió su desaparición.

APELANTE ÚNICO / PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / LÍMITES DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

NOTA DE RELATORÍA: Se reitera lo señalado en la sentencia de unificación sobre la competencia del juez en segunda instancia cuando hay apelante único: sentencia de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, de 6 de abril de 2018, exp. 05001-23-31-000-2001-03068-01(46005), CP: Danilo Rojas Betancourth

PERJUICIO MORAL / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / FIJACIÓN DEL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / ARBITRIO JUDICIAL / FACULTADES DEL JUEZ / MUERTE PRESUNTA DE PERSONA NATURAL / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / OMISIÓN DE BÚSQUEDA DE DESAPARECIDO / PERSONA DESAPARECIDA / DERECHOS DE LOS FAMILIARES DE PERSONA DESAPARECIDA / MIEMBRO DE LAS FUERZAS MILITARES / OPERACIÓN MILITAR / DAÑO / DAÑO MORAL

Problema Jurídico 4: ¿Puede acudir al arbitrio juris para determinar la indemnización de perjuicios morales, cuando el daño no consiste en la muerte sino en la congoja y la zozobra de los familiares por no haber sido informados de las circunstancias que dieron lugar a la desaparición y posterior declaración judicial de muerte presunta de un militar?

Tesis 4: [E]l daño no consiste en la muerte no podrían confrontarse los montos reconocidos con los valores consignados en los fallos de unificación del 28 de agosto de 2014, específicamente en cuanto a la indemnización de perjuicios morales en casos de muerte, pues, se itera, el perjuicio no se deriva de la muerte de la víctima. (...) De ahí que la Sala considera necesario acudir al arbitrio juris para determinar si las sumas reconocidas en primera instancia por concepto de perjuicio moral son razonables. Para la Sala los montos reconocidos tienen fundamento en la congoja, la zozobra y la tristeza sufrida por los familiares del ex militar desaparecido debido a la desidia del Ejército Nacional en cuanto a la investigación de los hechos, lo que los obligó a iniciar el proceso para la declaración judicial de su muerte presunta, como lo demostró la prueba testimonial. A ello se suma que tras más de 29 años de la ausencia de su pariente siguen sin conocer las circunstancias en que este desapareció. Además, la entidad demandada les entregó unos restos humanos que no correspondían a la víctima, lo cual incrementó su incertidumbre.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 68001-23-31-000-2008-00509-01(48545)

Actor: EDUARDO ACUÑA RODRÍGUEZ Y OTROS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALLA EN EL SERVICIO / omisión del Ejército Nacional en informar a los familiares de un suboficial las circunstancias de su desaparición durante un operativo militar – falta de investigación y de las gestiones pertinentes para dar con el paradero y/o restos del ex militar desaparecido / DERECHO A LA VERDAD – el derecho de los familiares de saber cuál fue el destino de sus seres queridos y el estado y resultado de las investigaciones oficiales compromete la garantía de otros derechos como la dignidad humana, la memoria, el buen nombre, el acceso a la información, entre otros.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 26 de febrero de 2013 por el Tribunal Administrativo de Santander, Subsección de Descongestión, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal):

“PRIMERO: Declarar a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional administrativa, patrimonial y extracontractualmente responsable de los perjuicios ocasionados a los demandantes por falla en el servicio, de conformidad con las razones consignadas en la parte motiva de esta sentencia.

“SEGUNDO: Condenar a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional a pagar por concepto de perjuicios morales a los señores Eduardo Acuña Rodríguez en su condición de padre de Eduardo Segundo Acuña Mejía la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de esta sentencia, a Eduardo Cuarto Alexander Acuña Mejía y Eduardo Quinto Acuña Padilla en condición de hermanos de Eduardo Segundo Acuña Mejía, la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de esta sentencia para cada uno de ellos.

“TERCERO: Ordenar compulsar copias de esta decisión al Ministerio de Defensa Nacional con sede en la ciudad de Bogotá D.C., para que inicie las investigaciones disciplinarias y penales pertinentes, a fin de conocer la verdad de lo sucedido al cabo segundo Eduardo Segundo Acuña Mejía el 23 de junio de 1989, remitiendo copia a los aquí demandantes del inicio y del resultado de las correspondientes investigaciones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. Por Secretaría líbrense los correspondientes oficios.

“CUARTO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

“QUINTO: Expedir por Secretaría en firme la sentencia, copia con destino a las partes con las precisiones del artículo 115 del C.P.C., con la observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 expedido el 22 de febrero de 2005. Las copias destinadas al demandante serán entregadas al apoderado judicial que viene actuando.

“SEXTO: Dar cumplimiento a esta providencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

“SÉPTIMO: Sin costas en la instancia.

“OCTAVO: Una vez en firme esta providencia, archivar las diligencias previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI”.

I.- SÍNTESIS DEL CASO

El 23 de junio de 1989, el cabo Eduardo Segundo Acuña Mejía se encontraba en el sitio conocido como Pozo-Nutria Peroles, municipio de Barrancabermeja, donde participaba de una operación como comandante de una escuadra de contraguerrilla del Ejército Nacional cuando, al parecer, fue secuestrado y posteriormente asesinado por miembros de un grupo armado ilegal. Años después, sin que sus familiares tuvieran noticias de su paradero, solicitaron la declaración de muerte presunta, la cual se reconoció en la sentencia del 19 de enero de 2006, proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja.

II.- ANTECEDENTES

En escrito presentado el 19 de diciembre de 2007¹, los señores Eduardo Acuña Rodríguez, Eduardo Cuarto Alexander Acuña Mejía y Eduardo Quinto Acuña Padilla, por conducto de apoderado judicial², interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación-Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, con el fin de que se le declarara administrativamente responsable por *“los perjuicios causados con motivo de la muerte de Eduardo Segundo Acuña Mejía ocurrida el 23 de junio de 1991 y declarada mediante sentencia 0013 del 19 de enero de 2006”*³.

1.1.- Las pretensiones

Como consecuencia de la declaración anterior, por concepto de perjuicios morales se solicitó la cantidad de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el señor Eduardo Acuña Rodríguez y 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes cada uno de los demandantes Eduardo Cuarto Alexander Acuña Mejía y Eduardo Quinto Acuña Padilla.

Igualmente, a título de *“daño a la vida”* los demandantes solicitaron el equivalente a 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

¹ Es la fecha del sello de radicación de la demanda en la Secretaría del Juzgado Único Administrativo de Barrancabermeja, folios 6 y 19 cuaderno 1.

² Los actores otorgaron poder para demandar, según consta en el poder visible a folios 1 cuaderno 1. También se anotan sus nombres tal y como suscriben el poder y aparece en sus registros civiles de nacimiento visibles a folios 7 y 9 cuaderno 1.

³ Fls. 2 a 6 cuaderno 1.

En la modalidad de daño emergente, el señor Eduardo Acuña Rodríguez solicitó la suma de \$3`000.000, por concepto de pago de honorarios del proceso de jurisdicción voluntaria de muerte por desaparecimiento, que tramitó ante el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja.

1.2.- Los hechos

En la demanda se narró, en síntesis, lo siguiente:

El señor Eduardo Segundo Acuña Mejía nació en Barrancabermeja y convivía con sus padres Eduardo Acuña Rodríguez y Graciela Mejía Argüelles⁴ hasta que se presentó voluntariamente a prestar el servicio militar obligatorio en el Ejército Nacional y después continuó su carrera militar hasta alcanzar el grado de suboficial (cabo).

El 23 de junio de 1989, el cabo primero del Ejército Nacional Eduardo Segundo Acuña Mejía se encontraba como comandante de una escuadra de contraguerrilla adelantando una operación militar en el sitio conocido como Pozo-Nutria Peroles, municipio de Barrancabermeja, en compañía de otros militares.

Por orden del comandante de la patrulla, el cabo primero Eduardo Segundo Acuña Mejía y otro suboficial fueron enviados a una tienda ubicada a unos 15 minutos del campamento militar, donde “habrían” sido interceptados por la “guerrilla”, secuestrados y posteriormente asesinados en algún lugar de las montañas de la región.

Dos años después de la desaparición del cabo segundo Eduardo Segundo Acuña Mejía, el Ejército Nacional le dio de baja de sus filas sin esclarecer qué le sucedió.

Los padres y demás familiares de Eduardo Segundo Acuña Mejía hicieron todas las diligencias necesarias para conocer su paradero, pero no obtuvieron información del Ejército Nacional, el que años después les entregó un cadáver que no correspondía al del suboficial desaparecido y que fue devuelto a la institución.

⁴ A folio 10 cuaderno 1 se allegó copia auténtica del registro civil de defunción de la señora Graciela Mejía Argüelles, según el cual falleció el 12 de agosto de 2002.

Los familiares del cabo primero Eduardo Segundo Acuña Mejía decidieron iniciar el proceso judicial por su muerte presunta por desaparecimiento, la cual fue declarada por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja en sentencia del 19 de enero de 2006, en la cual se señaló como fecha de muerte el 23 de junio de 1991.

2.- El trámite de primera instancia

2.1. La admisión de la demanda y su notificación

Mediante auto del 2 de abril de 2008⁵, el Juzgado Único Administrativo de Barrancabermeja inadmitió la demanda, a fin de que se corrigieran las pretensiones, en el sentido de indicar a qué perjuicios se referían los montos solicitados.

La parte demandante subsanó la demanda en la forma indicada⁶ y por auto del 19 de agosto de 2008⁷, ese juzgado la admitió.

Luego, mediante providencia del 21 de agosto de 2008⁸, el Juzgado Único Administrativo de Barrancabermeja dejó sin efecto el auto admisorio de la demanda del 19 de agosto del mismo año, *“en razón a que la pretensión mayor estipulada por el apoderado excede la cuantía que puede conocer este despacho”* y ordenó remitir el proceso al Tribunal Administrativo de Santander.

Por auto del 18 de septiembre de 2008⁹, el Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda, decisión de la cual fueron notificados en debida forma el Ministerio Público¹⁰ y la Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional¹¹.

2.2.- Contestación de la demanda

La Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló que el daño sufrido por los actores tuvo como causa directa

⁵ Fl. 20 cuaderno 1.

⁶ Fls. 21 cuaderno 1.

⁷ Fls. 24 y 25 cuaderno 1.

⁸ Fls. 26 y 27 cuaderno 1.

⁹ Fls. 31 y 32 cuaderno 1.

¹⁰ Fl. 32 vuelto cuaderno 1.

¹¹ Fls. 36 y 37 cuaderno 1.

la acción terrorista y criminal de la delincuencia y no una prestación inadecuada del servicio.

Invocó el hecho de un tercero pero no hizo referencia alguna a los hechos de la demanda¹².

2.3.- La etapa probatoria y de alegatos de conclusión

A través de auto del 18 de noviembre de 2009¹³, el *a quo* decretó las pruebas solicitadas por la parte demandada y decretó como prueba de oficio que se allegara al proceso la hoja de vida militar del ex suboficial Eduardo Segundo Acuña Mejía. La entidad demandada no aportó ni solicitó pruebas.

Vencido el período probatorio, por auto del 19 de noviembre de 2010¹⁴ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para lo de su competencia.

La parte demandante reiteró que el cabo primero Eduardo Segundo Acuña Mejía desapareció cuando se encontraba realizando un patrullaje de contraguerrilla, sin que hasta la fecha se sepa de su paradero. Reprochó que el Ejército Nacional entregó a los familiares un cadáver que no correspondía al de su pariente, en un acto *“irresponsable, mal intencionado y malévolo”*¹⁵.

La Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional reiteró lo expuesto en el escrito de contestación de la demanda sobre los actos de terrorismo y el hecho de un tercero, sin hacer alusión alguna a la causa *petendi*¹⁶.

El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

¹² Fls. 38 a 42 cuaderno 1.

¹³ Fl. 55 cuaderno 1.

¹⁴ Fl. 186 cuaderno 1.

¹⁵ Fls. 187 y 188 cuaderno 1.

¹⁶ Fls. 189 a 193 cuaderno 1.

El Tribunal Administrativo de Santander, Subsección de Descongestión, en sentencia del 26 de febrero de 2013, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Para el *a quo* se demostró que el cabo primero Eduardo Segundo Acuña Mejía desapareció el 23 de junio de 1989 cuando se encontraba en servicio activo del Ejército Nacional, durante una operación de contraguerrilla en el sitio conocido como Pozo-Nutria Peroles, municipio de Barrancabermeja.

Igualmente, consideró acreditado que ante la angustia y el desespero de sus familiares por no tener noticias de su paradero, estos decidieron iniciar el proceso para la declaración de muerte presunta del suboficial.

Señaló que el daño antijurídico consistió en que no se establecieron las causas de la desaparición del suboficial Eduardo Segundo Acuña Mejía, quien se encontraba en servicio activo, más cuando la entidad demandada no dio información específica sobre lo sucedido el 23 de junio de 1989 cuando aquel se encontraba en una operación militar.

Sostuvo que la falla en el servicio del Ejército Nacional consistió en la omisión de brindar información a los familiares sobre lo ocurrido con el suboficial Eduardo Segundo Acuña Mejía, quien era miembro activo de la institución cuando desapareció, es decir, vulneró su derecho a la verdad.

Añadió que el suboficial Eduardo Segundo Acuña Mejía no murió en combate sino en circunstancias extrañas que el Ejército Nacional no explicó ni investigó para informar a sus parientes.

Agregó que el Ejército Nacional también incurrió en una falla cuando entregó a los familiares un cadáver que no correspondía al del desaparecido suboficial, lo que provocó más incertidumbre sobre su paradero.

El *a quo* también cuestionó que en la contestación de la demanda la accionada no hizo referencia alguna a los hechos demandados, de lo que se infería su falta de interés en esclarecer lo sucedido con quien fuera miembro de esa institución.

Finalmente, fundó la condena en la incertidumbre y congoja sufrida por los demandantes debido a la desaparición del suboficial Eduardo Segundo Acuña Mejía y a la indiferencia de parte de la accionada por este hecho¹⁷.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La entidad demandada interpuso recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia, con el fin de que se revocara dicho proveído.

Sostuvo que la sentencia impugnada no guardaba relación con la demanda, pues los actores solicitaron que se condenara por la forma como ocurrió la muerte o desaparición del cabo primero Eduardo Segundo Acuña Mejía y la providencia se fundamentó en hechos posteriores a los sucedidos el 23 de junio de 1989.

Consideró que el *a quo* extralimitó su decisión frente a los hechos y pretensiones de la demanda, pues no podía declarar una falla del servicio por omisión, debido a una falta de investigación de los hechos en los cuales ocurrió la desaparición del cabo primero, dado que la demandada sí tuvo certeza de la razón para darlo de baja de la institución, cual fue su desaparición temporal.

Señaló que no existió falla en el servicio, dado que el suboficial Eduardo Segundo Acuña Mejía no fue expuesto a un riesgo superior al de sus demás compañeros y su desaparición ocurrió mientras cumplía una misión para el mantenimiento del orden público y por acción del “*enemigo*”.

Insistió en que el daño sufrido por los actores tuvo como causa directa la “*acción terrorista y criminal de la delincuencia*” y no se originaron en la prestación inadecuada del servicio sino en el hecho exclusivo de un tercero¹⁸.

1.- El trámite de segunda instancia

Mediante providencia del 26 de junio de 2013¹⁹, el *a quo* fijó fecha para celebrar la audiencia de conciliación prevista en el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, la cual

¹⁷ Fls. 196 a 207 cuaderno de segunda instancia.

¹⁸ Fls. 211 a 214 cuaderno de segunda instancia.

¹⁹ Fl. 216 cuaderno de segunda instancia.

se llevó a cabo el 31 de julio siguiente²⁰ y se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio de las partes.

En la misma diligencia, el Tribunal concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

Por auto del 23 de septiembre de 2013²¹, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia.

2.- Los alegatos de conclusión en segunda instancia

A través de auto del 28 de octubre de 2013²², se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, si así lo consideraba pertinente.

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

IV.- CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Esta Corporación es competente para conocer, en segunda instancia, del recurso de apelación interpuesto, de conformidad con lo establecido en los artículos 129 y 132 numeral 6 del C.C.A., subrogados por los artículos 37 y 40 de la Ley 446 de 1998, respectivamente, dado que la cuantía del proceso excede de 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de presentación de la demanda²³ (19 de diciembre de 2007) y la sumatoria de las pretensiones supera los 4.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes²⁴.

²⁰ Fls. 219 y 220 cuaderno de segunda instancia.

²¹ Fls. 227 a 230 cuaderno de segunda instancia.

²² Fl. 232 cuaderno de segunda instancia.

²³ El valor del salario mínimo legal mensual vigente para el 2007 era de \$433.700, por lo que 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes equivalían a \$216'850.000.

²⁴ En concordancia con lo dispuesto en el artículo 20, numeral 2, del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 3 de la Ley 1395 de 2010: *“La cuantía se determinará así: (...) 2. Por el valor de la suma de todas las pretensiones acumuladas al momento de la presentación de la demanda”*. Cabe precisar que dicho artículo fue derogado a partir del 1 de enero de 2014, en forma gradual por el artículo 626, literal c), de la Ley 1564 de 2012, en concordancia con el artículo 627, numeral 6) de la misma ley; de modo que para el 17 de junio de 2013 cuando se presentó el

2.- Oportunidad de la acción

El asunto bajo examen se funda en los perjuicios causados a los demandantes con motivo de la muerte del desaparecido sub oficial del Ejército Nacional Eduardo Segundo Acuña Mejía ocurrida el 23 de junio de 1991 y declarada mediante sentencia 0013 del 19 de enero de 2006.

Dicha providencia fue objeto del grado jurisdiccional de consulta y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Civil-Familia, mediante sentencia del 3 de mayo de 2006²⁵ confirmó la decisión consultada.

Finalmente, el proveído que declaró la muerte presunta del suboficial quedó ejecutoriada el 9 de mayo de 2006, según constancia secretarial expedida por la secretaría de esa Corporación²⁶.

Lo anterior implica que los demandantes tenían hasta el 10 de mayo de 2008 para instaurar la demanda de reparación directa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 numeral 8 del C.C.A. y la demanda fue presentada el 19 de diciembre de 2007, esto es, de forma oportuna.

3.- Legitimación en la causa

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, por manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva.

A su vez, la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

recurso de apelación en el sub judice, el artículo 3 de la Ley 1395 de 2010 era la norma vigente al momento de presentación del recurso.

²⁵ Fls. 172 a 176 cuaderno 1.

²⁶ Fl. 178 vuelto cuaderno 1.

Así, tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

3.1.- Legitimación en la causa de los demandantes

Los señores Eduardo Acuña Rodríguez, Eduardo Cuarto Alexander Acuña Mejía y Eduardo Quinto Acuña Padilla son los demandantes en este asunto, en cuanto promovieron el proceso de la referencia, de ahí que se encuentre probada su legitimación en la causa de hecho.

En cuanto a la legitimación material de los mismos, su parentesco legal con la víctima desaparecida se encuentra demostrado con los registros civiles de nacimiento allegados al proceso²⁷.

3.2.- Legitimación en la causa de la demandada

La Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional se encuentra legitimada en la causa por pasiva de hecho, pues de lo narrado en la demanda se concluye que es a dicha entidad a la que se le imputa el daño objeto de la controversia.

En relación con la legitimación material de la demandada, se aclara que esta, por determinar el sentido de la sentencia -denegatoria o condenatoria-, no se analizará *ab initio*, sino al adelantar el estudio que permita determinar si existió o no una participación efectiva de la accionada en la producción del daño antijurídico alegado por la parte actora.

4.- El alcance de la apelación

En el caso *sub exámine* se tiene que el extremo pasivo de la *litis* edificó la impugnación contra la sentencia de primera instancia sobre los siguientes aspectos:

- i)* lo ordenado en la sentencia no es congruente con lo solicitado en la demanda;
- ii)* el suboficial Eduardo Segundo Acuña Mejía no fue expuesto a un riesgo

²⁷ Fls. 7 y 9 cuaderno 1.

superior al de sus demás compañeros y el daño fue causado por el hecho exclusivo de un tercero.

5.- Hechos probados

5.1.- El cabo primero Eduardo Segundo Acuña Mejía desapareció el 23 de junio de 1989 durante una operación militar y su muerte presunta fue declarada judicialmente

Según Resolución número 04358 del 12 de julio de 1992 expedida por el Ministro de Defensa, Eduardo Segundo Acuña Mejía fue ascendido de forma póstuma al grado de cabo primero luego de su desaparición el 23 de junio de 1989, en *“hechos ocurridos en cumplimiento de una misión especial para el mantenimiento del orden público, por acción del enemigo, en el departamento de Santander”*²⁸.

La misma resolución señaló que desde el 9 de julio de 1991, Eduardo Segundo Acuña Mejía había sido retirado del Ejército Nacional por presunción de muerte por desaparecimiento.

El *a quo* decretó como prueba de oficio que se allegara copia auténtica del proceso de muerte presunta por desaparecimiento adelantado por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja, dentro del cual se allegó la constancia suscrita el 24 de marzo de 1992 por el jefe de personal del batallón de artillería de defensa aérea No. 21 Granada, según la cual (se transcribe de forma literal):

*“El cabo segundo Eduardo Segundo Acuña Mejía ingresó al Ejército Nacional como suboficial el 1 de septiembre de 1988 y el 23 de junio de 1989, día de su desaparición, se encontraba en servicio activo como comandante de escuadra de una contraguerrilla que adelantaba operaciones en el área general de Pozo Nutrias, Peroles y Albania y pertenecía a la Batería ‘C’”*²⁹.

En dicho proceso de jurisdicción voluntaria los señores Rosalba Padilla Cadavid y José Antonio Castaño declararon sobre lo que sabían acerca de la desaparición del suboficial Eduardo Segundo Acuña Mejía.

La primera señaló lo siguiente (se transcribe de forma literal):

“Yo era la madrastra de Eduardo Segundo Acuña Mejía, él vivía con la mamá Graciela Mejía en el barrio Buena Vista, él se fue a hacer la carrera de suboficial del Ejército a Tolomaida, hizo la carrera y lo pasaron al batallón del

²⁸ Fl. 18 cuaderno 1.

²⁹ Fl. 66 cuaderno 1.

Ejército del centro de Ecopetrol a hacer el curso de contraguerrilla y estando en eso se lo llevaron a una correría y como al mes me llamaron del batallón y dijeron que fuéramos a mirar dos cadáveres que habían encontrado por el Pozo Nutria, yo fui a buscar a la mamá de él y a unas tías y la mamá al ver los esqueletos que mostraron ella de una vez dijo que esos huesos no eran de su hijo porque esos huesos eran muy viejos sin carnosidad ni nada y él solo tenía un mes de desaparecido, llamaron al papá Eduardo Acuña Rodríguez, el papá vino y los cadáveres los tenían en el batallón porque fueron dos los desaparecidos, él vino, los ataúdes los tenían sellados y los hizo destapar y cuando se dio cuenta que eso era pura calavera dijo que cómo iba a reconocer esos huesos y se acordó que cuando Eduardo Segundo tenía 7 años había sufrido un accidente y se había fracturado el fémur, buscaron al médico legista y el médico examinó ese fémur y dijo que ese hueso nunca había sido fracturado y por eso también se estableció que ese no era el cadáver de Eduardo Segundo (...) PREGUNTADO. Qué gestiones y diligencias ha hecho la familia para lograr saber sobre el paradero de Eduardo Segundo Acuña Mejía. CONTESTÓ. El papá es quien ha hecho todas esas gestiones y averiguaciones, eso fue publicado en el periódico y en la radio y formuló los denuncios por la desaparición, incluso eso salió en la revista VEA³⁰.

El segundo expuso lo siguiente (se transcribe de forma literal):

“Yo supe de la desaparición del señor Eduardo Segundo Acuña Mejía por parte de la mamá Graciela Mejía porque yo soy amigo de la familia, llorando me dijo que como le parecía que Eduardo había desaparecido, después como al mes trajeron unos cadáveres al batallón y les dijeron que esos eran los desaparecidos y a través del médico legista diagnosticó que ese no era el cadáver de Eduardo Segundo Acuña Mejía (...) Pues él prestaba el servicio o trabajaba en el batallón del Centro de Ecopetrol, pero exactamente el sitio de donde desapareció no lo sé, tampoco cómo desapareció, eso lo deben saber los que estaban con él en el batallón”³¹.

También el padre del ex militar desaparecido, Eduardo Acuña Rodríguez, absolvió interrogatorio de parte decretado de oficio por el juez de ese proceso, quien reiteró lo señalado por los testigos Rosalba Padilla Cadavid y José Antonio Castaño y agregó lo siguiente respecto del trato que recibió del Ejército Nacional (se transcribe de forma literal):

“(...) eso fue un hermetismo total, ni siquiera lamentaciones por la desgracia, se convirtieron fue en enemigos por lo que uno quería saber, es más, el juez penal militar del batallón de Nueva Granada, cuando yo quise colaborar para llevarle el expediente al juez de orden público de Bucaramanga como se le pedía el expediente para llevarlo, me trató mal y ordenó que policías militares me sacaran del batallón, cuando un Mayor se dio cuenta de lo que estaban haciendo conmigo intervino y regresó conmigo ante el juez y le preguntó que qué pasaba, yo ya le había contado al Mayor sobre el expediente y ahí el juez lo da por perdido, eso ocasionó que a ese juez lo retiraran del cargo y el expediente se reconstruyó pero ya se perdieron muchas pruebas por el tiempo”³².

Fue así como el 19 de enero de 2006, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja declaró la muerte presunta por desaparecimiento del

³⁰ Fls. 140 y 140 cuaderno 1.

³¹ Fl. 142 cuaderno 1.

³² Fls. 83 a 86 cuaderno 1.

suboficial Eduardo Segundo Acuña Mejía, bajo las siguientes consideraciones (se transcribe de forma literal):

“Las fotocopias simples de recortes de periódicos (Fls. 7 al 11), muestran la divulgación que al caso le fue dado en su momento.

“Las declaraciones de Rosalba Padilla Cadavid y José Antonio Castaño (Fls. 80 a 82) ratifican los hechos de la demanda en relación con la desaparición de Eduardo Segundo Acuña Mejía, en junio de 1989, cuando se encontraba al servicio del Ejército Nacional en hechos confusos que aún están por determinar.

“(…).

“Por otra parte, la prueba documental confirma que el desaparecimiento de Eduardo Segundo Acuña Mejía se dio a conocer a su familia por las fuerzas militares al día siguiente de haber sucedido la desaparición y según testimonios, la investigación sobre la desaparición de Eduardo Segundo se encuentra ante el Juez Primero de Orden Público, actualmente en Cúcuta, resultando estas diligencias infructuosas, toda vez que desde entonces y hasta la fecha se desconoce el paradero del ausente y la suerte que haya corrido, corroborando la desaparición.

“Así las cosas, encuentra el despacho que debe acogerse la pretensión de declaración judicial de muerte presuntiva por desaparecimiento, fijando como día de ocurrencia de la muerte el último del primer bienio, esto es, el 23 de junio de 1991, toda vez que las últimas noticias se tuvieron el 23 de junio de 1989”³³.

Esta providencia fue objeto del grado jurisdiccional de consulta y confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Civil-Familia, el 3 de mayo de 2006³⁴.

Igualmente, se allegó copia auténtica del registro civil de defunción de Eduardo Segundo Acuña Mejía, en el cual aparece como fecha de su muerte el 23 de junio de 1991³⁵.

Finalmente, en respuesta a un requerimiento ordenado de oficio por el *a quo* en el auto de pruebas para que la demandada allegara la hoja de vida del ex militar, el subdirector de personal del Ejército Nacional informó lo siguiente (se transcribe de forma literal):

“Con toda atención y en respuesta a su oficio donde solicita la hoja de vida del señor Eduardo Acuña Rodríguez, me permito indicar que en la base de datos del Ejército la cual fue implementada a partir del año 1994, no se encontró registro alguno que indique que el mencionado haya sido miembro de la institución”³⁶.

³³ Fls. 147 a 152 cuaderno 1.

³⁴ Fls. 172 a 176 cuaderno 1.

³⁵ Fl. 8 cuaderno 1.

³⁶ Fl. 184 cuaderno 1.

De todo lo anterior se colige que el cabo primero Eduardo Segundo Acuña Mejía ingresó al Ejército Nacional el 1 de septiembre de 1988 y que el 23 de junio de 1989 desapareció en el sitio conocido como Pozo Nutria-Peroles, municipio de Barrancabermeja, sin que se conozcan detalles de lo sucedido.

El 9 de julio de 1991, Eduardo Segundo Acuña Mejía fue dado de baja del Ejército Nacional por presunción de muerte por desaparecimiento.

El 12 de julio de 1992, Eduardo Segundo Acuña Mejía fue ascendido de forma póstuma al grado de cabo primero del Ejército Nacional.

El 19 de enero de 2006, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Barrancabermeja declaró que la muerte presunta por desaparecimiento del suboficial Eduardo Segundo Acuña Mejía ocurrió el 23 de junio de 1991.

El Ejército Nacional no emitió informe alguno sobre lo sucedido el 23 de junio de 1989 cuando desapareció el suboficial Eduardo Segundo Acuña Mejía, tampoco adelantó investigación disciplinaria, penal o administrativa para esclarecer los hechos.

Incluso, aproximadamente un mes después de su desaparición, el Ejército Nacional presentó a la familia unos restos óseos, pero, según los testigos, un médico legista comprobó que no eran de Eduardo Segundo Acuña Mejía.

La demandada no allegó la hoja de vida de la víctima, pues aunque recibió un oficio con los datos correctos del suboficial Eduardo Segundo Acuña Mejía, en su respuesta señaló que no encontró registro alguno en su base de datos sobre "*Eduardo Acuña Rodríguez*", quien no corresponde al nombre del ex militar desaparecido.

6.- El daño

Observa la Sala que el daño alegado por los demandantes no consiste en la muerte del suboficial Eduardo Segundo Acuña Mejía, sino en el hecho de que desde el 23 de junio de 1989, cuando se encontraba en cumplimiento de una operación militar, desapareció sin que el Ejército Nacional explicara a sus

familiares las circunstancias de tal suceso ni adelantara investigación alguna para esclarecer lo ocurrido con su pariente.

De ahí que el daño sufrido por los accionantes, familiares del ex militar desaparecido, es moral, consistente en la angustia padecida por no conocer la verdad de los hechos, es decir, qué sucedió con su pariente.

Tal daño se encuentra probado con los testimonios recaudados dentro del proceso de jurisdicción voluntaria que los familiares debieron instaurar, ante la falta de información por parte del Ejército Nacional sobre la suerte de su hijo y hermano.

7.- La imputación

El *a quo* consideró que el daño resultaba imputable a la entidad demandada, pues no explicó a los familiares del suboficial Eduardo Segundo Acuña Mejía cómo ocurrió su desaparición ni investigó el hecho.

Por su parte, la entidad accionada refutó lo señalado por el *a quo* respecto de la imputación del daño, con base en los siguientes argumentos:

7.1. Lo ordenado en la sentencia no es congruente con lo solicitado en la demanda

La apelante considera que los actores solicitaron que se condenara por la forma como ocurrió la muerte o desaparición del cabo primero Eduardo Segundo Acuña Mejía y la providencia se fundamenta en hechos posteriores a los sucedidos el 23 de junio de 1989.

Agrega que el *a quo* extralimitó su decisión frente a los hechos y pretensiones de la demanda, pues no podía declarar una falla del servicio por omisión debido a una falta de investigación de los hechos en los cuales ocurrió la desaparición del ex militar, dado que el Ejército Nacional sí tuvo certeza de la razón para darlo de baja de la institución, cual fue su desaparición temporal.

La Sala considera que no le asiste razón a la apelante pues, precisamente, la causa petendi se funda en la incertidumbre de los demandantes por la desaparición de su pariente cuando se encontraba en una misión como miembro del Ejército Nacional.

Resulta claro que “*la forma como ocurrió la muerte*” de la víctima es lo que los accionantes desconocen, dado que el Ejército Nacional no emitió informe de novedad alguno acerca de lo sucedido el 23 de junio de 1989, cuando el entonces suboficial Eduardo Segundo Acuña Mejía adelantaba una operación como comandante de una escuadra de contraguerrilla, en el sitio conocido como Pozo-Nutria Peroles en Barrancabermeja.

Para la Sala, el *a quo* no se extralimitó en su decisión por incongruencia, debido a que los demandantes no imputan a la demandada el hecho de la muerte del ex militar, sino la falta de información y de gestiones por parte de la accionada, que llevó a que los actores no supieran cómo desapareció su pariente y debieran solicitar la declaración judicial de muerte presunta.

Ello es claro, pues en el hecho número 11 de la demanda los actores lamentan “*no haber podido darle cristiana sepultura*”, dado que, como lo señalaron los testigos en el proceso de jurisdicción voluntaria, el Ejército Nacional entregó a los familiares unos restos que no correspondían a los del ex militar, lo que se pudo advertir con el dictamen de un médico legista.

A este proceso no se allegó informe administrativo alguno del comandante de patrulla o pelotón de aquella operación o del comandante del batallón al que pertenecía la víctima, sobre cómo desapareció el suboficial frente a sus compañeros. No se explicó qué se encontraba haciendo exactamente o a dónde se dirigía cuando desapareció, ni se allegó prueba alguna relacionada con la operación que realizaba el día de su desaparición.

No se adelantó investigación disciplinaria o penal en la que se tomaran declaraciones a los compañeros de misión de la víctima que permitieran conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió su desaparición.

Así las cosas, como lo declaró el *a quo*, la afectación sufrida por los accionantes ante la incertidumbre y desinterés del Ejército Nacional por esclarecer el paradero de un miembro de esa institución, deriva en la violación del derecho a la verdad.

Dentro de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, el derecho a la verdad se incorporó por primera vez en el “*Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la*

*impunidad*³⁷ específicamente los principios 4 y 5³⁸ estipulan el derecho de los familiares a conocer la suerte de las víctimas desaparecidas y la obligación del Estado a través de todas sus instituciones judiciales o administrativas de garantizar la efectividad del derecho a saber.

También la “*Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*” adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución número 61/177 del 20 de diciembre de 2006, aprobada por el Estado colombiano mediante Ley 1418 de 2010, en el preámbulo y en el artículo 24 numerales 1, 2 y 3³⁹ establece el derecho de los

³⁷ Estos estándares fueron redactados por *Louis Joinet* a solicitud de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y publicados en 1997. Posteriormente fueron actualizados por la experta *Diane Orentlicher* y aprobados por esa Comisión en 2005.

³⁸ “Principio 4. El derecho de las víctimas a saber:

“Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima.

“Principio 5. garantías para hacer efectivo el derecho a saber:

“Incumbe a los Estados adoptar las medidas adecuadas, incluidas las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento independiente y eficaz del poder judicial, para hacer efectivo el derecho a saber. Las medidas apropiadas para asegurar ese derecho pueden incluir procesos no judiciales que complementen la función del poder judicial. Las sociedades que han experimentado crímenes odiosos perpetrados en forma masiva o sistemática pueden beneficiarse en particular con la creación de una comisión de la verdad u otra comisión de investigación con objeto de establecer los hechos relativos a esas violaciones de manera de cerciorarse de la verdad e impedir la desaparición de pruebas. Sea que un Estado establezca o no un órgano de ese tipo, debe garantizar la preservación de los archivos relativos a las violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y la posibilidad de consultarlos”. Consultado en <http://www.derechos.org/nizkor/impu/impuppos.html>

³⁹ “Preámbulo

“Los Estados Partes en la presente Convención,

“Afirmando el derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de una desaparición forzada y la suerte de la persona desaparecida, así como el respeto del derecho a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones a este fin,

“Han convenido en los siguientes artículos:

“(…).

“Artículo 24.

“1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por ‘víctima’ la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada.

“2. Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto.

“3. Cada Estado Parte adoptará todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos. (…)”. Consultado en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/conventionced.aspx>

familiares a conocer el paradero de la persona desaparecida y a que el Estado tome las medidas apropiadas para su búsqueda.

Por su parte, la Ley 1448 de 2011 “*por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado*” consagra en su artículo 23⁴⁰ el derecho que tienen las víctimas a la verdad.

Si bien las Leyes 1418 de 2010 y 1448 de 2011, no se encontraban vigentes para la época de los hechos, se aplican al sub judice dado que el derecho a la verdad de los demandantes aún no ha sido satisfecho.

La doctrina internacional⁴¹ ha señalado que el derecho a la verdad es autónomo, aunque estrechamente ligado a otros derechos como el de acceso a un recurso judicial efectivo, a la investigación efectiva, a solicitar y difundir información, a la reparación integral, entre otros. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a la verdad:

“Se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁴².

⁴⁰ “Artículo 23. derecho a la verdad. Las víctimas, sus familiares y la sociedad en general, tienen el derecho imprescriptible e inalienable a conocer la verdad acerca de los motivos y las circunstancias en que se cometieron las violaciones de que trata el artículo 3o de la presente Ley, y en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima, y al esclarecimiento de su paradero. La Fiscalía General de la Nación y los organismos de policía judicial deberán garantizar el derecho a la búsqueda de las víctimas mientras no sean halladas vivas o muertas.

“El Estado debe garantizar el derecho y acceso a la información por parte de la víctima, sus representantes y abogados con el objeto de posibilitar la materialización de sus derechos, en el marco de las normas que establecen reserva legal y regulan el manejo de información confidencial”.

⁴¹ Ver entre otros: *Primer Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/1435, de 22 de enero de 1981; *Estudio sobre el derecho a la verdad, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2006/91 de 9 de enero de 2006, párrafos 55 y 60; *El derecho a la verdad - Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, documento A/HRC/5/7 de 7 de junio de 2007, párr. 85; ‘Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas del Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias de las Naciones Unidas’, en *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, documento de las Naciones Unidas A/HRC/16/48 de 26 de enero de 2011, párr. 30, págs. 10 y siguientes; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 1/99, de 27 de enero de 1999, Caso No. 10.480, Lucio Parada Cea y otros (El Salvador), párrafos 147 a 154.

⁴² Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 148. Ver igualmente, Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001,

Ese Tribunal internacional ha reafirmado la existencia de un “*derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de esta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, lo cual representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance*”⁴³. Este derecho también comprende la obligación del Estado de investigar los hechos de la desaparición, procesar y sancionar a los responsables⁴⁴.

La misma Corte ha señalado que la verdad es el objetivo último de las investigaciones judiciales no “*una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad*”⁴⁵.

Así, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la garantía de este derecho comporta un deber reforzado de diligencia, con el cual debe buscarse el esclarecimiento de las violaciones de derechos humanos, siendo una de las más graves, la desaparición forzada de personas.

Igualmente, la Corte Constitucional ha reconocido la existencia del derecho a la verdad en su esfera individual y colectiva el que, a su vez, compromete la garantía de otros derechos (se transcribe de forma literal):

“El derecho a la verdad de las víctimas ha sido reconocido y desarrollado ampliamente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte IDH, en los Actos Legislativos 01 de 2012 y 01 de 2017 y en algunas decisiones de órganos regionales de derechos humanos y estándares internacionales de sobre la materia que, aunque no forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, han contribuido a proporcionarle sentido y alcance. Principalmente a partir de la abundante jurisprudencia constitucional y de la Corte IDH, es posible observar, en primer lugar, que la verdad ha sido identificada como un derecho individual y también como un derecho colectivo de los pueblos; en segundo lugar, ha sido entendida como un derecho

párrafo. 48, y Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 201 y caso Rodríguez Vera y otros vs Colombia, sentencia de fondo del 14 de noviembre de 2014, párrafo 509.

⁴³ Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, sentencia de fondo del 29 de julio de 1988, párrafo 181; Caso Rochac Hernández y otros vs El Salvador, sentencia de fondo, reparaciones y costas del 14 de octubre de 2014, párrafo 140.

⁴⁴ Caso Blake vs Guatemala, sentencia de fondo del 24 de enero de 1998, párrafo 97; Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, párrafos 41 y 44; Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafos 112 y 114; Caso Gelman Vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011; Caso Rochac Hernández y otros vs El Salvador, sentencia de fondo, reparaciones y costas del 14 de octubre de 2014, párrafo 140.

⁴⁵ Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, sentencia de fondo del 29 de julio de 1988, párrafo 177.

autónomo y, así mismo, como una garantía para la realización de otros derechos; por último, se ha mostrado que existen mecanismos judiciales y medios extrajudiciales para garantizar su realización.

(...).

“Conocer la verdad es un derecho que el Estado tiene la obligación de garantizar a toda víctima de un delito y, en especial, a aquellas personas que han sido objeto de violaciones de derechos humanos, así como a los parientes que han sufrido sus consecuencias.

(...).

“La verdad exige que los afectados puedan saber en forma detallada los motivos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron las conductas, así como el patrón criminal con que se identifica la forma de comisión de los crímenes. Esto último implica el derecho a conocer, en el plano jurídico, si el delito perpetrado constituye una violación a los derechos humanos, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad. Por su parte, los familiares de las personas desaparecidas tienen derecho a conocer el destino de sus seres queridos y el estado y resultado de las investigaciones oficiales. En este sentido, el derecho a conocer el paradero de las personas desaparecidas o secuestradas se encuentra amparado en el derecho del familiar o allegado de la víctima a no ser objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes y debe ser satisfecho, incluso, si no existen procesos penales en contra de los presuntos responsables (por muerte, indeterminación o cualquier otra causa).

“En la posibilidad de que los hechos sean descubiertos están comprometidos valores intrínsecos del ser humano. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima⁴⁶. Adicionalmente, el derecho a la verdad encuentra su fundamento en el deber de memoria histórica y de recordar, en el derecho al buen nombre⁴⁷.

En el *sub judice*, la falla de la demandada no se configura porque no hubiera encontrado el paradero del ex militar, sino porque no informó a sus familiares lo que sucedió en el operativo durante el cual aquel desapareció y por la desidia en realizar todas las averiguaciones y gestiones pertinentes para esclarecer las circunstancias de su desaparición y adelantar las medidas adecuadas para la búsqueda y restitución de sus restos.

Las mencionadas gestiones eran de competencia de la demandada, teniendo en cuenta que el suboficial Eduardo Segundo Acuña Mejía desapareció durante una

⁴⁶ “Original de la cita: Sentencias de la Corte Constitucional T- 443 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C- 293 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-454 de 2006. M. P. Jorge Córdoba Triviño; C-260 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; C-872 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-655 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-130 de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-209 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa”.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-017 del 21 de marzo de 2018, MP: Diana Fajardo Rivera.

misión en la que no se encontraba solo, de modo que debió existir un informe de los hechos suscrito por el comandante respectivo, se debieron recibir las declaraciones de otros militares que estuvieron el 23 de junio de 1989 participando de la operación y debieron ordenarse las investigaciones correspondientes o incluso evaluarse una posible operación de rescate, entre otras acciones.

Además, el cumplimiento de tales deberes por parte de la accionada no dependía del comportamiento de los familiares de la víctima – quienes debieron solicitar la declaración judicial de muerte de su pariente -, máxime cuando, se insiste, el suboficial desapareció mientras se encontraba en labores del servicio, sin que la institución diera explicaciones de cómo ocurrió el hecho o qué hizo para dar con su paradero.

En el caso que se examina no se predica que la desaparición fue obra de un miembro de la institución castrense, de hecho, cualquier afirmación resulta en una mera conjetura, pues al plenario, se itera, no se allegó información o investigación alguna sobre las circunstancias de la desaparición del suboficial Eduardo Segundo Acuña Mejía.

Incluso, la entidad accionada al contestar la demanda, no hizo pronunciamiento alguno sobre los hechos narrados en esta ni allegó prueba de las gestiones que pudo hacer con el fin de esclarecer los hechos, sin que fuere relevante el resultado, con lo que se demostró su inactividad al respecto.

A ello debe agregarse que, mientras la incertidumbre se prolonga en el tiempo, no desaparece la obligación del Estado de implementar los procedimientos judiciales y no judiciales para esclarecer los hechos y realizar la búsqueda de los restos del suboficial Eduardo Segundo Acuña Mejía, aunque la última vez que se tuvo noticia de él fue el 23 de junio de 1989, pues se trata de una obligación vigente, de acuerdo con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la ley colombiana.

Lo cierto es que, pasados más de 29 años desde la desaparición del ex militar, la demandada solo se pronunció dos años después para darlo de baja del servicio y, posteriormente, para reconocerle una ascenso póstumo, sin haber demostrado que realizó tarea alguna para su búsqueda o para determinar cómo ocurrió su desaparición.

Por tales motivos, la Sala coincide con el *a quo* en que la falta de información a los familiares de Eduardo Segundo Acuña Mejía sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el ex militar desapareció al servicio del Ejército Nacional y la falta de investigación y de las gestiones pertinentes para su búsqueda, configuraron la falla en el servicio por omisión de la demandada.

7.2.- El suboficial Eduardo Segundo Acuña Mejía no fue expuesto a un riesgo superior al de sus demás compañeros y el daño fue causado por el hecho exclusivo de un tercero

La apelante sostiene que la desaparición del cabo primero Eduardo Segundo Acuña Mejía ocurrió mientras cumplía una misión para el mantenimiento del orden público y por acción del “*enemigo*”.

Insistió en que el daño sufrido por los actores tuvo como causa directa la “*acción terrorista y criminal de la delincuencia*” y no se originó en la prestación inadecuada del servicio sino en el hecho exclusivo de un tercero.

Sobre el particular nada puede afirmarse, pues, precisamente, se desconocen las circunstancias en que el suboficial Eduardo Segundo Acuña Mejía desapareció durante la operación militar, dado que el Ejército Nacional no emitió informe alguno ni adelantó las investigaciones pertinentes para esclarecer el hecho.

Por todo lo expuesto, se confirmará la sentencia impugnada.

8.- La liquidación de los perjuicios reconocidos en primera instancia – objeto del recurso y competencia del juez de segunda instancia

Se observa que la parte demandante no presentó recurso de apelación y la demandada no apeló expresamente acerca de la tasación de los perjuicios reconocidos en primera instancia.

No obstante, de conformidad con la sentencia de unificación de la Sala Plena de esta Sección acerca de la competencia del juez de segunda instancia en relación con los aspectos que se entienden comprendidos dentro del marco del recurso, el apelante único y el principio de la *non reformatio in pejus*, se precisó lo siguiente:

“*En tanto la parte demandada fue la única en apelar la decisión, la Sala se*

*limitará a resolver –con plena observancia del principio de la non reformatio in pejus– sobre los argumentos expuestos en su medio de impugnación de conformidad con lo dispuesto por el artículo 357 del C.P.C. (...) En relación con el alcance de esta disposición, la Sala ha acogido dos posturas que, en principio, parecen opuestas o contradictorias entre sí, pero que realmente no lo son porque ambas se sustentan en el principio de congruencia (...) Conforme a la primera postura, la competencia del ad quem está limitada a los aspectos que expresamente señale el recurrente (...) La segunda postura plantea que la competencia del juez de segunda instancia comprende los temas implícitos en aquellos aspectos que el recurrente propone expresamente en su escrito de apelación, de manera que nada obsta para que el juez de segunda instancia corrija o modifique aquellos que, por su naturaleza, se encuentran comprendidos o son consustanciales a los asuntos mencionados. (...) **En ambos casos, la Sala buscó salvaguardar el principio de congruencia pues limitó la competencia del juez de segunda instancia a los aspectos que señale expresamente el recurrente o que se entiendan comprendidos dentro del marco del recurso, siempre que favorezcan al apelante único. (...) Este entendimiento del principio de congruencia y de los límites competenciales del ad quem frente el recurso de apelación es el que la Sala acoge y reitera, de manera que si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único.** Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada⁴⁸ (negrillas de la Sala).*

Si bien la ponente no compartió el alcance de la unificación de la Sala de Sección, razón por la cual aclarará voto, la Sala seguirá el precedente jurisprudencial antes citado y revisará la liquidación de los perjuicios reconocidos por el Tribunal de primera instancia para hacer las modificaciones a que haya lugar, siempre que favorezcan al apelante único.

8.1.- Sobre la indemnización por concepto de perjuicios morales

La parte demandante solicitó la cantidad de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el señor Eduardo Acuña Rodríguez y 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes Eduardo Cuarto Alexander Acuña Mejía y Eduardo Quinto Acuña Padilla.

El Tribunal *a quo* reconoció el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el padre de la víctima y 50 para cada uno de sus hermanos.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 6 de abril de 2018, exp. 05001-23-31-000-2001-03068-01(46005), CP: Danilo Rojas Betancourth.

Lo anterior, con fundamento en “*el dolor, la aflicción y la congoja sufrida por los demandantes al no tener certeza sobre la suerte corrida por su hijo y hermano durante tantos años*”.

Observa la Sala que al proceso se allegaron las copias auténticas de los registros civiles de nacimiento⁴⁹, con los cuales se corrobora que los demandantes son el padre y los hermanos del ex militar Eduardo Segundo Acuña Mejía.

Dado que en el *sub judice* el daño no consiste en la muerte no podrían confrontarse los montos reconocidos con los valores consignados en los fallos de unificación del 28 de agosto de 2014⁵⁰, específicamente en cuanto a la indemnización de perjuicios morales en casos de muerte, pues, se itera, el perjuicio no se deriva de la muerte de la víctima.

De ahí que la Sala considera necesario acudir al *arbitrio juris*⁵¹ para determinar si las sumas reconocidas en primera instancia por concepto de perjuicio moral son razonables.

Para la Sala los montos reconocidos tienen fundamento en la congoja, la zozobra y la tristeza sufrida por los familiares del ex militar desaparecido debido a la desidia del Ejército Nacional en cuanto a la investigación de los hechos, lo que los obligó a iniciar el proceso para la declaración judicial de su muerte presunta, como lo demostró la prueba testimonial.

A ello se suma que tras más de 29 años de la ausencia de su pariente siguen sin conocer las circunstancias en que este desapareció. Además, la entidad demandada les entregó unos restos humanos que no correspondían a la víctima, lo cual incrementó su incertidumbre.

⁴⁹ Fls. 7 y 9 c 1.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, expediente 26.251, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa y expediente 32.988 CP: Ramiro Pazos Guerrero.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 05001-23-31-000-1997-01172-01(31170), CP: Enrique Gil Botero. En esta sentencia, la Sala Plena reitera lo dicho por esta Sección en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 15.646, según la cual para establecer el monto de la condena por concepto de perjuicio moral, la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el *arbitrio juris*. Postura reiterada por la Subsección A en sentencia del 1 de febrero del 2018, exp. 76001-23-31-000-2002-04483-01(40625).

No obstante que, esta zozobra e incertidumbre puede conllevar a aumentar el daño moral, toda vez que se trata de apelante único la Sala confirmará los montos reconocidos por concepto de perjuicios morales.

Dichas cantidades no se actualizarán, dado que están expresadas en salarios mínimos legales mensuales vigentes.

8.2.- Afectación a bienes constitucionalmente protegidos (“daño a la vida”)

La parte actora solicitó la cantidad de 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de “daño a la vida”.

El *a quo* no se pronunció al respecto y se itera, los demandantes no apelaron este punto y en la demanda tampoco explicaron en qué consistía este perjuicio o cuál era el fundamento de su petición.

La Sala considera que puede estar relacionado con la afectación a un bien constitucionalmente protegido como la familia, pues esta perdió a uno de sus integrantes de forma incierta y hasta la fecha los actores siguen sin conocer el paradero de la víctima; no obstante, para la reparación de este perjuicio la Sala estima pertinente lo ordenado por el *a quo* como medida de justicia restaurativa – como hizo en el punto 7 de la providencia impugnada -, en el sentido de ordenar a la demandada que adelantara las investigaciones penales y disciplinarias pertinentes para esclarecer los hechos relativos a la desaparición del suboficial Eduardo Segundo Acuña Mejía.

Para la Sala, aunque el *a quo* no se pronunció específicamente sobre el “daño a la vida”, sí ordenó una medida de reparación simbólica que se considera pertinente frente a dicha solicitud.

8.3.- Perjuicios materiales

Los demandantes solicitaron a título de daño emergente, la suma de \$3`000.000, por concepto de pago de honorarios del proceso de jurisdicción voluntaria en favor del señor Eduardo Acuña Rodríguez.

El *a quo* negó tal reconocimiento dado que no se allegó prueba alguna de dicha erogación.

En efecto, en el proceso no se allegó evidencia alguna de los gastos en que pudo incurrir el padre de la víctima; sin embargo, de haberlos demostrado no sería posible su reconocimiento dado que la demandada es apelante única.

9.- Otras consideraciones

Además de la expedición de copias ordenada por el *a quo* con destino a la misma entidad demandada, para que realice las investigaciones penales y disciplinarias pertinentes, hasta ahora omitidas, la Sala considera necesario ordenar que se expidan copias de esta providencia con destino a la Fiscalía General de la Nación para que adelante la actuación penal que corresponda para el esclarecimiento de los hechos, en caso de que sea de su competencia.

Igualmente, se remitirá copia de este proveído al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a fin de que Eduardo Segundo Acuña Mejía sea registrado, si ya no lo está, en el Registro Nacional de Desaparecidos administrado por esa entidad.

También se enviará copia de esta sentencia a la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas y se exhortará al Ministerio de Defensa para que brinde la colaboración necesaria en cuanto al acceso a la información que esa Unidad requiera, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11 y 12 del Decreto 589 de 2017.

Todo lo anterior se comunicará a los demandantes, familiares del desaparecido.

10.- Decisión sobre costas

Habida cuenta de que, para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, indica que solo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

F A L L A :

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de Santander, Subsección de Descongestión, el 26 de febrero de 2013, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Por Secretaría enviar copias de esta decisión a la Fiscalía General de la Nación, al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y a la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas, de acuerdo con lo dispuesto en el acápite “8.- *Otras consideraciones*” de la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Exhortar al Ministerio de Defensa para que brinde la colaboración necesaria en cuanto al acceso a la información que la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas requiera, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11 y 12 del Decreto 589 de 2017.

CUARTO: Sin lugar a costas.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **REMITIR** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA