



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

SIGCMA

San Andrés Isla, veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022)

Sentencia No. 0079

Medio de Control	Reparación Directa
Radicado	41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante	Leidy Johana Joven y Otros
Demandado	Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional
Magistrado Ponente	José María Mow Herrera

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

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 30 de Julio de 2019, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones indicadas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a la parte actora.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase a la parte actora el remanente del depósito para gastos ordinarios del proceso, si lo hubiere, y archívese el proceso previo los registros de rigor.”

II.- ANTECEDENTES

La señora **Leydi Yohana Joven Salcedo** actuando en nombre propio y en representación de su hija menor **Katherine Lisset Marín Joven** por medio de apoderado judicial, instauró demanda de Reparación Directa en contra de la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**, con el objeto de que se acceda a las siguientes declaraciones:

“Primera: Que la NACION COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL, representado por el Ministro de Defensa Gr. FREDDY PADILLA DE LEON o, por quién haga sus veces en cada momento procesal, es Administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios de índole material, tanto en su manifestación de Daño Emergente como en su manifestación de Lucro Cesante, y Morales tanto objetivos como subjetivos, ocasionados a los demandantes, con la muerte del señor ALVARO MARIN SILVA, en hechos ocurridos el día 22 de Marzo del 2.007, en la vereda El Recreo, jurisdicción del municipio de Garzón - H.

Segunda: Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la NACION COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL, representado por el Ministro de Defensa Gr. FREDDY PADILLA DE LEON ó, por quién haga sus veces en cada momento procesal, a reconocer y a pagar a los aquí demandantes, las siguientes cantidades por concepto de los daños y perjuicios que con tal hecho se les ocasionaron:

1. PERJUICIOS MORALES

1.1 Los estimo en el equivalente en pesos a la fecha de la sentencia de 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de las siguientes personas: LEYDI YOHANA JOVEN SALCEDO y KATHERINE LISSET MARIN JOVEN, compañera e hija del señor ALVARO MARIN SILVA (q.e.p.d) respectivamente.

2. PERJUICIOS MATERIALES:

2.1. Daño Emergente: El que se probará dentro del proceso.

2.2. Lucro Cesante:

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Para el cálculo del Lucro Cesante, debe tenerse en cuenta los siguientes datos y criterios:

a)- Edad de la víctima al momento de los hechos 26 años, b)- Su vida probable es de 50.08 años, c)- Y sus ingresos de \$500.000,00, mensuales.

Para efectos de los cálculos matemáticos para establecer el valor de la indemnización, es necesario descontar un 25% que, según la tesis del Honorable Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia, es lo que normalmente gasta la persona en su sustento propio, quedando un 75% de los ingresos, para el sostenimiento de su compañera y su hijo, que dependían económicamente de él, y que por lo tanto son los directos perjudicados que le sobreviven, con lo que tendremos:

\$500.000,00 X 75% = \$375.000,00.

Esta es la parte de los ingresos que correspondía a los perjudicados demandantes, y la que se utilizará para efecto del cálculo de la indemnización futura.

Por ser tan recientes los hechos, no se actualiza los ingresos devengados por el señor ALVARO MARIN SILVA (q.e.p.d.), pero este deberá ser actualizado, en su debido momento procesal, cuando se efectúe la correspondiente liquidación de los perjuicios materiales.

De la suma de \$375.000, 00, corresponde el 50% a la Compañera Permanente de la víctima, señora LEYDI YOHANA JOVEN SALCEDO, es decir la suma de \$187.500,00, y el otro 50%, le corresponde a la única hija de la víctima, menor KATHERINE LISSET MARIN JOVEN, es decir la suma de \$187.500, 00.

- PERJUICIOS MATERIALES PARA LA SEÑORA

LEYDY YOHANA JOVEN SALCEDO..... \$60.000.000,00

- PERJUICIOS MATERIALES PARA LA MENOR

KATHERINE LISSET MARIN JOVEN..... \$20.000.000,00

TOTAL PERJUICIOS MATERIALES..... \$80.000.000,00

El total de los perjuicios materiales causados con la muerte del señor ALVARO MARIN SILVA (q.e.p.d.), se estima en la suma de \$80.000.000,00, según el presente experticio, el que se efectuó para poder estimar razonadamente la cuantía al presentar la demanda, sin embargo, las pretensiones son muy superiores a estas cantidades y su valor exacto, será determinado por el señor

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Juez, al liquidar los perjuicios en la oportunidad procesal correspondiente, o por los peritos que se designe para el efecto.

Tercera: *Respetuosamente solicito al señor Juez, ordene en forma expresa y en la parte resolutive de la sentencia, que la condena que se imponga debe cumplirse en las condiciones y términos establecidos en el Código Contencioso Administrativo y en la Ley 446 de 1.998, y que se reconozca intereses de mora a partir de la ejecutoria de la misma.*

Cuarta: *Condenar en Costas a la parte demandada.”*

- HECHOS

El demandante por intermedio de apoderado judicial, fundamenta su demanda en los hechos que a continuación se relatan:

Señala que el señor Álvaro Marín Silva, vivía junto a su compañera permanente Leydi Yohana Joven Salcedo, y su menor hija Katherine Lisset Marín Joven, en la vereda San Antonio del Pescado, donde se dedicaba a la agricultura y era conocido como persona de bien y colaboradora.

Indica, que el 22 de Marzo del 2007, siendo las 6:30PM, el señor Álvaro Silva, después de terminar su jornada laboral, se dirigió a su casa de habitación, en su motocicleta, por la carretera principal, encontrándose en el camino al señor Jair Hoyos Álzate, quién le pidió el favor que lo llevara hasta la casa del señor Fidel Antonio Novoa Beltrán, a donde llegaron aproximadamente a las 7:00 de la noche, y de donde salieron a los pocos minutos, una vez el señor Fidel Antonio Novoa Beltrán, le entregara la suma de \$20.000,00 al señor Jair Hoyos Álzate, momento desde el cual no se volvió a saber nada de su paradero, hasta el día 23 de Marzo del 2007, cuando el Ejército lo reportó como muerto en combate.

Agrega que el señor Marín Silva no portaba ningún arma, sin embargo, al momento de la muerte, le fue puesta por sus victimarios un arma de fuego a efectos de

legalizar la víctima, recalcando que la muerte fue causada por impactos de fusil de propiedad del Ejército Nacional, propinados por miembros de dicha entidad castrense, pertenecientes al Batallón de Infantería número 26 “Cacique Pigoanza” de Garzón (H), en total estado de indefensión, después de haber retenido y reducido a la impotencia.

Advierte, que el hoy fallecido era una persona de reconocida honorabilidad en la región, que nació el 18 de octubre de 1980, contando para la época de los hechos con 26 años de edad, quien sostuvo una convivencia material bajo unión marital de hecho con la demandante desde el 22 de marzo de 2007 y hasta el momento de su fallecimiento; dando nacimiento a la menor Katherine Marín Joven.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

- Constitucionales: artículos 2, 6, y 90.
- Legales: Código Civil artículos 2341, 2347, 2356 y concordantes; Código Contencioso Administrativo artículo 86.

- CONTESTACIÓN

Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

La apoderada judicial, recorrió el traslado de la demanda, manifestando que se opone a todas las declaraciones y condenas consecuenciales que se solicitan dentro de la demanda incoada, como quiera la demanda carece de apoyo en hechos reales y prueba suficiente que demuestre la responsabilidad de la entidad

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

demandada por la muerte del señor Alvaro Marín Silva en hechos ocurridos el 22 de marzo del año 2007.

Propuso como excepciones las determinadas i) culpa exclusiva de la víctima a razón de que a través de una investigación hecha por el Comando del Batallón de Infantería No. 26, se estableció que el 23 de marzo del 2007 en la vereda el Recreo del Municipio de Garzón, Huila, el personal militar sostuvo enfrentamiento armado con miembros de grupos armados al margen de la ley, obteniendo como resultado la muerte de dos sujetos y la incautación de material de guerra. ii) uso legítimo de las armas de fuego a razón de que el uso de las armas de fuego que hicieron los militares del Batallón Magdalena en el momento y lugar de los hechos, se constituyó como el único medio idóneo para repeler la agresión, grave e inminente, que había originado en su contra el señor Marín Silva y otros a través del accionar de armas de fuego en varias oportunidades. y iii) legítima defensa a razón de que el personal militar que participó en el desarrollo de los hechos actuó en cumplimiento de uno de los fines esenciales del estado y la misión encomendada a las Fuerzas Militares, consagradas como mandatos constitucionales en los artículos 2 y 217 de la carta magna.

Por otra parte, indica que dentro del plenario no existe prueba de los perjuicios causados a las demandantes, por tal motivo aduce que no le asiste a la demandada la obligación de indemnizar, por lo que se declare la inexistencia de los mismos dada la ausencia de prueba. Como también, que la carga de la prueba le corresponde a la parte actora, en donde debe demostrar cual fue la actividad o la omisión de aquella, que guarda nexo causal con el daño antijurídico y la razón misma de la imputación del daño que permita deslumbrar la responsabilidad de la entidad.

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

- SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Neiva, en sentencia del 30 de julio de 2019, negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Destaca, que no se encuentra acreditado tal como lo alega la parte actora, que la muerte del señor Álvaro Marín Silva no haya obedecido a una reacción de los miembros del Ejército Nacional a la agresión que aquel y otras personas efectuaron en su contra; sino por el contrario, lo que si se acredita es que a los cuerpos sin vida les fue hallado diverso material de guerra del que se hizo uso y si bien respecto de una de las granadas se reseñó que estaba oxidada, ello por sí solo no desvirtúa el ataque a los soldados con otro artefacto explosivo de esa categoría, lo que además correspondía a la parte actora probarlo y no ocurrió.

Agrega, que de las atestaciones rendidas por los soldados que participaron en la ocurrencia de los hechos, se avizora que el Sargento a cargo de la operación elevó voz de alto al observar a los sujetos, de quienes además se afirman eran más de dos, quienes huyeron, y que la respuesta de estos fue efectuar disparos y una detonación, lo que se corroboró con certeza al encontrar residuos de disparo en uno de los occisos, lo cual permite concluir que en la producción del hecho dañino el actuar del señor Álvaro Martín Silva fue determinante, exponiéndose al trágico desenlace

Igualmente, señala que en el caso concreto no es viable predicar el uso desmedido e irracional de las armas de dotación oficial como lo pretende demostrar la parte actora, pues todo lo contrario se ha demostrado con las pruebas del proceso, que los uniformados pretendieron repeler la agresión de que fueron objeto, razón por la cual estima el a quo que no se encuentra acreditada la falla del servicio.

Bajo estas consideraciones, negó las súplicas de la demanda.

- RECURSO DE APELACIÓN

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

En primer lugar, señala que el a quo violó el derecho fundamental al debido proceso, por no tener en cuenta los efectos jurídicos, en relación con la carga de la prueba, de la excepción culpa exclusiva de la víctima, pues invirtió dicha carga y por consiguiente la parte demandada debió demostrar los fundamentos de hecho, en que sustenta la excepción. Destaca también, que desconoció el artículo 211 del código general del proceso al sustentar el fallo y asimismo las pruebas técnicas, que acreditan en forma inequívoca que la muerte del hoy occiso, fue una ejecución sumaria o falso positivo.

Agrega, que la entidad demandada no demostró que la víctima portara armas, que la víctima hubiera disparado, ni que esta última haya atacado a los militares. Sino por el contrario, tal como lo ocurre en todos los falsos positivos, los militares homicidas en su afán de hacer aparecer la ejecución como un enfrentamiento, hacen cosas torpes, como poner el revolver en la mano del occiso y aparecerla empuñando, cuando una de las características de la muerte es que la mano se destiende y si la mano estuviera cerrada se abre, luego, el hecho de que el cadáver de Jair Hoyos apareciera empuñando un arma, lo que hace es demostrar en forma inequívoca que esa arma se la pusieron después de muerto, y se la acomodaron en la mano como si la estuviese empuñando. En ese sentido, aduce que se encuentra probado que el señor Álvaro Marín no disparó, porque la prueba de residuo de mano arrojó resultado *Negativo* para él y aunque el resultado de residuos de disparo, resultó positivo en las manos de Jair Hoyos, no es prueba suficiente para demostrar que disparó, ya que, la contaminación de residuos de disparo es sumamente fácil y pudieron ser sus propios victimarios quienes contaminaron sus manos.

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Advierte, que el Juez de primera instancia sustentó el fallo exclusivamente en las entrevistas, indagatorias y declaraciones de los militares que intervinieron en la investigación disciplinaria, investigación penal y los que participaron en la ocurrencia de los hechos en la que falleció el señor Álvaro Marín Silva, quienes obviamente rindieron testimonio en razón a defenderse y librarse de una sanción disciplinaria por falta gravísima. De lo actuado, indica que al a quo desconoció los artículos 211 y 220 del código general del proceso, lo cual determinan que el testimonio debe gozar de los requisitos de credibilidad e imparcialidad y que debe ser recepcionado bajo gravedad de juramento, características ausentes en las versiones libres, indagatorias y declaraciones rendidas por los militares.

Arguye, que por la forma en que fue asesinado el señor Álvaro Marín Silva, y el estado de indefensión en que ocurrió su muerte con violación de derechos humanos, y por tratarse de acciones sistemáticas, constituyen crímenes de lesa humanidad y por haberlos hecho pasar, además como guerrilleros, los aquí demandantes, sufrieron un enorme daño moral, que debe ser resarcido por lo menos con 300 S.M.L.M.V, para cada uno de los parientes demandantes del primer nivel, 150 SMLMV para cada uno de los del segundo nivel y 105 SMLMV para cada uno de los del tercer nivel

- ALEGACIONES

Dentro del término de traslado, las partes allegaron escrito de alegatos de conclusión.

Parte actora

El apoderado judicial manifiesta que el *a quo* incurrió en defecto factico, por errónea valoración de las pruebas, especialmente por darle el carácter de plena prueba a las versiones libres, indagatorias y declaraciones de los militares, que intervinieron

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

en el homicidio del señor Álvaro Marín Silva, declaraciones que constituyen un carrusel porque los militares declararon mutuamente en su favor, y con el propósito de evitar una sanción disciplinaria por falta gravísima y una larga condena por el homicidio en persona protegida, lo que le resta a su dicho toda credibilidad.

Refuta, que el fallo se base en lo dicho por los homicidas, y que el juzgador no tenga en cuenta el contexto histórico en que ocurrieron los hechos, pues para esa época todos los días morían civiles a manos del ejército, en los diferentes municipios de Huila, un día mataban en Garzón, otro día en Gigante, otro día en Pitalito, otro día en el Agrado y así sucesivamente, a quienes se le señalaba de ser delincuentes comunes o guerrilleros y de haber muerto en enfrentamientos.

Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional

El apoderado Judicial recalca que la parte actora no prueba las presuntas circunstancias esbozadas en la demanda, de modo, tiempo y lugar en que se produjo el conocido hecho. Agrega, que está acreditado que la muerte del hoy occiso se produjo como resultado de la reacción armada de personal militar que fue atacado injustamente por él y otros con fuego, cuando se encontraban desarrollando actividades delictivas y portaban diferente material de guerra. Lo que resulta evidente, que se produjo tal hecho por culpa exclusiva de la víctima.

- ACTUACIÓN PROCESAL

El 30 de julio de 2019, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Neiva, profirió sentencia.

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

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Mediante auto de fecha 18 de octubre de 2019, el Tribunal Administrativo del Huila, admitió el recurso de apelación, y mediante auto de fecha 12 de noviembre de 2019, corrió traslado a las partes por el término de 10 días para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para emitir concepto, oportunidad de la que no hicieron uso las partes.

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 No. 137 de fecha 30 de agosto de 2021, esta Corporación, avocó el conocimiento del presente proceso.¹

III. CONSIDERACIONES

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

- Competencia

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

¹ Ver folio 1037 Cdo No 4

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

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

- Caducidad

Según el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, aplicable para la época de los hechos, la acción de reparación directa caduca al cabo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa, ocurrida durante la actuación de miembros del Ejército Nacional el día 22 de marzo del año 2007 en la vereda alto recreo del municipio de Garzón – Huila.

En el sub examine, se demanda con el objeto de que se declare administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por los hechos que produjeron la muerte del señor Álvaro Marín Silva.

Sobre este punto, en el expediente está acreditado que el día 22 de marzo del año 2007, falleció el señor **Álvaro Marín Silva** por choque hipovolémico, secundario a herida de pulmón e hígado por lesiones de proyectil de arma de fuego, es así que el término de los dos (2) años se cuenta desde el 23 de marzo de 2007 hasta el 23 de marzo de 2009. Teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 08 de junio de 2009, en principio sería del caso declarar la caducidad de la presente acción por haber sido fuera de la oportunidad legal.

No obstante, la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado ha realizado analogía de la prescripción de la acción penal y la caducidad de la reparación directa, estableciendo que cuando se demanda la responsabilidad del Estado por daños antijurídicos producidos por actos de lesa humanidad, debe ser aplicado el

principio de derecho internacional público los cogens para concluir que de manera única y excepcional la caducidad del medio de control de reparación directa no opera.

Es así como el Consejo de Estado ha ponderado los intereses superiores que intervienen en los delitos de lesa humanidad sobre los argumentos de seguridad jurídica, aplicando el artículo 229 de la constitución política nacional; los artículos 1.1, 2 y 25 de la convención Americana de Derechos Humanos; el artículo 3 de los convenios de Ginebra de 1949 y en sus protocolos adicionales.

- Legitimación en la causa

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y el material.

La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, de modo que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño se encuentra legitimado en la causa por pasiva.

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

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

- **Legitimación en la causa de la parte demandante**

Con ocasión del daño que originó la presente acción de reparación directa, esto es, la muerte del señor Álvaro Marín Silva, LEYDI YOHANA JOVEN SALCEDO, quien actúa en nombre propio en su condición de compañera permanente del señor ALVARO MARIN SILVA (q.e.p.d.), y en representación de su hija menor KATHERINE LISSET MARIN JOVEN, quien es hija del señor ALVARO MARIN SILVA (q.e.p.d.), a través de apoderado judicial comparecieron a este proceso como demandantes, de modo que se encuentra acreditada su legitimación de hecho en la causa.

- **Legitimación en la causa de la demandada**

La parte actora formuló imputación en contra Nación-Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, de modo que se encuentra legitimado de hecho en la causa por pasiva, pues a esta se le imputa el daño antijurídico que la parte actora alega haber sufrido. En relación con la legitimación material, precisa la Sala que el tema no se analizará ab initio, sino cuando se estudie el fondo del asunto y resulte posible establecer si existió o no una participación efectiva de alguna de las demandadas en la acusación del daño que se alega y si ello resulta imputable como condición necesaria para que proceda la declaratoria de responsabilidad pretendida.

- **Problema Jurídico**

En los términos del recurso de apelación interpuesto, el problema jurídico en el caso sub lite se contrae a determinar primeramente, si se encuentran demostrados en el plenario los elementos de la responsabilidad del Estado y, especialmente, si las pruebas aportadas permiten afirmar que el Ejército Nacional produjo la muerte del señor **Álvaro Marín Silva**; o si por el contrario la responsabilidad está eximida por

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

el hecho de la víctima, quien presuntamente pertenecía a un grupo al margen de la Ley.

- TESIS

La Sala revocará la sentencia de primera instancia, por considerar que el *a quo* no realizó el estudio minucioso de las pruebas que obran en el expediente, incurriendo en un error fáctico. Luego del estudio de fondo, concluye la Sala que se presentó en este caso una ejecución extrajudicial por parte del Ejército.

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.

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

En cuanto al daño antijurídico, el H. Consejo de Estado² ha señalado que éste se define como *“La lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación.”*

A su vez en relación con la naturaleza del daño antijurídico, dicha Corporación³ 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 Estado⁴, 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

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 11 de noviembre de 1999. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11499 y del 27 de enero de 2000. C.P. Alier 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.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11601.

⁴ Consejo De Estado - Sala de Lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - SUBSECCION C - consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ - Bogotá D. C., veintidós (22) de octubre de dos mil doce (2012) - Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08790-01(24776) Actor: JOEL MACÍAS CATUCHE Y OTROS; Ddo: CAJANAL Y OTRO, Referencia: APELACION DE SENTENCIA. ACCION DE REPARACION DIRECTA.

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

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 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.⁵

⁵ 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)

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

En segundo lugar, si 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.⁶

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 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.⁷ 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

⁶ ibídem

⁷ Consejo De Estado, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia De 11 De Septiembre De 2013, Exp. 20601, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

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 constitucionalidad⁸-, de acuerdo con los cuales es obligación de los Estados impedir que se presenten situaciones de ejecuciones extrajudiciales⁹ y además fomentar las políticas que sean necesarias y conducentes para evitar ese tipo de prácticas. (...)

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

⁸ “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”.

⁹ “En el artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se hace la siguiente previsión: “1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por ley, nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. En el numeral 2º ibídem se dispone que, en los países donde exista la pena de muerte, “...sólo podrá imponerse en sentencia definitiva dictada por tribunal competente””.

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

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 internacionales¹⁰.” (subraya la sala)

Frente al 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.¹¹

De conformidad con el artículo 93¹² 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.¹³

En ese sentido, desde un punto de vista convencional, los miembros del Ejército Nacional¹⁴ deben respetar el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949,

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

11 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.

12 “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”.

13 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.

14 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)

que salvaguarda a las personas civiles que no participan de las hostilidades e impone a los actores beligerantes las siguientes obligaciones, así:

“1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.(...) A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; (...) d) las condenas dictadas y las 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 Ginebra¹⁵ y iii) dar trato humano a quienes no participan de manera directa de las hostilidades, brindar asistencia humanitaria y proteger a la población civil.¹⁶*

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 2000,¹⁷ identifica la

¹⁵ 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”.

¹⁶ Relatoría Consejo de Estado No. (32988)

¹⁷ 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

ejecución extrajudicial como delito de homicidio en persona protegida, adicionando en el párrafo las personas que se entienden como protegidas por el Derecho Internacional Humanitario y se configura cuando el servidor público, o particular que actúa por orden, complicidad, tolerancia o aceptación de este, en desarrollo del ejercicio de sus funciones mata a una persona, después de haberla dominado y se encuentra en estado de indefensión e inferioridad.

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

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.

"consideraciones elementales de humanidad", a las cuales se refirió la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 1949 sobre el estrecho de Corfú.

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

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,¹⁸ 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

¹⁸ 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”.

del Estado, también se encaminan a organizar un sistema normativo integral a partir del cual se deriva un reproche estatal.¹⁹

“Así pues, de lo anterior se puede concluir que el juez de daños como juez de convencionalidad en el ordenamiento interno²⁰, 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.”²¹ (subraya la sala)

Dicha tesis fue desarrollada precisamente con la entrada en vigencia del control de convencionalidad²² por el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa en la sentencia de unificación en el marco de las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzosas el cual compiló en cuatro capítulos concentrados que reúnen i) las obligaciones convencionales, constitucionales y legales a efectos de

¹⁹ UPRIMNY, Rodrigo, Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal, en: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Ayala-RodrigoUprimny-BloquedeConstitucionalidad.pdf>, consultado el 21 de julio del 2014.

²⁰ 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).

²¹ Consejo de Estado. Veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014) No. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988)

²² “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.

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

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.”

Así, por ejemplo, en decisión del 13 de marzo del 2013²³, 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

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de marzo del 2013, rad. 21359.

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

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

En sentencia del 11 de septiembre del 2013²⁴ 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

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 11 de septiembre del 2013, rad. 20601, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

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 2020²⁵, 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”

La flexibilización probatoria en la jurisprudencia del Consejo de Estado

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

²⁵ 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

trasladadas de procesos penales o disciplinarios, se analicen en este contexto con un rasero menor.

“En otras palabras, se ha afirmado que existe una diferenciación en materia probatoria entre la responsabilidad penal y estatal, ya que la ausencia de la primera de ellas, no necesariamente implica la de la Nación. La anterior afirmación se apoya en que, “(...) el fundamento de la responsabilidad del Estado no es la culpa personal del agente, sino el daño antijurídico imputable a la entidad; de tal manera que, aunque se absuelva al servidor por considerar que no obró de manera dolosa o culposa, en los delitos que admiten dicha modalidad, el Estado puede ser condenado a indemnizar el daño causado, bajo cualquiera de los regímenes de responsabilidad.

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

De ahí, teniendo en cuenta la dificultad que existe para probar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que suelen ocurrir las graves violaciones a los derechos

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

humanos -como las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias- el Consejo de Estado ha reconocido que los indicios adquieren una especial relevancia al momento de determinar la responsabilidad patrimonial de la Nación. Los indicios son medios de prueba “indirectos y no representativos” que no son percibidos directamente por el juez -como sí ocurre con la inspección judicial- sino que “[e]n la prueba indiciaria el juez tiene ante sí unos hechos probados a partir de los cuales debe establecer otros hechos, a través de la aplicación de reglas de la experiencia, o principios técnicos o científicos. En pocos términos, el indicio es una prueba que construye el juez con apoyo en la lógica, partiendo de la existencia de unos hechos debidamente acreditados en el proceso”²⁶

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

Ahora bien, siguiendo con lo establecido en el Código General del Proceso, los indicios deben apreciarse en conjunto con “*las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración su gravedad, concordancia, convergencia y su relación con los demás medios de prueba que obren en la actuación procesal (...). Así mismo, para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso y el juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes.*”²⁷

²⁶ Sentencia SU060/21. Referencia: expediente T-7.811.094. Acción de tutela presentada por Lucelia Velasco de Arcila y otra, contra la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Bogotá D.C., doce (12) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

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

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 el proceso que se estudia.

- CASO CONCRETO

Previo a resolver, es menester de esta Sala de Decisión, recordar que el Juez de primera instancia, denegó las pretensiones de los demandantes, por cuanto considera que, del material probatorio allegado al proceso, no se evidencia el uso excesivo de armas de fuego por parte de la Fuerza Pública y no se encontró acreditada la responsabilidad del Estado. Contrario a ello, se rompe el nexo causal en este caso por el eximente de culpa exclusiva de la víctima.

En el curso de la apelación, el demandante centra su reproche contra la sentencia de primera instancia, señalando que no fueron valoradas todas las pruebas que obran en el expediente. A juicio de la parte actora, el *a-quo* invirtió la carga de la prueba y sostiene que la entidad demandada debió demostrar los fundamentos de hecho en que sustenta la excepción de culpa exclusiva de la víctima. Destaca también, que la sentencia desconoce el artículo 211 del código general del proceso, pues las pruebas claramente permiten concluir que la muerte del hoy occiso fue una ejecución sumaria o falso positivo.

La Sala conforme lo consagrado en el artículo 328 del Código General del Proceso, aplicable al caso concreto en virtud del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, abordará el estudio de fondo del caso concreto solamente sobre los argumentos expuestos por la apelante.

- Análisis de las pruebas - Hechos probados

De acuerdo a las pruebas que fueron aportadas, decretadas y practicadas dentro del trámite de primera instancia, encuentra esta Sala acreditados los siguientes hechos objeto de demanda.

Acreditación del daño antijurídico en el caso concreto

Según el Informe de hechos sobre bajas suscrito por el SS Triana Rosas José Alirio y dirigido al Comandante del Batallón de Infantería No. 26 Cacique Pigoanza, se da cuenta de la muerte de dos personas identificadas como NN, en hechos ocurridos el 23 de marzo de 2007 a las 01:40 horas, en la parte alta de la vereda El Recreo del municipio de Garzón en desarrollo de un operativo militar (f.233-234 cdno. ppal. y 1-5 cdno. de pruebas)

A través del Informe Ejecutivo FPJ-3 del 23 de marzo de 2007, del Grupo de Policía Judicial del CTI, con destino a la Coordinadora Unidad Fiscalías Seccionales de Garzón Huila, que contiene la inspección técnica a los cadáveres referidos en el anterior Informe, se observa que el occiso señalado en la Inspección Técnica a cadáver No. 1 corresponde al señor Álvaro Marín Silva y el señalado en la inspección Técnica a cadáver No. 2 corresponde a Jair Hoyos Álzate. Se consigna además en dicho Informe, que se trata de dos personas muertas en combate con el Ejército en hechos ocurridos en zona rural-finca "Las Delicias"-vereda El Recreo, según información suministrada por el Ejército, consignándose como posible fecha y hora de la muerte: 23-03-07, 01:30 (fl. 10-50 cdno. de pruebas 1)

Según Informe de necropsia realizada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses-Regional Sur-Unidad Básica Garzón, el 23 de marzo de 2007 al cuerpo sin vida del señor Álvaro Marín Silva, el fallecimiento ocurrió el 22 de marzo de 2007 debido a choque hipovolémico secundario a herida de pulmón e hígado, por lesiones de proyectil de arma de fuego (fls. 68-70 cdno. pruebas 1)

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Asimismo, reposa en el plenario Registro Civil de Defunción del señor Álvaro Marín Silva que confirma que la fecha de la muerte fue el 22 de marzo de 2007. (fl. 19 cdno. ppal.1)

Con lo anterior, no cabe duda de la existencia de un daño consistente en la muerte del señor Álvaro Marín Silva de forma violenta resultado de impacto con arma de fuego. El Juez de instancia encontró debidamente probado este primer elemento y esta Sala de Decisión así lo constata.

Elemento de imputación- nexa causal

Sea lo primero advertir que, en el caso bajo estudio, la parte actora atribuye responsabilidad a la entidad demandada a título de riesgo excepcional por el ejercicio de actividades peligrosas por cuanto la muerte del señor **Álvaro Marín Silva** se produjo con arma de dotación oficial del Ejército, por otro lado, considera que estamos frente a un caso de falla en el servicio toda vez que el Ejército debió proteger la vida del occiso y no atentar en su contra sin justificación válida para ello, convirtiéndose este hecho en una ejecución extrajudicial, conocido como falso positivo.

Frente a la imputación formulada por los demandantes, el Ejército Nacional aduce que no puede acogerse las pretensiones, pues el hecho dañoso es atribuible al actuar ilícito de la propia víctima, quien presuntamente atacó de manera armada a los militares, lo que conllevó a un actuar legítimo por parte de estos, lo que se traduce en una culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad.

El Juez de instancia por su parte, decidió hacer primeramente el análisis de la responsabilidad bajo el título general de imputación-falla en el servicio-precisando que, en el evento de no prosperar, se procediera con el análisis en aplicación del régimen de imputación por riesgo excepcional.

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

De las pruebas que reposan en el plenario, observa la Sala que:

Por orden de operaciones No. 0021/2007 Espada III impartida por el Comandante del Batallón de Infantería No. 26 "Cacique Pigoanza", dirigida a la compañía Catapulta, en sus cuatro pelotones se dieron las siguientes instrucciones: "Que a partir del 01 de enero de 2007 a las 06:00 horas, desarrollen control militar de área activo sobre los municipios de Hobo, Gigante, Garzón, Agrado y Pital, consistente en registro, control, obstrucción o repliegue ofensivo con el fin de entrar en contacto táctico con el enemigo, neutralizándolo y así proteger a la población, combatir algunos reductos de autodefensas ilegales, delincuencia común en dichos sectores, entre otras, con el fin principal de dar sensación de seguridad a la población civil, atrapar a los trasgresores de la Ley y/o en caso de poner resistencia someterlos con el uso de las armas del Estado en legítima defensa, llevando a la tranquilidad y devolviendo el imperio de la Ley a la región. Lo anterior, por cuanto según se indica en el punto 1 "situación del enemigo", según diferentes análisis de inteligencia se tiene establecida la presencia de algunos agentes generadores de violencia, de terroristas, en la jurisdicción asignada a dicha Unidad Militar, tales como algunos frentes de las FARC, algunos reductos de las Autodefensas Ilegales, delincuencia organizada (narcotráfico) y delincuencia común". (fl. 223-230 cdno. ppal.)

De igual manera, se avizora un Informe sobre bajas por parte de Catapulta 1, suscrito por el SS Triana Rosa José Alirio y dirigido al Comandante del Batallón de Infantería No. 26 Cacique Pigoanza, que indica: "El 23 de marzo de 2007 siendo las 01: 40 horas, en la parte alta de la vereda El Recreo del municipio de Garzón Huila, fueron fados de baja 2 presuntos subversivos pertenecientes al tercer frente de las FARC-Fernando Bahamón Molina, gracias a información suministrada por un miembro de la red de cooperantes, según el cual en dicho sector había alrededor de 7 personas, uniformados civiles, portando armas de largo corto alcance, por lo que se montó el respectivo operativo y siendo aproximadamente las 01:3 horas del día 23 de marzo de 2007 se escuchó latidos (sic) de perros cerca (sic) al dispositivo que se mantenía, se alertó el personal sobre la posible aproximación de cuatro a

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

cinco sujetos sobre un camino real que la cordillera conlleva a la vía principal de la vereda El Recreo al sector de remolinos. 5 minutos después se notó que si era afirmativo de la presencia de estos sujetos fueron unos disparos y también lanzaron un artefacto explosivo el cual atentó contra la integridad física y nos dejó aturdidos por unos segundos a mi orden el personal abrió fuego utilizando las armas legalmente constituidas en legítima defensa el intercambio de disparos duros aproximadamente 10 minutos se ordenó a hacer alto al fuego se reorganizó el personal en el sector (...) se inicia con registro perimétrico donde se da con la ubicación de 2 sujetos abatidos los cuales portaban 1 armas de corto alcance revólver (sic) cal. 32 mm. 03 granadas de mano 01 seguro de granada el cual había sido activado por parte de los subversivos, 01 equipo de asalto, 02 pasamontañas y 01 camuflado tipo americano, inmediatamente tomé contacto radial con el Batallón Pigoanza, dando a conocer la situación y que me encontraba en la persecución de otros sujetos los cuales lograron escapar por un barranco que los conducía a una cañada “ (ver fls. 23-234, cdno. ppal y 1-5, cdno. de pruebas 1)

Consta también en el proceso, Informe de patrullaje a la operación Halcón Negro MT Espada III, suscrito por el SS Triana Rosas Jose Alirio (fl. 231-232 cdno. principal y 6-7 cdno. pruebas No. 1), en donde se reitera lo indicado en el anterior informe de hechos.

Asimismo, fueron recepcionados los testimonios del soldado profesional **Newer Penna Ramírez** y soldado profesional Iván Darío Correa Martínez. (ver folios 273-277 y 277-280 del cdno. principal)

Por otro lado, al proceso fue allegado copia de la investigación penal No. 1789 adelantada por el Juzgado 65 de Instrucción Penal Militar, con ocasión a los hechos que nos ocupan, remitida por dicho Juzgado mediante Oficio No. 0655 del 28 de junio de 2012 (fl. 138 cdno. ppal), prueba incorporada como cuaderno de pruebas No.1

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Se observa en el expediente también, el Informe Ejecutivo FPJ-3, del 23 de marzo de 2007, del Grupo de Policía Judicial del CTI, con destino a la Coordinadora Unidad Fiscalías Seccionales de Garzón, que da cuenta de la inspección técnica realizada a los cadáveres, la filmación del lugar de los hechos, la fijación fotográfica de los cadáveres y aquellas evidencias recolectadas, embalaje de las mismas con su rótulo y cadena de custodia, entrevistas realizadas a personas del sector y relacionadas con los hechos (fls. 10-50 cdno. de pruebas 1)

El Informe Pericial de necropsia realizada por el Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses el 23 de marzo de 2007 al cuerpo sin vida del señor **Álvaro Marín Silva**, demuestra que presentaba las siguientes heridas:

DESCRIPCIÓN DE LAS LESIONES POR ARMA DE FUEGO (CARGA ÚNICA)

- 1.1. *Orificio de entrada de 0.6cm bordes invertidos, sin tatuaje ni ahusamiento (sic) a 46cm del vértice y a 2.5cm de la línea media anterior en el tórax lado izquierdo.*
- 1.2. *Orificio de salida de 1.5cm bordes evertido (sic) a 56cm del vértice y a 15cm de la línea media posterior.*
- 1.3. *Lesiones: herida de pulmón lóbulo inferior izquierdo, herida de diafragma, estallido de hígado en el lóbulo derecho, hemotórax de 2000cm, hemoperitoneo de 1000cm.*
- 1.4. *Trayectoria: Plano horizontal supero-inferior. Plano coronal anterior - posterior, Plano sagital izquierda-derecha.*
- 2.1. *Orificio de entrada de 06 cm de diámetro bordes invertidos sin tatuaje ni ahusamiento a 57cm del vértice y a 2.5cm de la línea media anterior.*
- 2.2. *Orificio de Salida: No presenta se recupera proyectil dorado deformado en reja costal derecha.*
- 2.3. *Lesiones: Herida de hígado lóbulo derecho*
- 2.4. *Trayectoria plano horizontal supero-inferior, plano coronal antero-posterior, plano sagital: izquierda-derecha” (fls. 68-70 cdno. pruebas 1)*

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

En Oficio No. 105 del 26 de marzo de 2017 suscrito por el Oficial de Inteligencia del Batallón Pigoanza, se pone a disposición de la Fiscalía 22 Seccional de Garzón, una motocicleta que fue hallada en estado de abandono en la vereda El Balzeral el 24 de marzo de 2007 a las 08:30 horas, y que según informantes habría podido ser utilizada para movilizarse por los N.N. dados de baja por el Ejército el día 23 de marzo de 2007 (fl. 51-53 cdno. de pruebas 1)

El Informe de residuos de disparos de fecha 17 de diciembre de 2017 suscrito por un servidor de la Policía Judicial adscrito a la Policía Nacional, se concluye que las muestras analizadas tomadas al occiso **Álvaro Marín Silva** arrojaron resultado negativo característico para residuos de disparo y que las muestras tomadas al occiso Jairo Hoyos Alzate (persona que falleció en los mismos hechos) arrojaron resultado positivo característicos para residuos de disparo (fls. 81-84 cdno. pruebas 1)

La Declaración jurada rendida por la señora **Nelly Salcedo Rojas** residente en la vereda Alto Brisas, Garzón refiere de la situación de orden público en el sector, “que se estaban presentando muchos atracos mixtos o chivas y en las fincas y lo que se comentaba en el sector era que los sujetos abatidos eran ladrones porque los campesinos no andan armados a esas horas”. (folio 97 del cdno. de pruebas No. 1)

El soldado profesional **Willinton Espinosa Baquero** en su declaración, manifestó que se desempeñaba para la época de los hechos como miembro de la fuerza pública en el primer pelotón de la compañía “Catapulta” del Batallón de Infantería No. 26 “Cacique Pigoanza” y que la fecha de los hechos hacía parte de una sección diferente a la que dio de baja a dos personas, sin embargo, relató que desde varios días se encontraban haciendo seguimiento a unas personas que se dedicaban a robar en la región y que luego por información de la comunidad procedieron a emboscarlos.

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

En la declaración de **Henry Castro Alvarado**, este también manifiesta que “para la época de los hechos estaban atracando mucho en el sector, esto es, en la vereda El Recreo que el día del acontecimiento, se encontraba durmiendo y aproximadamente a la 1:00 de la madrugada escuchó una balacera y al día siguiente se enteró que habían matado a dos sujetos y que luego de ello, no se volvieron a presentar atracos por ese sector. Que las personas que fueron abatidas por el Ejército ese día no eran del sector pues, nadie las conocía.” (fl. 146 y 147 del cdno. de pruebas)

En similares términos, el señor **Benjamín González Alvarado** señaló bajo la gravedad de juramento que él y otras personas fueron víctimas de atracos por quienes se identificaron como “paracos”, cuando se transportaban en una chiva, relatando que a varios vecinos les ocurrió lo mismo. (fl. 148-149 cdno. de pruebas)

Existe prueba mediante Acta, de la legalización del material de guerra consumido en desarrollo de la operación “Halcón Negro” misión táctica “espada III” en el sector de la vereda El Recreo del municipio de Garzón el día 22 de marzo de 2007 por la compañía Catapulta.

Ahora bien, una vez revisado el expediente contentivo del proceso penal, encuentra este Tribunal que allí obran las versiones libres e indagatorias rendidas por CS Juan Carlos Ruiz Buitrago, SLP Newer Penna Ramírez, SLP Fabian Ibarra Valenzuela, SLP Ferney Salinas Rojas, SLP José Elmer Oidor Benavides, SLP Willinton Avilez Vásquez, SLP Alexander Avendaño, SS José Alirio Triana Rosas, SLP Edgar Camargo Gutiérrez, SLP Rodrigo González Ramírez, SLP Esneider Castro Pastuso, SLP Jhon Jairo Calderón Urriago y SLP Iván Darío Correa Martínez. (ver declaraciones en los folios 90-91, 92, 93, 94, 95, 96, 99, 100-101, 102-103, 104, 105, 106, 107, 112-140, 137-177, 190-194 y 198-204 del cdno. de pruebas No. 1)

Además, con ocasión a tales hechos objeto del presente asunto se adelantó investigación disciplinaria en contra de los uniformados que participaron en el

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

referido operativo inicialmente por parte del Batallón de Infantería No. 26 “cacique pigoanza” radicado bajo el número 014 de 2007. Posteriormente, fue remitida dicha investigación a la Procuraduría Delegada para la Defensa de Derechos Humanos en atención al poder preferente en donde se adelantó bajo el número de radicado 008-166541/2007.

A través de auto fechado 30 de septiembre de 2011, la entidad de control disciplinario procedió con la evaluación de la investigación y dispuso abstenerse de continuar con la investigación y en consecuencia, ordenó su archivo considerando que existió una causal de exclusión de responsabilidad y por ello, no hizo formulación de cargos.

Resolución del caso

Es menester de esta colegiatura señalar prima facie, que se vislumbra en la sentencia proferida por el a quo, que no se hizo un análisis razonable e integral de todas y cada una de las pruebas, pues la prueba científica, esto es, el informe pericial de necropsia realizado al señor **Álvaro Marín Silva** no se valoró en la forma correcta o en su defecto se omitió. El informe del investigador de laboratorio FPJ11 de la DIJIN y las declaraciones de los señores Newer Penna Ramírez, Iván Darío Correa y Willinton Aviles Vásquez no se tuvieron en cuenta, pues, de haberse analizado la decisión en primera instancia sería otra.

La Sala luego de un juicioso estudio del caso que nos ocupa y con base en el acervo probatorio legalmente obtenido dentro de este proceso, arriba a la conclusión que le asiste razón a la parte demandante, respecto de sus pretensiones, toda vez que se encuentran debidamente acreditados los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado bajo el título de imputación tradicional de falla en el servicio, por el actuar excesivo en el uso de la fuerza por parte del Ejército Nacional, al ocasionar la muerte del señor **Álvaro Marín Silva** de manera injustificada e ilegal. Lo anterior, teniendo en cuenta lo siguiente:

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

En los hechos relacionados en la demanda se relata que el daño antijurídico, fue ocasionado por miembros del Ejército Nacional en situación de indefensión de la víctima, siendo propinado en su contra un disparo de fusil a corta distancia. Esta teoría del caso se ve confrontada con lo afirmado por el Ejército Nacional, el cual sostiene que la víctima se encontraba a larga distancia y que reaccionaron desde la parte inferior apuntando a la parte superior de la colina de la vereda El Recreo ubicada en el municipio de Garzón – Huila.

Se hace necesario en este orden, establecer si la versión de los actores o los argumentos de defensa de la entidad demandada puede ser corroborada con las pruebas que reposan en el plenario. Todo lo cual, dará lugar a determinar la responsabilidad que aquí se endilga.

Falta de prueba que demuestre que la víctima accionó un arma de fuego

Según lo afirmado por el Ejército Nacional el señor **Álvaro Marín Silva** accionó un arma de fuego en contra de miembros del ejército nacional, y por este presunto accionar, el Ejército Nacional decidió defenderse del ataque desplegado por la víctima, por lo tanto, es necesario establecer si el supuesto de hecho en realidad sucedió.

El medio probatorio más idóneo para acreditar que es cierto lo afirmado por miembros del Ejército Nacional, es la espectrofotometría de absorción atómica, el cual tiene como objeto establecer si existieron residuos de disparo en las manos del señor **Álvaro Marín Silva**, y así poder saber con certeza si la víctima accionó o no, algún arma de fuego.

Nótese que el resultado arrojó que las muestras tomadas no tenían residuos característicos de disparo, por lo que se puede concluir a partir del informe, que el señor **Álvaro Marín Silva** en ningún momento accionó el revólver encontrado junto a su cuerpo y por consiguiente, no ocurrió un enfrentamiento entre la víctima y el

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Ejército Nacional. (Informe del investigador de laboratorio FPJ11 de la DIJIN visible a folios 81-84, del cdno. de pruebas 1).

Los disparos propinados por miembros del Ejército provienen de un arma de fuego tipo fusil a larga distancia

El informe de necropsia es la prueba idónea para acreditar las causas de la muerte, en él se explica que la víctima fallece a causa de un choque hipovolémico debido a herida de pulmón e hígado por lesiones de proyectil de arma de fuego.

Dichas lesiones permiten inferir que los disparos fueron a larga distancia; además señala el informe que la trayectoria de los disparos fue por el plano horizontal, supero inferior, por el plano coronal antero posterior, y por el plano sagital izquierda-derecha, lo que permite inferir que los disparos fueron realizados desde por encima de las víctimas directas, es claro entonces que se disparó el fusil desde una ubicación superior a la relativa de la víctima. (Informe pericial de necropsia realizado al señor Álvaro Marín Silva: (fls. 68-70, C. pruebas1)

Sobre las declaraciones de los señores Newer Penna Ramírez, Iván Darío Correa y Willinton Aviles Vásquez.

Es relevante señalar que el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa en su Sección Tercera, ha precisado que la prueba testimonial no debe contradecirse con otros medios de prueba y tampoco, no puede constituirse en la única prueba que defina la responsabilidad del Estado ya que se debe privilegiar racionalmente aquellos medios de prueba que acrediten un grado superior de probabilidad lógica.

Las declaraciones rendidas por miembros del ejército que estuvieron en los hechos que dieron lugar a la muerte del señor **Álvaro Marín Silva**, concuerdan en afirmar que fueron informados de la presencia de personas armadas y se dirigieron a la

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

parte alta de la vereda El Recreo del municipio de Garzón – Huila. Una vez allí, se encontraron con un grupo de civiles a unos 50 o 60 metros en referencia a la ubicación del Ejército, quienes al escuchar la proclama lanzada por miembros del Ejército Nacional presuntamente abrieron fuego en contra de los miembros de la fuerza pública, quienes reaccionaron y dieron de baja a dos (02) civiles.

En las declaraciones rendidas por NEWER PENNA RAMIREZ, IVAN DARIO CORREA y WILLINTON AVILES VASQUEZ, se muestran varias contradicciones e inconsistencias, respecto de las demás pruebas, toda vez que afirman diferentes cantidades de sujetos que presuntamente accionaron sus armas de fuego contra el Ejército Nacional, fluctuando de dos (2) hasta veinte (20) personas; la ubicación geográfica no coincide con la trayectoria de las heridas infligidas a las víctimas directas, y sobre todo, en sus declaraciones afirman haber sufrido un ataque armado, incluso con granadas, pero en el Informe presentado por el CTI se especifica que a lado del cuerpo de la víctima **Álvaro Marín Silva**, se encontró un revólver cuyo tambor estaba cargado con dos (2) balas y 4 vainillas, y una granada sin utilizar, y aún más diciente de la contradicción presentada con el resto del acervo probatorio en el informe de laboratorio realizado por la DIJIN, no se encontraron residuos de disparos.

Carga de la prueba en el asunto de la referencia

El Juez al trasladar la carga de la prueba en cabeza de los demandantes yerra, por cuanto pese a que la jurisprudencia del Consejo de Estado habla de la flexibilidad probatoria en casos como estos, no es dable interpretar que la excepción propuesta por la parte demandada prospere ante la supuesta falta de prueba a favor de la víctima pues, la culpa exclusiva de la víctima, debe acreditarse por la entidad para eximirse de responsabilidad, no lo contrario.

De la legítima defensa alegada por el Ejército Nacional

La entidad demandada ha sostenido a lo largo del trámite procesal de la presente acción que la muerte del señor **Álvaro Marín Silva**, se produjo en el marco de un 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”*²⁸.

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

²⁸ Luis Josseland, Derecho Civil, Tomo II, Vol. I; Ed. Bosh y Cía., Buenos Aires, 1950, pág. 341.

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

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 personas²⁹.

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 estricto que 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 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.³⁰

El conjunto de las referidas inconsistencias 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 otro individuo 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

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de julio de 2000, expediente: 12.788, actora: Ofelmina Medina Villa.

³⁰ Radicación número: 05001-23-31-000-2011-00253-01(53030)

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 trajo al proceso, ni se pidió o buscó aportar. Luego, los cargos invocados en esta instancia carecen de vocación de prosperidad.

La operación militar donde resultó asesinado el civil **Álvaro Marín Silva**, 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 4³¹ 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 se tomaron 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”*

³¹ 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 todas circunstancias, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes.

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

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 III”.

En consecuencia, se declarará la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Nación- Ejército nacional, por la muerte del señor **Álvaro Marín Silva**, ocurrida el 22 de marzo de 2007, por las razones ya expuestas.

Liquidación de los perjuicios

- Perjuicios morales

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

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

En este punto, debe destacarse que cuando se trata de casos de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario se puede otorgar una indemnización superior a los 1000 SMLMV, tal como lo ha dicho el Máximo Órgano de Cierre de esta Jurisdicción:

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

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, basta la acreditación del parentesco para que pueda inferirse la causación de perjuicios morales por la muerte de un ser querido respecto de los familiares hasta el segundo grado de consanguinidad³² y primero civil, esto es, respecto de los padres, hermanos, abuelos, hijos y cónyuge o compañero(a) permanente del occiso³³.

Asimismo, ha establecido que en tratándose de familiares en primer grado de consanguinidad, padres e hijos, y en segundo grado de consanguinidad, como hermanos y abuelos se presumirá el daño y bastará la acreditación del vínculo de consanguinidad a través del registro civil de nacimiento.

Las razones que sustentan el paso del hecho indicador del parentesco, a la

³² El artículo 37 del Código Civil consagra: “Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí”.

³³ Sección Tercera, sentencias de 10 de abril de 2003, exp. 13834, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; 10 de julio de 2003, exp. 14083, C.P. María Elena Giraldo Gómez; 12 de febrero de 2004, exp. 14955, C.P. Ricardo Hoyos Duque; 24 de febrero de 2005, exp. 14335, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; 10 de marzo de 2005, exp. 14808; 8 de marzo de 2007, exp. 15459, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 23 de abril de 2008, exp. 16186, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; 19 de noviembre de 2008, exp. 28259, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. De la Subsección “B”, ver, por ejemplo, sentencia de 8 de febrero de 2012, exp. 23308, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

circunstancia de que el daño causado a una persona afecta moralmente a sus parientes, se fundamentan en: a) que la experiencia humana y las relaciones sociales enseñan que entre los parientes existen vínculos de afecto y ayuda mutua y b) la importancia que tiene la familia como núcleo básico de la sociedad (artículo 42 de la Constitución Política). En caso de no llegar a demostrarse el parentesco, quienes se consideren afectados moralmente por la muerte de alguien, corren con la carga de demostrar el dolor que dicen haber sufrido por esta causa.

Ahora bien, para acreditar la calidad de compañero (a) permanente, se debe probar la convivencia y una comunidad de vida permanente entre dos personas que no contrajeron matrimonio entre sí. Sin embargo, como lo ha dicho el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, la declaración extrajuicio no ratificada dentro del proceso judicial no puede aceptarse como medio probatorio de la calidad de compañero permanente, advirtió la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Lo antes dicho, de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 229, 298, 299 del Código de Procedimiento Civil aplicable a este asunto por encontrarse vigente para la época de los hechos objeto de demanda.

En el caso que nos ocupa, observa la Sala que al proceso solo fue aportada junto a la demanda, copia del testimonio extrajuicio de fecha 03 de octubre de 2008, Acta en el cual, bajo la gravedad de juramento, los señores Gerardo Gómez Rojas y Alejandro Ordoñez Penagos aseveran que conocen de vista y trato a la señora **Leydi Yohana Joven Salcedo** así como también, tienen conocimiento acerca de su convivencia con el señor **Álvaro Marín Silva** desde el año 2000 y hasta la fecha de ocurrido los hechos. Que tienen en común una hija menor y ambas dependían económicamente de la víctima directa.

Así, conforme lo expuesto y tomando como referentes los montos establecidos en la jurisprudencia, el Tribunal reconocerá a **Katherine Lisset Marín Joven** en calidad de hija sobreviviente de la víctima en este caso, a título de indemnización

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

por perjuicio moral, la suma de 100SMLMV. Empero respecto de su señora madre quien acudió al proceso en calidad de compañera permanente del señor **Álvaro Marín Silva**, se abstendrá de hacer reconocimiento alguno, pues no se encuentra legitimada en la causa por activa³⁴ desde el punto de vista material³⁵.

Nombre	Relación con la víctima	SMLMV
Katherine Lisset Marín Joven	hija	100

- **Daño material**

El Código Civil en su artículo 1614 ha determinado los perjuicios materiales en dos conceptos, el daño emergente y el lucro cesante, entendido el primero como el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento y el segundo como la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

³⁴ La legitimación en la causa por activa supone la verificación de que quien demanda tenga la titularidad para reclamar el interés jurídico que se debate en el proceso y, por lo tanto, sin importar si son o no procedentes las pretensiones elevadas –lo que supondrá efectuar un análisis de fondo de la controversia a la luz del derecho sustancial– sí sea el llamado a discutir su procedencia dentro del trámite judicial.

³⁵ La legitimación en la causa se concibe desde dos vertientes: la llamada legitimación de hecho y la material. La primera, la de hecho, se establece a partir de la relación procesal que el petitum y la causa petendi generan entre las partes procesales, concretamente, el demandante y demandado; es decir, se está en el típico terreno de la relación jurídica procesal únicamente. En cambio, la legitimación material responde al criterio de efectividad, esto es, a la participación real de las personas en la situación jurídica (acto, hecho, conducta etc.) que da origen a la demanda, sin importar si accionó o no, para el caso del demandante, o si fue demandado o no, cuando se trata de la parte pasiva.

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado³⁶ en lo que respecta al lucro cesante ha determinado que el mismo consiste en la ganancia que deja de percibirse, o la expectativa cierta económica de beneficio o provecho que no se realizó como consecuencia del daño.

Las demandantes sobre el daño material, solicitaron el pago de \$80.000.000, oo, estimación que hicieron sin discriminación alguna.

Respecto de esta pretensión, de los documentos que reposan en el expediente no se avizora prueba alguna que determine la causación de dichos perjuicios materiales en modalidad de daño emergente y por ello, mal haría esta Sala en reconocerlos en esta instancia.

Sin embargo, en lo que respecta al lucro cesante futuro y consolidado, la Sala reconocerá a favor de la menor Katherine Lisset Marín Joven a través de su representante, un valor equivalente a \$ 105.054.564, en calidad de hija de la víctima directa en razón de la presunción legal sobre la dependencia económica que existía por parte de la misma con el señor Álvaro Marín Silva, quien aportaba a su sostenimiento o manutención y cumplía con su responsabilidad de padre.

Ahora bien, dado que las pruebas que militan en el expediente no permiten establecer el valor de sus ingresos mensuales, se debe acudir al criterio jurisprudencial vigente según el cual, ante la ausencia de un medio de prueba que acredite el monto de lo percibido por una persona en edad productiva, se presume que esta devengaba por lo menos un salario mínimo.

En tal virtud, el cálculo del lucro cesante consolidado, se hará tomando como base el salario mínimo a la fecha de los hechos y descontando el 25%, que corresponde a lo destinado para gastos personales.

³⁶ Consejo de Estado sala de los Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A, sentencia del 21 de abril de 2016. Exp. 25000-23-25-000-2002-00526-01(1726-08)

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Esta suma corresponde a lo dejado de percibir cada mes por la menor Katherine Lisset Marín Joven señora Amparo Tapiero, que es la persona que reclama a título personal una indemnización por este concepto a través de su representante y acreditó depender económicamente de la víctima. A este valor se le aplicará un interés mensual de 0,004867, por los meses transcurridos desde el deceso de Álvaro Marín Silva hasta la fecha de la sentencia.

Álvaro Marín Silva

Cálculo edad al momento de fallecer

Fecha de nacimiento 18/10/1980
Fecha fallecimiento 22/03/2007
26 26años5meses4dia

22/03/2007 Fecha fallecimiento
22/04/2022 Fecha sentencia
Años
15años1meses transcurridos
181
181 Total en meses

Fecha de Nacimiento de la hija

25/01/2002 Katerine Lisset Marín

Edad de la hija a la fecha del accidente

5 Katerine Lisset Marín

Fecha en que cumplirá los 25 años

25/01/2027 Katerine Lisset Marín

Fecha en que cumplirá los 25 años

25años0meses0dia Katerine Lisset Marín

Edad de la hija a la fecha de la sentencia

20años2meses28dia Katerine Lisset Marín

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
 Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
 Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
 Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Meses faltantes para cumplir los 25 años

57 Katerine Lisset Marín

SMMLV 2007	433.700	
VP =	VA x	$\frac{\text{IPC Final (Abril 2022)}}{\text{IPC Inicial (Marzo 2007)}}$
VP =	433.700	$\frac{116,26000}{63,290000}$
VP =	433.700	1,83694
VP =	796.681	Renta Actualizada

Renta Actualizada	796.681
Menos el 25%	199.170
	597.511

LUCRO CESANTE CONSOLIDADO

Katerine Lisset Marín

LCC=	298.756	$\frac{(1+i)^n-1}{i}$
LCC=	298.756	$\frac{(1+0,004867)^{181}-1}{0,004867}$
LCC=	298.756	$\frac{(1,004867)^{181}-1}{0,004867}$
LCC=	298.756	$\frac{1,40798475}{0,004867}$
LCC=	298.756	289,29212
LCC \$	86.427.613	

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
 Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
 Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
 Acción: Reparación Directa

SIGCMA

El lucro cesante futuro se cuantifica desde el momento de esta sentencia y durante el resto de vida probable de Katherine Lisset Marín Joven, quien a la fecha de los hechos tenía solo 05 años.

LUCRO CESANTE FUTURO

IBL 2022	1.000.000
Menos 25%	250.000
	750.000

Katerine Lisset Marín

$$VA= \quad RA \quad \frac{(1+i)^n-1}{i+(1+i)^n}$$

$$VA= \$ \quad 375.000 \frac{(1+0,004867)^{57}-1}{0,004867*(1+0,004867)^{57}}$$

$$VA= \$ \quad 375.000 \frac{(1,004867)^{57}-1}{0,004867*1,318831455}$$

$$VA= \$ \quad 375.000 \frac{0,3188315}{0,00641875}$$

$$VA= \$ \quad 375.000 \quad 49,671871$$

$$VA= \underline{\underline{\$ \quad 18.626.952}}$$

- Medidas no pecuniarias de reparación integral

Conforme a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas debe atender a los principios de reparación integral y de equidad; obligación que adquiere un carácter superlativo cuando se juzga la responsabilidad del Estado por graves violaciones de los derechos

humanos e infracciones al derecho internacional humanitario pues, en estos eventos, la obligación de reparar integralmente el daño surge, principalmente, de distintos tratados y convenios de derechos humanos ratificados por Colombia que prevalecen en el orden interno³⁷, pero también de otros instrumentos de derecho internacional³⁸ que, aunque no tienen carácter estrictamente vinculante –razón por la cual se los denomina “derecho blando” o “soft law”–, gozan de cierta relevancia jurídica y práctica en el ámbito internacional y nacional en tanto exhiben “una clara e inequívoca vocación axiológica o normativa general”³⁹ y sirven como “criterio[s] auxiliar[es] de interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos”⁴⁰. De allí que se haya considerado que, en estos casos, sea posible adoptar medidas no pecuniarias de reparación integral encaminadas a la satisfacción y a la no repetición⁴¹ de las conductas que son objeto del

³⁷ Entre ellos, la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 63), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 13), y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 9). Se hace claridad en que, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, para que un tratado de derechos humanos ratificado por el Congreso prevalezca en el orden interno –en resultado de integrarse al bloque de constitucionalidad como lo ha entendido la Corte Constitucional– es necesario que se refiera a derechos ya reconocidos en la propia Constitución. Siendo así, se entiende que los tratados mencionados prevalecen en el orden interno, debido a que el derecho de las víctimas de hechos delictivos a la reparación se encuentra expresamente en el artículo 250 del ordenamiento superior. En cuanto a infracciones al DIH se encuentra el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado por Colombia mediante la Ley 742 de 2002 y los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados.

³⁸ Entre ellos, el conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad; los Principios y directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones; la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos y de abuso de poder; y la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

³⁹ Luis Manuel Castro, “Soft law y reparaciones a víctimas de violaciones de derechos humanos: Reflexiones iniciales”, en Rodrigo Uprimny (coord.), Reparaciones en Colombia: Análisis y propuestas. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 2009. p. 66.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-872 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴¹ La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante Resolución 2005/35 del 19 de abril de 2005, adoptó los “Principios y directrices básicos sobre el derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves al derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, y en el capítulo IX de dicha resolución –“Reparación de los daños sufridos”– consagró las medidas encaminadas a la satisfacción – numeral 22- y a las garantías de no repetición –numeral 23-. Las primeras están relacionadas con la cesación de violaciones continuadas y la consecución de la verdad sobre los hechos para su divulgación. Las segundas están relacionadas con las medidas que deben adoptar los Estados para que no queden impunes las faltas cometidas por sus agentes. Dichos principios fueron adoptados por la Asamblea General de dicho organismo mediante Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005.

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

pronunciamiento judicial, sin tener en cuenta las restricciones impuestas por los principios de congruencia, jurisdicción rogada y *no reformatio in pejus*.

Como medida de satisfacción en este caso, en aras de restablecer la dignidad y honra del señor **Álvaro Marín Silva** y de sus familiares, el Ejército Nacional rectificará dicha información en un medio masivo de comunicación de orden nacional y local del departamento del Huila. No obstante, la Sala considera necesario precisar que en dicha comunicación deberá hacerse alusión a este fallo e indicarse que la muerte del señor **Álvaro Marín Silva** no ocurrió en combate, como se indicó en su momento, sino que se trató de una ejecución extrajudicial por parte del Ejército con el fin de presentar resultados positivos en el desarrollo de su misión.

- **Costas**

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

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

IV. FALLA

PRIMERO: REVÓQUESE la sentencia de 30 de Julio de 2019, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Neiva y en su lugar, **DECLÁRESE** la responsabilidad administrativa de la Nación- Ministerio de Defensa - Ejército Nacional por los daños y perjuicios sufridos por la demandante con ocasión

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

a la muerte del señor **Álvaro Marín Silva**, en los hechos acaecidos el 22 de marzo de 2007.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDÉNESE** a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional reconocer a la señora **Leydi Yohana Joven Salcedo** en representación de su hija menor **Katherine Lisset Marín Joven** la siguiente suma de dinero por concepto de perjuicios morales:

Nombre	Relación con la víctima	SMLMV	
Katherine Lisset Marín Joven	hija	100	

TERCERO: CONDÉNESE a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional reconocer a la demandante la siguiente suma de dinero por concepto de lucro cesante:

Nombre	Relación con la víctima	Concepto	Valor
Katherine Lisset Marín Joven	hija	Lucro Cesante Consolidado	\$ 86.427.613
Katherine Lisset Marín Joven	hija	Lucro Cesante futuro	\$ 18.626.952
Katherine Lisset Marín Joven	hija	Gran total	\$ 105.054.564

CUARTO: ORDENÁSE a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a título de reparación integral de los daños a bienes constitucional y convencionalmente protegidos, que en un periódico de amplia circulación nacional,

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

en uno de amplia circulación local en el Departamento de Neiva y por los medios electrónicos, pida excusas y perdón público por los hechos acaecidos el 22 de marzo de 2007, en donde se reconozca que el señor **Álvaro Marín Silva** no perdió la vida en el marco de una operación militar sino que se trató de un hecho donde lamentablemente estuvo la institución estuvo implicada, por acción.

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

SEXTO: Sin condena en costas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

**JESÚS GUILLERMO GUERRERO
GONZÁLEZ**

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 41-001-33-31-005-2009-00146-01)

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Firmado Por:

Jose Maria Mow Herrera

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 002 Administrativa

Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Noemi Carreño Corpus

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 003 Administrativa

Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Jesus Guillermo Guerrero Gonzalez

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 001 Administrativa

Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

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:

d4ecfde35088342d6c6d9edd89cb26ca45cc4f735c290daf0b7f3763ba9fa622

Documento generado en 11/05/2022 05:59:26 PM

Expediente: 41-001-33-31-005-2009-00146-01
Demandante: Leidy Johana Joven y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

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