

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

SIGCMA

San Andrés Isla, cuatro (04) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Sentencia No. 087

Medio de Control	Reparación Directa
Radicado	41-001-33-31-004-2010-00232-01
Demandante	Nelson Flor Ortiz y otros
Demandado	Nación – Ministerio de Defensa Nacional –Fuerza Ejército Nacional de Colombia
Magistrado Ponente	Jesús Guillermo Guerrero González

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 2021¹, prorrogado mediante Acuerdo PCSJA21-11889 del 30 de noviembre de 2021, proferidos 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 resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del veintisiete (27) de junio de 2017, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, Huila, en la cual se decidió:

“PRIMERO: DECLARAR a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional -Ejército Nacional, responsable patrimonialmente por los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes, por la muerte de OSMIDIO FLOR ORTIZ.

SEGUNDO: CONDÉNASE a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional -Policía Nacional (sic) a pagar a título de perjuicios morales las siguientes sumas:

¹ Acuerdo PCSJA21-11814 del 16 de julio de 2021, “Por medio del cual se adopta una medida de descongestión de procesos del sistema procesal anterior a la Ley 1437 de 2011 en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

ESTEFANA MARTÍNEZ CUELLAR	100 SMLMV
LEIDY FERNANDA FLOR MARTÍNEZ	100 SMLMV
DIANA MILENA FLOR MARTÍNEZ	100 SMLMV
MAYRA ALEJANDRA FLOR MARTÍNEZ	100 SMLMV
MARIA FANNY ORTIZ ASTAIZA	100 SMLMV
SEFERINO FLOR ORTIZ	50 SMLMV
NELSON FLOR ORTIZ	50 SMLMV
Total	600 SMLMV

TERCERO: CONDÉNASE a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional -Ejército Nacional a pagar a los demandantes a título de **perjuicios materiales – lucro cesante así:**

➤ **Indemnización debida, consolidada o histórica:**

ESTEFANA MARTÍNEZ CUELLAR	\$48.771.397
LEIDY FERNANDA FLOR MARTÍNEZ	\$16.257.132
DIANA MILENA FLOR MARTÍNEZ	\$16.257.132
MAYRA ALEJANDRA FLOR MARTÍNEZ	\$16.257.132
Total	\$97.542.793

➤ **Indemnización futura o anticipada:**

ESTEFANA MARTÍNEZ CUELLAR	\$65.359.902
LEIDY FERNANDA FLOR MARTÍNEZ	\$ 8.458.290
DIANA MILENA FLOR MARTÍNEZ	\$11.505.740
MAYRA ALEJANDRA FLOR MARTÍNEZ	\$13.895.817
Total	\$99.219.749

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: NO hay lugar a condena en costas.

SEXTO: A esta providencia se le dará cumplimiento conforme a los artículos 176 y 177, del código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984.

SEPTIMO: Ejecutoriada la sentencia, archívese el expediente, previa anotación en el software de gestión.

OCTAVO: En caso de no interponerse el recurso de apelación dar aplicación al artículo 184 del C.C.A. y surtir el recurso o grado de consulta.

II.- ANTECEDENTES

- DEMANDA

La señora Estefana Martínez Cuellar actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijas, Leidy Fernanda Flor Martínez, Diana Milena Flor Martínez y Mayra Alejandra Flor Martínez y los señores María Fanny Ortiz Astaiza, Seferino Flor Ortiz y Nelson Flor Ortiz, a través de apoderado judicial, instauraron demanda de reparación directa en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, con el objeto de que se les declare administrativamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios, tanto en su manifestación de daño emergente como en su manifestación de lucro cesante, irrogados como consecuencia de la muerte del menor Osmidio Flor Ortiz, en hechos ocurridos el día 12 de julio de 2008, en la vereda Naranjal, jurisdicción del municipio de Timaná, Huila.

- HECHOS

La parte demandante fundamenta sus pretensiones en los hechos que a continuación se relatan:

Se señala que los señores Angel María Petevi Satiaca, Franklin Eidelber Satiaca Muñoz, Jhon Vilmer Satiaca Muñoz y Osmidio Flor Ortiz, residían junto con sus familias, en la ciudad de Pitalito Huila, donde se dedicaban a su labor de coteros en la galería, cargando y descargando camiones en sus instalaciones y en las fincas de donde provenía la carga, los tres primeramente nombrados, y a trabajos agrícolas el último, y eran ampliamente reconocidos por la comunidad como personas de bien, dedicadas a su trabajo y a sus familias.

Que en desarrollo de su trabajo, como hacen los coteros de todas las ciudades, los señores Angel María Petevi Satiaca, Franklin Eidelber Satiaca Muñoz, Jhon Vilmer Satiaca Muñoz y Osmidio Flor Ortiz, permanentemente estaban buscando camiones para cargar o descargar, y aprovechándose de esta circunstancia, un hombre con aspecto de militar, pero de civil, llegó hasta sus viviendas en una moto roja, sin placas, para solicitarles que lo acompañaran, para cargar un maíz en un camión en Timaná Huila, para luego descargarlo en la galería de Pitalito Huila.

Indican que el hombre que los contrató para el cargue de maíz llevó a uno en su moto, y los otros tres consiguieron una moto prestada con un pariente de nombre Deimar Alexander Muñoz Satiaca, dirigiéndose hacia el municipio de Timaná, presumiblemente al lugar donde los esperó el Ejército Nacional para darles muerte, ya que aparecieron sus cadáveres, pero no se sabe nada de la quinta persona que iba con ellos y que los contrató para que fueran a cargar el maíz.

Aseguran que el señor Osmidio Flor Ortiz era civil, persona trabajadora, de reconocida honorabilidad en Pitalito, sin antecedentes penales ni de policía, con una familia constituida, que nunca portaba armas, sin más actividades que su trabajo y la dedicación a su familia; pese a ello, fue muerto sin ninguna justificación, llevado con engaños al lugar donde fue acribillado y masacrado, al que le pusieron luego armas, para justificar su muerte.

Sostiene, que el Batallón “Magdalena” de la ciudad de Pitalito Huila, reportó la muerte del señor Osmidio Flor Ortiz como dado de baja en combate, como presunto extorsionista. Sin embargo, su muerte fue causada por integrantes del Ejército Nacional, con armas de propiedad de la Nación Colombiana – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional. Constituye una vergonzosa ejecución extrajudicial, con el único propósito de mostrar resultados y obtener prebendas, tratándose de un caso más de falsos positivos, en el que la víctima fue retenida y reducida a la impotencia, para causarle la muerte en completo estado de indefensión.

Afirman que, el señor Osmidio Flor Ortiz había nacido en Cajibío – Cauca, el 31 de octubre de 1979, y para el momento de los hechos contaba con 28 años. Era hijo de la señora María Fanny Ortiz Astaiza y hermano de los señores Seferino Flor Ortiz y Nelson Flor Ortiz. Convivía desde el mes de agosto de 1998 y hasta el día de su muerte, en unión marital de hecho con la señora Estefana Martínez Cuellar, con quien tuvo tres (3) hijas de nombre Leidy Fernanda, Diana Milena y Mayra Alejandra Flor Martínez.

Precisan, que el señor Osmidio Flor Ortiz, para el momento de los hechos, se desempeñaba como agricultor, obteniendo ingresos mensuales de \$463.500, los cuales empleaba en el sostenimiento de su familia.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Respecto de los fundamentos de derecho, el apoderado de la parte actora señala las siguientes:

- Constitucionales: Artículos 1, 6 y 90.
- Código Civil: Artículos 2341, 2347, 2356 y concordantes
- Código Contencioso Administrativo: Artículos 86.

- CONTESTACIÓN

Por su parte el apoderado judicial de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, cuestiona los hechos narrados en el acto introito procesal, alegando que nada se prueba respecto de las presuntas circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se produjo el hecho. Afirma que lo conocido por la institución. Es que la muerte del señor Osmidio Flor Ortiz se produjo como resultado de la reacción armada de personal militar que fue atacado injustamente por él y otros con fuego, mientras se encontraban desarrollando actividades delictivas y portaban diferente material de guerra.

Señala que, mientras la relación fáctica aportada por los demandantes gira en torno a presunciones y suposiciones, la información de la institución se encuentra plenamente corroborada por las decisiones tomadas dentro de las investigaciones correspondientes, las cuales resultan conclusivas sobre la culpa exclusiva de la víctima, ya que su muerte fue consecuencia de la reacción armada de los miembros del Ejército Nacional, ante la injustificada agresión con fuego del señor Osmidio Flor Ortiz y otros.

En ese orden de ideas, se opone a las pretensiones de la demanda y formula como excepciones las de *“culpa exclusiva de la víctima, uso legítimo de las armas de fuego, legítima defensa y cumplimiento de un deber legal e inexistencia de prueba de los perjuicios”*.

- SENTENCIA IMPUGNADA

El problema jurídico, que el A quo consideró, se contrajo a determinar si debe declarar la responsabilidad de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional de Colombia, por la muerte del señor Osmidio Flor Ortiz y, en consecuencia, si debe proceder a la indemnización de los perjuicios causados a sus familiares.

El A quo examinó las pruebas allegadas al proceso, el marco normativo que le es aplicable al caso concreto y encontró que, bajo el régimen objetivo de responsabilidad, la actividad peligrosa del uso de armas de fuego por parte de la entidad demandada fue la causa del daño cuya reparación se solicita, al no quedar probadas las circunstancias eximentes de responsabilidad alegadas.

“(…) Para que se configure la legítima defensa es menester acreditar que el uso de las armas era el único medio posible para contrarrestar la agresión, empero el hecho de que se haya abierto fuego de manera indiscriminada sin razón lógica que se encuentre probada, se destruye toda presunción del cumplimiento del deber de cuidado y protección encomendado al Ejército Nacional.

(…)

*Con todo para dar por sentado, que la defensa de la entidad demandada con la que se pretende enrostrar una legítima defensa en el actuar de los militares que operaron en la misión llevada a cabo y la consecuente configuración de culpa de las víctimas al haber generado supuestamente su propia muerte al desatender el llamado de la tropa y en cambio abrir fuego en su contra, **NO** se encuentra probada.*

Por tanto, al no quedar probadas en el sub judice las circunstancias eximentes de responsabilidad bajo el régimen objetivo de responsabilidad, y siendo latente que la actividad peligrosa fue la causa del daño cuya reparación se solicita, lo propio será reconocer los perjuicios que se prueben.”²

- RECURSO DE APELACIÓN

En término de la ejecutoria del fallo ambas partes impugnaron el fallo y sustentaron el recurso de apelación en los siguientes términos.

Estefana Martínez Cuellar y otros³

² Folio 530 del cuaderno principal No-02

³ Folios 537 - 538 del cuaderno principal No. 02

La parte demandante en la oportunidad legal, expuso su inconformidad con la sentencia, solicitando que se aumente el valor concedido por concepto de perjuicios morales en el equivalente a 300 SMLMV, para cada uno de los demandantes del primer nivel y 150 SMLMV, para cada uno de los demandantes del segundo nivel.

Apela la decisión del Juez de primera instancia, porque al momento de tasar el valor de la condena por perjuicios morales, desconoció los lineamientos del Consejo de Estado, cuando la responsabilidad proviene de un hecho punible, y cuando en la comisión de éste se presentan graves violaciones a los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, por tratarse de homicidio agravado en persona protegida, a quien condujeron con engaños hasta el sitio donde se le dio muerte, ejecutándolo sin motivo a tiros de fusil y posteriormente hacerlo aparecer como delincuente muerto en combate, con lo cual revictimizaron a los aquí demandantes.

Señala que en los falsos positivos se cometen por parte de agentes del Estado los peores crímenes, como en el caso del señor Osmidio Flor Ortiz, en el que los militares cometieron las más graves violaciones de todo el listado de los Derechos Humanos, por lo que debió condenarse aplicando la regla de excepción, esto es, hasta el triple de los montos señalados en la sentencia del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014.

Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional de Colombia⁴

La parte demandada en la oportunidad legal, mediante apoderado judicial, expuso su inconformidad, solicitando que se revoque la sentencia condenatoria de primera instancia y, en consecuencia, se nieguen en su totalidad las pretensiones de la demanda.

Reitera que no existen fundamentos fácticos, probatorios ni jurídicos para declarar la responsabilidad administrativa de la entidad demandada por la muerte del señor Osmidio Flor Ortiz, producida por miembros del Ejército Nacional el 12 de julio de 2008 en la vereda Naranjal del municipio de Timaná, departamento del Huila.

⁴ Folios 539 al 551 del cuaderno principal No. 02

Afirma que, contrario a lo sostenido por el a quo, de la prueba arrimada al plenario sí se desprende que los hechos acaecieron conforme la versión militar, según la cual la muerte del señor Osmidio Flor Ortiz se produjo en combate, cuando el mencionado junto con otros sujetos pretendía desarrollar actividades delictivas y atacó con fuego a la tropa, circunstancias debidamente acreditadas con el material probatorio trasladado de la investigación penal No. 2008-1557, seguida por la Fiscalía 76 Especializada DHDIH de Neiva, arrimada en etapa de instrucción; y de la indagación preliminar disciplinaria No. 03 de 2008, adelantada por el Comando de la Agrupación de Fuerzas Especiales No. 11 del Ejército Nacional, que culminó con auto de archivo de fecha 30 de enero de 2009.

Señala que alrededor de los hechos y, concretamente, de la muerte del señor Osmidio Flor Ortiz, no confluyó ningún comportamiento irregular por parte de los miembros del Ejército Nacional y, por el contrario, está plenamente demostrado que los occisos sí dispararon injustamente en contra de aquellos y que su reacción fue exclusivamente con el fin de repeler el ataque inicial del que fueron víctimas, por lo que señala configurada la causal de exoneración de responsabilidad “culpa exclusiva de la víctima”.

En relación con los resultados de las pruebas de residuos de disparo realizadas, señala que este tipo de prueba ha resultado bastante criticada al existir la posibilidad de encontrarse ante “falsos positivos” y “falsos negativos”, producidos los primeros por contaminación accidental con sustancias nitrogenadas procedentes de abonos que pueden encontrarse en el campo y en jardinería; y los segundos, si han transcurrido muchas horas hasta las recogidas de las muestras y el cuerpo ha permanecido a la intemperie con exposición a la lluvia, sobre todo en el análisis llevado a cabo en las zonas marginales a las heridas y prendas de vestir.

Que, si bien es cierto que el análisis realizado al señor Osmidio Flor Ortiz arrojó como conclusión incompatibilidad con residuos de disparo en mano, también lo es que hay que tomar en cuenta las circunstancias generales de modo, tiempo y lugar en que la muestra respectiva fue tomada, pues es probable que estén presentes una o varias circunstancias que técnicamente conllevan a que no pueda otorgarse plena certeza a las conclusiones plasmadas en el resultado del citado análisis.

De otra parte, alega que la declaratoria de responsabilidad impuesta en el presente caso, está soportada en dudas sobre las circunstancias de modo en que acaecieron los hechos, y en afirmaciones efectuadas con base en la lógica del despacho, que desde ningún punto de vista pueden tenerse como pruebas contundentes de situaciones fácticas contrarias a las efectivamente demostradas y, en consecuencia, no tienen la entidad suficiente para soportar la declaratoria de responsabilidad que se impugna.

Indica que tampoco cabe considerar que la sentencia está soportada en prueba indiciaria, y que en el desarrollo del proceso la entidad acreditó debidamente lo sostenido desde un principio por los militares, en cuanto a que la conocida muerte acaeció en medio de un enfrentamiento armado, mientras que la parte actora no probó debida y fehacientemente que tal hecho se hubiera producido de manera irregular; no demostró el actor la existencia de algún comportamiento de acción u omisión en cabeza de los miembros del Ejército Nacional, con la entidad suficiente para generar responsabilidad estatal.

Refiere que en el presente caso no es válido, a la luz del DIH, sencillamente afirmar que nos encontramos frente al homicidio injustificado de un civil, pues conforme lo analizado y la prueba arrimada al proceso, la muerte recayó sobre la humanidad de una persona que al momento exacto de los hechos estaba ejerciendo actividades delictivas como el porte ilegal de armas de fuego, y participó directamente en acciones beligerantes hacia los militares, cumpliendo con los presupuestos necesarios para configurar un acto o intento hostil por parte del grupo al cual pertenecía, frente a lo cual no era reprochable la reacción armada de la fuerza pública.

Finalmente, insiste en que se considera que la proporcionalidad que debe existir entre la respuesta de la fuerza pública y la agresión que ella misma padece, para efectos de constituir la legítima defensa, resulta plenamente acreditada en el asunto bajo estudio, como quiera que el uso de las armas de fuego que hicieron los militares en el momento y lugar de los hechos, no solo se constituyó como el único medio posible para contrarrestar el accionar delictivo y huida del hoy occiso, sino que les está autorizado por la esencia de la función que desempeñan.

- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En sus alegaciones finales, la parte demandante reitera que en la sentencia de primera instancia, si bien se declaró la responsabilidad administrativa de la entidad demandada y se le condenó al pago de perjuicios morales en favor de los demandantes, dichos perjuicios no se tasaron de acuerdo con los lineamientos del Consejo de Estado, cuando la responsabilidad proviene de un hecho punible, y cuando en la comisión de éste se presentan graves violaciones a los derechos humanos, cuya aplicación era obligatoria en virtud de lo establecido en el artículo 10 del CPACA.⁵

Por su parte, al descorrer el traslado, la entidad demandada ratificó integralmente los fundamentos de la impugnación.⁶

- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público, guardó silencio durante el término conferido por ley para emitir concepto.

- ACTUACIÓN PROCESAL

Las partes demandante y demandada recurrieron dentro de la oportunidad procesal la sentencia de primera instancia.

Mediante auto de fecha 6 de septiembre de 2017, el Tribunal Administrativo de Huila, admitió el recurso de apelación⁷; del mismo modo, por medio de auto del 26 de septiembre de 2017, corrió traslado a las partes por el término de 10 días para alegar de conclusión⁸, y al Ministerio Público para emitir concepto, oportunidad de la cual hicieron uso la partes, el Ministerio Público guardó silencio.

⁵ Folios 10-131 del cuaderno de descongestión

⁶ Folios 132-144 del cuaderno de descongestión

⁷ Folio 4 del cuaderno de descongestión

⁸ Folio 7 del del cuaderno de descongestión

El 20 de noviembre de 2018, se allega memorial poder conferido por la parte demandada⁹.

En desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en el artículo 2º 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 del 31 de agosto de 2021, esta Corporación, avocó el conocimiento del presente proceso.¹⁰

III.- CONSIDERACIONES

La Sala se limitará únicamente a conocer de los puntos materia del recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada contra la sentencia dictada el veintisiete (27) de junio de 2017, por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, de conformidad con la competencia del superior según lo establecido en el artículo 328 del Código General del Proceso.¹¹

- COMPETENCIA

Los Tribunales Administrativos son competentes para resolver el recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos, de conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁹ Folio 148 y ss del Cdno. Apelación sentencia.

¹⁰ Folio 155 del cuaderno de Apelación sentencia

¹¹ **ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR.** El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.

En este orden de ideas, el Tribunal Contencioso Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina es competente, para conocer del recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada contra la sentencia que dictó el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva el veintisiete (27) de junio de 2017, en atención a lo establecido en materia de descongestión en el artículo 2º del Acuerdo No. PCSJA21-11814 del 16 de julio de 2021, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

- PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con la pretensión impugnatoria, corresponde a la Sala determinar previa acreditación de la existencia del daño antijurídico que alegan los demandantes, si existe alguna acción u omisión imputable fáctica y jurídicamente a la entidad demandada, que pueda constituir la causa eficiente del daño irrogado a los demandantes con la muerte de Osmidio Flor Ortiz, en el hecho ocurrido el 12 de julio de 2008 en la vereda Naranjal, jurisdicción del municipio Timaná, en el Departamento de Huila, configurándose, de esta manera, una grave violación a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario; o, si por el contrario, se presenta en este caso una causal eximente de responsabilidad como lo es la culpa exclusiva de la víctima alegada por la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, quien afirmó que el señor Osmidio Flor Ortiz murió junto con otras personas, cuando pretendía desarrollar actividades delictivas y sostuvo un enfrentamiento armado con los uniformados del Ejército.

En caso de comprobarse la responsabilidad de la entidad, se procederá a verificar la liquidación de perjuicios morales realizada por el *a quo*, de acuerdo con el escrito de apelación de la parte demandante.

- TESIS

La Sala de Decisión de esta Corporación confirmará la sentencia proferida en primera instancia, en tanto, encuentra probada la **falla del servicio** imputada a la Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, por los hechos ocurridos el 12 de julio de 2008 en la vereda Naranjal, jurisdicción del municipio Timaná, en el Departamento de Huila, donde perdió la vida el señor Osmidio Flor Ortiz, como

resultado del actuar de un grupo de sus agentes, quienes en desarrollo de un operativo, dieron de baja al mentado ciudadano simulando un enfrentamiento armado, cuando en realidad se trató de una **ejecución extrajudicial** que disfrazaron de supuesto logro militar.

- 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 Estado¹² 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.”*

¹² 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.

A su vez en relación con la naturaleza del daño antijurídico, dicha Corporación¹³ 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.”*

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 Estado¹⁴, 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, V. gr. 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

¹³Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11601.

¹⁴ 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.

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 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.¹⁵

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.¹⁶

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

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

¹⁵ 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: DARIO DE JESUS JIMENEZ GIRALDO Y OTROS; Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL, Asunto: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (Sentencia)

¹⁶ *ibidem*

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.¹⁷

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 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 constitucionalidad¹⁸-, de acuerdo con los cuales es obligación de los Estados impedir que se presenten situaciones de ejecuciones extrajudiciales¹⁹ 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

¹⁷ Consejo De Estado, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia De 11 De Septiembre De 2013, Exp. 20601, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁸ “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”.

¹⁹ “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””.

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 internacionales²⁰.” (subraya la sala)

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.²¹

De conformidad con el artículo 93²² 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.²³

En ese sentido, desde un punto de vista convencional, los miembros del Ejército Nacional²⁴ 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

²⁰Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 11 de septiembre de 2013, exp. 20601, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

²¹ 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.

²² “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”.

²³ 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.

²⁴ 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)

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 ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.” (subraya 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 Ginebra²⁵ y iii) dar trato humano a quienes no participan de manera directa de las hostilidades, brindar asistencia humanitaria y proteger a la población civil.²⁶

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 2000,²⁷ 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

²⁵ 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”.

²⁶ Relatoría Consejo de Estado No. (32988)

²⁷ 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.

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.

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 expost facto.

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,²⁸ 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.²⁹

“Así pues, de lo anterior se puede concluir que el juez de daños como juez de convencionalidad en el ordenamiento interno³⁰, 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.”³¹ (subraya la sala)

Dicha tesis fue desarrollada precisamente con la entrada en vigencia del control de convencionalidad³² por el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa en la sentencia de unificación³³ en el marco de las ejecuciones extrajudiciales y las

²⁸ 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”.

²⁹ UPRIMNY, Rodrigo, Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal, en: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Ayala-RodrigoUprimny-BloqueConstitucionalidad.pdf>, consultado el 21 de julio del 2014.

³⁰ 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).

³¹ Consejo de Estado. Veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014) No. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988)

³² “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.

³³ Consejo de Estado, Veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014), Radicado No. 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

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.”³⁴

Así, por ejemplo, en decisión del 13 de marzo del 2013³⁵, 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. Entonces 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), 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

³⁴ Ibidem

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de marzo del 2013, rad. 21359.

comportamiento anómalo y altamente irregular por parte de los miembros de la demandada.”

En sentencia del 11 de septiembre del 2013³⁶ 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.”

Y, recientemente, en sentencia del 03 de agosto de 2020³⁷, 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 Estado, máxime cuando a la luz del artículo 93 constitucional estas normas prevalecen en el orden interno”

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

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 11 de septiembre del 2013, rad. 20601, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

³⁷ 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

- CASO CONCRETO.

En el presente caso, la parte actora atribuye responsabilidad a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a título de riesgo excepcional y falla en la prestación del servicio, pues considera que la muerte del señor Osmidio Flor Ortiz se produjo como consecuencia del actuar doloso e injustificado de miembros del ejército nacional, quienes sin justificación y haciendo uso indebido de sus armas de dotación oficial le arrebataron la vida, todo dentro de la práctica denominada ejecución extrajudicial o “falso positivo”.

Frente a la imputación formulada por la parte actora, la demandada manifiesta oponerse a las pretensiones, pues el hecho dañoso es atribuible al actuar ilícito de la propia víctima, quien atentó injustificadamente y de manera armada contra los militares, lo que produjo la reacción de éstos en legítima defensa y en cumplimiento de un deber legal, con los resultados ya conocidos, por lo que invoca la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad.

La sentencia apelada, declaró administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional de Colombia, por la muerte del señor Osmidio Flor Ortiz, acaecida el 12 de julio de 2008 en la vereda Naranjal, jurisdicción del municipio de Timaná, en el Departamento del Huila, condenando al Estado a reparar a los demandantes por perjuicios morales y materiales, negando las demás pretensiones de la demanda.

El demandado impugna la decisión de primera instancia, alegando que no existe en el expediente acervo probatorio suficiente que permita a la Sala manejar alguna de las tesis jurídicas en que se funda la responsabilidad de la administración, puesto que las pruebas que demuestran los hechos que produjeron el daño antijurídico que se imputa, no prueban que la muerte del señor Flor Ortiz pueda ser atribuible a título de dolo o culpa a la Nación – Ministerio de Defensa – Fuerza Ejército Nacional de Colombia.

Por su parte, la demandante recurre la sentencia, señalando que, si bien se declaró la responsabilidad administrativa de la demandada y se le condenó al pago de perjuicios morales en favor de los accionantes, los mismos no se tasaron de acuerdo con los lineamientos del Consejo de Estado, cuando la responsabilidad proviene de

un hecho punible y en su comisión se presentan graves violaciones a los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

Ahora bien, para determinar si se encuentran acreditados los elementos que estructuran la responsabilidad de la entidad demandada, por la muerte de Osmidio Flor Ortiz y esclarecer las circunstancias en que ocurrió el deceso, es decir, si se trató de un enfrentamiento entre el ejército e insurgente, o si se trató de una ejecución extrajudicial-falsos positivos, al proceso fueron aportados, decretados y allegados diferentes medios probatorios.

En relación con las **pruebas trasladadas**, referente a los procesos penal y disciplinario seguidos por el asesinato de la víctima, 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 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 anterior, se avizora que las pruebas trasladadas -testimoniales y documentales- de los procesos disciplinarios y penal antes referidos 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, se respetaron las garantías procesales de defensa y contradicción.

Por consiguiente, la Sala verificará las pruebas allegadas al plenario con el fin de establecer si hay lugar o no a la imputación jurídica del daño y dar solución al problema jurídico planteado haciendo énfasis en las piezas procesales más relevantes.

- **Análisis probatorio y hechos probados.**

1. Obra en el expediente documento No. 225/MND-EJC-DIV 5-BR9-AFEUR-S3 de fecha 12 de julio de 2008, que contiene la orden de operaciones “MINERAL”³⁸:

“3. SITUACIÓN

- a. El Tercer Destacamento de la Agrupación de Fuerzas Especiales No. 11 al mando del Señor TE. RAMIREZ GOMEZ FELIPE (...) realiza Operación de Control Militar de Área Activo y de neutralización en el Municipio Timaná del departamento del HUILA, bajo informaciones recibidas de intenciones por parte del enemigo de efectuar atentados terroristas contra unidades y entidades del estado, por parte de milicias urbanas y rurales de la ONT FARC, grupos o cuadrillas guerrilleras de la fila de la ONT FARC, Grupos de bandas emergentes, delincuencia común y organizada, bandas criminales al servicio del narcotráfico y demás grupos generadores de violencia, para neutralizar los terroristas (...)

Concepto de la Operación:

1. Maniobra, La operación consiste en realizar actividades de control militar de área activo, (patrullas, retenes, etc....) maniobras de neutralización, (emboscadas, golpes de mano, etc....) desde la Novena Brigada, hasta donde sea requerida la unidad, para capturar en flagrancia o en caso de resistencia armada neutralizar su acción mediante el uso de la fuerza en legítima defensa.

“(...)”

Instrucciones de Coordinación:

(...)

- c) Observar en todo momento el buen trato a la población civil y el respeto al DH y DIH.

(...)

- j) Nadie está autorizado para cargar y disparar sin orden del comandante

(...)”

2. En relación con lo ocurrido el 12 de julio de 2008, obra en el expediente el informe rendido el 13 de julio de 2008 por el Teniente Felipe Andrés Ramírez Gómez, comandante del Tercer Destacamento AFEUR 11, quien afirmó que la muerte del señor Osmidio Flor Ortiz se da en legítimo combate. Explica que la unidad, a las 18:00 horas inicia movimientos hacia el área objetivo, en infiltración diurna motorizada, empleando los medios de transporte propios de la unidad, los cuales son conducidos por personal militar; que llegan a la vía que conduce a la vereda Naranjal y se determina que posiblemente la vía a emplear por los supuestos terroristas sea la más cercana al municipio de Timaná Huila, por lo cual se escoge ésta para tomar la acción sorpresiva y capturar a los individuos, quienes, según la fuente, se movilizan en motocicletas de cilindraje mediano. Se ubica la unidad en un punto determinado de la vía y se escucha aproximarse unas motocicletas, se percibe que son detenidas y apagadas en la vía principal y se logra identificar que las personas se acercan con las motocicletas desmontadas de ellas, dos motos, una es arrastrada por un sujeto, acompañado por otro muy de cerca, otros dos un poco más atrás, y un quinto individuo retirado de los primeros; se procede a interceptar a los sujetos anunciando ser del Ejército Nacional, lo que produce la reacción de los sujetos. El que lleva la primera moto, la suelta y abre fuego a ráfaga con un arma automática contra la unidad, obligando a tomar cubierta y protección y repeler el fuego de los sujetos, los cuales en su ataque a la tropa, lanzan una granada de fragmentación que no logra alcanzar a los miembros de la unidad,

³⁸ Ver folios 4 y 5 cuaderno de pruebas No. 2

pero que las esquirlas o fragmentos quedan en el sitio de los hechos y el seguro y la palanca de la espoleta quedan al lado del cuerpo que se presume fue el que la accionó; se mantiene el contacto por unos pocos minutos, se lograron neutralizar en forma rápida, logrando que ningún miembro de la unidad saliera lastimado por la acción enemiga; el sujeto que empujaba la segunda motocicleta se volvió y emprendió la huida aprovechando el ataque de sus compañeros a la tropa. Se verificó el personal y el material y se procedió a verificar con el enfermero el estado de salud de los atacantes, informado su posible deceso. Una vez llegó el personal de policía judicial a realizar la tarea de campo, se encontró más material de guerra en los cuerpos de los atacantes.

(...)

El material total resultado del enfrentamiento es el que a continuación se menciona:

04 MUERTOS EN COMBATE
01 SUBAMETRALLADORA INGRAND 9mm (sin número)
03 GRANADAS DE GUERRA IM 26
01 SEGURO DE GRANADA IM 26 ACCIONADA
01 REVOLVER CAL. 38mm LLAMA CASSIDY N° IM1609K NIQUELADO
02 ESCOPETAS CAL- 16mm (sin número)
01 MOTOCICLETA YAMAHA RX 115 COLOR ROJO, PLACAS FXY37, CHASIS 9FK5JU11B41320375³⁹

3. Igualmente, obra en el proceso el Informe de Patrullaje del Tercer Destacamento; orden de operaciones “Mineral” de fecha 12 de julio de 2008, misión táctica “Jaguar 2”, al mando del TE Ramírez Gómez Felipe Andrés, quien consigna:

(...) se ubica la unidad en un punto determinado de la vía y se escucha aproximarse unas motocicletas, se percibe que son detenidas y apagadas en la vía principal y se logra identificar que las personas se acercan con las motocicletas apegadas (sic), dos motos, una es arrastrada por un sujeto, acompañado por otro muy de cerca, otros dos un poco más atrás, y un quinto individuo retirado de los primeros; se procede a interceptar a los sujetos anunciando que “SOMOS TROPAS DEL EJÉRCITO NACIONAL”, los sujetos reaccionan, el que lleva la primera moto, la suelta y abre fuego a ráfaga con un arma automática contra la unidad, obligando a tomar cubierta y protección y repeler el fuego de los sujetos, los cuales, en su ataque a la tropa, lanzan una granada de fragmentación que no logra alcanzar a los miembros de la unidad, pero que las esquirlas o fragmentos quedan en el sitio de los hechos y el seguro y la palanca de la espoleta quedan al lado del cuerpo que se presume fue el que la accionó; se mantiene el contacto por unos pocos minutos ya que nos encontrábamos muy cerca entre nosotros y los sujetos se lograron neutralizar en forma rápida, logrando que ningún miembro de la unidad saliera lastimado por la acción enemiga, el sujeto que arrastraba la segunda motocicleta retrocedió y emprendió la fuga aprovechando el ataque de sus compañeros a la tropa que concentró su atención al sector de donde provenía el ataque inicial, se inició la persecución del sujeto infructuosamente debido a que aprovechó el vehículo que arrastraba, se verificó el personal y el material y se precedió (sic) a verificar con el enfermero el estado de salud de los atacantes informando su posible deceso, se protegió el lugar de los hechos y se llamó a presencia el personal de policía judicial para que tomaran contacto con las autoridades correspondientes de forma inmediata y se precediera (sic) con la inspección del lugar de los hechos, una vez llegó el personal de policía judicial a realizar la

³⁹ Ver folio 1 Cuaderno de pruebas 4

tarea de campo, se encontró más material de guerra en poder de los subversivos. (...).

En este mismo documento, se señalan los aspectos a mejorar:

No hubo disciplina de fuego

La ubicación de las unidades no fue la más apropiada, pudo haber un accidente por el fuego cruzado.⁴⁰

4. Oficio No. 225/MDN-CGFM-CE-DIV5-BR9-AFEUR11-REGINT-1.9 del 08 de septiembre de 2011 en el cual se informa el nombre de los integrantes de la patrulla que participó de la operación militar donde resultó muerto el señor Osmidio Flor Ortiz.⁴¹

5. Oficio OFI14-40057 MDN-SGDAL-GNG del 14 de junio de 2014, adjunto al cual se allega copia de la Directiva No. 29 del 17 de noviembre de 2005.⁴²

6. Oficio No. 20143100392093: MDN-CGFM-CE-JEM-JEOPE-DIROP-EST del 1 de mayo de 2014, que contiene informe de muertos en desarrollo de operaciones militares durante las vigencias 2007, 2008 y 2009.⁴³

7. Prueba traslada de la investigación disciplinaria.⁴⁴

8. Auto de archivo del proceso disciplinario, proferido el 30 de enero de 2009.⁴⁵

9. Prueba trasladada del proceso penal que adelanta la Fiscalía General de la Nación, con ocasión de la muerte del señor Osmidio Flor Ortiz.⁴⁶

10. Registro Civil de Defunción serial No. 03964326, expedido por la Oficina de Registro de Timaná, Huila, por medio del cual se deja constancia de la muerte de Osmidio Flor Ortiz el día 12 de julio de 2008, expedido el 2 de febrero de 2009.⁴⁷

11. Registro Civil de Nacimiento No. 12504062 expedido por la Oficina de Registro de Cajibío, Cauca, por medio del cual se deja constancia de la fecha de nacimiento de Osmidio Flor Ortiz, el 31 de octubre de 1979 y del parentesco del mismo con la demandante, María Fanny Ortiz Astaiza.⁴⁸

12. Registro Civil de Nacimiento de Estefana Martínez Cuellar, Leidy Fernanda Flor Martínez, Diana Milena Flor Martínez, Mayra Alejandra Flor Martínez, Seferino Flor Ortiz y Nelson Flor Ortiz.⁴⁹

13. Protocolo de Necropsia No. 008T realizado el 13 de julio de 2008, de Osmidio Flor Ortiz⁵⁰, donde se describen las siguientes situaciones:

“Opinión Pericial

⁴⁰ Folios 13-14 del cuaderno de pruebas No.04

⁴¹ Fl. 131 C principal 1

⁴² Fls. 332-340 C. principal 2

⁴³ Fl. 324 C. principal 2

⁴⁴ fl. 1-116 C. de pruebas No.4.

⁴⁵ Fls. 77-88 C principal 1 y 99-110 C. de pruebas No. 4

⁴⁶ Cuadernos de pruebas 1, 2 y 3

⁴⁷ Ver folio 6 de cuaderno principal 1.

⁴⁸ Folio 5 del cuaderno principal 1.

⁴⁹ Ver folios 7 al 12 del cuaderno principal 1.

⁵⁰ Ver folio 29-31 del C. de Pruebas No. 2

(...) El hallazgo de lesión de arco aórtico, taponamiento cardíaco, contusión pulmonar apical derecha con hemotórax asociado, el antecedente del mecanismo de los hechos, sugieren herida por proyectil de arma de fuego que llevó a taponamiento cardíaco, hemotórax, hemorragia por lesión aórtica con shock hipovolémico secundario, que llevó a falla ventilatoria y muerte.

Examen Externo

- A. **Descripción general del cadáver:** Sobre mesa metálica se recibe el cadáver completo, fresco, semidesnudo de un adulto de 29 años de edad, con lesiones al parecer producidos por arma de fuego en tórax. (...)
- E. **Cuello, Tórax, Axilas y Abdomen:** **Cuello:** simétrico con edema asociado. **Axilas:** con vello, sin lesiones. **Tórax:** simétrico. Cara anterior: Herida de 0.5cm sobre la línea media anterior y a 32cm de la línea media sagital, localizado en región intraclavicular anterior, trayectoria antero posterior. **Abdomen:** Distendido. **Dorso:** Livideces en zonas de declive. Herida de 3 x 2.5cm en región escapular derecha a 13cm de línea media y 41cm de la línea sagital, irregular sugestivo de orificio de salida. **Abdomen:** Globoso, no heridas. **Glúteos:** Livideces. (...)

Examen Interno

(...)

L. **Sistema Osteomuscular:** No fractura de huesos largos de extremidades, no fracturas costales. Herida en tercio superior del esternón, **Columna vertebral:** No lesiones.

M. **Cavidad torácica:** Ubicación y distribución usual de las vísceras torácicas, espacio pleural bilateral con hemotórax, herida irregular de 3 x 3cm en 4 espacio intercostal posterior.

Sistema respiratorio: Laringe y tráquea, sin elementos extraños en su luz. Múltiples contusiones hemorrágicas irregulares en lóbulo superior de pulmón derecho. Antracosis generalizada. La lobulación de ambos pulmones es adecuada. La vasculatura pulmonar no presenta alteraciones. (...)"

14. Oficio DAS.SHUI.GOPE-648986-1 del 5 de septiembre de 2008, mediante el cual se informa que el señor Osmidio Flor Ortiz no registra antecedentes judiciales.⁵¹

15. Copia del bosquejo topográfico FPJ-16, donde se especifican las medidas de las evidencias desde cada uno de los occisos⁵².

16. Investigador de campo FPJ-11 de fecha 14 de julio de 2008, mediante el cual se realiza la documentación fotográfica e inspección al lugar de los hechos donde fue hallado el cadáver de Osmidio Flor Ortiz⁵³.

17. Copia del Investigador de laboratorio No. 413868 del 12 de agosto de 2008 – análisis residuos de disparo en mano, documento del cual se destaca que el análisis realizado al

⁵¹ Fl. 64 C. pruebas No. 2

⁵² Fls. 69-71 C. pruebas No. 3

⁵³ Fls. 72-80 C. pruebas No. 3

occiso Osmidio Flor Ortiz arroja como conclusión “INCOMPATIBLE CON RESIDUOS DE DISPARO EN MANO”.⁵⁴

18. Copia del Acta No. 076, formato de inspección técnica a cadáver de quien en vida respondía al nombre de Osmidio Flor Ortiz.⁵⁵

19. Informe Investigador de Laboratorio FPJ-13 de fecha 06 de enero de 2009, en el cual se consignan las características técnicas, números de identificación y estado de funcionamiento de las armas objeto de estudio.⁵⁶

20. Informe de inteligencia No. 0309/DIV5-BR9-RIME5-INT1-252 del 11 de julio de 2008, en el cual se hace alusión a la presencia de 05 terroristas integrantes de la Compañía Yesid Ortiz de la ONT FARC, quienes hacen presencia en la zona rural del municipio de Timaná, Huila.⁵⁷

En relación con el operativo militar realizado el 12 de julio de 2008, obran las declaraciones de los militares que participaron del operativo en el cual resultó asesinado el señor Omidio Flor Ortiz. Al respecto, señalaron que una vez la unidad dijo la proclama de Ejército Nacional los presuntos delincuentes abrieron fuego contra ellos con un arma automática, una granada de fragmentación y fuego de otras armas, por lo que inmediatamente reaccionan en legítima defensa, dando de baja a cuatro (4) sujetos.

Diligencia de ratificación y ampliación que rinde el señor Teniente Ramírez Gómez Felipe (fls. 40-42 C. Pruebas No. 4)

Diligencia de declaración que rinde el soldado profesional Leonardo Medina González (fls. 43-45 C. pruebas No. 4 y 449-450 C. Principal 2)

Diligencia de declaración que rinde el Cabo Segundo Gutiérrez Campos Javier Andrés (fls. 46-48 C. pruebas No. 4)

Diligencia de declaración que rinde el soldado profesional Trujillo Collazos William Fernando (fls. 49-51 C. pruebas No. 4)

Diligencia de declaración que rinde el Cabo Primero Portela Perdomo Fabián (fls. 52-54 C. pruebas No. 4)

Diligencia de declaración que rinde el soldado profesional José Libardo Moreno Cortes (fls. 62-64 C. pruebas No. 4)

Diligencia de declaración que rinde el soldado profesional James Horacio Garnica Muñoz (fls. 65-67 C. pruebas No. 4)

Diligencia de declaración que rinde el soldado profesional Vélez Montoya Mauricio (fls. 68-70 C. pruebas No. 4)

Entrevista realizada por la Fiscalía General de la Nación al soldado profesional Trujillo Collazos William Fernando (fls. 18-19 C. pruebas No. 3)

Entrevista realizada por la Fiscalía General de la Nación al señor Teniente Ramírez Gómez Felipe (fls. 49-50 C. Pruebas No. 3)

Entrevista realizada por la Fiscalía General de la Nación al soldado profesional Leonardo Medina González (fls. 51-52 C. pruebas No. 3)

⁵⁴ Fls. 127-130 C. Pruebas No. 3

⁵⁵ fl. 6-10 C. pruebas No. 2

⁵⁶ Fls. 30-41 C. Pruebas No. 1

⁵⁷ Fls. 50-51 C. pruebas No. 2

De igual manera, la Fiscalía General de la Nación recaudó la declaración de las siguientes personas:

María Fanny Ortiz Astaiza, madre de Osmidio Flor Ortiz, quien manifestó que para la fecha de los hechos se encontraba en la finca La Floresta del municipio de Cajibío Cauca, cuando su hijo Nelson Flor Ortiz, hacia las diez de la mañana, le dijo que se fuera para Pitalito que había muerto Osmidio. Indicó que días después del funeral, en la ciudad de Pitalito sus hijos le contaron que había llegado alguien conocido de Osmidio y lo convidó para Timaná, Osmidio le dijo a los hermanos que él se iba para allá, pero no les dijo nada respecto de los motivos que tenía para ese viaje, eran como las doce del día.

Respecto de los amigos de Osmidio, la declarante señaló que no conocía muchos, que él era un muchacho que le gustaba el trabajo del campo, vivía con su hermano Nelson y que no se metía con nadie; que incluso estaba enfermo, pero aún así trabajaba para cumplir con sus obligaciones para con su esposa y las tres niñas que tenía con ella.⁵⁸

Estefana Martínez Cuellar, compañera de Osmidio Flor Ortiz, quien indicó que vivía con su compañero Osmidio Flor Ortiz en el barrio Porvenir de Pitalito; que en la misma casa vivía su cuñado Nelson Flor Ortiz. Que el día de los hechos Osmidio Flor Ortiz estuvo en horas de la mañana en su casa, pues no trabajaba por ser sábado. Que a eso de las 16:00 horas llegó un sujeto en una motocicleta color rojo con negro, nunca antes lo había visto pero lo describe con tez trigueña, brakets, sin barba ni bigote. Indica que al llegar a la casa le dijo a Osmidio que si iba a cargar un camión con maíz en Naranjal y descargarlo en Timaná, a lo que Osmidio aceptó inmediatamente y se lo llevó en la motocicleta, luego de lo cual no volvió a saber nada de su compañero, pues a las 21:30 empezó a marcarle a su celular pero no le contestaba y que al día siguiente, cuando le marcó nuevamente a eso de las 06:30 horas, le contestó una persona que se identificó como empleado de la funeraria.

La declarante agregó, que su esposo se dedicaba a trabajar en el campo como jornalero, a veces trabajaba como coterero en la galería. Aseguró que en sus casi nueve años de relación nunca tuvo problemas con la justicia, nunca estuvo preso, no le gustaba la bebida ni otro vicio, solo trabajaba para sostener a su familia. Aduce que él no se conocía con los otros occisos, que no pertenecía a grupos delincuenciales de ningún tipo, no sabía manejar armas, no las poseía ni prestó el servicio militar.⁵⁹

Nelson Flor Ortiz, hermano de Osmidio Flor Ortiz, manifiesta que su hermano estuvo con él todo el día, hasta como las cuatro de la tarde que llegaron unos cotereros de la galería y lo convidaron a descargar un camión en la galería de Pitalito, recuerda que el papá de uno de ellos se llama Ángel María Satiaca. Agregó que esa tarde su hermano le dijo que lo habían convidado a descargar un camión con maíz, que luego iban a hacer otra vuelta, le comentó que iban por una plata, como unos cuarenta

⁵⁸ Fls. 234-235 C. pruebas No. 3

⁵⁹ Fls. 237-238 C. Pruebas No. 3

millones, pero no le dijo más. Explica que estaban en la casa del cuñado de Nelson, que queda como a una cuadra de distancia de la casa donde vivía Osmidio, cuando llegó un hombre de unos dieciocho años, de nombre John, en una moto roja a convidarlo a la vuelta y Osmidio aceptó y de una vez se subió a la moto y se fueron en dirección de la galería, siendo ya como las cinco y media.

Agrega el declarante, que a Osmidio no le gustaba tomar trago ni cerveza, que no le gustaba salir ni cuando lo convidaban a un paseo, no tenía enemigos, no había tenido problemas con vecinos ni con nadie.⁶⁰

Ceferino Flor Ortiz, hermano de Osmidio Flor Ortiz, expresó que para la fecha de los hechos vivía con su hermano Osmidio, Nelson y Delio. Que ese día sábado salió de su casa a eso de las 14:00 horas hacia el centro de Pitalito, gallera “La central”, donde estuvo hasta las 4:00 horas del día siguiente (domingo 13 de julio). Que sobre las 8:00 horas del día domingo 13 de julio se enteró de la muerte de su hermano Osmidio, ya que estuvo llamándolo a su teléfono celular y le contestaron de la funeraria.

Sobre el comportamiento social y familiar de Osmidio, manifestó que su hermano se la pasaba era trabajando, no tenía vicios, no fumaba ni tomaba, era muy buen hermano y ni siquiera salía. Indicó que Osmidio no pertenecía a ningún grupo al margen de la ley, que no prestó el servicio militar y que no sabía manejar armas.⁶¹

Doris Muñoz Ruano, esposa de Angel María y madre de Jhon Wilmer y Franklin Eidelber, en entrevista realizada el 13 de julio de 2008, expresó que el 12 de julio de 2008 su esposo Angel María y sus dos hijos, Franklin Eidelber y Jhon Wilmer salieron a pie a eso de las seis de la tarde, diciendo que iban a trabajar y que volvían esa noche, pero que ella no les preguntó para donde. Señala que ellos se dedicaban a trabajar, tenían un descargue en la galería o si no salían a trabajar cogiendo café; que llamó a su hijo Franklin como a las siete de la noche, pero éste no contestó y que ni su esposo ni su otro hijo tenían celular. Explica que cuando volvió a llamar al día siguiente por la mañana, ya le contestó el señor de la funeraria, quien dijo que ellos estaban muertos por el ejército y que solo sabe que trabajaban, pero nada más, que no sabe la razón por la cual los mataron. Indicó que ellos sabían manejar moto, pero ninguno de ellos tenía pase ni moto y que tampoco sabe de moto que les prestaran, pues ellos no acostumbraban a andar en motos.⁶²

Posteriormente, en entrevista del 02 de marzo de 2010, la Sra. Muñoz Ruano señaló que el día de los hechos se encontraba en su casa con sus dos hijas y su nuera Luz Denny Gallardo Agaton; que a eso de las 17:40 horas llegó a su casa un sujeto de tez trigueña, unos 1.75 cms de estatura, ojos color negro, cabello corto como estilo militar, delgado, sin barba ni bigote, de unos 25 o 26 años de edad, vestía un pantalón jean azul y un buzo debajo del chaleco negro de la moto; que este sujeto llegó en su motocicleta color rojo parecida a la Cripton (Yamaha), al llegar preguntó

⁶⁰ Fls. 240-241 C. Pruebas No. 3

⁶¹ Fls. 243-244 C. Pruebas No. 3

⁶² Fls. 45-46 C. Pruebas No. 3

si estaba “Mocoa” (así llamaban a su esposo y a sus hijos), entonces salió el señor Angel María Satiaca y habló con él.

Agrega, que el sujeto dijo que de la galería lo habían mandado para allá, ya que él buscaba unos coteritos; esta persona le dijo que tenía un viaje de maíz que traía de Garzón y se le había quedado varado en Timaná y necesitaba transbordar la carga; luego de hablar Angel María con su esposa, se fue en compañía de sus dos hijos a eso de las 6:00 de la tarde. De ahí se fueron a pie hasta la casa de Omar Antonio Muñoz Satiaca (sobrino de la entrevistada), Franklin iba con el sujeto en la motocicleta roja. Una vez en la casa de Omar, éste les prestó la moto para que fueran hasta Timaná. Sobre Osmidio Flor Ortiz, indica no tener información, pues no lo conocía.

Afirma que la esposa se Franklin lo llamó a las 8:00, 8:30 y 9:00 de la noche, pero el celular estaba apagado. A las 7:00 de la mañana también le timbró con resultado negativo y que a las 7:30 u 8:00 de la mañana llegó el vehículo de la funeraria a su casa y le dieron la noticia de lo ocurrido.⁶³

Por su parte, la señora Luz Denny Gallardo Agaton, compañera del señor Franklin Satiaca Muñoz, manifestó a la fiscalía que el día de los hechos llamaba insistentemente a su compañero Franklin a su celular pero que éste no le contestaba; hasta cuando le informaron que se encontraba muerto junto con otros señores y que al preguntar sobre los hechos en la funeraria le dijeron que había sido el ejército. Explicó conocer a su compañero hacía aproximadamente seis años y que convivían hace cinco años y tenían un hijo de tres y se encontraba esperando su segundo hijo. Que desde que se fueron a vivir juntos y ella quedó embarazada, él trabajaba en la galería como coterito y en la noche como vigilante y le decían Mocoa. Afirmó que desde que vivían juntos, su compañero nunca había estado detenido en una cárcel, nunca lo vio llegar armado y tampoco a su hermano Jhon Wilmer.⁶⁴

Deimar Alexander Muñoz Satiaca, propietario de la motocicleta en la que presuntamente se desplazaban Omidio Flor Ortiz y las otras personas, expresa que el día 13 de julio de 2008, siendo las 06:30 horas se fue a reclamar la motocicleta que el día anterior le había prestado a su tío Ángel María Petebic Satiaca y le informaron que su tío había muerto junto con sus dos hijos, Franklin y Jhon Idelber. Explicó que su tío le pidió prestada la mencionada motocicleta para ir a cargar y descargar un vehículo camión de maíz en el municipio de Timaná y que apenas regresara le entregaba la motocicleta; que le dijo que iba junto con sus dos hijos y otro coterito y la otra persona que les fue a ofrecer el trabajo, que iba en una moto sin placa y que era la primera vez que lo veía. Explica que su tío y sus dos primos se desempeñaban como coteritos en la galería y que Franklin también era celador los días sábados en la galería municipal; que su tío algunas veces manejaba un camión de estacas de propiedad del señor Pedro.

Afirma que, hasta donde tiene conocimiento, su tío no tiene antecedentes penales, siempre se ha desempeñado como coterito, pues fue desplazado por la guerrilla en la Hormiga, Putumayo, y aunque a veces recolectaba café, donde más tiempo permanecía era en la galería y, al igual que a sus primos, nunca les observó un arma

⁶³ Fls. 246-247 C. Pruebas No. 3

⁶⁴ Fls. -56-57 C. Pruebas No. 3

de fuego. Respecto de la motocicleta que fue encontrada en el lugar de los hechos, refiere que es de su propiedad, pues él se la compró al señor Oscar Andrés Plazas por un valor de \$3.000.000, dinero que recibió por una herencia que le había dejado su madre. De la persona que invitó a su tío y a sus primos para que fueran a cargar y descargar, afirmó que era la primera vez que lo veía, que era de contextura delgada, alto, pelo lizo recién cortado y tenía Brackets con caucho de color rojo.⁶⁵

También se escuchó en entrevista al señor Juan de Dios Chambo Hernández, quien indicó que el día de los hechos se encontraba en la finca Las Lajas de la vereda Cicana, en compañía de su compañera y su hijo Juan David. Que a eso de las 10:00 de la noche escuchó un disparo que parecía de arma corta, lo identifica por haber prestado el servicio militar; que luego de unos cinco minutos escuchó más disparos, entre ellos, escuchó ráfagas de fusil y luego una explosión, luego de esto se escucharon unos pocos disparos de fusil, todo lo cual duró aproximadamente unos 15 minutos.

Agrega, además, que en ningún momento escuchó voces de ninguna persona, ni gritos, tan solo disparos y que en la tarde no observó personas rondando por ese sector, ni vehículos ni motocicletas transitar por la carretera. Hace claridad que desde su casa hasta el sitio de los hechos hay aproximadamente 300 metros. Agrega que por ese sector era normal que delincuentes realizaran atracos en la vía, que hace poco se habían hurtado un vehículo de servicio público, aprovechando que la carretera era muy sola en las noches. También manifiesta que para ese año no hubo presencia del ejército en la zona y que tampoco escuchó sobre casos de extorsión.⁶⁶

Finalmente, se obtuvo la declaración del señor Gustavo López Sarmiento, quien afirmó que el día de los hechos se encontraba durmiendo, no supo la hora porque no la observó, pero que escuchó disparos de arma de fuego y una explosión y que esto demoró entre quince y veinte minutos. Expresó que no se percató que hubiera personal militar o personas sospechosas en el lugar y que su vivienda queda a unos treinta metros de la carretera principal que de Neiva conduce a Pitalito; que escuchó vehículos como es frecuente, pero hacia la vereda Naranjal no sabe.⁶⁷

Adicionalmente, en el curso del presente trámite, se recaudaron las declaraciones de las siguientes personas:

Doris Muñoz Ruano, quien informó que al señor Osmidio Flor apenas lo había visto en dos oportunidades en el barrio Porvenir y que después lo vio nuevamente cuando murió junto con sus hijos, Franklin Eidelber Satiaca Muñoz y Jhon Wilmer Satiaca Muñoz y su esposo Angel María Petevi Satiaca. Que ellos murieron junto con don Osmidio en la vereda el Naranjal. Explica que los hechos ocurrieron un día sábado en la noche, el 12 de junio de 2008; que una persona desconocida los llevó engañados a las seis de la tarde y cuando llegaron las nueve de la noche los llamó al celular y lo tenían apagado y aunque insistió no le contestaron, por lo que cree

⁶⁵ Fls. 58-59 C- Pruebas No. 3

⁶⁶ Fls. 250-251 C. Pruebas No. 3

⁶⁷ Fls. 252-253 C. pruebas No. 3

que ya estaban muertos; que al otro día ya le llegó la razón de si distinguía a los occisos y es cuando le dicen que están en Timaná.

Sobre Osmidio Flor Ortiz, indicó que le parecía que a lo único que se dedicaba era a trabajar, pues siempre lo veía trabajando en agricultura, cogiendo café, en lo que le saliera y que no conocía a su familia, que solo los distinguió cuando pasó ese caso. Afirma que la noticia de la muerte de sus hijos, esposo y de Osmidio salió por el periódico El Diario del Huila, donde se decía que habían dado de baja a cuatro guerrilleros y ellos no eran guerrilleros, no pertenecían a ningún grupo al margen de la ley, no habían tenido problemas con la autoridad, no tenían armas ni nada y les habían colocado armas, y que ellos lo único que llevaban era la navaja que mantenían para cortar cabuya.⁶⁸

Estefana Martínez Cuellar, esposa de Osmidio Flor Ortiz y demandante en este asunto, quien manifiesta que convivió con Osmidio más o menos desde el noventa y nueve y tuvieron tres hijas, Leidy Fernanda, Diana Milena y Maira Alejandra de 11, 8 y 3 años y medio, respectivamente. Afirma que un sábado como a las cuatro de la tarde llegó un señor en moto y le dijo que fueran a cargar un camión de maíz para Naranjal y lo descargaban en Timaná, por lo que él aceptó y se montó en la moto y salió; que esa persona era desconocida y él se fue y no volvió más; que al ver que no regresó en la noche, al otro día ella madrugó a llamar y no le contestaban, hasta que le contestaron de la funeraria y le dijeron que Osmidio estaba muerto, que era el ejército el que lo había matado y entonces, el hermano de Osmidio, Nelson, hizo vueltas para que se lo entregaran y lo trajeron a una funeraria de Pitalito.

Agrega la declarante, que Osmidio Flor Ortiz se dedicaba a trabajos en el campo y también, de vez en cuando, de coterero en la galería y que devengaba en promedio cien mil pesos semanales, cuando estaba bueno, cuando no, un poco menos. Afirma que convivían con las tres niñas y cuando pasó el incidente, con un hermano de él, Nelson Flor. Explica que la muerte de Osmidio Flor Ortiz les causó perjuicios, porque era el que trabajaba para todos, para pagar el arriendo, la comida, los gastos todos de la casa; moralmente, decían que yo no iba a sobrevivir a esa muerte, las niñas, más en lo moral que en lo económico, porque el sufrimiento fue muy grande.

Así mismo, expresa que durante todo el tiempo que convivió con él, Osmidio Flor Ortiz nunca portó armas de fuego, no sabía usarlas ni tenía, no prestó el servicio militar ni tuvo inconvenientes con la justicia. Que la noticia de su muerte y la de la familia Satiaca se promulgó por la radio y por la televisión RCN y Caracol, donde se decía que los habían matado por guerrilleros, lo cual era falso porque ellos eran trabajadores y los sacaron de las casas con engaños, que era para cargar y descargar un camión. Indica que su compañero era de temperamento muy noble, muy callado, no era agresivo y no tenía problemas con absolutamente nadie; que trabajaba cerca al pueblo, entonces en las noches llegaba a la casa y cuando trabajaba en el campo se quedaba la semana y bajaba el fin de semana, salían a merchar juntos, sino con las niñas y pasaba todo el fin de semana con las niñas; casi no se juntaba con amigos, menos con personas extrañas, permanecía solo. Explica que las otras personas que murieron con Osmidio eran papá e hijos y que su esposo

⁶⁸ Fls. 267-269 C. Principal No. 2

era más o menos conocido porque había veces que trabajaban en la misma finca, pero amigos no eran. Finalmente, expresa que Osmidio se fue en la moto de la persona que lo fue a sacar y solamente fueron ellos dos.⁶⁹

Luz Denny Gallardo Agaton, quien manifestó que fue un muchacho a la casa en el barrio Popular, donde doña Doris y la familia de los finados Franklin, Jhon Vilmer y Angel María, para que fueran a cargar un camión de maíz y ellos salieron y al otro día les llegó la noticia de que ellos estaban muertos. Señala que la persona que los fue a sacar fue solo, fue en moto e iban a ser como las seis de la tarde. Que a ellos fue un vecino el que les avisó que estaban muertos y que dicen que fue en el Naranjal del municipio de Timaná y que con ellos murió Osmidio Flor. Alega no saber si a ellos los encontraron con armas de fuego, que nunca les conoció que tuvieran armas de fuego y, además, que su compañero Franklin no prestó el servicio militar, pero que no sabe del señor Osmidio; que la noticia de sus muertes se difundió por el periódico, donde decía que eran guerrilleros y que cargaban armas.

Agrega la declarante que la persona que fue a contratar a su compañero, cuñado y suegro para ir a cargar maíz al Naranjal era delgadito, tenía corte militar, era jovencito, tenía entre 20 y 22 años y en ese entonces tenía Brackets, era trigueño y carfileño. Afirma no haber escuchado la conversación que sostuvo esta persona con su compañero Franklin, pero que cuando se iban a ir, su marido le dijo que iban a hacer un cargue de maíz al Naranjal. Señala que ellos se dedicaban a ser cotereros en la galería de Pitalito, iban a coger café y su marido, además, los sábados se desempeñaba de vigilante en la galería de Pitalito, él tenía 20 años.⁷⁰

El daño

En el presente caso, la Sala advierte que **el daño** alegado por la parte actora se encuentra plenamente acreditado con la muerte del señor Osmidio Flor Ortiz, ya que obran en el plenario su registro civil de defunción No. 03964326,⁷¹ donde consta que falleció el 12 de julio de 2008 en Timaná Huila; acta No. 076 de inspección técnica al cadáver,⁷² realizada por el Cuerpo Técnico de Investigaciones y protocolo de Necropsia No. 008T⁷³ practicado al cadáver en el cual se concluyó que la muerte fue causada por “herida por proyectil de arma de fuego que llevó a taponamiento cardíaco, hemotórax, hemorragia por lesión aórtica con shock hipovolémico secundario, que llevó a falla ventilatoria y muerte”. Aunado a lo anterior, se observa que el daño no se concreta en la afectación material que pueda representar para su

⁶⁹ Fls. 270-273 C. Principal No. 2

⁷⁰ Fls. 273-275 C. Principal No. 2

⁷¹ Ver folio 6 del cuaderno principal.

⁷² fl. 6-10 C. Pruebas No. 2

⁷³ Fls. 29-31 C. Pruebas No. 2

familia la muerte del señor Flor Ortiz, sino también en la afectación al buen nombre de las víctimas, ya que el finado, pese a ser miembro de la población civil fue estigmatizado y hecho pasar como un guerrillero en clara inobservancia al principio de distinción. Ahora bien, es importante resaltar que el daño en este caso comporta graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, esto es, infracción directa, principalmente, a la Convención Americana de Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al Tratado de Roma y al Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra y, en consecuencia, tendrá relevantes implicaciones en el juicio de imputación.

- De la imputación del daño.

La Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, sostiene que la sentencia proferida el veintisiete (27) de junio de 2017, por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Distrito Judicial de Neiva, debe ser revocada en tanto que la muerte del señor Osmidio Flor Ortiz, no fue producto del actuar doloso de la entidad, sino de un operativo militar que se organizó en virtud de información de inteligencia entregada, donde se hizo uso legítimo de la fuerza de ataque de soldados profesionales como respuesta a la acción armada del hoy occiso y sus acompañantes, lo cual constituye a su vista, una de las causales de exclusión de responsabilidad jurídica, culpa exclusiva de la víctima.

Sin embargo, luego de analizar la piezas procesales allegadas a la instancia, es claro para esta Corporación que el daño es antijurídico e imputable a la acción del Ejército Nacional a título de falla del servicio, y, que se encuentra probado que en el levantamiento en armas que segó la vida del señor Osmidio Flor Ortiz, no se observó el principio de distinción⁷⁴ pues al parecer fue asesinado de manera inermes y pretendiendo reportarlo como integrante de un grupo organizado al margen de la ley dado de baja en combate, cuando, por el contrario, lo que está acreditado es que era un campesino, miembro de la población civil que trabajaba como agricultor y, en algunas ocasiones, como coterero en la galería del pueblo, quien murió baleado

⁷⁴ Según el Comité Internacional de la Cruz Roja, intérprete autorizado de las normas sobre derecho internacional humanitario, “para los efectos del principio de distinción en un conflicto armado no internacional, todas las personas que no son miembros de las fuerzas armadas estatales o de los grupos armados organizados de una parte en conflicto son personas civiles y, por consiguiente, tienen derecho a protección contra los ataques indirectos, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. En un conflicto armado no internacional, los grupos armados organizados constituyen las fuerzas armadas de una parte no estatal en conflicto y están integrados solo por personas cuya función continua es participar directamente en las hostilidades (“función continua de combate”). Melzer, Nils (2010) *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*. Documento CICR, Ginebra.

en un simulado enfrentamiento armado dentro del marco de una ejecución extrajudicial o falso positivo.

Es por esta razón que su muerte, a todas luces comporta un daño consistente en la infracción al derecho humano a la vida, tutelado por el derecho internacional público, constitucional y administrativo, que la víctima directa y las víctimas indirectas no estaban en la obligación jurídica de soportar.⁷⁵ Y, por otro lado, la flagrante violación del Derecho Internacional Humanitario en lo que respecta a las normas que regulan el conflicto armado interno⁷⁶, pues resultó afectado un miembro de la población civil que no hacía parte de las hostilidades.

En efecto, del haz probatorio relacionado anteriormente se puede tener por acreditado lo siguiente:

j) La muerte del señor Osmidio Flor Ortiz fue producida por miembros del Ejército Nacional

De conformidad con el formato inspección técnica a cadáver, protocolo de necropsia de Osmidio Flor Ortiz, los múltiples informes de la entidad demandada, se tiene que la víctima falleció el 12 de julio de 2008, como consecuencia del impacto de proyectil de arma de fuego que llevó a taponamiento cardíaco, hemotórax, hemorragia por lesión aórtica con shock hipovolémico secundario que llevó a falla ventilatoria y muerte, en el marco de un supuesto combate.

En cuanto a los responsables y a las circunstancias que rodearon el hecho, se tienen las múltiples declaraciones de los uniformados que hicieron parte de la operación "MINERAL", misión táctica "JAGUAR 2", miembros del Tercer Destacamento de la Agrupación de Fuerzas Especiales No. 11 que fueron contestes en señalar que el día 12 de julio de 2008, en horas nocturnas, en la vereda Naranjal, vía cercana al municipio de Timaná, Huila, se presentó un cruce de disparos entre las unidades militares y unos "bandidos", resultando, como consecuencia de ello, muerto el señor Osmidio Flor Ortiz.⁷⁷

⁷⁵ 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)

⁷⁶ Artículo 3 Común a los convenios de Ginebra y el protocolo II adicional.

⁷⁷ Folios 449-450 C. principal 2; 18-19 y 49-52 C. pruebas No. 3; 40-54 y 62-70 del C. pruebas No. 04.

El 13 de julio de 2008, se realizó el levantamiento e inspección técnica del cadáver⁷⁸, diferentes entrevistas a los testigos de los hechos⁷⁹, documentación fotográfica e inspección al lugar de los hechos⁸⁰ y el protocolo de necropsia⁸¹ diligencias que fueron apoyadas por la entidad demandada, cuyos miembros afirmaron insistentemente que el señor Osmidio Flor Ortiz, fue una baja en combate, pues así fue reportado desde un inicio.

ii) Pese a que según las versiones de los militares existió combate o enfrentamiento contra miembros de grupos armados al margen de la ley en el marco de una operación militar, no se encuentra probado que el señor Osmidio Flor Ortiz fuera un miembro de un grupo organizado al margen de la ley.

Se encuentra probado que, con ocasión de la Orden de Operaciones “MINERAL” Misión Táctica “JAGUAR 2”, misión ordenada mediante ORDOP No. 225/MDN-EJC-DIP5BR9-AFEUR-S3 de fecha 12 de julio de 2008 y basada en el informe de inteligencia No. 0309/DIV5-BR9-RIME5-INT1-252 del 11 de julio de 2008, un grupo de efectivos, para la época de los hechos, del Tercer Destacamento de la Agrupación de Fuerzas Especiales No. 11, se moviliza hacia el área objetivo (vía que conduce a la vereda Naranjal) con el fin de realizar operación de control militar y neutralizar las acciones ilegales de milicias urbanas y rurales de la ONT FARC, grupos o cuadrillas guerrilleras de la fila de la ONT FARC, grupos de bandas emergentes, delincuencia común y organizada, bandas criminales al servicio del narcotráfico y demás grupos generadores de violencia.

La orden de operaciones se ejecutaría realizando misiones de control militar de área activo (patrullas, retenes, etc.), maniobras de neutralización (emboscadas, golpes de mano, etc.), desde la Novena Brigada hasta donde fuese requerida la unidad, para capturar en flagrancia o, en caso de resistencia armada, neutralizar su acción mediante el uso de la fuerza en legítima defensa.

De acuerdo con los informes visibles a folios 1, 13 y 14 del cuaderno de pruebas No. 4 del expediente, existe certeza de que el Tercer Destacamento de la Agrupación de Fuerzas Especiales No. 11, al mando del Teniente Felipe Andrés

⁷⁸ Fls. 6-10 C. pruebas No. 2

⁷⁹ Fls. 18-19 y 49-52 C. pruebas No. 3

⁸⁰ fl. 72-80 C. pruebas No. 3

⁸¹ Fls. 2-31 C. de pruebas No. 2.

Ramírez Gómez, a las 18:00 horas inicia movimientos hacia el área objetivo, llegando a la vía que conduce a la vereda Naranjal, donde se ubica la unidad luego de determinar que posiblemente la vía a emplear por los supuestos terroristas es la vía más cercana al municipio de Timaná Huila.

Igualmente, se encuentra acreditado que en el curso de la operación militar, en el Municipio de Timaná en la vereda Naranjal, el 12 de julio de 2008, en medio de la oscuridad de la noche, miembros de la unidad abrieron fuego contra la humanidad de cinco personas, segando la vida de cuatro de ellos, uno de los cuales fue identificado como Osmidio Flor Ortiz.

Según la versión del teniente a cargo y de los soldados profesionales que participaron en el hecho la noche del 12 de julio de 2008, una vez en el punto, se escuchó que se aproximaban unas motocicletas que luego fueron detenidas y apagadas, lográndose identificar que las personas se acercan con las motos apagadas. Una motocicleta es arrastrada por un sujeto, acompañado por otro muy de cerca, otros dos un poco más atrás y bastante retirado de los demás, una quinta persona, que arrastraba otra motocicleta. Se afirma que al interceptar a los citados individuos con la proclama “somos tropas del Ejército Nacional”, los sujetos reaccionan con fuego; el que lleva la primera moto, la suelta y dispara a la unidad a ráfaga con un arma automática, obligándolos a tomar protección y, de igual forma, a disparar contra los sujetos, que también lanzan una granada de fragmentación. Pese a lo anterior, cuatro de los sujetos fueron neutralizados de manera rápida, mientras el último logra huir utilizando la motocicleta que arrastraba. Ningún miembro de la unidad resultó herido.

Acompañan a las declaraciones testimoniales aportadas al sumario por el Teniente Ramírez Gómez Felipe (fls.40-42 C. pruebas 4 y 49-50 C. pruebas 3); los soldados Leonardo Medina González (fls. 43-45 C. pruebas 4; 449-450 C. principal 2 y 51-52 C. pruebas 3), Trujillo Collazos William Fernando (fls. 49-51 C. pruebas 4 y 18-19 C. pruebas 3), José Libardo Moreno Cortes (fls. 62-64 C. pruebas 4), James Horacio Garnica Muñoz (fls. 65-67 C. pruebas 4), Vélez Montoya Mauricio (fls. 68-70 C. pruebas 4), Cabo Segundo Gutiérrez Campo Javier Andrés (fls. 46-48 C. pruebas 4), Cabo Primero Portela Perdomo Fabián (fls. 52-54 C. pruebas 4); la prueba de absorción atómica realizada a los cuerpos de Osmidio Flor Ortiz y sus acompañantes, Jhon Uilmer Satiaca Muñoz, Franklin Eidelber Satiaga Muñoz y

Ángel María Petevi Satiaga, contenida en el Informe Investigador de laboratorio No. 413868 del 12 de agosto de 2008, en el cual se registraron los resultados del Análisis de Residuos de Disparo, que dio positivo para Jhon Uilmer Satiaga Muñoz y Ángel María Petevi Satiaga; el formato del bosquejo fotográfico, donde se especifican las medidas de las evidencias desde cada uno de los occisos; informe investigador de campo donde se realiza documentación fotográfica e inspección al lugar de los hechos donde fueron hallados los cadáveres de Osmidio Flor Ortiz y sus acompañantes, en el cual se dejó constancia que junto a los cadáveres fueron hallados una pistola Mini Ingrad calibre 9mm color negro, con su respectivo cargador y un cartucho del mismo calibre sin percutir; dos escopetas sin marca ni calibre, cada uno con un cartucho de fabricación artesanal; tres granadas de mano color verde; y un revólver calibre 38 largo marca Llama Casidy, niquelado con cachas ortopédicas; una vainilla de fusil – sub ametralladora con depresión en el fulminante; y una espoleta de granada de fragmentación IM-M26 y seguro de la granada⁸². Según informe de estudio técnico, mecánico y balístico realizado por la Unidad Básica de Investigación Criminal Pitalito – Grupo de Policía Científica y Criminalística de la Policía Nacional, las armas halladas, excepción hecha de una de las dos escopetas sin marca ni calibre, estaban en óptimas condiciones para la realización del disparo.

Sin embargo, al confrontar la versión aportada por el Ejército Nacional con el recaudo probatorio, son múltiples las inconsistencias presentadas entre las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se expone mediaron la muerte del señor Osmidio Flor Ortiz y los indicios arrojados por las pruebas allegadas, en tanto que la descripción fáctica otorgada por quienes participaron de la operación militar se advierte desvirtuada por las demás piezas procesales integradas a la instancia.

Al día siguiente de los hechos, fue entrevistado el soldado profesional William Fernando Trujillo Collazos, quien en relación con los hechos afirmó:

“El día de ayer (12-VII-2008) aproximadamente a las 18:00 salimos de la ciudad de Neiva con destino al municipio de Timaná salimos aproximadamente (15) hombres, sabíamos según la información que le dieron al teniente Ramírez era que por el sector de Timaná más exactamente en la vereda El Naranjal habían unos tipos que al parecer iban a extorsionar o a atracar en dicha vereda. Una vez ubicados en el sitio aproximadamente a las 21:00 o 21:30 horas el cruce a la entrada vereda El Naranjal cuando escuchamos que venían unas

⁸² Folios 69-80 Cuaderno de pruebas No. 3

motocicletas y se escuchaba hablar gente, entonces en el momento mi teniente Ramírez dio la orden que nos escondiéramos a la orilla de la carretera, entonces los manes llegaron y nosotros le dijimos la proclama del Ejército y esos manes nos respondieron con fuego y activaron una granada de mano y nosotros inmediatamente respondimos dando de baja a (4) sujetos que se desplazaban en motocicletas, la proclama fue a una distancia de (12) metros encontrados a la orilla de la carretera cuando pasaron respondiéndonos con fuego.”⁸³

Así mismo, fueron entrevistados el teniente Felipe Andrés Ramírez Gómez y el soldado profesional Leonardo Antonio Medina González, quienes expresaron, respectivamente, lo siguiente:

“(…) Se organizó la acción sorpresiva pocos minutos antes de la llegada del grupo y al momento de intentar dar captura los sujetos agreden a la tropa con armas de fuego y material de guerra altamente explosivo razón por la cual la tropa reacciona neutralizando a los posibles delincuentes, en la acción uno de los sujetos logra huir con una de las motocicletas la cual no alcanzó a donde se pretendía el personal evadiendo la acción, el enfrentamiento se presentó demasiado cerca a una distancia aproximada de los (3) a los (10) metros (...) esos sujetos llevaban empujadas las motocicletas del cruce de la vía vereda.”⁸⁴

“En el día de hoy se corrige ayer (12-VII-2008) aproximadamente a las 21:00 horas nos encontrábamos ubicados al lado de la carretera cruce a la vereda Naranjal municipio de Timaná – Huila, y al escuchar unas motocicletas mi jefe teniente Ramírez me dio la orden para que nos hiciéramos al lado de la carretera para verificar quienes eran las personas, y en el momento que les pedimos una requisa y que éramos del Ejército respondieron con fuego y nos lanzaron una granada de mano y como resultado de ese operativo se dio muerte a cuatro individuos dados de baja, el enfrentamiento fue a una distancia aproximada de (6) seis metros cuando nos identificamos que pertenecíamos al Ejército reaccionaron de una manera rápida con sus armas de fuego lográndose escapar una persona en una motocicleta (...).”⁸⁵

Si bien la narración de los hechos consignada en las referidas entrevistas concuerda con las declaraciones recibidas el 12 de agosto de 2008 al Teniente Ramírez Gómez Felipe Andrés⁸⁶, el 12 de septiembre de 2008 al soldado profesional Leonardo Medina González⁸⁷, el 16 de septiembre de 2008 al cabo segundo Gutiérrez Campos Javier⁸⁸, el 22 de septiembre de 2008 al soldado profesional Trujillo Collazos William Fernando⁸⁹, el 23 de septiembre de 2008 al cabo primero Portela Perdomo Fabián⁹⁰, el 4 de diciembre de 2008 al soldado profesional José Libardo

⁸³ Folios 18-19 del cuaderno de pruebas No.03

⁸⁴ Folios 49-50 del cuaderno de pruebas No. 3

⁸⁵ Folios 51-52 del cuaderno de pruebas No. 3

⁸⁶ Folios 40-42 del cuaderno de pruebas No. 4

⁸⁷ Folios 43-45 del cuaderno de pruebas No. 4

⁸⁸ Folios 46-48 del cuaderno de pruebas No. 4

⁸⁹ Folios 49-51 del cuaderno de pruebas No. 4

⁹⁰ Folios 52-54 del cuaderno de pruebas No. 4

Moreno Cortes⁹¹, el 09 de diciembre de 2008 al soldado profesional James Horacio Garnica Muñoz⁹² y el 10 de diciembre de 2008 al soldado profesional Vélez Montoya Mauricio⁹³ y con el informe de fecha 13 de julio de 2008⁹⁴ y el informe de patrullaje de la orden de operaciones “MINERAL”⁹⁵, presentados ambos por el Comandante de Destacamento, TE Ramírez Gómez Felipe Andrés, lo cierto es que en entrevista realizada al señor Juan de Dios Chambo Hernández, quien el día de los hechos se encontraba en compañía de su compañera y su hijo Juan Davis, en la finca Las Lajas de la vereda Cicana, a aproximadamente trescientos metros del lugar de los hechos, manifestó que a eso de las diez de la noche escuchó un disparo que parecía de arma corta y luego de cinco minutos escuchó más disparos, entre ellos ráfagas de fusil y luego una explosión, luego de lo cual se escucharon unos pocos disparos de fusil, todo lo cual duró aproximadamente unos quince minutos. Aclara el entrevistado que logra distinguir los sonidos que escuchó por haber prestado el servicio militar y que en ningún momento escuchó voces de ninguna persona, ni gritos, solo disparos.⁹⁶

Adicional a lo anterior, se tiene que, de conformidad con el bosquejo fotográfico realizado, donde se especifican las medidas de las evidencias desde cada uno de los occisos, y la documentación fotográfica e inspección al lugar de los hechos⁹⁷, el arma automática Mini Ingrad color negro (subametralladora 9mm) que pudo haber generado las ráfagas a que se hizo alusión en los informes y declaraciones, fue hallado cerca de la mano derecha del cuerpo sin vida de Osmidio Flor Ortiz, con un cartucho sin percutir, no obstante lo cual, realizado el análisis respectivo, se tiene como conclusión “incompatible con residuos de disparo en mano”.⁹⁸

En razón a lo anterior, para esta Corporación, resulta dudoso lo señalado por el teniente a cargo de la misión y demás efectivos que participaron del mismo en los documentos allegados como prueba a este estadio procesal, duda que se torna razonable, al verificar además, que en el lugar de los hechos solo fue encontrada una vainilla percutida tipo Fusil-Subametralladora, calibre 5.56X45mm, y que en el

⁹¹ Folios 62-64 del cuaderno de pruebas No. 4

⁹² Folios 65-67 del cuaderno de pruebas No. 4

⁹³ Folios 68-70 del cuaderno de pruebas No. 4

⁹⁴ Folio 1 del cuaderno de pruebas No. 4

⁹⁵ Folios 13-14 del cuaderno de pruebas No. 4

⁹⁶ Folios 250-251 del cuaderno de pruebas No. 3

⁹⁷ Folio 69-80 del cuaderno de pruebas No. 3

⁹⁸ Folios 127-130 del cuaderno de pruebas No. 3

estudio técnico, mecánico y balístico que se hiciera⁹⁹, se señala que la subametralladora se encontraba con un único cartucho en la recámara, sin munición en el proveedor que tiene capacidad para veintiocho (28) cartuchos calibre 9mm.

Para la Sala, sobrepasa los límites de la lógica y la sana crítica que cinco (5) personas vestidas de civil, antes que rendirse, dada la situación en la que se encontraban, decidieran enfrentarse al Ejército, pues se encontraban en una posición vulnerable y, aunque presuntamente armados, con muy poca munición.

Por todo lo anteriormente expuesto, el valor probatorio que esta Corporación debe darle a los descargos realizados por los miembros de la tropa, que afirmaron haber estado presentes al momento de los hechos, no es diferente al que se le daría a un grupo de individuos que se pone de acuerdo, para relatar un suceso que no es corroborado por la evidencia física, ni por las pruebas documentales arrojadas al plenario.

Si los hechos correspondieran al evento descrito por los uniformados, en el área delimitada, se hubieran recolectado las vainillas producto del enfrentamiento armado, sobre todo las provenientes de la subametralladora, teniendo en cuenta que debió ser la primera en ser accionada, pues se afirma que una vez la tropa se identificó los presuntos bandidos “abrieron fuego a ráfaga” y Osmidio Flor Ortiz, quien presuntamente portaba el arma, pues fue hallada cerca de su mano derecha, tendría residuos de disparo, lo cual no ocurrió.

iii) El señor Osmidio Flor Ortiz era agricultor y fue llevado con engaños al sitio de los hechos.

Al respecto, la Sala también encuentra probado que el señor Osmidio Flor Ortiz (occiso), hijo de María Fanny Ortiz Asatiza y Gilberto Flor (fallecido), hermano de Seferino Flor Ortiz y Nelson Flor Ortiz, compañero de la señora Estefana Martínez Cuellar y padre de Leidy Fernanda, Diana Milena y Mayra Alejandra Flor Martínez, se dedicaba a las labores del campo y algunas veces desempeñaba como cotoero.

⁹⁹ Folios 30-41 del cuaderno de pruebas No. 1

Que, en horas de la tarde del día 12 de julio de 2008, Osmidio Flor Ortiz salió con un hombre que manejaba una motocicleta roja, luego de aceptar ir a cargar un camión con maíz en Naranjal y descargarlo en Timaná.

Si bien obra en el proceso la declaración de Nelson Flor Ortiz, quien señala que su hermano le comentó *“que lo habían convidado a descargar un camión con maíz, que luego iban a hacer otra vuelta, le comentó que iban por una plata, como unos cuarenta millones”*¹⁰⁰, se demostró que en los mismos hechos también fueron asesinados Jhon Uilmer Satiaca Muñoz, Franklin Eidelber Satiaca Muñoz y Angel María Petevi Satiaca, quienes trabajaban como cotereros en la galería y también salieron de su casa con un joven que conducía una moto roja, por lo que ofrece mayor credibilidad la hipótesis planteada por la parte demandante, en la que se afirma que Osmidio Flor Ortiz y sus acompañantes, fueron conducidos con engaños a la vereda El Naranjal para ser puestos a disposición del ejército nacional y posteriormente ejecutados extrajudicialmente, máxime si se tiene en cuenta que, según las declaraciones obrantes en el informativo, ninguno poseía ni sabía utilizar armas de fuego.

Las anteriores consideraciones son suficientes elementos de juicio que dan certeza a la Sala, para afirmar sin temor a equívocos que el señor Osmidio Flor Ortiz, campesino sin antecedentes penales o judiciales de ninguna clase ni vínculos con grupos armados al margen de la ley, totalmente ajeno al conflicto armado, no murió en un intercambio de disparos luego de ser sorprendido con material bélico, sino que fue dado de baja en total estado de indefensión, por la escuadra militar que comandaba personalmente el Teniente Felipe Andrés Gómez Ramírez y los soldados regulares a su cargo, para posteriormente presentarlo como subversivo dado de baja en combate u “objetivos rentables.”¹⁰¹

Así pues, considera esta colegiatura que en el caso *sub examine*, el título de imputación de responsabilidad atribuible al Estado conforme a los hechos, en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, es el de **Falla en el servicio**, el cual se concreta por incumplimiento u omisión de deberes normativos por parte de la entidad demandada; y no el riesgo excepcional como se atribuyó en la providencia de primera instancia. El ejército Nacional, tenía la obligación de ejercer control sobre

¹⁰⁰ Folios 240-241 C. pruebas No. 3

¹⁰¹ Folios 1 y 13-14 C. pruebas No. 4

el comportamiento y actuar de su personal, todo ello, con el fin de evitar que los hombre e instrumentos a su cargo perviertan el servicio a ellos encomendado, como en efecto aconteció.

iv) Se hizo pasar al señor Osmidio Flor Ortiz como un subversivo dado de baja en combate por el Ejército Nacional.

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor Flor Ortiz fue privado de su derecho a la vida y, posteriormente, se pretendió que fuera reportado como un guerrillero dado de baja en combate, pues la escena del crimen fue manipulada por los militares en la medida que el civil ejecutado tenía un arma que nunca disparó.

De hecho, la parte demandada no desvirtuó la condición de civil del señor Osmidio Flor Ortiz, y menos acreditó que fuera miembro de un grupo organizado al margen de la ley, lo cual es imperativo a la luz de lo dispuesto en el Convenio de Ginebra y Protocolos Adicionales:

“77. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia que revisó la constitucionalidad del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, señaló:

(...) las partes en conflicto no pueden definir a su arbitrio quien es o no es combatiente, y por ende quien puede ser o no objetivo militar legítimo. En efecto, conforme a este artículo 4º, el cual debe ser interpretado en armonía con los artículos 50 y 43 del protocolo I, los combatientes son quienes participan directamente en las hostilidades, por ser miembros operativos de las fuerzas armadas o de un organismo armado incorporado a estas fuerzas armadas. Por ello este artículo 4º protege, como no combatientes, a "todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas". Además, como lo señala el artículo 50 del Protocolo I, en caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil. Ella no podrá ser entonces objetivo militar. Es más, el propio artículo 50 agrega que "la presencia entre la población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil". En efecto, tal y como lo señala el numeral 3º del artículo 13 del tratado bajo revisión (Protocolo II), las personas civiles sólo pierden esta calidad, y pueden ser entonces objetivo militar, únicamente "si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación ^[12] (subraya fuera de texto)

78. Así las cosas, como en el sub lite no se acreditó que la víctima participó directamente de las hostilidades ni que disparó un arma en el posible enfrentamiento (hechos probados, párrafo 55) el señor L.A.A.R. ostentaba, inexorablemente, la calidad de miembro de la población civil y, por ende, la protección del derecho internacional humanitario (ley specialis) y del derecho

internacional de los derechos humanos, en la medida que estos dos regímenes convergen para otorgar mayor protección a la persona humana^[13]. ”¹⁰²

Lo anterior, a todas luces, mancilló la honra y la dignidad de la persona fallecida y la de su familia, al hacerla pasar ante la comunidad, como delincuente, con lo cual se afecta su buen nombre y el derecho a la verdad de los hechos.

Al respecto, el Consejo de Estado señaló:

Al trato inhumano que algunos miembros de la fuerza pública le suelen dar a las personas que caen en sus manos se agrega un vicio reprochable que es el que se orienta a rendirle culto a LA MENTIRA. El delincuente no resulta ser el agresor, sino la víctima, a la cual se le presenta, en sociedad, post-mortem, como el peor delincuente, atentando así contra el patrimonio espiritual que el finado le ha dejado a su familia, a su esposa, a sus hijos. De la MENTIRA ha dicho el escritor JEAN FRANCOIS REVEL, que es la primera de todas las fuerzas que dirigen el mundo. Por ello se impone una tarea educativa que forme a los integrantes de la policía nacional en el culto a la verdad, pues sólo así será posible predicar que sus miembros PIENSAN BIEN Y ACTUAN BIEN.

*“Para casos con el temperamento del que se deja estudiado vienen bien las enseñanzas de BALMES: Ciertos hombres tienen el talento de ver mucho en todo; pero les cabe la desgracia de ver todo lo que no hay, nada de lo que hay’ (El Criterio). Quede, pues, en claro que LA MENTIRA no es vía amplia para lograr la exoneración de responsabilidad del Estado, sino semilla fructífera sobre la cual se consolida con más fuerza de convicción la falla del servicio o el daño antijurídico.” (Mayúsculas en original)*¹⁰³.

*“Es una lástima, y también una tragedia nacional, que ciertas autoridades No sé preocupen por rendirle culto a la verdad sino a la mentira, pues transitando por esta senda el país pierde confianza en sus instituciones. Las verdades a medias también perturban la recta administración de justicia, pues como lo recordaba Balmes, ellas se parecen a "...un espejo mal azogado, o colocado en tal disposición que, si bien nos muestra objetos reales, sin embargo, nos los ofrece demudados, alterando los tamaños y figuras". (El Criterio. Diferentes modos de conocer la verdad).*¹⁰⁴¹⁰⁵

iv) No puede sostenerse que su muerte se haya producido por legítima defensa, ni por razón de su propio hecho o “culpa”.

La entidad demandada ha sostenido a lo largo del trámite procesal de la presente acción que la muerte del señor Osmidio Flor Ortiz se produjo en el marco de un

¹⁰² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2021, expediente radicado No. 44001-23-31-000-2011-00080-01(55287).

¹⁰³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferida el 8 de mayo de 1994, expediente 9209.

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferida el 28 de mayo de 1992, expediente 6557.

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2021, expediente radicado No. 44001-23-31-000-2011-00080-01(55287).

combate por su propia culpa y que los militares obraron en el marco de legítima defensa.

Empero, advierte la Sala que el hecho de la víctima, como causa extraña y exclusiva, impone para quien la alega la prueba de que se trató de un acontecimiento que le era imprevisible e irresistible, pues de no ser así se revela respecto de la Administración, que es la que en este caso la aduce, una falla del servicio en el entendido de que, teniendo un deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso, pues, como lo advierte la doctrina, *“sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor”*¹⁰⁶.

Hace hincapié la Sala que del análisis conjunto de las pruebas obrantes en el proceso es posible afirmar que no existe medio de prueba que permita tener por demostrado que la muerte de la víctima a la que se viene haciendo referencia hubiere obedecido o hubiere sido determinada por razón de su propia y exclusiva culpa, tal como lo sostiene la parte demandada.

Acerca de la legítima defensa como causal de exoneración de responsabilidad extracontractual del Estado, el Consejo de Estado, tras reconocer su procedencia, ha sido rigurosa en resaltar que no puede constituirse en una explicación de última hora que encubra o legitime el abuso de la fuerza por parte de los agentes del Estado. Así lo ha precisado:

*... si bien es cierto que el Estado puede hacer uso legítimo de la fuerza y por lo tanto, recurrir a las armas para su defensa, esta potestad sólo puede ser utilizada como último recurso, luego de haber agotado todos los medios a su alcance que representen un menor daño. Lo contrario implicaría legitimar el restablecimiento del orden en desmedro de la vida y demás derechos fundamentales de las personas*¹⁰⁷.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que la procedencia de tal causal de exoneración debe ajustarse a los requisitos de **necesidad** y **proporcionalidad** de la respuesta frente a la agresión. El examen de la necesidad y proporcionalidad de la respuesta de los miembros de la Fuerza Pública debe someterse a un control más estricto que

¹⁰⁶ Luis Jossereand, Derecho Civil, Tomo II, Vol. I; Ed. Bosh y Cía., Buenos Aires, 1950, pág. 341.

¹⁰⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de julio de 2000, expediente: 12.788, actora: Ofelmina Medina Villa.

el que pudiera hacerse en el común de los casos. Efectivamente, los elementos que configuran la legítima defensa deben estar acreditados de manera indubitable, de modo tal que aparezca claro que el uso de las armas era el único medio posible para repeler en ese momento la agresión o que no existía otro medio o procedimiento viable para la defensa; que, además, la respuesta armada se dirija exclusivamente a repeler el peligro, y que no constituya una reacción indiscriminada, en tanto debe existir coherencia de la defensa con la misión que legal y constitucionalmente se ha encomendado a la Fuerza Pública.¹⁰⁸

El conjunto de las inconsistencias a que se ha hecho referencia en precedencia, respecto de las afirmaciones plasmadas en las declaraciones de los militares contrastadas con los referidos parámetros y con la ausencia de pruebas que determinen que la víctima haya sido parte de las hostilidades, impide que se pueda llegar a deducir razonablemente que el hoy occiso pertenecía a un grupo armado al margen de la ley ni que hubiera planeado, junto con otros individuos un ataque a la fuerza pública, desvirtuando la real configuración de la legítima defensa alegada por la demandada en el recurso de apelación.

De hecho, era a la entidad demandada a quien correspondía la carga de probar en los términos del Código General del Proceso, la existencia de la causal de exoneración que adujo al dar contestación a la demanda y que reforzó con la apelación, y ocurre que ninguna prueba tendiente a tal propósito se obtuvo en el curso del proceso. Luego, los cargos invocados en esta instancia carecen de vocación de prosperidad.

v) Finalmente, la operación militar donde resultó asesinado el civil Osmidio Flor Ortiz, no respetó el principio de distinción y, por ende, constituye una falla del servicio por violación al derecho internacional humanitario

En el presente caso la entidad demandada violó el principio de distinción contenido en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el artículo 4¹⁰⁹ del Protocolo II Adicional, ya que la operación militar se realizó en un lugar donde estaban fácilmente comprometidos bienes y vidas civiles y, pese a ello, no sé tomaron

¹⁰⁸ Radicación número: 05001-23-31-000-2011-00253-01(53030)

¹⁰⁹ Artículo 4. Garantías fundamentales. 1°. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancias, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes.

medidas para diferenciar y proteger las vidas de quienes no hacían parte de las hostilidades.

De hecho, uno de los pilares del derecho internacional humanitario es el principio de distinción, según el cual, las partes en conflicto deben diferenciar entre combatientes y no combatientes, puesto que estos últimos no pueden ser nunca un objetivo de la acción bélica. Según el Comité Internacional de la Cruz Roja, el principio de distinción informa que *“las partes en conflicto deben distinguir en todo momento entre la población y los combatientes. Los ataques deben ser dirigidos únicamente contra los combatientes y no contra la población civil. Se hará también distinción entre los bienes civiles y los objetivos militares. Los ataques no pueden ser dirigidos contra los bienes civiles”*

En el presente caso se encuentra probado que los militares dispararon sus armas indiscriminadamente contra un grupo de ciudadanos, pese a que en lugar de los hechos había población ajena las hostilidades, ya que se encuentra probado que a menos de 200 metros del lugar de los hechos residían lugareños protegidos por el DIH y, por lo tanto, merecían una acción cuidadosa de la vida y bienes de la población civil.

Luego, 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 Estado, máxime cuando a la luz del artículo 93 constitucional estas normas prevalecen en el orden interno y este límite se cruzó al establecer el objetivo de la misión táctica “Espada II”.

En consecuencia, se confirmará la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Nación- Ejército Nacional, por la muerte del señor Osmidio Flor Ortiz, ocurrida el 12 de julio de 2008, por las razones ya expuestas.

-De Los Perjuicios

Es motivo de inconformidad de la parte demandante el valor de la condena reconocida en el fallo de primera instancia, por concepto de perjuicios morales, por estimar que el fallador de primera instancia, al momento de establecer el valor a

reconocer, desconoció el precedente jurisprudencial compilado en la sentencia de unificación de la Sala plena de la sección tercera del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014, que establece como regla excepcional el aumento de la cuantía dentro de los límites dispuestos por tratarse de un caso de grave violación de derechos humanos, razón por la cual, solicita en esta instancia el reconocimiento y pago por concepto de perjuicios morales, en el equivalente a 300 SMLMV, para cada uno de los demandantes del primer nivel, y de 150 SMLMV, para cada uno de los demandantes de segundo nivel, considerando que estas están debidamente soportadas y justificadas en la jurisprudencia y en las pruebas.

Confrontada la tasación de los perjuicios extrapatrimoniales solicitados y reconocidos a los demandantes en primera instancia, con la jurisprudencia nacional que frente al tema se ha pronunciado, se observa acertado el monto correspondiente al reconocimiento de los perjuicios y coherente con el daño antijurídico probado que han soportado los demandantes, toda vez, que no son exorbitantes y se ajusta a los parámetros jurisprudenciales acotados por el H. Consejo de Estado.

Adicional a lo anterior, se tiene que con ocasión del auto del 26 de julio de 2010, mediante el cual se inadmitió la demanda presentada¹¹⁰, la parte demandante modificó sus pretensiones respecto del monto de los perjuicios morales solicitados, los cuales estimó equivalentes a 100 SMLMV para Estefana Martínez Cuellar, Leidy Fernanda Flor Martínez, Diana Milena Flor Martínez, Mayra Alejandra Flor Martínez y María Fanny Ortiz Astaiza, compañera, hijas y madre de Osmidio Flor Ortiz, y a 60 SMLMV para sus hermanos¹¹¹, montos que no podían superarse en razón del carácter rogado de la jurisdicción Contencioso Administrativa.

En conclusión, conforme a lo establecido en la parte motiva de esta sentencia, probada la falla del servicio imputada a la demandada por **la ejecución extrajudicial de Osmidio Flor Ortiz**, de acuerdo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, planteadas en el caso concreto y habiendo demostrado el deber de reparar a la demandante por los perjuicios morales y patrimoniales causados, entonces, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia proferida el veintisiete

¹¹⁰ Folios 37-38 C. principal No. 1

¹¹¹ Folios 39-49 C. principal No. 1

Expediente: 41-001-33-31-004-2010-00232-01
Demandante: Nelson Flor Ortiz y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa - Ejecución extrajudicial

SIGCMA

(27) de junio de 2017, por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, Huila.

COSTAS

La Sala se abstendrá de condenar en costas.

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,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia de fecha veintisiete (27) de junio de 2017, por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, Huila, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: No hay lugar a condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, se devolverá al Tribunal de origen para proceder al archivo del expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia que el anterior fallo fue discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.

JESÚS GUILLERMO GUERRERO

Magistrado



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

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

SIGCMA

NOEMÍ CARREÑO CORPUS
Magistrada

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA
Magistrado

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 41-001-33-31-004-2010-00232-01)

Firmado Por:

Jesus Guillermo Guerrero Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 001 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

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

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:

17910af728fc0e59cf3732efba1a63888ddbe0c21f5058ca44702e4498e0f036

Documento generado en 04/05/2022 07:02:31 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente
URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**