

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA

SIGCMA

San Andrés Isla, trece (13) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Sentencia No. 092

Medio de Control	Reparación Directa
Radicado	41-001-33-31-001-2009-00275-01
Demandante	Amparo Tapiero y otros.
Demandado	Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Magistrado Ponente	José María Mow Herrera

Procedente del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, en desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en el Acuerdo PCSJA21-11814 del 16 de julio de 2021, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se encuentra el proceso de la referencia en estado de resolver el recurso de apelación, a lo cual procede la Sala de Decisión de esta Corporación.

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 03 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva - Huila, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERA: DECLARAR probada la excepción de legítima defensa y culpa exclusiva de la víctima, propuesta por la entidad demandada Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

SEGUNDO: NEGAR las súplicas de la demanda interpuesta por los demandantes Amparo Tapiero, Fabian Andrés Borja Tapiero, Adriana Borja Tapiero, Misael Borja Lozano, María Aleida Mona Vanegas, Rubiela Borja Moná, Luis Enrique Borja Moná, Rosa Elena Borja Moná, María Amelia Borja Moná, Blanca Lucia Borja Moná, Jorge Humberto Borja Moná, José Arles Borja Moná y Misael Antonio Borja Moná, contra la Nación - ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

TERCERO: Sin lugar a condena en costas, por no aparecer causadas conforme lo expuesto en la parte motiva.

Expediente: 41-001-331-001-2009-00275-01
Demandante: Amparo Tapiero y otros.
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

CUARTO: Se *ORDENA* por secretaria la devolución de los gastos procesales, si a ello hubiere lugar.

QUINTO: En firme la presente sentencia archives el expediente, una vez realizadas las correspondientes anotaciones en el software de gestión.”

II.- ANTECEDENTES

Los señores Amparo tapiero, quien obra en nombre propio como compañera permanente sobreviviente del fallecido Jainer Olmes Borja Moná y a la vez como madre y representante legal de los menores Fabian Andrés Borja Tapiero y Adriana Borja Tapiero; Misael Borja Lozano y María Aleida Moná Vanegas, quienes obran en nombre propio como padres del fallecido y de los señores Rubiela Borja Moná, Luis Enrique Borja Moná, Rosa Elena Borja Moná, María Amelia Borja Moná, Blanca Lucia Borja Moná, Jorge Humberto Borja Moná, José Arles Borja Moná y Misael Antonio Borja Moná quienes obran en nombre propio como hermanos del fallecido por medio de apoderado judicial, instauraron demanda de Reparación Directa en contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional., con el objeto de que se acceda a las siguientes declaraciones:

“PRIMERO: Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación Colombiana – Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional, de la totalidad de los perjuicios morales, materiales y a la vida de relación inferidos a los demandantes Amparo tapiero, Fabian Andrés Borja Tapiero, Adriana Borja Tapiero, Misael Borja Lozano, María Aleida Moná Vanegas, Rubiela Borja Moná, Luis Enrique Borja Moná, Rosa Elena Borja Moná, María Amelia Borja Moná, Blanca Lucia Borja Moná, Jorge Humberto Borja Moná, José Arles Borja Moná y Misael Antonio Borja Moná, por el daño antijuridico a ellos irrogado proveniente de la falla en el servicio, daño especial y/o riesgo excepcional, según hechos ocurridos el día 24 de agosto de 2007 en el municipio de Acevedo Huila, cuando miembros del Ejército Nacional dieron muerte con sus armas de dotación oficial al señor Jainer Olmes Borja Moná.

SEGUNDO: Condenar a la Nación Colombiana – Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional, a pagar a cada uno de los demandantes a título de perjuicios morales el equivalente en salarios mínimos legales mensuales, vigentes a la fecha de ejecutoria de la conciliación si la hubiere y/o sentencia de segundo grado, así:

Para Amparo tapiero, la cantidad de cien (100) salarios mínimos legales mensuales en su calidad de compañera permanente sobreviviente del fallecido Jainer Olmes Borja Moná, para un total de cuarenta y nueve millones seiscientos noventa mil pesos (\$49,690,000.00).

Para Fabian Andrés Borja Tapiero la cantidad de cien (100) salarios mínimos legales mensuales en su calidad de hijo del fallecido Jainer Olmes Borja Moná, para un total de cuarenta y nueve millones seiscientos noventa mil pesos (\$49,690,000.00).

Para Adriana Borja Tapiero la cantidad de cien (100) salarios mínimos legales mensuales en su calidad de hijo del fallecido Jainer Olmes Borja Moná, para un total de cuarenta y nueve millones seiscientos noventa mil pesos (\$49,690,000.00).

Para Misael Borja Lozano la cantidad de cien (100) salarios mínimos legales mensuales en su calidad de padre del fallecido Jainer Olmes Borja Moná, para un total de cuarenta y nueve millones seiscientos noventa mil pesos (\$49,690,000.00).

Para María Aleida Moná Vanegas la cantidad de cien (100) salarios mínimos legales mensuales en su calidad de madre del fallecido Jainer Olmes Borja Moná, para un total de cuarenta y nueve millones seiscientos noventa mil pesos (\$49,690,000.00).

Para Rubiela Borja Moná la cantidad de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales en su calidad de hermana del fallecido Jainer Olmes Borja Moná, y/o como tercera civilmente damnificada, para un total veinticuatro millones ochocientos cuarenta y cinco mil pesos (\$24,845,000.00).

Para Luis Enrique Borja Moná la cantidad de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales en su calidad de hermano del fallecido Jainer Olmes Borja Moná, y/o como tercero civilmente damnificado, para un total veinticuatro millones ochocientos cuarenta y cinco mil pesos (\$24,845,000.00).

Para Rosa Elena Borja Moná la cantidad de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales en su calidad de hermana del fallecido Jainer Olmes Borja Moná, y/o como tercera civilmente damnificada, para un total veinticuatro millones ochocientos cuarenta y cinco mil pesos (\$24,845,000.00).

Para María Amelia Borja Moná la cantidad de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales en su calidad de hermana del fallecido Jainer Olmes Borja Moná, y/o como tercera civilmente damnificada, para un total veinticuatro millones ochocientos cuarenta y cinco mil pesos (\$24,845,000.00).

Para Blanca Lucia Borja Moná la cantidad de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales en su calidad de hermana del fallecido Jainer Olmes Borja Moná, y/o como tercera civilmente damnificada, para un total veinticuatro millones ochocientos cuarenta y cinco mil pesos (\$24,845,000.00).

Para Jorge Humberto Borja Moná la cantidad de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales en su calidad de hermano del fallecido Jainer Olmes Borja Moná, y/o como tercero civilmente damnificado, para un total veinticuatro millones ochocientos cuarenta y cinco mil pesos (\$24,845,000.00).

Expediente: 41-001-331-001-2009-00275-01
Demandante: Amparo Tapiero y otros.
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Para José Arles Borja Moná la cantidad de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales en su calidad de hermano del fallecido Jainer Olmes Borja Moná, y/o como tercero civilmente damnificado, para un total veinticuatro millones ochocientos cuarenta y cinco mil pesos (\$24,845,000.00).

Para Misael Antonio Borja Moná la cantidad de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales en su calidad de hermano del fallecido Jainer Olmes Borja Moná, y/o como tercero civilmente damnificado, para un total veinticuatro millones ochocientos cuarenta y cinco mil pesos (\$24,845,000.00).

Suman provisionalmente los perjuicios morales: cuatrocientos cuarenta y siete millones doscientos diez mil pesos (\$447.210.000.00).

TERCERO: *Condena a La Nación – Ministerio de defensa – Ejército Nacional, a pagar a favor de la señora Amparo Tapiero y de los menores Fabian Andrés Borja Tapiero y Adriana Borja Tapiero, los perjuicios materiales consistentes en el lucro cesante, consolidado o debido y el futuro o no consolidado, sufridos por motivo de la muerte de su compañero y padre Jaime Olmes Borja Moná, cuya liquidación deberá hacerse teniendo en cuenta las fórmulas matemáticas acogidas por el consejo de estado.*

CUARTO: *Condena a La Nación – Ministerio de defensa – Ejército Nacional, a pagar a favor de cada uno de los demandantes a título de perjuicios a la vida de relación, el equivalente en salarios mínimos legales mensuales, vigente a la fecha de ejecutoria de la conciliación si la hubiere y/o sentencia de segundo grado, así:*

Para Amparo tapiero, la cantidad de cien (100) salarios mínimos legales mensuales en su calidad de compañera permanente sobreviviente del fallecido Jainer Olmes Borja Moná, para un total de cuarenta y nueve millones seiscientos noventa mil pesos (\$49,690,000.00).

Para Fabian Andrés Borja Tapiero la cantidad de cien (100) salarios mínimos legales mensuales en su calidad de hijo del fallecido Jainer Olmes Borja Moná, para un total de cuarenta y nueve millones seiscientos noventa mil pesos (\$49,690,000.00).

Para Adriana Borja Tapiero la cantidad de cien (100) salarios mínimos legales mensuales en su calidad de hijo del fallecido Jainer Olmes Borja Moná, para un total de cuarenta y nueve millones seiscientos noventa mil pesos (\$49,690,000.00).

Para Misael Borja Lozano la cantidad de cien (100) salarios mínimos legales mensuales en su calidad de padre del fallecido Jainer Olmes Borja Moná, para un total de cuarenta y nueve millones seiscientos noventa mil pesos (\$49,690,000.00). Para María Aleida Moná Vanegas la cantidad de cien (100) salarios mínimos legales mensuales en su calidad de madre del fallecido Jainer Olmes Borja Moná, para un total de cuarenta y nueve millones seiscientos noventa mil pesos (\$49,690,000.00).

Expediente: 41-001-331-001-2009-00275-01
Demandante: Amparo Tapiero y otros.
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Suma provisionalmente los perjuicios a la vida en relación: doscientos cuarenta y ocho millones cuatrocientos cincuenta mil pesos (\$248.450.000.00).

QUINTA: *La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por medio de los funcionarios a quienes corresponda la ejecución de la sentencia y/o conciliación, dictaran dentro de los 30 días siguientes de la comunicación, la resolución correspondiente en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento y pagará interese moratorios a partir de su ejecutoria, según lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.*

- HECHOS

Los demandantes por intermedio de apoderado judicial, fundamentaron su demanda en los hechos que a continuación se relatan:

Que, el día 17 de octubre de 1976, el señor Misael Borja Lozano y María Aleida Moná Vanegas trajeron al mundo al señor Jainer Olmes Borja Moná en el municipio de la Montañita - Caquetá.

Que los señores Jainer Olmes Borja Moná y Amparo Tapiero, convivieron como marido y mujer, ayudándose y socorriéndose mutuamente por más de diez (10) años en el municipio de la Moñita Caquetá y que producto de esta relación nacieron los menores Fabian Andrés Borja Tapiero el día 30 de septiembre de 1995 y Adriana Borja Tapiero, nacida el día 26 de julio de 1999.

Manifiesta, que el señor Jainer Olmes Borja Moná era un humilde campesino dedicado a labores del campo, domiciliado en la vereda Bolivia del municipio de El Paujil – Caquetá, pero para el mes de julio de 2007 viajó al municipio de Acevedo – Huila donde su padre Misael Borja Lozano y otros hermanos en busca de trabajo.

Expresa, que el día 24 de agosto de 2007, en las horas de la tarde, el señor Jainer Olmes Borja Moná se desplazó al Municipio de Acevedo a comprar unos medicamentos para su padre quien presentaba quebrantos de salud, pero al encontrarse en las afueras del municipio de Acevedo, salida para el cementerio de dicho lugar, aproximadamente a las ocho de la noche del día 24 de agosto de 2007,

Expediente: 41-001-331-001-2009-00275-01
Demandante: Amparo Tapiero y otros.
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

fue asesinado por miembros del Ejército Nacional sin fórmula de juicio, hecho pasar como subversivo.

Manifiesta, que la muerte del señor Jainer Olmes Borja Moná causó daños irreparables a su familia, al haber quedado los accionantes privados de la compañía, solidaridad y ayuda del fallecido.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Constitucionales: Artículo 2 y 90.

Legales: Artículos 1615, 2341 y siguientes del Código Civil, Artículos 78, 86, 206 – 214 del Código Contencioso Administrativo.

- CONTESTACIÓN

Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

La apoderada de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, recorrió el traslado de la demanda, manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al estar fundadas en presunciones y suposiciones, como quiera que la parte actora no logró presentar prueba alguna de las presuntas circunstancias de modo, tiempo y lugar en que las se produjeron los hechos.

Señala, que debe probarse en el proceso las calidades personales, familiares, sociales, la actividad económica a que se dedicaba el fallecido, y los ingresos que generaba el señor Jainer Olmes Borja Moná, así como los supuestos perjuicios causados con su muerte y los antecedentes fácticos que precedieron el hecho, aspecto que no se probó en la demanda, estando acreditado únicamente su fallecimiento y el parentesco con los demandantes.

Indica, que para poder atribuir responsabilidad a la entidad demandada, deben presentarse los elementos constitutivos de la responsabilidad, al igual que establecer las eximentes de responsabilidad.

Advierte, que el hecho dañoso no es imputable al Estado sino al actuar ilícito del señor Borja Moná, quien ataco injustamente y de manera armada a las fuerzas legítimas del Estado representadas por el personal militar del batallón de infantería No. 27 de Magdalena, decidiendo ser combatiente, al participar directamente en hostilidades llevando armas durante el enfrentamiento militar, constituyéndose por este en un objetivo militar legítimo.

Resalta, que el personal del Ejército que participó en desarrollo de los hechos aquí expuestos, actuó en legítima defensa en cumplimiento de los fines esenciales del estado y la misión encomendada a las fuerzas militares, mandatos constitucionales consagrados en los artículos 2 y 217 de la Nacional.

Propone como excepciones: I) Culpa Exclusiva de la víctima; II) Uso Legítimo de las Armas de Fuego; III) Legítima Defensa y Cumplimiento de un Deber Legal; IV) De la Carga de la Prueba.

En ese orden, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

- SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva - Huila, en sentencia del 03 de marzo de 2020, decidió negar las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Señala el A quo, que la parte actora fundamenta sus pretensiones en que se presentó una falla en el servicio, toda vez que con armas de dotación oficial de miembros del Ejército Nacional, se causó la muerte del señor Jainer Olmes Borja Moná, en lugar de ser usadas para proteger su vida.

Precisó, que la entidad demanda se open a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, considerando que en el presente asunto se configuro la culpa exclusiva de la víctima, teniendo en cuenta, que el señor Jainer Olmes Borja Moná,

se convirtió en un objetivo militar legítimo porque de manera libre y voluntaria decidió enfrentar con armas directamente a los miembros del Ejército Nacional.

Indicó el Despacho que del fundamento fáctico de la demanda y del material probatorio aportado al proceso, se tiene que el daño sufrido por los demandantes, consistió en la muerte violenta del señor Jainer Olmes Borja Moná (Q.E.P.D).

Advirtió, que los miembros del Ejército Nacional en sus declaraciones adujeron de manera uniforme que fueron atacados al lanzar la proclama de ser tropas del Ejército Nacional, cuando realizaban revisión del perímetro.

Expresó, que según pruebas aportadas al proceso se pudo comprobar el prontuario delictivo del señor Jainer Olmes Borja Moná, quien fue capturado en flagrancia en el mes de enero de 2005 por el delito de hurto, ostentando la calidad de cabecilla local de milicias bolivarianas de la cuadrilla 61 ONT Farc, encargado de reclutamiento y cobro de extorsiones, por lo que pierde credibilidad las declaraciones expuestas en la demanda donde afirman que el extinto Jainer Olmes Borja Moná era una persona dedicada a las labores agrícolas, en razón a que está acreditado que el fallecido efectuaba actividades ilícitas y hacia parte de grupos al margen de la ley.

Indica, que Jainer Olmes Borja Moná (Q.E.P.D) y el otro sujeto que lo acompañaba, al descubrir la presencia de las tropas del Ejército Nacional, y estas emitir la proclama para identificarse como tal, reaccionaron disparando, ante lo cual, los miembros de la entidad demandada, también dispararon directamente al lugar de donde provenían los disparos, tal como lo informaron en sus testimonios los soldados que participaron en el operativo militar, razón suficiente para no tener en cuenta los reparos de la parte actora, respecto a la visibilidad, distancia, posición del cuerpo al recibir los impactos de arma de fuego, las condiciones físicas del lugar de los hechos – trayectoria de disparos- y las evidencias en el cuerpo del señor Borja Moná.

Aseveró, que las dos partes dispararon, los unos para evitar una posible captura y los otros para normalizar la alteración del orden público y el hecho de que el análisis de residuos de disparos en mano realizado por investigador criminalística del CTI Alejandro Aguirre Pineda, en la cual expone que el señor Jainer Olmes Borja Moná era incompatible con residuo de disparo en mano, no es concluyente para determinar la responsabilidad del Ejército Nacional.

En tal orden, el juzgador acogió los argumentos de la defensa de la entidad demandada, esto es, la excepción de legítima defensa y culpa exclusiva de la víctima, al considerar que dicha muerte ocurrió en combate, como consecuencia de la reacción del personal militar, que con armas de dotación repelieron un ataque injusto, grave e inminente propinado contra el Ejército Nacional, quienes buscaron neutralizar la situación de orden público provocada por el señor Jainer Olmes Borja Moná y otro sujeto.

En tal virtud, concluye que conforme al material probatorio no se acreditó una falla del servicio por el uso indebido de armas de dotación oficial, por acción de miembros del Ejército Nacional en hechos acontecidos el 24 de agosto de 2007, en el municipio de Acevedo - Huila.

- RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante a través de apoderado judicial, interpone recurso de apelación bajo los argumentos, que sintetiza de la siguiente manera:

Señala, que la sentencia emitida por el Juzgado Administrativo Oral del Circuito de Neiva – Huila, afecta una vía de hecho que la jurisprudencia del Consejo de Estado reconoce como “decisión Judicial sin motivación” o lo que es lo mismo “defecto fáctico por omisión de valoración probatoria”.

En ese orden, indica que el juzgado no hizo un análisis probatorio; a lo sumo cita y transcribe medios probatorios, en especial declaraciones de los militares que dieron

muerte al señor Jainer Olmes Borja Moná, sin realizar un análisis probatorio tal como lo manda el artículo 176 del C.G.P.

Manifiesta, que las pruebas obrantes en el proceso citadas y en algunos casos parcialmente transcritas por el juzgado, resultan ser citas y transcripciones muy alejadas de una verdadera apreciación ajustada a las reglas de la sana crítica, como lo pide la norma.

Expresa, que las declaraciones rendidas por los militares que participaron en los hechos en los cuales resultó muerto el señor Jainer Olmes Borja Moná, coinciden en afirmar que éstos ocurrieron sobre la vía que del municipio de Acevedo lleva a la ciudad de Neiva, es decir que se movilizaban por carretera con violación expresa de lo dispuesto en la orden de operación.

Señala, que los militares tenían conocimiento que el lugar donde se encontraban era sitio o punto crítico, por presencia de milicias de la guerrilla, circunstancia que les impedía hacer alto allí, también por expresa prohibición de la orden de operaciones.

Expone, que en acta suscrita por el sargento segundo Hugo Alexander Flor León donde dice que la munición solo fue gastada por el cabo segundo Javier Moreno León y el soldado profesional Roel Darío Lemus, el primero 09 cartucho y el segundo 11 cartuchos. Sumado los disparos realizados por los uniformados resulta un total de 14 cartuchos con una diferencia faltante de 06 cartuchos frente al acta que registra las municiones gastadas suscrita por el sargento segundo Flor.

Aunado a ello, señala que no se tuvo en cuenta el mal estado del arma que según encontraron al lado del finado, ni el análisis de residuos de disparo en mano que arrojó incompatibilidad, aseverando que en el presente ocurrió una ejecución extrajudicial.

- ALEGACIONES

Parte demandante

Dentro de la oportunidad procesal el apoderado de la parte demandante, oportunamente arrió sus alegatos de cierre, ratificándose en todas y cada una de las argumentaciones expuestas en el escrito de la demanda y apelación de sentencia de primera instancia, reiterando los cargos más relevantes.

Parte demandada

Dentro de la oportunidad procesal la apoderada de la parte demandada, oportunamente arrió sus alegatos de cierre, ratificándose en todas y cada una de las argumentaciones expuestas en el escrito de la contestación de la demanda, reiterando los cargos más relevantes.

Manifestó como excepciones: i) ausencia de responsabilidad – inexistencia de falla en el servicio ii) culpa exclusiva de la víctima iii) legítima defensa y cumplimiento de un deber legal iv) uso legítimo de las armas de fuego por parte del personal militar – principio de proporcionalidad v) inexistencia de prueba de los perjuicios vi) de la carga de la prueba.

- ACTUACIÓN PROCESAL

El 03 de marzo de 2020, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva - Huila, profirió sentencia.

La parte demandante interpuso dentro de la oportunidad procesal correspondiente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Mediante auto de fecha 04 de marzo de 2021, el Tribunal Administrativo del Huila, admitió el recurso de apelación, y mediante auto de fecha 08 de abril de 2021, corrió traslado a las partes por el término de 10 días para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para emitir concepto, oportunidad de la que el Ministerio Público guardó silencio.

Expediente: 41-001-331-001-2009-00275-01
Demandante: Amparo Tapiero y otros.
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

En desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en el artículo 1º del Acuerdo No. PCSJA21-11814 del 16 de julio de 2021, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se remitió el expediente al Tribunal Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Mediante auto No. 120 de fecha 24 de agosto de 2021, esta Corporación, avocó el conocimiento del presente proceso.

III. CONSIDERACIONES

La Sala se limitará únicamente a conocer de los puntos a los cuales se contrae el recurso de apelación debidamente presentado por la parte demandante, puesto que son estos - en el caso del apelante único – los que definen el marco de la decisión que ha de adoptarse en esta instancia, todo de conformidad con la competencia del superior según lo establecido en el artículo 328 del Código General del Proceso.

- Competencia

El Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos, de conformidad con el numeral 1º del artículo 133 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998 art. 41.

Ahora bien, el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina es competente, en atención a lo dispuesto en materia de descongestión en el artículo 1º del Acuerdo No. PCSJA21-11814 del 16 de julio de 2021, prorrogado mediante Acuerdo PCSJA21-11889 del 30 de noviembre de 2021, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

- Problema Jurídico

En los términos del recurso de apelación interpuesto, el problema jurídico en el caso sub lite se contrae a determinar si se encuentran demostrados en el plenario los elementos de la responsabilidad del Estado y, especialmente, si las pruebas aportadas dan lugar a imputar responsabilidad a la demandada por la muerte de Jainer Olmes Borja Moná, en los hechos acaecidos el 24 de agosto del año 2007.

Así las cosas, procede la Sala a examinar de fondo el material probatorio que obra en el expediente, no obstante, antes de entrar al análisis, resulta oportuno formular algunas consideraciones relacionadas con (i) los elementos de la responsabilidad del Estado; (ii) el régimen de responsabilidad subjetiva por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos constitucionales o convencionales amparados: Ejecuciones extrajudiciales, (iii) para descender al caso concreto.

- Tesis

La Sala de Decisión de este Tribunal revocará la sentencia de primera instancia, en razón a que se encuentra probada la falla del servicio consistente en el despliegue de “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de mandatos constitucionales” por parte de los miembros del pelotón del Batallón de Infantería No. 27 Magdalena del Ejército Nacional, por los hechos ocurridos el 24 de agosto de 2007.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

- Elementos de Responsabilidad Extracontractual del Estado

La responsabilidad del Estado encuentra sustento jurídico en el artículo 90 constitucional, cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado, que al efecto es perentorio en afirmar que *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”*.

Según el precitado artículo de la Constitución Política, todo daño antijurídico que pueda ser imputado a una autoridad pública por acción u omisión compromete su responsabilidad patrimonial, así pues, para que la responsabilidad de la administración surja, se requiere que exista un daño antijurídico, esto es, una lesión de bienes jurídicos que el sujeto determinado no está en la obligación de soportar, daño este que debe ser cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida.

Aunado a ello, se requiere que ese daño antijurídico sea imputable al Estado, lo que es lo mismo, que haya un nexo o vínculo de causalidad entre la acción u omisión de la autoridad pública y el daño antijurídico.

En cuanto al daño antijurídico, el H. Consejo de Estado¹ ha señalado que éste se define como *“La lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación.”*

A su vez en relación con la naturaleza del daño antijurídico, dicha Corporación ha sostenido reiteradamente que *“ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario. En este sentido se ha señalado que: “en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico.”*²

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 11 de noviembre de 1999. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11499 y del 27 de enero de 2000. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 10867, entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11601.

Así las cosas, cuando resulte probado el daño antijurídico por parte de quien lo alega, se hace necesario determinar el criterio de imputabilidad del daño a la administración, por lo que, en este sentido, el H. Consejo de Estado³, señaló:

(...)

“En lo relativo a la imputación, se entiende que se trata de la “atribución de la respectiva lesión” en consecuencia, “la denominada imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política”(…)

De conformidad con lo planteado en precedencia, para endilgar responsabilidad al Estado, debe acreditarse la existencia de un daño antijurídico, y que dicho daño pueda ser imputable al Estado, bajo cualquiera de los títulos de atribución de responsabilidad, la **falla del servicio**, el daño especial, el riesgo excepcional, entre otros, los cuales deben analizarse de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto.

Regímenes de Imputabilidad

La jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha abordado el tema de la responsabilidad del Estado con ocasión de conflictos armados, a partir de tres criterios o títulos de imputación jurídica a saber, tales como: falla en el servicio, riesgo excepcional y el daño especial, según la determinación fáctica de cada caso y la atribución jurídica que proceda.

La atribución jurídica debe hacerse en un solo título de imputación; en primer lugar, debe examinarse en cada caso si el elemento fáctico constituye falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los

³ Consejo De Estado - Sala de Lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - SUBSECCION C - Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ - Bogotá D. C., veintidós (22) de octubre de dos mil doce (2012) - Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08790-01(24776) Actor: JOEL MACÍAS CATUCHE Y OTROS; Ddo: CAJANAL Y OTRO, Referencia: APELACION DE SENTENCIA. ACCION DE REPARACION DIRECTA.

Expediente: 41-001-331-001-2009-00275-01
Demandante: Amparo Tapiero y otros.
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.⁴

En segundo lugar, sí no es posible atribuir la responsabilidad al Estado por la falla en el servicio, debe examinarse a continuación si los elementos fácticos del caso concreto permiten la imputación objetiva, a título de daño especial o riesgo excepcional.⁵

Régimen de responsabilidad subjetiva por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos constitucionales o convencionales amparados: Ejecuciones extrajudiciales

En un caso como el presente, el Consejo de Estado, consideró que la muerte de personas civiles por parte de miembros de la fuerza pública, presentados como supuestos subversivos caídos en combate, constituye una modalidad denominada “*ejecuciones extrajudiciales sumarias o arbitrarias*”, que comprometen seriamente la responsabilidad del Estado.

La Alta Corporación definió la conducta antijurídica de “*ejecución extrajudicial*” como la acción consciente 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.⁶

Del mismo modo, agregó:

“De conformidad con las normas pertinentes, está proscrita toda conducta realizada por agentes del Estado que puedan poner en peligro los derechos a

⁴ Consejo De Estado - Sala De Lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera Subsección C- C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá, D.C., Veintiocho (28) De Enero De Dos Mil Quince (2015). Rad: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912); Actor: Darío De Jesús Jiménez Giraldo Y Otros; Demandado: Ministerio De Defensa Nacional-Ejército Nacional, Asunto: Acción De Reparación Directa (Sentencia)

⁵ ibídem

⁶ Consejo De Estado, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia De 11 De septiembre De 2013, Exp. 20601, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

la vida y a la integridad física de las personas ajenas a los enfrentamientos armados, como lo fue la conducta cometida en el caso de autos por los militares que participaron en la operación desplegada en la zona rural de Tello –Huila- con ocasión de la orden N.º 44, consistente en quitarle la vida a unos campesinos no combatientes y luego exhibirlos como guerrilleros dados de baja durante un enfrentamiento armado.

La Sala recuerda que los derechos a la vida, a la libertad y a la integridad personales, además de estar expresamente consagrados en el ordenamiento interno, tienen plena protección por virtud de los tratados internacionales de derechos humanos en los que es parte Colombia -en un típico enlace vía bloque de constitucionalidad⁷-, de acuerdo con los cuales es obligación de los Estados impedir que se presenten situaciones de ejecuciones extrajudiciales⁸ y además fomentar las políticas que sean necesarias y conducentes para evitar ese tipo de prácticas. (...)

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

De modo que resulta de la mayor importancia para el Consejo de Estado poner de relieve, en casos como el presente, las inapropiadas conductas cometidas por los agentes estatales, con la finalidad de sentar un precedente que obligue a la administración pública a eliminar de raíz este tipo de conductas, y para que el caso reciba la reparación debida que haga innecesaria la recurrencia de los ciudadanos ante las instancias internacionales⁹.” (Subraya de la Sala)

⁷ “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”.

⁸“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 ibidem se dispone que, en los países donde exista la pena de muerte, “...sólo podrá imponerse en sentencia definitiva dictada por tribunal competente””.

⁹Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 11 de septiembre de 2013, Exp. 20601, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

Frente a párrafo anterior, cabe precisar que en toda circunstancia en la cual una entidad del Estado viole alguno de los derechos consagrados en la Constitución en relación con este tipo de prácticas, está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto y garantía consagrado en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.¹⁰

De conformidad con el artículo 93¹¹ de la Constitución las normas internacionales en materia de derechos humanos ratificadas por Colombia prevalecen en el orden interno y, por ende, están llamadas a ser aplicadas en forma directa, las cuales tienen como función desde el punto de vista constitucional integrar, ampliar, interpretar, orientar y limitar el orden jurídico.¹²

En ese sentido, desde un punto de vista convencional, los miembros del Ejército Nacional¹³ deben respetar el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949, que salvaguarda a las personas civiles que no participan de las hostilidades e impone a los actores beligerantes las siguientes obligaciones, así:

“1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. (...)”

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; (...) d) las condenas dictadas y las

¹⁰ Corte I.D.H., Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, párr. 72; Corte I.D.H., Caso Cinco Pensionistas, sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C n.º 98, párr. 63; Corte I.D.H., Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 76 y Corte I.D.H., Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C n.º 72, párr. 178.

¹¹ “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen 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”.

¹² Dado el rango constitucional que les confiere la carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad [...], servir de i) regla de interpretación respecto de las dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas”. Corte Constitucional, sentencia C-067 del 4 de febrero del 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹³ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Bogotá, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020). Radicación número: 05001-23-31-000-2011-00253-01(53030)

ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.” (Subrayas de la Sala)

El Derecho Internacional Humanitario, principalmente, el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo II Adicional, aplicables a situaciones de conflicto armado interno imponen la obligación de respetar: *i)* los principios de distinción, limitación, proporcionalidad y trato humano de la población civil, *ii)* las prohibiciones expresas del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra¹⁴ y *iii)* dar trato humano a quienes no participan de manera directa de las hostilidades, brindar asistencia humanitaria y proteger a la población civil.¹⁵

Así mismo, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, desarrollado por el derecho interno mediante el artículo 135 de la Ley 599 de 2000,¹⁶ identifica la ejecución extrajudicial como delito de homicidio en persona protegida, adicionando en el párrafo las personas que se entienden como protegidas por el Derecho Internacional Humanitario y se configura cuando el servidor público, o particular que actúa por orden, complicidad, tolerancia o aceptación de este, en desarrollo del ejercicio de sus funciones mata a una persona, después de haberla dominado y se encuentra en estado de indefensión e inferioridad.

¹⁴ Se prohíben, en cualquier tiempo y lugar: “a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados (sic) (sic) contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”.

¹⁵ Relatoría Consejo de Estado No. (32988)

¹⁶ El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de cuatrocientos ochenta (480) a seiscientos (600) meses, multa dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666,66) a siete mil quinientos (7.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses.

La pena prevista en este artículo se aumentará de la tercera parte a la mitad cuando se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer.

PARAGRAFO. 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.

3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.

4. El personal sanitario o religioso.

5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.

6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.

7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados.

8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.

En relación a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, huelga rescatar el análisis efectuado por la Honorable Corte Constitucional, por medio del cual se señaló:

(...) tanto los integrantes de los grupos armados irregulares como todos los funcionarios del Estado, y en especial todos los miembros de la Fuerza Pública quienes son destinatarios naturales de las normas humanitarias, están obligados a respetar, en todo tiempo y en todo lugar, las reglas del derecho internacional humanitario, por cuanto no sólo éstas son normas imperativas de derecho internacional (ius cogens) sino, además, porque ellas son reglas obligatorias per se en el ordenamiento jurídico y deben ser acatadas por todos los habitantes del territorio colombiano. Y no podía ser de otra manera, pues las normas de derecho internacional humanitario preservan aquel núcleo intangible y evidente de los derechos humanos que no puede ser en manera alguna desconocido, ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado. Ellos encarnan aquellas "consideraciones elementales de humanidad", a las cuales se refirió la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 1949 sobre el estrecho de Corfú.

*No se puede entonces excusar, ni ante la comunidad internacional, ni ante el ordenamiento jurídico colombiano, la comisión de conductas que vulneran claramente la conciencia misma de la humanidad, como los homicidios arbitrarios, las torturas, los tratos crueles, las tomas de rehenes, las desapariciones forzadas, los juicios sin garantías o la imposición de penas *ex post facto*." (Subrayas de la Sala)*

Por todo lo anterior, resulta válido concluir que el Derecho Internacional de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario y el derecho constitucional, son aplicables al ordenamiento interno e imponen claras obligaciones que proscriben conductas relacionadas a ejecuciones extrajudiciales, ya que, por un lado, constituyen graves violaciones a los derechos humanos a la vida, integridad personal, libertad de circulación, familia, entre otros, y, por otro, son serias infracciones a mínimos humanitarios en situaciones de conflicto armado interno.

Así, pues, un efecto muy importante de la incorporación al orden interno de las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario es la **ampliación de las fuentes normativas del juicio de responsabilidad estatal**, de tal manera, que la garantía patrimonial del Estado frente a los daños antijurídicos que le son imputables comprenden, además de las

obligaciones del ordenamiento jurídico interno,¹⁷ el cumplimiento de las obligaciones convencionales, situación que lleva sobre todo a redefinir las fronteras del título jurídico de imputación de falla del servicio, es decir, estos parámetros, así como permiten identificar un complejo de obligaciones internacionales vinculantes a cargo del Estado, también se encaminan a organizar un sistema normativo integral a partir del cual se deriva un reproche estatal.¹⁸

“Así pues, de lo anterior se puede concluir que el juez de daños como juez de convencionalidad en el ordenamiento interno¹⁹, tiene la facultad para revisar el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos por parte de las autoridades públicas internas. En ese orden, si bien el control de convencionalidad, visto como una técnica de orden estatal, le sirve al juez de daños para ejercer un control objetivo de constatación del cumplimiento de obligaciones internacionales, también le sirve para confrontar la posible abstención de una obligación de hacer, que nace de un estándar funcional de origen internacional, de allí que, en caso de concretarse un daño antijurídico, este le puede ser imputable al Estado.”²⁰ (Subrayas de la Sala)

Dicha tesis fue desarrollada precisamente con la entrada en vigencia del control de convencionalidad²¹ por el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contenciosa en la sentencia de unificación,²² en el marco de las ejecuciones extrajudiciales y las

¹⁷ Finalmente, la Constitución Política de Colombia en su artículo 2º consagra que “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 (...)”; según el artículo 11: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”; y el artículo 12 señala: “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

¹⁸ UPRIMNY, Rodrigo, Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal, en: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Ayala-RodrigoUprimny-BloquedeConstitucionalidad.pdf>, consultado el 21 de julio del 2014.

¹⁹ En el caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere a la función de los jueces nacionales en lo relativo al conjunto de obligaciones contenidas en los sistemas de protección de derechos humanos. Al respecto resaltó: “124. La Corte es consciente [de] que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. **En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana**”: Caso Almonacid Arellano vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre del 2006, serie C, n.º 154, párrs. 123 a 125 (se destaca).

²⁰ Consejo de Estado. Veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014) No. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988)

²¹ “los controles dentro del moderno Estado de Derecho no pueden limitarse a los tradicionales juicios de legalidad o de formal comparación normativa. El carácter sustancial de esta base edificadora del Estado conduce a que los controles que puedan surgir en las complejas intimidades de su estructura normativa no se agoten en simple esfuerzos sin sentido, superficiales, formales, alejados de los principios y de los valores en que se fundan las instituciones”. Sentencia del 21 de noviembre de 2013 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, rad. 29764, M.P. Enrique Gil Botero.

²²

desapariciones forzosas, el cual compiló en cuatro capítulos concentrados que reúnen i) las obligaciones convencionales, constitucionales y legales a efectos de determinar los estándares jurídicos de cumplimiento o incumplimiento del Estado, ii) la importancia del control de convencionalidad como un instrumento al servicio del juez de daños para fundamentar el juicio de responsabilidad por falla del servicio, iii) la extensión jurídica a los topes máximos de indemnización en aras de reparar de manera integral a las víctimas de estos casos y iv) el fuero de competencia de la jurisdicción ordinaria y la justicia penal militar en casos de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional.

Sobre este punto en particular el Consejo de Estado afirmó:

“A pesar de que existen diferencias entre el sistema de responsabilidad internacional del Estado en derechos humanos y el sistema de responsabilidad contencioso administrativo interno, hay intersecciones axiológicas comunes, ya que la jurisdicción contencioso administrativa se erige, ante todo, en juez de derechos humanos para proteger a todas las personas frente a los daños antijurídicos que sean imputables al Estado.

Por consiguiente, pese a que los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos son subsidiarios respecto de los nacionales, el juez contencioso administrativo, en aras de amparar in extenso a una víctima de un conflicto armado, debe incorporar en su interpretación y aplicar directamente estándares desarrollados por organismos internacionales de protección de derechos humanos, con el fin de analizar la conducta del Estado y sus agentes a la luz de las obligaciones internacionales y nacionales.”²³

Así, por ejemplo, en decisión del 13 de marzo del 2013²⁴, la Subsección A condenó patrimonialmente al Estado por haber dado muerte el Ejército Nacional a tres personas dedicadas a labores del campo, desarmadas, vestidas de civil, sin nexos con grupos subversivos, uno de ellos ultimado a corta distancia, a lo que se agregó una serie de irregularidades en el manejo de los cuerpos tendientes a encubrir la verdad de lo acontecido. Al respecto, se discurrió como sigue:

“La Corporación ha establecido que es posible inferir la responsabilidad del Estado en aquellos casos en los cuales el detallado análisis del acervo probatorio demuestra la existencia de un hecho previo (en este caso concretado en el último avistamiento de los jóvenes en la vereda La Arroyuela) y uno posterior (aparecimiento de los cuerpos sin vida en la vereda Monteredondo),

²³ Ibidem

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de marzo del 2013, rad. 21359.

Expediente: 41-001-331-001-2009-00275-01
Demandante: Amparo Tapiero y otros.
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

sin que exista ningún otro elemento probatorio que indique que dichos decesos fueron ocasionados por terceros ajenos al proceso, sino que, por el contrario, existen elementos que señalan que la muerte de los jóvenes obedeció a un comportamiento anómalo y altamente irregular por parte de los miembros de la demandada.”

En sentencia del 11 de septiembre del 2013,²⁵ la Sala Plena de la Sección Tercera condenó al Estado por la muerte de un campesino ocasionada por integrantes del Ejército Nacional, quienes presentaron al occiso como un guerrillero dado de baja durante un combate librado con la guerrilla en el municipio de Tello, Huila. Al respecto, se afirmó:

“Para la Sala es claro que el Ejército Nacional incurrió en una falla del servicio al propinar la muerte a personas no combatientes que se encontraban en estado de indefensión, hecho que además encuadra con lo que el derecho penal, el D.I.H. y el derecho internacional de los derechos humanos tienen señalado como un comportamiento totalmente proscrito y reprochable, que lo es la ejecución extrajudicial y sumaria de personas para hacerlas aparecer como combatientes “dados de baja”. En el caso concreto, el Estado colombiano no cumplió con la obligación que le asistía en relación con el caso del señor Italo Adelmo Cubides Chacón pues, además de que se le quitó la vida, No sé 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.”

Recientemente, en sentencia del 03 de agosto de 2020²⁶, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado condenó al Estado por la muerte de un ciudadano, que fue ejecutado por miembros del Ejército Nacional bajo la justificación de un supuesto enfrentamiento guerrillero. En esta decisión se precisó:

“La Sala concluye que el irrespeto al principio de distinción comporta una falla del servicio, ya que en el marco de estas operaciones se debe diferenciar cuidadosamente la población civil de los combatientes, pues esta máxima del DIH es un estándar funcional exigible que compromete la responsabilidad del

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 11 de septiembre del 2013, rad. 20601, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

²⁶ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Bogotá, Tres (3) De Agosto De Dos Mil Veinte (2020). Radicación Número: 05001-23-31-000-2011-00253-01(53030)-Actor: Oscar Darío García Granda Y Otros. Demandado: Nación – Ministerio De Defensa Nación – Ejército Nacional.

Estado, máxime cuando a la luz del artículo 93 constitucional estas normas prevalecen en el orden interno”.

La flexibilización probatoria en la jurisprudencia del Consejo de Estado

Por más de una década, el Consejo de Estado viene señalado que demostrar la omisión de los agentes de las fuerzas militares y de policía de proteger la vida de los habitantes del territorio nacional y de controlar a sus uniformados en el cumplimiento de la labor encomendada, encierra dificultades probatorias porque la mayoría de ellos ocurren en circunstancias asociadas al conflicto, en lugares remotos y las víctimas son personas que se encontraban en estado de indefensión. Por ello, ha flexibilizado los estándares probatorios a efecto de demostrar la responsabilidad patrimonial del Estado, aceptando, por ejemplo, que las pruebas trasladadas de procesos penales o disciplinarios, se analicen en este contexto con un rasero menor.

“En otras palabras, se ha afirmado que existe una diferenciación en materia probatoria entre la responsabilidad penal y estatal, ya que la ausencia de la primera de ellas, no necesariamente implica la de la Nación. La anterior afirmación se apoya en que, “(...) 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.

Pese a la distinción anterior, el Consejo de Estado ha admitido que, si bien las pruebas o la sentencia del proceso penal no llevan a deducir automáticamente la responsabilidad estatal, lo cierto es que en determinados casos resulta plausible reconocerles mérito probatorio como prueba documental, dado que pueden servir de fundamento a la decisión de reparación. Concretamente, en casos de violaciones graves a los derechos humanos -como los falsos positivos- las pruebas recopiladas en el proceso penal pueden ser analizadas y valoradas como elementos suficientes y necesarios para justificar una condena patrimonial a la Nación, siempre que logren estructurarse los elementos de responsabilidad estatal bajo las reglas de la sana crítica. De acuerdo con lo anterior, en el evento que haya una incompatibilidad probatoria que dé lugar a varios supuestos fácticos, “el juez deberá privilegiar racionalmente aquellas que acrediten un grado superior de probabilidad lógica o de probabilidad prevaleciente, resultado que se obtiene aplicando las reglas de la experiencia que incluyen conocimientos técnicos, leyes científicas o generalizaciones del sentido común.

De ahí, teniendo en cuenta la dificultad que existe para probar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que suelen ocurrir las graves violaciones a los derechos humanos -como las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias- el Consejo de Estado ha reconocido que los indicios adquieren una especial relevancia al momento de determinar la responsabilidad patrimonial de la Nación. Los indicios son medios de prueba “indirectos y no representativos” que no son percibidos directamente por el juez -como sí ocurre con la inspección judicial- sino que “[e]n la prueba indiciaria el juez tiene ante sí unos hechos probados a partir de los cuales debe establecer otros hechos, a través de la aplicación de reglas de la experiencia, o principios técnicos o científicos. En pocos términos, el indicio es una prueba que construye el juez con apoyo en la lógica, partiendo de la existencia de unos hechos debidamente acreditados en el proceso”²⁷

Por consiguiente, en casos donde no puede identificarse a los autores de una ejecución extrajudicial, sumaria o arbitraria, la **prueba indiciaria** “resulta idónea y única” y se constituye en la “*prueba indirecta por excelencia*” para determinar la responsabilidad estatal, donde a partir de hechos acreditados a través de una operación lógica y aplicando las máximas de la experiencia puede establecerse uno desconocido.

Ahora bien, siguiendo con lo establecido en el Código General del Proceso, los indicios deben apreciarse en conjunto con “*las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración su gravedad, concordancia, convergencia y su relación con los demás medios de prueba que obren en la actuación procesal (...). Así mismo, para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso y el juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes.*”²⁸

Estudiados los presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado y del presupuesto de la ejecución extrajudicial, la Sala procederá a analizar si encuadran con las situaciones fácticas y probatorias aducidas por las partes en Litis.

²⁷ Sentencia SU060/21. Referencia: expediente T-7.811.094. Acción de tutela presentada por Lucelia Velasco de Arcila y otra, contra la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Bogotá D.C., doce (12) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

²⁸ Sentencia SU060/21. Referencia: expediente T-7.811.094. Acción de tutela presentada por Lucelia Velasco de Arcila y otra, contra la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Bogotá D.C., doce (12) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

- CASO CONCRETO

Previo a resolver, es menester de esta Sala de Decisión, recordar que el juez de primera instancia, denegó las pretensiones de los demandantes, por cuanto consideró que el señor Jainer Olmes Borja Moná, propició un ataque en contra del Ejército Nacional, dándose un enfrentamiento proporcional, en el cual, perdió la vida debido a su propio actuar, configurándose la causal de exoneración de responsabilidad, por culpa exclusiva de la víctima.

En el curso de la apelación, el demandante centra su reproche contra la sentencia de primera instancia, señalando en primer lugar, que el juzgado no hizo un análisis probatorio, sino que citó y transcribió medios probatorios, en especial declaraciones de los militares que dieron muerte al señor Jainer Olmes Borja Moná, sin realizar un análisis probatorio tal como lo manda el artículo 176 del C.G.P.

Señaló, que los militares tenían conocimiento que el lugar donde se encontraban era sitio o punto crítico, por presencia de milicias de la guerrilla, circunstancia que les impedía hacer alto allí, también por expresa prohibición de la orden de operaciones.

Expone, que en acta suscrita por el sargento segundo Hugo Alexander Flor León donde dice que la munición solo fue gastada por el cabo segundo Javier Moreno León y el soldado profesional Roel Darío Lemus, el primero 09 cartucho y el segundo 11 cartuchos. Sumado los disparos realizados por los uniformados resulta un total de 14 cartuchos con una diferencia faltante de 06 cartuchos frente al acta que registra las municiones gastadas suscrita por el sargento segundo Flor.

Aunado a ello, señala que no se tuvo en cuenta el mal estado del arma que según encontraron al lado del finado, ni el análisis de residuos de disparo en mano que arrojó incompatibilidad, aseverando que en el presente ocurrió una ejecución extrajudicial.

- Análisis de las pruebas - Hechos probados

Hechas las anteriores precisiones, procede la Sala a verificar las pruebas allegadas al proceso:

DOCUMENTALES

- Registro civil de nacimiento de Jainer Olmes Borja Moná²⁹, junto con el Registro civil de defunción.³⁰
- Registro civil de nacimiento de Amparo Tapiero³¹, Fabian Andrés Borja Tapiero³², Adriana Borja Tapiero³³, Rubiela Borja Moná³⁴, Luis Enrique Borja Moná³⁵, Rosa Helena Borja Moná³⁶, María Amelia Borja Moná³⁷, Blanca Lucía Borja Moná³⁸, Jorge Humberto Borja Moná³⁹, José Arles Borja Moná⁴⁰, Misael Antonio Borja Moná⁴¹, que acreditan el parentesco con el fallecido Jainer Olmes Borja Moná.
- Protocolo de Necropsia realizada al occiso Jainer Olmes Borja, suscrito por la E.S.E. Hospital San Francisco Javier, Acevedo-Huila.⁴²
- Inspección Técnica a Cadáver -FPJ-10, realizada al occiso Jainer Olmes Borja.⁴³

²⁹ Visible a folios 25 del cuaderno Ppal. No. 1

³⁰ Visible a folios 26 del cuaderno Ppal. No. 1

³¹ Visible a folios 27 del cuaderno Ppal. No. 1

³² Visible a folios 28 del cuaderno Ppal. No. 1

³³ Visible a folios 28A del cuaderno Ppal. No. 1

³⁴ Visible a folios 29 del cuaderno Ppal. No. 1

³⁵ Visible a folios 30 del cuaderno Ppal. No. 1

³⁶ Visible a folios 31 del cuaderno Ppal. No. 1

³⁷ Visible a folios 32 del cuaderno Ppal. No. 1

³⁸ Visible a folios 33 del cuaderno Ppal. No. 1

³⁹ Visible a folios 34 del cuaderno Ppal. No. 1

⁴⁰ Visible a folios 35 del cuaderno Ppal. No. 1

⁴¹ Visible a folios 36 del cuaderno Ppal. No. 1

⁴² Visible a folios 91-97 del cuaderno Ppal. No. 1

⁴³ Visible a folios 160-161 del cuaderno Ppal. No. 2

Expediente: 41-001-331-001-2009-00275-01
Demandante: Amparo Tapiero y otros.
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

- Análisis de muestra de residuos de disparo occiso Jainer Olmes Borja (Acta 102).⁴⁴
- Informe del investigador de campo de balística, donde se indica que el arma encontrada en la escena de los hechos estaba en mal estado de funcionamiento.⁴⁵
- Investigación preliminar 019-2007 remitida por el Batallón de Infantería 27 Magdalena de Pitalito.
- Informe de Operaciones de fecha 25 de febrero de 2007, rendido por el Sargento Segundo Flor León Hugo Alexander, donde describe el desarrollo de la operación.⁴⁶
- Informe Ejecutivo de actos urgentes de la Fiscalía 24 Seccional de Pitalito de fecha 27 de febrero de 2008.⁴⁷
- Misión Táctica No. 114/ATILA-2, A LA ORDEN DE OPERACIONES EBANO⁴⁸, suscrita el 08 de agosto de 2007 por el T. coronel Edgar Alberto Rodríguez Sánchez, comandante del Batallón de Infantería No. 27 Magdalena.
- Versiones libres rendidas por los miembros del pelotón involucrados en los hechos.⁴⁹

TESTIMONIALES

- Declaración del señor Nicolás Delgado Payan.⁵⁰

⁴⁴ Visible a folios 162 del cuaderno Ppal. No. 2

⁴⁵ Visible a folios 45-47 del Cuaderno Pruebas (Investigación Preliminar 019-2007 remitida por el Batallón de Infantería 27 Magdalena de Pitalito.

⁴⁶ Visible a folios 6-7 del cuaderno de pruebas No. 1

⁴⁷ Visible a folios 27-30 del Cuaderno Pruebas No. 1

⁴⁸ Visible a folios 12-13 del Cuaderno Pruebas (Investigación Preliminar 019-2007 remitida por el Batallón de Infantería 27 Magdalena de Pitalito.

⁴⁹ Visible a folios 128-145 del Cuaderno Ppal. No. 1

⁵⁰ Visible a folios 135 del Cuaderno de Pruebas No. 2

- Declaración del señor Benjamín Correa Rojas.⁵¹
- Declaración del señor Carlos Aurelio Hernández Delgado.⁵²
- Declaración del señor Hermes Alirio Ojeda Solarte.⁵³

En cuanto a las **pruebas trasladadas**, contenidas en el proceso penal seguido por los hechos acaecidos el 24 de agosto de 2007, vale resaltar que de acuerdo con el artículo 174 del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento administrativo en virtud de lo dispuesto en el artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las pruebas practicadas válidamente en un proceso judicial podrán trasladarse a otro en copia auténtica y serán apreciables sin mayores formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieran practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella.

Teniendo en cuenta lo dicho, se avizora que las pruebas trasladadas testimoniales y documentales contenidos en el proceso penal militar antes referido son susceptibles de valoración en este proceso, porque fueron solicitadas por las partes en la demanda y en la contestación y, en consecuencia, fueron debidamente decretadas y aportadas al sub lite, y, por lo tanto, la Sala considera que se respetaron las garantías procesales de defensa y contradicción.

Dilucidado lo anterior, este Cuerpo Colegiado se ocupará de determinar si las pruebas descritas en líneas atrás, acreditan cada uno de los elementos necesarios para declarar la responsabilidad de la entidad demandada.

- **El daño antijurídico en el caso concreto**

En el caso sub examine se pudo constatar que el 24 de agosto de 2007, el señor Jainer Olmes Borja Moná de 31 años perdió la vida al ser impactado en su

⁵¹ Visible a folios 136 del Cuaderno de Pruebas No. 2

⁵² Visible a folios 137 del Cuaderno de Pruebas No. 2

⁵³ Visible a folios 138 del Cuaderno de Pruebas No. 2

humanidad con varios proyectiles de arma de fuego propinados por miembros del Batallón de Infantería No. 27 “Magdalena” del Ejército Nacional, tal como consta en el informe de Necropsia Médico Legal allegado y el certificado de defunción visible a folio 26 del expediente principal.⁵⁴

Así las cosas, de conformidad con los hechos debidamente probados y las argumentaciones de las partes, se encuentra debidamente acreditado el **daño** alegado en la demanda.

Sin embargo, no siendo suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si cabe atribuirlo a la entidad demandada Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

- De la imputación del daño antijurídico en el caso concreto

- De la operación militar

En cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se produjo el daño, se pudo constatar que el comandante del Batallón de Infantería No. 27 Magdalena emitió la Misión Táctica No. 114/ATILA-2, A LA ORDEN DE OPERACIONES EBANO⁵⁵, suscrita el 08 de agosto de 2007 por el T. coronel Edgar Alberto Rodríguez Sánchez, comandante del Batallón de Infantería No. 27 “Magdalena”, en la cual se indica la misión encomendada al pelotón del Ejército Nacional:

“I. SITUACIÓN. Enemigo: En esta región jurisdicción delinquen narcoterroristas de la cuadrilla LXI-XIII de las ONT FARC bandas delincuenciales de narcotráfico y damas OAML (organización armada al margen de la ley) que delinquen en la jurisdicción del batallón de infantería No 27 Magdalena, las cuales están en capacidad de realizar acciones terroristas las emboscadas, golpes de mano a estaciones de policía o unidades militares en marcha o ubicadas en bases de patrullaje estaciones de relevo con el fin de obtener objetivos tanto militares como

⁵⁴ Visible a folios 615-616 del cuaderno Principal No. 3, Exp. 2010-00154.

⁵⁵ Visible a folios 12-13 del Cuaderno Pruebas (Investigación Preliminar 019-2007 remitida por el Batallón de Infantería 27 Magdalena de Pitalito.

políticos estas acciones pueden ser llevadas a cabo en áreas urbanas o rurales así como a las poblaciones del departamento del (Huila) de la misma forma bandas delincuenciales y organizaciones armadas al margen de la ley que delinquen en la jurisdicción o efectúen movimientos en el teatro de operaciones.

II. MISIÓN: El Batallón de Infantería No 27 Magdalena con el Cuarto Pelotón (00-02-24) de la compañía "B" al mando del SS. FLOR LEON HUGO ALEXANDER en coordinación de la policía nacional a partir del día 09 04:00 AGO-07 desarrolla la operación de registro y control militar del área mediante el método de patrullaje de control implementando la maniobra de búsqueda y provocación contra integrantes de la cuadrilla LXI bandas delincuenciales, narcotráfico de la ONT FARC, y demás OAML (organización armadas al margen de la ley) que delinquen en el área general del municipio de Acevedo con el fin de efectuar el relevo en posición del primer pelotón de la compañía Berlín si en el transcurso del recorrido, estos terroristas son localizados se debe **"CAPTURAR Y EN CASO DE RESISTENCIA ARMADA SOMETERLOS CON EL USO DE LAS ARMAS EN LEGÍTIMA DEFENSA Y DE ESTA FORMA LLEVAR LA TRANQUILIDAD Y DEVOLVERLE EL IMPERIO DE LA LEY A LA REGIÓN."**

(...)

V. Instrucciones de coordinación: a) Se debe realizar coordinación con la Policía Nacional de igual forma debe haber comunicación diaria con Alcaldes – Concejales áreas de Responsabilidad, b) Ante todo se debe preservar la integridad física de la tropa ante cualquier resultado operacional – El comandante del pelotón no está autorizado para abrir patrulla por secciones, c) Queda totalmente prohibido armar Base de Patrullaje Móvil cerca a casas escuelas establos **NI SE PERMITE QUE LAS PATRULLAS SE MUEVAN POR CARRETERAS, CAMINOS O TROCHAS** (...) u) Al instalar Puestos de Control de Tránsito "Reten" estos debe estar con un comandante – Prohibido disparar las armas contra los vehículo, no se debe disparar al aire, el personal no puede abrir fuego si no es a orden del comandante o de un superior, en los retenes se deben realizar los medios ordenados para detener un vehículo, explicar a los hombres **"ES PREFERIBLE QUE SE ESCAPE UN DELINCUENTE A QUE MUERA UN INOCENTE"**. (Subrayas y resaltos de la Sala)

Seguidamente, obra en el plenario el Informe de Operaciones de fecha 25 de febrero de 2007, rendido por el Sargento Segundo Flor León Hugo Alexander, donde describe el desarrollo de la operación, tal como se extrae:⁵⁶

"(...)

3. DESARROLLO DE LA OPERACIÓN

El Día 09 04:00 AGO 07: El Cuarto pelotón de la compañía "B" inicia desplazamiento motorizado desde el PDMA (01° 50'40"N/76° 05 49"W) hasta la vereda el triunfo

⁵⁶ Visible a folios 6-7 del cuaderno de pruebas No. 1

Expediente: 41-001-331-001-2009-00275-01
Demandante: Amparo Tapiero y otros.
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Coordenadas (01°48'40"N/76°00'43"W) el movimiento motorizado se realizó por saltos vigilados, teniendo en cuenta los puntos críticos y demás medidas de seguridad.

El Día 09 05:15 AGO 07: Una vez en el sitio ordenado se realiza relevo en posición donde el primer pelotón de la compañía Berlín continúa con movimiento motorizado hacia el PDMA mientras el cuarto pelotón de la compañía Berlín continua con control militar de área en el sector.

El Día 10 21:30 AGO 07: Desde hay (sic) se inicia con el patrullaje y control militar de área sobre el área general del municipio de Acevedo en búsqueda de informaciones y presencia del enemigo.

El Día 16 16:00 AGO 07: Por medio de inteligencia de Combate y la red de cooperantes se obtiene información sobre delincuentes al parecer pertenecientes al frente LXI de las ONT FRAC los cuales están realizando extorsiones y robo de motocicletas en el área urbana y rural del municipio de Acevedo.

El Día 20 08:00 AGO 07: Se realiza puestos de observación, control en las vías durante el día y en la noche puestos de escucha sobre el sector.

El Día 24 20:30 AGO 07: Se inicia desplazamiento desde el sector de la vereda llanitos (01° 47'38"N/75° 53'17"W) hacia la vereda el mirador (01° 49'24"N/75° 53'46"W) el cual se realiza por la parte norte del municipio de Acevedo.

El Día 24 21:30 AGO 07: Se realiza un descanso corto llegando al sitio conocido como "la curva del cementerio sobre el barrio José Acevedo y Gómez coordenadas (01° 48'33"N/75° 53'10"W) en el cual el equipo de punteros al mando del señor Cabo Segundo MORENO LEON JEIVER se adelanta aproximadamente 30 Mts para asegurar la parte de adelante, donde notan la presencia de dos sujetos a los cuales se les gritan "alto somos tropas del batallón magdalena" a lo cual responden abriendo fuego de armas cortas contra los integrantes de la patrulla los cuales reaccionan a la agresión produciéndose un cruce de disparos. Posteriormente se realiza el registro encontrándose un sujeto muerto en combate al cual se le halló una pistola calibre 7.65mm y 01 granada M 26 quien de acuerdo a las informaciones de inteligencia obtenidas por la red de cooperantes se trata de Alias "cumbamba" al parecer integrante de las milicias de la cuadrilla LXI de las ONT FARC encargadas de realizar extorsión a los comerciantes de la región así como también el hurto de motocicletas las cuales las deshuesaban y otras las internaban hacia el sector de la vereda la montosa para colocarlas al servicio de la cuadrilla LXI de las ONT FARC. Se informó posteriormente de lo sucedido al comando del batallón.

El día 25 06:00 AGO 07: Llega el CTI a hacer la respectiva inspección judicial."

Expediente: 41-001-331-001-2009-00275-01
Demandante: Amparo Tapiero y otros.
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Asimismo, obra el formato único de noticia criminal de la Fiscalía Seccional de Pitalito de fecha 26 de agosto de 2007⁵⁷, del cual se destaca:

“Al llegar al lugar de los hechos se encontró sobre la vía en toda una curva, un cadáver de sexo masculino junto a este se observó una pistola, igualmente se encontró cerca al cadáver una vainilla de acuerdo a lo manifestado por el SS. HUGO ALEXANDER FLOR LEÓN, comandante de la patrulla que participó en el hecho, se movilizaban por la vía que conduce hacia el cementerio de la localidad de Acevedo cuando en la curva en sentido contrario venían dos personas que **al observar la tropa reaccionaron contra ellos, disparando un arma de fuego**, a lo que la tropa inmediatamente reaccionó dando de baja una de estas personas, la cual portaba una pistola, durante la inspección a cadáver se le encontró en un bolsillo del pantalón una granada de fragmentación M-26, se realizó la fijación del lugar de los hechos fotográfica y topográficamente. Igualmente diligenciando el formato de inspección al lugar. Una vez concluida la inspección al cadáver, se entregó el cuerpo con su respectiva cadena de custodia al hospital local de Acevedo, para la práctica de los análisis respectivos por parte de medicina legal.”

De conformidad con las pruebas transcritas, se observa que el 24 de agosto de 2007, en horas de la noche el pelotón cuarto del Batallón de Infantería No. 27 del Ejército Nacional en desarrollo de la misión táctica denominada “ATILA-2” dio de baja al joven JAINER OLMES BORJA MONÁ, cuando este se desplazaba con dos personas más por la “curva del cementerio del barrio José Acevedo”, donde se encontraba formada la escuadrilla militar coordinada por el sargento segundo Flor León Hugo Alexander.

En cuanto al desarrollo de la misión táctica encomendada, los miembros del pelotón que participaron en los hechos, rindieron indagatoria en el proceso penal, indicando lo siguiente:

FLOR LEÓN HUGO ALEXANDER (fls. 136-138 C.P. No.1)

“(…) Estábamos en la vereda San José de Llanitos, y empezamos un desplazamiento con todo el pelotón hacia la vereda El Mirador que queda en la parte norte del casco urbano de Acevedo. Cuando llegamos cerca al cementerio de Acevedo se hizo alto para hacer un descanso. En ese momento le dije al CS MORENO que fuera a asegurar la parte de adelante, mientras la otra gente descansaba. **El cabo salió y más o menos a 30 a 40 metros en la parte de adelante**

⁵⁷ Visible a folios 45-47 del Cuaderno Pruebas (Investigación Preliminar 019-2007 remitida por el Batallón de Infantería 27 Magdalena de Pitalito.

Expediente: 41-001-331-001-2009-00275-01
Demandante: Amparo Tapiero y otros.
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

y vio como a 03 personas era de noche y no se alcanzaba a ver bien, cuando el cabo les grita que alto, que somos del Ejército nacional para saber quiénes eran, y requisarlos, ellos empiezan a correr y a disparar contra la tropa. Al notar esto, entonces el Cabo reacciona dispara contra estos sujetos, el resto de la tropa reacciona, pero solamente con movimientos hacia delante para asegurar y mirar dónde era que está el Cabo, Se mandó un registro después de que pasó todo, y se encontró un sujeto muerto (...)"

S.L.P. ORTIZ BURBANO NELSON JAVIER (fls. 140-141 C.P. No. 1)

"(...) Ese día hicimos un descanso cerca de una carretera que cruza para Acevedo y de ahí se fue LEMUS y mi cabo MORENO hacia adelante y escucharon unos ruidos, ellos dijeron que les habían disparado como **02 sujetos**, y reaccionaron, cuando hicimos el registro estaba 01 de los sujetos muerto por la reacción. **PREGUTNADO:** Diga al despacho si usted escuchó disparos de arma corta **CONTESTADO:** Si, nosotros escuchamos disparos de pistola. **PREGUNTADO:** Diga a despacho a qué distancia se encontraba usted del sector donde ocurrió el enfrentamiento. **CONTESTADO:** Yo me encontraba como a 50 metros". (...)"

S.L.P. SARMIENTO PRIETO HENRY MARTÍN (fls. 142-143 C.P. No. 1)

"(..) Nosotros íbamos de la vereda Llanitos a la vereda El Mirador, llegando hacía el sector del cementerio hicimos un descanso, mi SS FLOR mandó a mi cabo MORENO y dos soldados más a requisar la parte de adelante, no recuerdo con que soldados fueron. Yo escuché la reacción, escuché unos disparos de fusiles y armas cortas (...)"

S.L.P. VARGAS CASTRILLÓN JOSÉ MAURICIO (fls. 144-145 C.P. No. 1)

"(...) Ese día nos desplazamos de la vereda Llanitos hacia la vereda El Mirador hicimos un descanso en la curva del cementerio, y ahí mi cabo MORENO y el SLP LEMUS TRUJILLO ROEL, se fueron a hacer un registro, porque **había un sospechoso por ahí**, fue cuando escuché los disparos y como resultado 01 sujeto dado de baja. **PREGUTNADO:** Qué clase de arma escuchó usted disparar. **CONTESTADO:** Primero que todo escuché disparos de pistola y luego de fusiles".

MORENO LEÓN JEIVER (fls. 128-130 C.P. No. 1)

"(..) íbamos en el desplazamiento, hicimos un alto para el descanso. Me mandaron a mí y al SLP LEMUS TRUJILLO ROEL para que prestara seguridad como a 30 a 40 metros hacia delante. Cuando íbamos a prestar la seguridad, a unos 30 metros vimos 02 sujetos que venían hacia donde nosotros estábamos. Cuando nos vieron uno se devolvió, entonces yo le grité alto, somos del Ejército, el que se quedó quieto, sacó un arma y nos disparó, retrocediendo como en huida. Entonces nosotros

reaccionamos y disparamos hacia donde este sujeto se encontraba. El otro también disparó del lado de la cerca, pero ese si se fue. Nosotros nos acercamos y encontramos a un sujeto sin vida". (...) **PREGUNTADO:** Diga al despacho si usted notó alguna aptitud sospechosa en estos sujetos. **CONTESTADO:** Si, claro, cuando ellos se devolvieron, por eso les grité alto cuando ellos se iban a devolver, pero uno de ellos sacó un arma y nos disparó (...)"

Al analizar las versiones rendidas por el pelotón del Ejército, se observa que estas no son coincidentes en explicar la forma en la que se llevó el enfrentamiento, pues, mientras que unos indican que al momento de inspeccionar el área delantera de la vía vieron 2 personas, el mismo SS. FLOR LEÓN HUGO ALEXANDER, militar al mando de la operación, señaló que vieron 3 personas, por lo que lanzó la proclama "Somos el Ejército Nacional", pero ellos empezaron a correr y luego a disparar.

Por su parte, el cabo segundo MORENO LEÓN JEIVER, señaló haber visto 2 personas que iban en dirección hacia ellos, uno se devolvió, les gritó alto, somos del Ejército, el sujeto que se quedó quieto, sacó un arma y les disparó retrocediendo como en huida, por lo que la fuerza militar reaccionó con fuego.

Por otro lado, el puntero ORTIZ BURBANO NELSON JAVIER, en su declaración libre afirma que el SLP LEMUS y el cabo MORENO fueron a hacer un registro porque habían escuchado unos ruidos, cuando vieron a dos sujetos (sin identificar), que les dispararon y luego salieron corriendo, mientras que el SLP VARGAS CASTRILLÓN JOSÉ MAURICIO señala que los militares estaban registrando la zona porque "había un sospechoso por ahí," y luego escuchó unos disparos con pistola, lo que los obligo a reaccionar con sus fusiles.

Lo anterior, no le permite a esta Colegiatura conocer las circunstancias de modo en las que realmente ocurrieron los hechos, en tanto que los relatos no son coincidentes y contienen contradicciones e imprecisiones i) en cuanto al número de personas con las que según se enfrentaron, ii) en cuanto a la forma en la que se adelantó el operativo militar, pues unos indican que los sujetos sin ninguna razón atacaron a la tropa y luego se dispusieron a correr, mientras otros señalan que estos corrieron y luego dispararon en contra de los militares, y iii) en cuanto a la razón del registro de la zona, porque según el SLP ORTIZ BURBANO NELSON JAVIER se

hizo porque escucharon unos ruidos, mientras que el SLP VARGAS CASTRILLÓN JOSÉ MAURICIO señala que se hizo porque “había un sospechoso por ahí”, lo que, no le permite a esta Sala de Decisión establecer, por lo menos, si realmente existió un enfrentamiento militar, ni se pueden inferir las condiciones en las cuales acaeció el supuesto enfrentamiento.

Nótese, además que los uniformados no tenían información suficiente sobre los sujetos, solo relatan que si bien vieron unos sujetos, era de noche, pero no alcanzaban a ver bien quienes eran, por lo que no pudieron establecer claramente a qué estructura delictiva pertenecía supuestamente la víctima.

Aunado a ello, debe decirse que si bien existía una orden de operaciones, con enemigos debidamente delimitados, tales como narcoterroristas de la Cuadrilla LXI-XIII de las ONT FARC, Bandas delincuenciales del Narcotráfico y demás OAML (Organizaciones Armadas al Margen de la Ley), no se explica la Sala cómo el Ejército Nacional justifica su actuar, manifestando que los sujetos abatidos pertenecían a organizaciones alzadas en armas, cuando ni siquiera los mismos uniformados pudieron establecer en sus declaraciones de manera directa o indirecta que el occiso perteneciera o hiciera parte de un grupo armado insurgente o de una banda criminal al servicio del narcotráfico, por el contrario, indican que solo vieron unos sujetos que les estaban disparando sin poder identificarlos por la poca visibilidad de la noche.

- De los EMP encontrados en el lugar de los hechos

De conformidad con las pruebas recopiladas, la Sala pudo constatar que cerca del cuerpo del occiso se encontró un arma corta – pistola calibre 7.65mm-, la cual, según el informe del investigador de campo de balística⁵⁸ “su funcionamiento semi automática y sus mecanismos se encuentran en regular estado de funcionamiento, es decir, que presenta el martillo trabado por lo cual no se pudo producir disparos

⁵⁸ Visible a folios 45-47 del Cuaderno Pruebas (Investigación Preliminar 019-2007 remitida por el Batallón de Infantería 27 Magdalena de Pitalito.

con el arma a fin de recuperar vainillas para posterior cotejo, demás presenta humedad y residuos de tierra”.

Adicionalmente, obra el análisis de residuos de disparo practicado al occiso⁵⁹, el cual arrojó “incompatibilidad con residuos de disparo en mano”, mediante el método de absorción atómica, lo que permitiría pensar que el joven Jainer Olmes Borja Moná no pudo accionar la pistola encontrada en el lugar de los hechos, máxime cuando la prueba técnica de balística indicó que el arma no funcionaba en su debida forma (martillo trabado).

Las anteriores pruebas técnicas, permite colegir que si efectivamente la víctima fuera un verdadero militante lo más seguro es que su arma estaría en las mejores condiciones técnicas para repeler y defender su propia vida de la fuerza pública, más aún cuando la defensa de la entidad alega que el abatido era un malhechor alzado en armas; unido a esto, se observa que el arma al estar en mal estado no pudo ser disparada, por lo que las reglas de la experiencia y la lógica permiten concluir que el joven JAINER OLMES BORJA MONÁ no la pudo haber disparado, ni mucho menos pudo haber propiciado un enfrentamiento con la fuerza pública como quiera que el resultado técnico de absorción atómica salió negativo.

Llama la atención de la Sala, que los miembros del pelotón afirmen que hubo cruce de varios disparos entre el occiso y la(s) otra(s) persona(s), que según, lo acompañaba(n), pues únicamente se encontró una vainilla percutida en el lugar de los hechos, de la cual se desconoce su procedencia, situación que por sí sola no permite tener por acreditada la existencia de un enfrentamiento armado.

En tal sentido, resulta cuestionable que haya existido un enfrentamiento entre el joven BORJA MONÁ y los miembros del pelotón, pues curiosamente ninguno de los miembros del pelotón resultó herido, mientras que aquél sufrió múltiples laceraciones e impactos de fusiles galil calibre 5.56, tanto en la cabeza como en su tórax, sin que se haya hecho ninguna distinción del sujeto, ni verificación del número

⁵⁹ Visible a folios 215 del Cuaderno Pruebas (Investigación Preliminar 019-2007 remitida por el Batallón de Infantería 27 Magdalena de Pitalito.

de atacantes, solo se dedicaron a abrir fuego de manera indiscriminada en plena curva destapada y en medio de la oscuridad.

De ahí, resulta evidente el uso desmedido de la fuerza con la que el Ejército repelió el supuesto ataque, pues, mientras que el abatido portaba, según, un arma corta (en mal estado), los uniformados que están entrenados para enfrentar ataques de guerra, iban provistos de fusiles galil calibre 5.56, resultando suicida, irrazonable y cuestionable que el joven BORJA MONÁ, en desigualdad de armas y oportunidades atacara primeramente a la fuerza pública, máxime cuando se le encontró un arma en mal estado, que no es idónea para el combate, siendo que hubiera sido más fácil intentar esconderse o camuflarse para pasar desapercibido en medio de la oscuridad.

Por el contrario, se observa que los uniformados sin ningún tipo de verificación procedieron a abrir fuego indiscriminadamente con sus fusiles de dotación, cercenándoles a las víctimas cualquier oportunidad para la verificación de las acciones o propósitos endilgados, o a su sometimiento ante el sistema judicial colombiano, contradiciendo lo establecido convencionalmente en los artículos 1.1, 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y constitucionalmente en el artículo 29.

Aunado a ello, llama la atención de la Sala que los militares con el fin de mostrar resultados en la misión táctica encomendada, hayan omitido deliberadamente el cumplimiento de las instrucciones de la Orden de Operaciones Ébano, tales como la de no movilizarse por carreteras, no hacer alto en puntos críticos, no hacer presencia en casos urbanos y no abrir fuego sin orden de un superior, pues nótese que los militares se movilizaban por una vía pública del municipio de Acevedo que conduce a la ciudad de Neiva, desconociendo las reglas impartidas en la orden de operación militar.

En tal virtud, y en criterio de la Sala estas pruebas técnicas no permiten concluir a la Sala que en efecto existió un verdadero enfrentamiento militar entre el joven BORJA MONÁ y el grupo de uniformados para justificar su actuar violento bajo el

amparo de la ley, máxime cuando la orden de la misión táctica era “**CAPTURAR Y EN CASO DE RESISTENCIA ARMADA SOMETERLOS CON EL USO DE LAS ARMAS EN LEGÍTIMA DEFENSA Y DE ESTA FORMA LLEVAR LA TRANQUILIDAD Y DEVOLVERLE EL IMPERIO DE LA LEY A LA REGIÓN**”, situación que -se itera- no se logró acreditar en el sub lite.

Aunado a ello, se observa que la escena de los hechos y el levantamiento estuvo por varias horas hasta que llegó el CTI, lo que razonable y ponderadamente pudo afectar la preservación de la misma y de sus pruebas, razón por la que no se conoce con certeza si la granada de fragmentación M-26 que supuestamente fue encontrada en posesión de la víctima realmente le pertenecía.

- Del protocolo de necropsia

De acuerdo con el informe Técnico de Necropsia Médico Legal practicada al cadáver del occiso, se encontró lo siguiente:

“(…)

HIPÓTESIS DE MUERTE PLANTEADA POR LA AUTORIDAD

No hay discritos en el acta.

Occiso encontrado en la vía pública producto de enfrentamiento con tropas adscritas al batallón magdalena de Pitalito, en el lugar se encontró pistola con proveedor y una vainilla.

II. EXMÁMEN EXTERNO

DESCRIPCIÓN GENERAL

Recibo occiso parcialmente embalado con bolsa rota con exposición del rostro, y rotulado adulto de sexo masculino, color de piel trigueña, estatura media, contextura eutrófica, de peso aproximado 70KG, cabello corto liso de 2CM, negro, **tiene 5 orificios de impacto de proyectiles de arma de fuego.**

(…)

CABEZA Y CUELLO:

Cara ovalada, ojos color café oscuro, nariz mediana, con sangrado escaso. Oídos de implantación habitual. Boca de tamaño mediano, labios medianos dentadura regular en buen estado con sangrado escaso. Cejas pobladas.

Se encuentra hundimiento en V en región frontal de 2CM.

1. Herida circular de 0.5CM en región occipital derecho de bordes regulares, correspondiente a orificio de entrada, no ahumamiento.
2. Pabellón auricular izquierdo parcialmente destruido con orificio de bordes irregulares de 4CM de diámetro correspondiente a agujero de salida.

TÓRAX Y ABDOMEN

1. Herida circular de bordes regulares de 1CM a nivel de borde inferior de 9NA, costilla en línea axilar anterior correspondiente a orificio de entrada de PAF, no ahumamiento.
2. Herida de bordes irregulares con salida de peritoneo de 3CM a 10CM del apéndice xifoides, en epigastrio. Se encuentra esquirla de PAF, se embala y rotula como N1.
3. En región lumbar a 36CM del cuello en línea escapular interna, se encuentra herida circular de bordes regulares, no ahumamiento correspondiente a orificio de entrada.

(...)

RESUMEN DE HALLAZGOS: Múltiples heridas por proyectil de arma de fuego por PAF que impactaron en diferentes regiones del occiso causándole la muerte casi de manera instantánea debido a lesiones causadas en órgano vital (crebre, corazón) encontrando evidencia al momento de realizar la necropsia.

CONCLUSIÓN: Adulto masculino que fallece debido a shock neurogénico debido a destrucción de masa encefálica debido a heridas por proyectil de arma de fuego múltiples en cabeza, asociado a ello herida cardiaca debida a PAF, causándole la muerte en el lugar de los hechos.”⁶⁰

De acuerdo con el informe técnico de Necropsia y demás pruebas obrantes, se observa que el joven BORJA MONÁ falleció debido a shock neurogénico por la destrucción de la masa encefálica debido a las heridas causadas por (5) cinco proyectiles de arma de fuego múltiples en cabeza, asociado a herida cardiaca, propinadas por el pelotón del Batallón 27 Magdalena del Ejército Nacional, los cuales, lamentablemente le ocasionaron la muerte.

Al respecto, llama la atención de la Sala que a una distancia de 30 a 40 metros, en plena curva y en medio de la oscuridad de la noche, hayan podido notar que el joven BORJA MONÁ y los supuestos acompañantes estaban asustados, hayan podido

⁶⁰ Visible a folios 107-116 del Cuaderno Pruebas (Investigación Preliminar 019-2007 remitida por el Batallón de Infantería 27 Magdalena de Pitalito.

verlos e incluso hayan podido herirlo a la altura de la cabeza en múltiples oportunidades, cuando estos salieron corriendo.

- De la calidad de agricultor del occiso

En el *sub lite* no se logró acreditar que al momento del “ataque” el sujeto abatido se encontrara desarrollando actividades delictivas (robos y extorsiones), para justificar el despliegue de una acción tan deliberada, arbitraria, desproporcionada y violatoria de todos los estándares de protección que le asiste a la población civil, máxime cuando los uniformados, de acuerdo a sus declaraciones, no tenían certeza de que dicho sujeto perteneciera a un grupo al margen de la ley.

Aun cuando se allegó una denuncia penal iniciada en el año 2006 en contra del finado por hurto calificado, -por lo que era señalado como miembro subversivo de las FARC-, no es de recibo para esta Sala que los militares sin fórmula de juicio hayan atentado contra la vida de una persona, que en el momento de los hechos, ni siquiera pudo ser identificada por los militares, por el contrario, en medio de la oscuridad de la noche procedieron a darle de baja, sin que se haya acreditado resistencia armada por parte del supuesto subversivo, ello, por cuanto no se acreditó ni siquiera la existencia de un enfrentamiento armado.

Ahora, al descender a las declaraciones rendidas por los familiares y amigos de las víctimas que en el curso de este proceso, llama poderosamente la atención de la Sala, que el señor Misael Borja Lozada, padre del occiso haya elevado una queja interpuesta ante la oficina de DERECHOS HUMANOS del Batallón Magdalena, indicado i) que su hijo no era miliciano sino un **agricultor**, ii) que no residía en el Municipio de Acevedo, sino en Caquetá, pero la época de los hechos se encontraba en Acevedo visitándolo porque se encontraba enfermo, y iii) que en horas de la noche su hijo fue llevado a un billar por un muchacho que trabajaba en el “Ejército” en una moto, y posteriormente, fue hallado muerto. Al respecto, el señor Misael Borja Lozada, señaló⁶¹:

⁶¹ Visible a folios 142-144 del Cuaderno Ppal. De Pruebas.

“PREGUNTADO: Qué conocimiento tuvo usted sobre los hechos o circunstancias que rodearon la muerte de su hijo Jainer. **CONTESTADO:** Yo no presencié la muerte de mi hijo, pero él se fue ese día a las 06 de la tarde de mi casa, yo me encontraba enfermo entonces él me dijo que iba a traermelos unos medicamentos, y yo le dije que fuera, y él salió y se fue y no volvió a regresar, hasta el otro día como a las 06 de la mañana que entró una llamada y nos preguntaron por él, que si estaba en la casa, como no estaba, nosotros dijimos que no entonces yo me fui para el pueblo como a las 07:30 de la mañana y cuando llegué al pueblo, me dijo una amiga de que habían matado a un muchacho para el lado del cementerio, y que era del bajo Encanto, entonces yo me fui con un amigo para saber quién era, y cuando llegué al sitio, el Ejército tenía rodeado y no me dejó llegar hasta el finado, y entonces yo le dije a un cabo que averiguara quién era el muerto porque ya estaba el CTI haciendo el levantamiento, entonces fue y averiguó, y entonces me trajo el nombre y era el hijo mío que habían matado ahí. Entonces el cabo me dijo que llevara una funeraria y yo me fui a buscarla, y cuando yo venía ya lo tenían en el hospital. Ahí me entregaron el cuerpo como a las 08:30 de la mañana. A él lo sindicaron de que él era miliciano, que era el comandante de las milicias, pero eso no es cierto, porque él vivía en el Caquetá con la señora y los dos 02 hijos, y él se había venido de allá, en los primeros días de julio, porque estaba mal de plata, entonces él se vino a trabajar con nosotros en la finca para ayudarnos a recolectar la cosecha. (...) **PREGUNTADO:** Diga al despacho por qué motivos su hijo fue muerto en el cementerio, y qué se encontraba haciendo en ese sitio. **CONTESTADO:** Nosotros nos enteramos que a él se lo llevaron de un billar, me contaron que se lo había llevado un muchacho que trabajaba con el Ejército en una moto, la gente se dio cuenta, pero entonces tienen miedo de declarar. (...) **PREGUNTADO:** Diga al despacho de parte de qué personas recibió usted la información sobre la persona que sacó a su hijo del billar. **CONTESTADO:** Me dijo eso un muchacho que se llama WILMER, no recuerdo el apellido, trabaja en ese billar que se llama VILLAR FACILITO. **PREGUNTADO:** Diga al despacho si usted se enteró con qué personas fue visto por última vez su hijo JAINER. **CONTESTADO:** No tengo conocimiento, pero si el señor HERMES ALIRIO lo vio cuando iba entrando al pueblo a las 07 de la noche, y un señor ORLANDO CORREA lo vio que estaba parado en la puerta del Billar, el señor ORLANDO CORREA vive en el barrio La Paz de Acevedo, pero no se la dirección, me dijo que lo había visto conversando con unas personas en el billar. **PREGUNTADO:** Diga al despacho cómo se llama la compañera y esposa de su hijo JAINER y donde reside. **CONTESTADO:** Ella se llama AMPARO TAPIERO y vive en la vereda Bolivia de Paujil Caquetá. **PREGUNTADO:** Diga al despacho si su hijo había tenido antecedentes judiciales anteriormente. De ser así por qué motivos **CONTESTADO:** Si, él tuvo un problema porque le había robado una plata a un muchacho y lo tuvieron detenido como 13 meses, pero eso era mentiras. Él no tuvo más problemas con la ley. **PREGUNTADO:** diga al despacho si su hijo portaba o manipulaba algún tipo de armas. De ser así de qué clase. **CONTESTADO:** Yo no tuve conocimiento, nunca le llegué a ver armas a él, inclusive armas cortopunzantes no cargaba. (...)

Seguidamente, obra la declaración rendida por Benjamín Correa Rojas, amigo de la familia del occiso, dentro del presente proceso, quien sobre los hechos, señaló⁶²:

"(...) PREGUNTA SEGUNDA LEIDA RESPONDIO: "Si yo lo distinguí al señor Jainer Olmes Borja Mona, hace unos quince años porque somos de la misma vereda bajo Encanto de Acevedo, como amigos. **PREGUNTA TERCERA LEIDA CONTESTO:** "Él vivía en unión libre con una muchacha Amparo Tapiero la familia de él le conocí dos niños uno de cuatro años y otro de cinco años no sé el nombre de los niños, ellos se fueron para el Caquetá, de ahí miré que el muchacho regreso." **PREGUNTA CUARTA LEIDA RESPONDIO:** "cuando se fue para el Caquetá él vino fue a la finca del papá Misael, cuando vino acá yo lo miré solo, a los pocos días lo mataron" **PREGUNTA QUINTA LEIDA RESPONDIO:** Yo lo miraba trabajando en la agricultura en la vereda Bajo Encanto finca de Misael Borja el papá de él, no sé cuánto devengaba mensualmente, no sé a qué destinaba el salario que devengaba". **PREGUNTA SEXTA LEIDA RESPONDIO:** "yo sé que lo mataron no más." **PREGUNTA SEPTIMA LEIDA RESPONDIO:** "Ellos trabajaban en una finca todos unidos, eso me consta que son unidos, resultaron mal porque les hacía falta una persona que trabajaba que les colaboraba, la esposa y los hijos resultaron afectados porque era el único que los mantenía y les daba platica, la señora ni volvió". **PREGUNTA OCTAVA LEIDA CONTESTO:** "Porque yo al muchacho lo conocí hace unos quince años o más y yo siempre miraba al muchacho trabajando y le ayudaba al papá y jornaleaban todos unidos, salían a coger café en la vereda, para mi esa familia ha sido honesta no les conozco nada raro."

Seguidamente, obra la declaración de Carlos Aurelio Hernández Delgado⁶³, amigo y vecino de la familia del occiso, quien sobre lo sucedido relató lo siguiente:

"PREGUNTA SEGUNDA LEIDA RESPONDIO: "Si distinguí a Jainer Olmes Borja Mona, hace unos 26 años, porque éramos vecinos en la misma vereda Bajo Encanto de Acevedo jugábamos micro fútbol " **PREGUNTA TERCERA LEIDA CONTESTO:** "Era unión libre, no era casado, no sé el nombre de la señora, él tenía dos hijos con la misma señora, no sé el nombre de los niños." **PREGUNTA CUARTA LEIDA RESPONDIO:** "Jainer Olmes yo lo miraba donde el papá y los hermanos en el Bajo Encanto, ahora último lo miraba ahí solo." **PREGUNTA QUINTA LEIDA RESPONDIO:** "Yo lo miraba trabajando donde el papá en la vereda cogiendo café, no sé cuánto devengaba mensualmente y tampoco sé a qué destinaba lo que ganaba." **PREGUNTA SEXTA LEIDA RESPONDIO:** "Yo de eso si no, cuando supe fue que lo habían matado, yo si lo miré el día que lo mataron que bajaba para el pueblo era tardecido como a las seis de la tarde, yo supe de la muerte al otro día sábado, no recuerdo la fecha, supe que había sido el ejército por rumores de la gente, pero no me consta". **PREGUNTA SEPTIMA LEIDA RESPONDIO:** "Si claro toda la familia resultó afectada con el fallecimiento de Jainer primero porque ellos

⁶² Visible a folios 136 del Cuaderno Ppal. No. 1.

⁶³ Visible a folios 137 del Cuaderno Ppal. No. 1.

eran de pocos recursos y más la esposa con la que vivía porque era el que le daba para los niños". **PREGUNTA OCTAVA LEIDA CONTESTO:** "Porque lo que he mirado, he visto y he escuchado, nada más".

También, obra declaración rendida por Nicolás Delgado Payan⁶⁴, amigo de la familia de la cual se destacan los siguientes aspectos:

"(...) **PREGUNTA SEGUNDA LEIDA RESPONDIO:** "Si conocí al señor Jainer Olmes Borja Moná, eso hace un poco de años desde pequeño porque vivimos en la misma vereda". **PREGUNTA TERCERA LEIDA CONTESTO:** "Yo supe que él vivía con una señora de nombre Amparo Tapiero, no sé si eran casados o no, creo que vivían en unión libre, el núcleo familiar de él la esposa y dos niños no sé el nombre de los niños." **PREGUNTA CUARTA LEIDA RESPONDIO:** El últimamente lo había visto aquí en el pueblo, pero trabajaba aquí en el pueblo en ornamentación y en la finca del papá con el café. **PREGUNTA QUINTA LEIDA RESPONDIO:** Trabaja en ornamentación aquí en el pueblo de ayudante y en la finca del papá con el cultivo del café, no sé decir cuanto devengaba mensualmente Jainer Olmes Borja, lo que ganaba me imagino que lo destinaba a los gastos de la familia. **PREGUNTA SEXTA LEIDA RESPONDIO:** "Supe por las noticias que lo había matado el ejército y apareció muerto por ahí, pero no fui testigo de esos hechos". **PREGUNTA SEPTIMA LEIDA RESPONDIO:** "Si claro la familia lógico desde que le maten el esposo y padre se afectan, afectados porque ellos eran de muy bajos recursos económicos, no más" **PREGUNTA OCTAVA LEIDA CONTESTO:** Me citaron y tengo que decir lo que sé y me consta porque conocí al muchacho porque fue criado en la vereda."

Asimismo, milita la declaración de Hermes Ojeda Solarte⁶⁵, amigo de la familia, quien destacó lo siguiente:

"**PREGUNTA SEGUNDA LEIDA RESPONDIO:** señor, conocí al señor Jainer Olmes Borja Mona, lo conocí desde que llegué en 1991 a la vereda bajo Encanto él vivía allí como estudiante y jugando micro futbol". **PREGUNTA TERCERA LEIDA CONTESTO:** "El vivía en unión libre con una señora llamada Amparo Tapiero, ellos tenían dos hijos no sé los nombres." **PREGUNTA CUARTA LEIDA RESPONDIO:** "Desde que tengo conocimiento sé que vivía en Acevedo por temporadas y en el Caquetá, también vivía como Jornaleando entonces donde había trabajo se desplazaba." **PREGUNTA QUINTA LEIDA RESPONDIO:** "Trabajaba como jornalero en diferentes fincas en Bajo Encanto con varios vecinos, no tengo conocimiento cuanto devengaba mensualmente, no sé a qué destinaba lo que ganaba, pero me imagino que para la familia" **PREGUNTA SEXTA LEIDA RESPONDIO:** "Lo único que sé es que murió una tarde aquí en Acevedo, lo que se miré en las noticias del periódico en esa época, según la noticia fue muerte violenta, pero no me consta. **PREGUNTA SEPTIMA LEIDA RESPONDIO:** "Pues considero

⁶⁴ Visible a folios 135 del Cuaderno Ppal. No. 1.

⁶⁵ Formato Entrevista – FPJ13. Declaración visible a folio 70-71 Cdno. Pruebas No.1.

que la faltar (sic) el papá de los hijos debe estar afectado el núcleo familiar, no más."

PREGUNTA OCTAVA LEIDA CONTESTO: "Pues según las preguntas hemos dicho respondiendo a la verdad y conocimiento de las preguntas". **PREGUNTADO:** Desea agregar algo a la presente. **CONTESTO:** "No señor".

En este punto, ofrece mayor claridad la hipótesis planteada por la parte demandante en la alzada, la cual refiere que el señor Jainer Olmes Borja inexplicablemente fue sacado del billar por un sujeto extraño en una moto, que según el trabajador del mismo billar, trabajaba con el "Ejército", lo cual lleva a pensar que el joven Jainer Olmes Borja fue conducido hasta el lugar de los hechos con engaños para ser ejecutado extrajudicialmente por la escuadrilla militar coordinada por el sargento segundo Flor León Hugo Alexander, y presentado como subversivo dado de baja en combate como objetivo militar por el Ejército Nacional, para mostrar resultados operacionales, cuando lo cierto es que en el sub lite no se logró acreditar la existencia de un enfrentamiento armado entre el occiso y la fuerza pública.

El H. Consejo de Estado, tratándose de casos de ejecuciones extrajudiciales materializadas por agentes del Estado, ha precisado cómo la existencia de ciertos elementos, conductas o actuaciones pueden ser **indicios** de la responsabilidad del Estado, por ejemplo, las declaraciones efectuadas por los uniformados involucrados, o la existencia de un presunto enfrentamiento con armas que no eran idóneas para el combate, entre otros. Además, la Corte Constitucional en recientes providencias como la T380/18 y T60/21 ha enunciado otros hechos indicadores tales, como:

- I. **La existencia de un presunto enfrentamiento con armas que no eran idóneas para el combate;**
- II. Operaciones adelantadas en conjunto por informantes desmovilizados, que señalan a las víctimas como guerrilleros;
- III. **Contradicciones e imprecisiones en los testimonios de los militares respecto a la forma en la que se adelantaron los enfrentamientos;**
- IV. La no concordancia entre los relatos de los hechos realizados por los miembros de la Fuerza Pública y el protocolo de necropsia y otros informes técnicos allegados al proceso.

Al respecto, se debe advertir que la sentencia apelada no tuvo en consideración los hechos indicadores ya mencionados, como **i)** las inconsistencias en las declaraciones de los uniformados al momento de relatar la forma en la que se adelantó el operativo, **ii)** resultó extraño que no hubo lesionados, ni bajas en los miembros del Ejército Nacional si se afirma que hubo un “combate”, **iii)** el arma con la que según el finado atacó a la fuerza pública estaba en mal estado (martillo trabado) no pudo ser disparada, y por demás, no era idónea para el combate, **iv)** la prueba de residuos en mano practicada al occiso resultó negativa, **v)** no es posible tener certeza de que existió un combate teniendo en cuenta que no se pudo establecer las trayectorias y distancias de los impactos de arma de fuego porque el protocolo de necropsia es muy deficiente y no aporta información que sirva para realizar el estudio de balística, **vi)** coincidencia de los relatos de testigos que afirman que era jornalero o recolector de café, **vii)** se quiso pasar a la persona como un **subversivo dado de baja en combate**, pese a que el acta de levantamiento de cadáver indica que el fallecido se encontraba vestido de civil, con sus prendas habituales, y **ix)** la justicia penal militar que conoció del caso mediante sentencia de cesó el procedimiento contra los militares encausados, por encontrar demostrada la causal exonerativa de responsabilidad de -legítima defensa-.

Todo lo anterior, permite inferir bajo los hechos indicadores citados por la jurisprudencia “prueba indiciaría por excelencia” y aplicando las reglas de la lógica y la experiencia que el presente caso podría tratarse de una ejecución extrajudicial, sin embargo, no puede perderse de vista que los hechos indicadores citados por la jurisprudencia no son los únicos que se pueden tener en consideración, pues además el juzgador podrá valerse del material probatorio que obre en el proceso y el precedente judicial aplicable al caso concreto, para resolver el asunto puesto a consideración.

En casos de similares contornos, el H. Consejo de Estado ha dispuesto:

*“Se trae el Informe elaborado en el año 2010 por el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas, en las que se empleó el concepto de **“falsos positivos”**, del que se tuvo en cuenta:(3.1) se consideran ejecuciones ilegales de civiles aquellas “manipuladas por las fuerzas de seguridad para que parezcan bajas legítimas de guerrillero o delincuentes*

ocurridas en combate”; (3.2) se identificaron los siguientes patrones reiterados de conducta: (i) se producen en el “marco de operativos militares anti-insurgentes, aunque los testigos declaran que no hubo combate”; (ii) precede, en la mayoría de los casos, una captura o detención ilegal “en su domicilio o lugar de trabajo, y conducida al lugar de la ejecución”; (iii) la condición social de las víctimas impera ya que “por lo general campesinos, indígenas, trabajadores, jóvenes, personas marginadas o líderes comunitarios” son víctimas de estas prácticas; (iv) la fuerza pública reporta a las víctimas como “insurgentes dados de baja en combate”; (v) las “víctimas aparecen muchas veces uniformadas y con diferentes tipos de armas y equipos militares mientras que, según los testimonios, habían desaparecido con su ropa habitual y desarmadas”; (vi) en “ocasiones las víctimas son previamente señaladas por informantes anónimos, encapuchados o reinsertados, y en otras ocasiones son seleccionadas al azar”; (vi) el “levantamiento del cadáver es realizado por los mismos miembros de la Fuerza Pública que previamente les han dado de ‘baja en combate’”; (vii) no “se preservan la escena del crimen ni las pruebas existentes”; (viii) con frecuencia “aparecen en los cuerpos signos de tortura”; (ix) los “cuerpos son despojados de objetos personales y se hace desaparecer sus documentos de identidad”; (x) los “cuerpos son trasladados a municipios lejanos del lugar donde se les retuvo originalmente y se constatan serios impedimentos tanto para el acceso de los familiares a los cuerpos como para su reconocimiento”; (xi) los “cuerpos son inhumados como N.N. a pesar de ser identificados por familiares o terceras personas”(xii) los “miembros de la Fuerza Pública reciben incentivos económicos, profesionales y premios por la presentación de ‘positivos’”; (xiii) la “competencia judicial para la investigación de los hechos se atribuye desde el primero momento a juzgados penales militares”; (xiv) los “familiares de las víctimas, testigos y defensoras y defensores de derechos humanos dedicados al esclarecimiento de los hechos son objeto de actos de amenaza e intimidación”; y, (v) el “porcentaje de condenas a los responsables es ínfimo”.

De esta manera, de acuerdo con los hechos indicadores encontrados en el sub lite, examinadas en conjunto las pruebas arrojadas al expediente, y en aplicación del principio de la sana crítica a todos los medios probatorios, encuentra la Sala que el daño antijurídico ocasionado a los familiares de Jainer Olmes Borja Moná es atribuible fáctica y jurídicamente a las demandadas Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional por la **falla en el servicio** que derivó en su muerte violenta el 24 de agosto de 2007, en la jurisdicción del Municipio de Acevedo.

Esta tipo de responsabilidad atribuida a la entidad demandada se concretó por falla en el servicio en virtud de la omisión e inactividad de la entidad demandada en el cumplimiento de los deberes positivos de protección de la dignidad humana, vida e integridad personal de la víctima, cuya primera manifestación se concreta en la

garantía de protección y seguridad de las mismas como miembros de la población civil, especialmente por parte del Ejército Nacional, al haberse producido la muerte de Jainer Olmes Borja Moná de carácter ilegal.

Así mismo, se concretó la **falla en el servicio** porque los miembros del Ejército Nacional que desarrollaron el operativo militar desplegaron una acción deliberada, arbitraria, desproporcionada y violatoria de todos los estándares de protección mínima aplicable incluso a los miembros de grupos armados insurgentes, configurándose así **“falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales”**⁶⁶, -imputación jurídica prevista por la jurisprudencia en casos de similares contornos-, en tanto, que dicha conducta distorsiona, deforma y puede llegar a quebrar el orden convencional constitucional y democrático, poniendo en cuestión toda la legitimidad democrática de la que están investidas las fuerzas militares en nuestros país.

En consecuencia, al prosperar el cargo elevada en la alzada, la Sala revocará la sentencia del tres (03) de marzo de dos mil veinte (2020), y en su lugar, declarará la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por la muerte del señor Jainer Olmes Borja Moná, de conformidad con las razones ya expuestas.

Liquidación de perjuicios

- Perjuicios morales

Para la acreditación del perjuicio moral, la jurisprudencia de H. Consejo de Estado ha establecido que en tratándose de familiares en primer grado de consanguinidad, padres e hijos, y en segundo grado de consanguinidad, como hermanos y abuelos

⁶⁶ “**falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento**” se ha convertido una práctica generalizada, con participación o aquiescencia de agentes estatales, contra la población civil más vulnerable [campesinos, personas de la calle, adictos, delincuentes de poca monta, etc.] y con carácter sistemático que puede estar permitiendo su encuadramiento como un típico acto de lesa humanidad [que a tenor del artículo 7K del Estatuto de Roma], que viene acompañado en muchas ocasiones por la consumación de actos de tortura, desaparición forzada o de otros tratos crueles o inhumanos. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C., nueve (9) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 54001-23-31-000-2010-00370-01(53704)A Actor: MAIDE PEÑA RANGEL, AMELIDA PEÑA RANGEL Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL

Expediente: 41-001-331-001-2009-00275-01
Demandante: Amparo Tapiero y otros.
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

se presumirá el daño y bastará la acreditación del vínculo de consanguinidad a través del registro civil de nacimiento.

Para la liquidación de los perjuicios morales la Sala tendrá en cuenta la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 28 de agosto de 2014 expediente 32988, así como el Documento Final aprobado mediante Acta del 28 de agosto de 2014 “Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales”, donde estableció que en caso de muerte, se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas, para reparar dicho perjuicio, de la siguiente manera:

GRAFICO No. 1					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Regla general en el caso de muerte	Relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

En este punto, debe destacarse que cuando se trata de casos de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario se puede otorgar una indemnización superior a los 100 SMLMV, tal como lo ha dicho el Máximo Órgano de Cierre de esta Jurisdicción:

(...) La Sala precisa, con fines de unificación jurisprudencial, que en casos excepcionales, como los de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor de la señala en los eventos descritos en la sentencia de unificación antes citada, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral, sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios fijados en dicha sentencia. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.”

Así, conforme lo expuesto y tomando como referentes los montos establecidos en la jurisprudencia, y de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, se

reconocerá para cada uno de los padres, hijos y hermanos⁶⁷ y compañera permanente del occiso Jainer Olmes Borja Moná, a título de indemnización por perjuicio moral, lo siguiente:

Nombre	Relación con la víctima	SMLMV
Amparo Tapiero	Compañera Permanente	100
Fabian Andrés Borja Tapiero	Hijo	100
Adriana Borja Tapiero	Hija	100
Misael Borja Lozada	Padre	100
María Aleida Moná Vargas	Madre	100
Rubiela Borja Moná	Hermana	50
Luis Enrique Borja Moná	Hermano	50
Rosa Helena Borja Moná	Hermana	50
María Amelia Borja Moná	Hermana	50
Blanca Lucía Borja Moná	Hermana	50
Jorge Humberto Borja Moná	Hermano	50
José Arles Borja Moná	Hermano	50
Misael Antonio Borja Moná	Hermano	50

- Perjuicios Materiales

Lucro Cesante consolidado:

Al respecto, la Sala evidencia, en primer lugar, que el señor Jainer Olmes Borja Moná se dedicaba a labores del campo, especialmente al trabajo de agricultura y de recolección de café, y era el sostén económico de su compañera permanente y sus hijos, por lo que su muerte produjo en ellos, además del sufrimiento moral, el desmejoramiento de sus condiciones materiales de vida, tal como lo manifiestan los deponentes.

Estos testimonios prueban que, efectivamente, el señor Jainer Olmes Borja Moná ejercía una actividad productiva y los frutos los destinaba a sus gastos personales y a apoyar a su hogar. No obstante, dado que no permiten establecer el valor de sus ingresos mensuales, se debe acudir al criterio jurisprudencial vigente según el

⁶⁷ Registros civiles de nacimiento de los hermanos del fallecido, visibles a folios 27-36 del cuaderno Ppal. No. 1

Código: FCA-SAI-06

Versión: 01

Fecha: 14/08/2018

Página 50 de 62

cual, ante la ausencia de un medio de prueba que acredite el monto de lo percibido por una persona en edad productiva, se presume que esta devengaba por lo menos un salario mínimo, que en su valor actual corresponde a \$433.700.

En tal virtud, el cálculo del lucro cesante consolidado, se liquidará de la siguiente forma: (i) se toma como base el salario mínimo a la fecha de los hechos, (ii) se descuenta el 25%, que corresponde a lo destinado para gastos personales; (iii) se obtiene, en consecuencia, un valor final de \$589.593.

Esta suma corresponde a lo dejado de percibir cada mes por la señora Amparo Tapiero, que es la persona que reclama a título personal una indemnización por este concepto y acreditó depender económicamente de la víctima. A este valor se le aplicará un interés mensual de 0,004867, por los 176,3666667 meses transcurridos desde el deceso de Jainer Olmes Borja (24 de agosto de 2007) hasta la fecha de la sentencia (13 de mayo 2022).

Jainer Olmes Borja Moná

Cálculo edad al momento de fallecer

8/11/1976 Fecha de nacimiento

24/08/2007 Fecha fallecimiento

30 30años9meses16día

24/08/2007 Fecha del accidente

13/05/2022 Fecha sentencia

14años8meses19días Años transcurridos

168

8

176 meses

✓ **0,36666667 Proporción 11 días**

176,3666667 Total en meses

Fecha de nacimiento de la cónyuge

27/01/1971 Amparo Tapiero

Edad de la cónyuge a la fecha del accidente

36 Amparo Tapiero

Edad de la cónyuge a la fecha de la sentencia

51años3meses16día Amparo Tapiero

Expediente: 41-001-331-001-2009-00275-01
Demandante: Amparo Tapiero y otros.
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Fecha de Nacimiento de los hijos

30/09/1995 Fabián Borja Tapiero
26/07/1999 Adriana Borja Tapiero

Edad de los hijos a la fecha del accidente

11 Fabián Borja Tapiero
8 Adriana Borja Tapiero

Edad de los hijos a la fecha de la sentencia

26años7meses13dia Fabián Borja Tapiero
22años9meses17dia Adriana Borja Tapiero

Fecha en que cumplirían los 25 años

30/09/2020 Fabián Borja Tapiero
26/07/2024 Adriana Borja Tapiero

Fecha en que cumplirían los 25 años

25años0meses0dia Fabián Borja Tapiero
25años0meses0dia Adriana Borja Tapiero

Meses faltantes para cumplir 25 años

-20 Fabián Borja Tapiero
26 Adriana Borja Tapiero

Meses faltantes para la ED en el momento de cumplir los 25 años la Hna mayor

46 Adriana Borja Tapiero

Relación vida probable

Nombre	Edad a la feha del accidente	Ver tabla de vida probable	Equivalente en meses
Jainer Olmes Borja M	30	50,3	604
Amparo Tapiero	36	49,5	594

Nota

El total de la renta se dividirá porcentualmente de la siguiente manera:

Amparo Tapiero	50%
Fabián Borja Tapiero	25%
Adriana Borja Tapiero	25%

Expediente: 41-001-331-001-2009-00275-01
Demandante: Amparo Tapiero y otros.
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

SMMLV 2007	433.700	
VP =	VA x	$\frac{\text{IPC Final (Mayo 2022)}}{\text{IPC Inicial (Agosto 2007)}}$
VP =	433.700	$\frac{116,26000}{64,140000}$
VP =	433.700	1,81260
VP =	786.124	Renta Actualizada

Renta Actualizada	786.124
Menos el 25%	196.531
	589.593

LUCRO CESANTE CONSOLIDADO

Cónyuge	LCC=	294.796	$\frac{(1+i)^n-1}{i}$
	LCC=	294.796	$\frac{(1+0,004867)^{176,3666667}-1}{0,004867}$
	LCC=	294.796	$\frac{(1,004867)^{176,3666667}-1}{0,004867}$
	LCC=	294.796	$\frac{1,354420113}{0,004867}$
	LCC=	294.796	278,28644
	LCC \$	82.037.818	

Cálculo realizado hasta edad de establecimiento del hijo mayor

IBL 2020	877.803
Menos el 25%	219.451
	658.352

LUCRO CESANTE CONSOLIDADO

Cónyuge	LCC=	294.796	$\frac{(1+i)^n-1}{i}$
	LCC=	294.796	$\frac{(1+0,004867)^{176,3666667}-1}{0,004867}$

Expediente: 41-001-331-001-2009-00275-01
Demandante: Amparo Tapiero y otros.
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

$$\begin{aligned} \text{LCC} &= 294.796 \frac{(1,004867)^{176,3666667}-1}{0,004867} \\ \text{LCC} &= 294.796 \frac{1,354420113}{0,004867} \\ \text{LCC} &= 294.796 \quad 278,28644 \\ \text{LCC} &= \$ \quad \underline{\underline{82.037.818}} \end{aligned}$$

Cálculo realizado hasta edad de establecimiento del hijo mayor

IBL 2020	877.803
Menos el 25%	219.451
	658.352

24/08/2007 Fecha del accidente
30/09/2020 Fecha en que el primer hijo cumple la EE
13 años 1 mes 6 días Años transcurridos
156
1
157 meses
0,2 Proporción 6 días
157,2 Total en meses

$$\begin{aligned} \text{LCC} &= \$ \quad 164.588 \frac{(1+i)^n-1}{i} \\ \text{LCC} &= \$ \quad 164.588 \frac{(1+0,004867)^{157,2}-1}{0,004867} \\ \text{LCC} &= \$ \quad 164.588 \frac{(1,004867)^{157,2}-1}{0,004867} \\ \text{LCC} &= \$ \quad 164.588 \frac{1,145208106}{0,004867} \\ \text{LCC} &= \$ \quad 164.588 \quad 235,30062 \\ \text{LCC} &= \$ \quad \underline{\underline{38.727.673}} \end{aligned}$$

$$\begin{aligned} \text{VP} &= \text{VA} \times \frac{\text{IPC Final (Abril 2022)}}{\text{IPC Inicial (Septiembre 2020)}} \\ \text{VP} &= 38.727.673 \frac{116,26000}{105,29} \\ \text{VP} &= 38.727.673 \quad 1,10419 \\ \text{VP} &= \$ \quad \underline{\underline{42.762.648,26}} \quad \text{Renta Actualizada} \end{aligned}$$

Expediente: 41-001-331-001-2009-00275-01
Demandante: Amparo Tapiero y otros.
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Nota	
El total de la renta actualizada se dividirá, de la siguiente manera:	
Fabián Borja Tapiero \$	42.762.648
Adriana Borja Tapiero \$	42.762.648

Nota	
Teniendo en cuenta que el hijo mayor (Fabián) cumple la edad de establecimiento el 30 de septiembre de 2020, hasta esa fecha recibirá la suma de \$42.762.648. De ahí en adelante la hija Adriana recibirá el 50% restante del lucro cesante consolidado hasta la fecha de la sentencia	

Cálculo del lucro cesante consolidado hasta la fecha de la sentencia

IBL 2022	1.000.000
Menos el 25%	250.000
	750.000

1/10/2020 Fecha inicial
13/05/2022 Hasta la fecha de la sentencia
1 años7 meses12 días Años transcurridos
12
7
19 meses
0,4 Proporción 12 días
19,40 Total en meses

LCC= \$	375.000	$\frac{(1+i)^n-1}{i}$
LCC= \$	375.000	$\frac{(1+0,004867)^{19,40}-1}{0,004867}$
LCC= \$	375.000	$\frac{(1,004867)^{19,40}-1}{0,004867}$
LCC= \$	375.000	$\frac{0,098769341}{0,004867}$
LCC= \$	375.000	20,29368
LCC= \$	7.610.130	

Nota	
Teniendo en cuenta que el hijo mayor ya cumplió la edad de establecimiento, a partir del 1 de octubre de 2020 la hija menor Adriana recibirá el 50% del total del lucro cesante consolidado hasta la fecha de la sentencia.	

Lucro cesante futuro:

Expediente: 41-001-331-001-2009-00275-01
Demandante: Amparo Tapiero y otros.
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

El lucro cesante futuro se cuantifica desde el momento de esta sentencia y durante el resto de vida probable de la señora Amparo Tapiero, quien a la fecha de los hechos tendría 36 años y una vida probable de (49,5 años o 594 meses). Se toma esta fecha porque se comprueba que ocurrirá antes de que se cumpla la vida probable del señor Jainer Olmes Borja (50,3 años o 604 meses), compañero de la señora Amparo, quien contaba entonces con 30 años. A la vida probable de la señora Amparo se le deducen los 176,6333333 meses del lucro cesante pasado, ya liquidados, para un total de 417,4 meses, así:

LUCRO CESANTE FUTURO

IBL 2022	1.000.000
Menos el 25%	250.000
	750.000

Nota	
El total de la renta se dividirá porcentualmente de la siguiente manera:	
Amparo Tapiero	50%
Adriana Borja Tapiero	50%

Nota	
De acuerdo con la Resolución No. 0110 de 2014 expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia	
"https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile1005947&downloadname=r0110_14.docx" , y teniendo en cuenta que quien moriría primero si el hecho dañino no hubiese ocurrido sería la Señora Amparo Tapiero, razón por la cual se tendrá en cuenta para la presente indemnización futura el tiempo comprendido desde la fecha de la sentencia hasta la de la vida probable del causante. Ver table "Relación vida probable"	

Cónyuge

VA=	RA	$\frac{(1+i)^n-1}{i+(1+i)^n}$
VA=	\$ 375.000	$\frac{(1+0,004867)^{417,7}-1}{0,004867+(1+0,004867)^{417,7}}$
VA=	\$ 375.000	$\frac{(1,004867)^{417,7}-1}{0,004867*7,59898526}$
VA=	\$ 375.000	$\frac{6,5989853}{0,03698426}$
VA=	\$ 375.000	178,426851
VA=	\$	<u>66.910.069</u>

Expediente: 41-001-331-001-2009-00275-01
Demandante: Amparo Tapiero y otros.
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Adriana Borja Tapiero

6/05/2022 Fecha inicial
26/07/2024 Fecha en que cumple la EE
2 años 2 meses 20 días Años transcurridos
24
2
26 meses
0,666666667 Proporción 20 días
26,67 Total en meses

VA=	RA	$\frac{(1+i)^n-1}{i+(1+i)^n}$
VA=	\$ 375.000	$\frac{(1+0,004867)^{26,67}-1}{0,004867*(1+0,004867)^{26,67}}$
VA=	\$ 375.000	$\frac{(1,004867)^{26,67}-1}{0,004867*1,138245493}$
VA=	\$ 375.000	$\frac{0,1382455}{0,00553984}$
VA=	\$ 375.000	24,954777
VA=	\$ 9.358.041	

Nota

Desde el 6 de mayo de 2022 y hasta julio de 2024 (año en que cumple los 25 años), la base para el cálculo del lucro cesante futuro será de \$375.000 y obtendrá como indemnización la suma de \$9.358.041. Esto teniendo en cuenta que su hermano mayor ya no presume los recursos de sus padres.

NOMBRE	PARENTESCO	CONCEPTO	VALOR
Amparo Tapiero	Cónyuge	Lucro cesante consolidado	\$ 82.037.818
Amparo Tapiero	Cónyuge	Lucro cesante futuro	\$ 66.910.069
TOTAL CÓNYUGE			\$ 148.947.887
Fabián Borja Tapiero	Hijo mayor	Lucro cesante consolidado	\$ 42.762.648
TOTAL HIJO MAYOR			\$ 42.762.648
Adriana Borja Tapiero	Hijo	Lucro cesante consolidado	\$ 50.372.778
Adriana Borja Tapiero	Hijo	Lucro cesante futuro	\$ 9.358.041
TOTAL HIJA MENOR			\$ 59.730.820
GRAN TOTAL			\$ 251.441.355

- Daños a bienes constitucional y convencionalmente protegidos:

Ahora bien, pese a que en el presente caso no se solicitó la indemnización de otro tipo de perjuicios, la Sala reconocerá de oficio el perjuicio a bienes convencional y constitucionalmente protegidos privilegiando medidas de reparación integral de carácter no pecuniaria, pues se constata que en el presente caso la muerte del señor Jainer Olmes Borja Moná se encuadra en el marco de violaciones sistemáticas a los DDHH y al DIH por tratarse de ejecuciones extrajudiciales, y por tanto, el Estado no ha respetado y garantizado los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas.⁶⁸

Lo anterior debido a que los hechos que rodearon la muerte del joven Jainer Olmes Borja Moná son abiertamente contrarios a los derechos humanos, privándolo del bien máspreciado como lo es el derecho a la vida, con lo cual se causó un dolor profundo para su familia, porque se afectó la dignidad de toda su familia frente a la comunidad vecina.

De conformidad con lo anterior, la Sala teniendo en cuenta que la indemnización por afectación relevante a derechos constitucionales y convencionales exige imperativamente que se especifiquen las medidas de reparación integral⁶⁹, se **ORDENARÁ** al Ejército Nacional que en un periódico de amplia circulación del Departamento del Huila, pida excusas y perdón público por los hechos acaecidos el 24 de agosto de 2007, en donde se reconozca que el joven Jainer Olmes Borja Moná no perdió la vida en el marco de una operación militar sino que se trató de un hecho donde lamentablemente estuvo la institución estuvo implicada, por acción.

- Costas

⁶⁸ De conformidad con las sentencias de unificación de la Sección Tercera del 14 de septiembre de 2011 (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de Sala Plena del 14 de septiembre de 2011, Exp. 19031 y 38222, M.P. Enrique Gil Botero) y del 28 de agosto de 2014 (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de la Sala Plena del 28 de agosto de 2014, Exp. 32988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero) las medidas de reparación no pecuniarias proceden aún de oficio cuando se advierte una transgresión a garantías constitucional y convencionalmente amparadas.

⁶⁹ La Asamblea General de Naciones Unidas, mediante Resolución 60/147 del 2005 adoptó los “Principios y directrices básicos sobre el derecho 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”. En el ordenamiento jurídico interno ver Ley 975 de 2005 y Ley 1448 de 2011 las cuales regulan las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, garantías de satisfacción y de no repetición.

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, habida consideración que hecha la evaluación que ordena el artículo 171 del CCA, modificado por el Art. 55 de la Ley 446 de 1998, no se encuentra conducta que lo amerite.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IV. FALLA

PRIMERO: REVÓQUESE la sentencia de tres (03) de marzo de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, y en su lugar, **DECLÁRESE** la responsabilidad administrativa de la Nación- Ministerio de Defensa - Ejército Nacional por los daños y perjuicios sufridos por los demandantes con ocasión a la muerte del señor Jainer Olmes Borja Moná, en los hechos acaecidos el 24 de agosto de 2007, en jurisdicción del Municipio de Acevedo.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior **CONDÉNESE** a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional reconocer a los demandantes las siguientes sumas de dinero por concepto de perjuicios morales:

Nombre	Relación con la víctima	SMLMV
Amparo Tapiero	Compañera Permanente	100
Fabian Andrés Borja Tapiero	Hijo	100
Adriana Borja Tapiero	Hija	100
Misael Borja Lozada	Padre	100
María Aleida Moná Vargas	Madre	100
Rubiel Borja Moná	Hermana	50
Luis Enrique Borja Moná	Hermano	50
Rosa Helena Borja Moná	Hermana	50
María Amelia Borja Moná	Hermana	50
Blanca Lucía Borja Moná	Hermana	50

Expediente: 41-001-331-001-2009-00275-01
Demandante: Amparo Tapiero y otros.
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Jorge Humberto Borja Moná	Hermano	50
José Arles Borja Moná	Hermano	50
Misael Antonio Borja Moná	Hermano	50

TERCERO: CONDÉNESE a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional reconocer a los demandantes las siguientes sumas de dinero por concepto de lucro cesante:

NOMBRE	PARENTESCO	CONCEPTO	VALOR
Amparo Tapiero	Cónyuge	Lucro cesante consolidado	\$ 82.037.818
Amparo Tapiero	Cónyuge	Lucro cesante futuro	\$ 66.910.069
TOTAL CONYUGE			\$ 148.947.887
Fabián Borja Tapiero	Hijo mayor	Lucro cesante consolidado	\$ 42.762.648
TOTAL HIJO MAYOR			\$ 42.762.648
Adriana Borja Tapiero	Hijo	Lucro cesante consolidado	\$ 50.372.778
Adriana Borja Tapiero	Hijo	Lucro cesante futuro	\$ 9.358.041
TOTAL HIJA MENOR			\$ 59.730.820
GRAN TOTAL			\$ 251.441.355

CUARTO: ORDENÁSE a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a título de reparación integral de los daños a bienes constitucional y convencionalmente protegidos, que en un periódico de amplia circulación del Departamento del Huila, pida excusas y perdón público por los hechos acaecidos el 24 de agosto de 2007, en donde se reconozca que el joven Jainer Olmes Borja Moná no perdió la vida en el marco de una operación militar sino que se trató de un hecho donde lamentablemente la institución estuvo implicada por acción.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo precisado en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: Sin condena en costas.

SÉPTIMO: Por Secretaría devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo del Huila. Desanótese en los libros correspondientes y archívese una copia de esta providencia en los copiadores de este Tribunal.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Expediente: 41-001-331-001-2009-00275-01
Demandante: Amparo Tapiero y otros.
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

**JESÚS GUILLERMO GUERRERO
GONZÁLEZ**

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso acumulado con radicado No. 41-001-331-001-2009-00275-01)

Firmado Por:

**Jose Maria Mow Herrera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 002 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres**

**Noemi Carreño Corpus
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 003 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres**

**Jesus Guillermo Guerrero Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 001 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres**

Expediente: 41-001-331-001-2009-00275-01
Demandante: Amparo Tapiero y otros.
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

46851f0d4e18a4b72986a6e178e65b36240276be83ff3c8499e88538b3b6dcab

Documento generado en 13/05/2022 11:38:05 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente

URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>