



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, treinta (30) de junio del dos mil quince (2015)

Magistrado Ponente: **ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ**

Ref. : Proceso N° 54-001-23-31- 000-2010-00264-00
Acción : Reparación Directa
Actor : Idali Garcera Valdés y Otros
Demandado : Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional

En atención al informe secretarial que precede y con fundamento en lo establecido en el art. 170 del C.C.A., procede el Tribunal a dictar sentencia dentro del proceso de referencia, conforme lo siguiente:

I- ANTECEDENTES

1.1. La acción

Las señoras Idali Garcera Valdés y María de Jesús Valdés (representando al grupo familiar del fallecido Diego Alberto Tamayo Garcera); Adriana Palacio Bustamante y Diego Fernando Palacio Bustamante (representando al grupo familiar del fallecido Jader Andrés Palacio Bustamante); a través de apoderada judicial, presentaron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa regulada en el art. 86 del C.C.A., en contra de la Nación- Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, a fin de que se acceda a declarar las siguientes:

1.1.1. Declaraciones y Condenas

Las pretensiones del demandante fueron expuestas en la demanda de la siguiente forma¹:

*"Que la **NACIÓN COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL**, es administrativa y patrimonialmente responsable de la muerte de los jóvenes **DIEGO ALBERTO TAMAYO GARCERA** y **JADER ANDRES PALACIO BUSTAMANTE**, el día 25 de agosto de 2008, en hechos sucedidos en el sitio conocido como "El Poleo", vereda El Pampanito, del Municipio de Ocaña, Departamento de Norte de Santander, dentro del marco de circunstancias que da cuenta la presente demanda.*

*Que como consecuencia de lo anterior, condénese a la **NACIÓN COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL**, a pagar:*

(I). Grupo Familiar (DIEGO ALBERTO TAMAYO)

¹ Ver fs 4 y ss

2.1. A su señora madre **IDALI GARCERA VALDES**; a su señora abuela **MARIA DE JESUS VALDES DE GARCERA**, el valor de los **PERJUICIOS MORALES**, que sufrieron y sufren por la muerte de su hijo y nieto, equivalente a **DOSCIENTOS (200) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES** para cada uno de ellos.

Los **DOSCIENTOS (200)** salarios mínimos legales mensuales solicitados para cada uno de ellos, equivalen a la fecha de presentación de la demanda a **CIENTO TRES MILLONES DE PESOS (\$103.000.000,00)** que deberán cubrirse por supuesto con el valor del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de la sentencia debidamente ejecutoriada.

EL TOTAL EN ESTE RUBRO ES DE CUATROCIENTOS (400) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES

2.2. A su señora madre **IDALI GARCERA VALDES** el valor de los perjuicios **MATERIALES** (lucro cesante), equivalente a **SESENTA Y OCHO MILLONES SIESCIENTOS SIETE MIL CIENTO UN PESOS (\$68.607.101)**, incluido el veinticinco (25%) por concepto de prestaciones sociales. Los valores anteriores deberán actualizarse en la respectiva sentencia.

2.3. A su señora madre **IDALI GARCERA VALDES**; a su señora abuela **MARIA DE JESUS VALDES DE GARCERA**, el valor de los perjuicios por el **LA ALTERACION DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA**, que sufrieron y sufren por la muerte de su hijo y nieto, equivalente a **QUINIENTOS (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes** para cada uno de ellos, de conformidad con el artículo 16 de la ley 446 de 1998, atendiendo los principios de **"REPARACIÓN INTEGRAL Y EQUIDAD"**.

Los **QUINIENTOS (500)** salarios mínimos legales mensuales solicitados para cada uno de ellos, equivalen a la fecha de presentación de la demanda a **DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$257.500.000,00)**, que deberán cubrirse por supuesto con el valor del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de la sentencia debidamente ejecutoriada.

EL TOTAL EN ESTE RUBRO ES DE MIL (1000) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES

(II). Grupo Familiar (JADER ANDRES PALACIO BUSTAMANTE)

2.4. A sus hermanos **ADRIANA PALACIO BUSTAMANTE** y **DIEGO FERNANDO PALACIO BUSTAMANTE**, el valor de los **PERJUICIOS MORALES**, que sufrieron y sufren por la muerte de su hermano, equivalente a **DOSCIENTOS (200) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES** para cada uno de ellos.

Los **DOSCIENTOS (200)** salarios mínimos legales mensuales solicitados para cada uno de ellos, equivalen a la fecha de presentación de la demanda a **CIENTO TRES MILLONES DE PESOS (\$103.000.000,00)** que deberán cubrirse por supuesto con el valor del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de la sentencia debidamente ejecutoriada.

EL TOTAL EN ESTE RUBRO ES DE CUATROCIENTOS (400) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES

2.5. A sus hermanos **ADRIANA PALACIO BUSTAMANTE** y **DIEGO FERNANDO PALACIO BUSTAMANTE** el valor de los perjuicios **MATERIALES** (lucro cesante), equivalente a **OCHENTA Y TRES**

MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS (\$83.262.483). Incluido el veinticinco (25%) por concepto de prestaciones sociales. Los valores anteriores deberán actualizarse en la respectiva sentencia.

2.6. A sus hermanos **ADRIANA PALACIO BUSTAMANTE** y **DIEGO FERNANDO PALACIO BUSTAMANTE**, el valor de los perjuicios por el **LA ALTERACION DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA**, que sufrieron y sufren por la muerte de su hermano, equivalente a **QUINIENTOS (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes** para cada uno de ellos, de conformidad con el artículo 16 de la ley 446 de 1998, atendiendo los principios de **"REPARACIÓN INTEGRAL Y EQUIDAD"**.

Los **QUINIENTOS (500) salarios mínimos legales mensuales** solicitados para cada uno de ellos, equivalen a la fecha de presentación de la demanda a **DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$257.500.000.00)**, que deberán cubrirse por supuesto con el valor del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de la sentencia debidamente ejecutoriada.

EL TOTAL EN ESTE RUBRO ES DE MIL (1000) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES

2.7. Los intereses moratorios sobre las cantidades que resulten en favor de los citados, desde la fecha en que deba hacerse el pago hasta aquella en que efectivamente se realice. (Sentencia C-188/99 de la Corte Constitucional). En lo demás deberá darse cumplimiento al artículo 177 del C.C.A.

2.8. Para determinar el valor de los perjuicios morales deberá tenerse en cuenta la reiterada jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, relativa a la regulación de dichos perjuicios.

2.9. En la regulación de los perjuicios materiales se distinguirán dos períodos de indemnización: la debida hasta la fecha probable del fallo y la futura. Además se actualizará su valor tomando en consideración el Índice de precios al consumidor conforme al artículo 178 del C.C.A.

2.10. En caso que dentro del proceso no quedare establecido el valor de los perjuicios, deber ordenarse el trámite incidental de liquidación de perjuicios, conforme a los extremos que se señalen en la sentencia.

2.10. Que la **NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL**, debe dar cumplimiento a la sentencia que se dicte a instancias de esta demanda, dentro de los términos señalados en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A."

1.2. Hechos:

Los hechos que sirven de fundamento de las pretensiones fueron expuestos en la demanda de manera sucinta, en los siguientes términos²:

1. El señor Diego Alberto Tamayo Garcera, para el mes de agosto del 2008, era un joven trabajador dedicado a labores de ayudante de construcción en el Municipio de Soacha (Departamento de Cundinamarca), actividad de la cual derivaba su sustento y el de su familia.

² Para ampliar, ver fls 9 y ss

2. Su núcleo familiar estaba compuesto por su señora madre Idali Garcera Valdés y su señora abuela María de Jesús Valdés de Garcera.

3. Así mismo, para el mes de agosto del 2008, el señor Jader Andrés Palacio Bustamante era un joven dedicado a las labores de ayudante de construcción en el Municipio de Soacha, de donde derivaba su sustento y el de su familia (Departamento de Cundinamarca)

4. Su núcleo familiar estaba compuesto por sus hermanos Adriana Palacio Bustamante y Diego Fernando Palacio.

5. El día 23 de agosto del 2008, los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante, salieron por última vez de sus respectivos hogares ubicados en el Municipio de Soacha, resultando desaparecidos en extrañas circunstancias.

6. El día 25 de agosto de 2008, los referidos jóvenes fueron reportados como guerrilleros dados de baja en combate, por miembros de la Brigada Móvil 15 del Ejército Nacional, en el sitio conocido como "El Poleo", vereda El Pampanito, del Municipio de Ocaña, Departamento de Norte de Santander.

7. En el Acta de Inspección Técnica a Cadáver – FPJ-10-, Rad: 544986001135200800113, realizada a Diego Alberto Tamayo Garcera, de fecha 25 de agosto del 2008, se determinó:

Signos Post. Morten:

Tardíos: Frio, rígido, presenta livideces Posicionales.

Fecha y hora de la muerte: fecha: 03-25-08 HORA: 00:05

Como la determina: Violenta, por información de los militares.

Hipótesis de manera de la muerte: violenta

Hipótesis de la causa de muerte: arma de fuego

Signos de violencia

Herida en flanco izquierdo, herida abierta en tercio distal cara interna pierna derecha, las demás las determina medicina legal."

8. Así mismo, el Informe Pericial de Necropsia No. 2008010154498000129, realizada por la Unidad Básica de Ocaña del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, al señor Diego Alberto Tamayo Garcera, se informa que se encontraron nueve (9) impactos por proyectil de arma de fuego, que ocasionaron lesiones en extremidades inferiores, tórax y abdomen, en su mayoría tienen trayectoria Plano horizontal: Inferior-Superior: Plano Coronal: Antero- Posterior: Plano Sagital: Derecha – izquierda; es decir que las heridas tienen una trayectoria diagonal

9. En el Acta de Inspección Técnica a Cadáver – FPJ-10-, Rad: 544986001135200800113, realizada a Jader Andrés Palacio Bustamante, quien no fue identificado en su momento y por eso quedo como N.N., de fecha 25 de agosto de 2008, se determinó como Cronotanotología en la escena lo siguiente:

Signos Post. Morten:

Tardíos: Frio, rígido, presenta livideces Posicionales.

Fecha y hora de la muerte: fecha: 03-25-08 HORA: 00:05

Como la determina: por los militares.

Hipótesis de manera de la muerte: violenta

Hipótesis de la causa de muerte: arma de fuego

Signos de violencia

La determina medicina legal

10. En el Informe Pericial de Necropsia No. 2008010154498000129, realizada por la Unidad Básica de Ocaña del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, al señor Jader Andrés Palacio Bustamante, se informa que se encontraron siete (7) impactos por proyectil de arma de fuego, que lesionaron tórax y extremidades y causaron shock hipovolémico. En su mayoría tienen trayectoria Plano horizontal: Infero Superior: Plano Coronal: Antero- Posterior: Plano Sagital: Derecha – Izquierda; es decir que las heridas tienen una trayectoria diagonal.

11. En la opinión pericial se destaca: "se trata de un hombre adulto joven de constitución mediana quien ingresa como N.N. y que fallece en shock hipovolémico durante un enfrentamiento armado contra el ejército en el cual resultaron muertos otros dos individuos en hechos ocurridos en la vereda Pampanitos jurisdicción del municipio de Ocaña".

12. La Procuraduría General de la Nación, en cabeza del señor Procurador Dr. Edgardo José Maya Villazón, inició de manera oficiosa investigación disciplinaria radicada No. IUS-2009-57841 y IUC No.D-2010-4-101-488, por las posibles irregularidades en el ejercicio de funciones por parte de servidores públicos, con ocasión de las muertes de al parecer en combate:

"...de los señores: Fair Leonardo Porras, de 26 años, desapareció el 8 de enero, ingresó a medicina legal el 12 de enero, Elkin Verano Hernández, de 25 años, desapareció el 13 de enero, ingreso dos días después al instituto. Joaquín Castro Vásquez, de 27, desapareció el 13 de enero y su cadáver entró a medicina legal el 15 del mismo mes, , Julio Cesar Meza Vargas, de 24 años, desapareció el 26 de enero y entro a medicina legal el 28 de enero, Jonathan Soto, 17 años, desapareció el 27 de enero e ingreso el 28 del mismo mes, Daniel Pesca Olaya, de 27, desapareció el 26 de febrero, ingreso el 5 de marzo, Julián Oviedo Monroy, de 19 años, desapareció el 2 de marzo., su cadáver entró al día siguiente, Eduardo Garzón Paéz, de 32, desapareció el 4 de marzo , ingreso el 5 del mismo mes, Diego Alberto Tamayo, de 25 años, desapareció el 18 de agosto, entró a medicina legal el 25 de agosto, Víctor Gómez Romero, de 23 años, desapareció el 23 de agosto, entro a medicina legal el 25 de agosto, Andrés Palacio Bustamante, de 22 años, desapareció el 23 de agosto e ingresó a ML el 25 según lo informa nota de prensa del periódico EL Tiempo, dichas personas aparecieron muertas en los departamentos de Santander y Norte de Santander."

13. Mediante oficio No. 0055 del 22 de abril del 2009, la Fiscalía 19 UNDH y DIH, informó que se adelantan investigaciones por los casos conocidos como "desaparecidos de Soacha", entre ellos, Diego Alberto Tamayo Garcera, Jader Andrés Palacio Bustamante, y otros, por los delitos de Desaparición Forzada y Homicidio con radicado No. 110016000099-200800028.

2. Actuación Procesal

Mediante auto del 13 de agosto del 2010³, el Tribunal Administrativo del Norte de Santander admitió la demanda de la referencia, teniendo como parte demandante a las señoras Idali Garcera Valdés y María de Jesús Valdés (representando al grupo familiar del fallecido Diego Alberto Tamayo Garcera); Adriana Palacio Bustamante y Diego Fernando Palacio Bustamante (representando al grupo familiar del fallecido Jader Andrés Palacio Bustamante); y como entidad accionada a la Nación-

³ Ver fl 252

Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, ordenando darle el trámite correspondiente.

2.1. Contestación de la demanda

La apoderada del Ejército Nacional, presentó contestación de la demanda⁴, por medio de la cual se opone a la totalidad de las pretensiones de la demanda, argumentando que no se encuentra probado en el expediente la responsabilidad del Ejército Nacional.

De otra parte, propone como excepción la inimputabilidad del daño a la entidad demanda por culpa exclusiva de la víctima, argumentando que los medios probatorios demuestran la actividad delictiva de los señores Jader Andrés Palacio Bustamante y Diego Alberto Tamayo Garcera, al asumir un comportamiento que no es propio de un ciudadano de bien.

Indica que, de conformidad con los hechos probados en el expediente, los señores Jader Andrés Palacio Bustamante y Diego Alberto Tamayo Garcera participaron en el encuentro armado sostenido el día 25 de agosto del 2008 en el sector denominado "El paramito", jurisdicción del Municipio Ocaña del Departamento Norte de Santander, entre un grupo al margen de la ley y tropas del Ejército Nacional, lo cual configura la causal eximente de responsabilidad invocada.

2.2. Pruebas

Mediante auto del 10 de marzo del 2011⁵, se abrió el proceso a pruebas, teniéndose como tales las aportadas en la demanda; a su vez, fueron decretadas las pruebas solicitadas por ambas partes.

Las pruebas obrantes se relacionarán y valorarán al momento de determinar los hechos relevantes probados.

3. Despacho de Descongestión.

Mediante auto del 21 de septiembre del 2012⁶ se avocó conocimiento del presente proceso por parte del Despacho de Magistrado en Descongestión, ordenándose seguir en la etapa de recaudo de pruebas.

4.-Alegatos de Conclusión.

Mediante auto del 09 de marzo del 2015⁷, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto de fondo.

4.1. De la parte demandante

En su escrito de alegatos de conclusión⁸, la apoderada de la parte accionante reitera su solicitud de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por la ejecución extrajudicial de los señores Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante a manos de miembros del Ejército Nacional.

⁴ Para ampliar, ver fs 257 y ss

⁵ Ver fl 277

⁶ Ver fl 407

⁷ Ver fl 516

⁸ Ver fs 192 y ss

Expuso en su escrito manifestó lo siguiente:

"...Hay que destacar que los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante, tenían como domicilio el del municipio de Soacha Cundinamarca, en donde habitaban con sus familias y laboraban en las diversas oportunidades laborales que se les presentara en este municipio y que fueron llevados mediante engaños al municipio de Ocaña, y que para este momento no contaban con órdenes de captura, ni investigaciones penales en curso, y contaban con buen arraigo.

Teniendo en cuenta que la muerte de los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante, fue ocasionada por miembros del Ejército Nacional y posteriormente señalada como guerrilleros dados de baja en combate, y como se evidencia dentro de las diversas declaraciones contenidas dentro del proceso penal, se trató de un homicidio cometido por los miembros del Ejército Nacional, y que llegó a ser conocido a nivel Nacional como FALSOS POSITIVOS DE SOACHA, vulnerándose claramente el Derecho Internacional Humanitario(...)

...La responsabilidad de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, por los daños causados a los demandantes como consecuencia de la desaparición y posterior muerte de los señores DIEGO ALBERTO TAMAYO GARCERA Y JADER ANDRÉS PALACIO BUSTAMANTE - Q.E.P.D.-, víctimas de ejecución extrajudicial por parte de miembros del Ejército Nacional, ello constituye una grave violación a los derechos humanos, toda vez que el hecho que ocasiono la muerte de los jóvenes arriba en mención fue derivado de la comisión de un delito de lesa humanidad, razón por la cual se debe tener en cuenta la observancia de las reglas procedimentales en aras de concretar el acceso a la administración de justicia de quienes han sido especialmente afectados por la actividad u omisión del Estado...

...Analizando las pruebas obrantes en el expediente, se permite establecer que la muerte de los jóvenes DIEGO ALBERTO TAMAYO GARCERA Y JADER ANDRÉS PALACIO BUSTAMANTE, fue de manera violenta y ocasionada por miembros del Ejército Nacional, el día 25 de agosto de 2008, en las inmediaciones del municipio de Ocaña, y fueron reportados como guerrilleros dados de baja en combate, y más adelante conocidos como Falsos Positivos, circunstancia que a todas luces resulta lesiva de los derechos humanos convirtiéndose en delitos de lesa humanidad, ya que se trataba de jóvenes que habitaban en el municipio de Soacha (Cundinamarca) que fueron llevados mediante engaños al municipio de Ocaña y posteriormente masacrados por miembros del Ejército Nacional, como se evidencia en los diferentes testimonios que se encuentran dentro del proceso penal...

...Mediante Auto de 29 de agosto de 2014 la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos formula el Cargo Disciplinario a los uniformados del Ejército Nacional SS JANNER EDIEL DUQUE MARIN, CS RICHARD ARMANDO JOJOA BASTIDAS, SLP NIXON ARTURO CUBIDES CUESTA, SLP MAURICIO CUNICHE DELGADILLO, SLP JORGE ORLANDO GONZALEZ CEBALLOS, SLP JOSE ADOLFO FERNANDEZ RAMIREZ, integrantes para la fecha de los hechos del Grupo Localizador de cabecillas - GRULOC- ESPADA 1, del Batallón Contraguerrilla No. 96 " TC. OMAR PIO VELLOGIN GUILLOT" adscrito a la Brigada Móvil No. 15 con sede en Ocaña cuando se encontraban en la Misión Táctica ALFORJA, en el sitio conocido es El Poleo, de la vereda Pampanito, en el área rural del municipio de Ocaña, el 25 de agosto de 2008, fecha de ocurrencia de los hechos, quienes a esta altura procesal, al encontrarse objetivamente demostrada la conducta y, existiendo prueba que compromete su responsabilidad, infringieron su

deber funcional inherente a la Fuerza Pública, que se traduce en la protección y defensa, entre otros del orden constitucional según lo expuesto en el artículo 217 de la Constitución Política, en donde el derecho a la vida y a la integridad personal es uno de sus fundamentos...

4.2. De la Nación- Ejército Nacional

En su escrito de alegatos⁹, la apoderada del Ejército Nacional ratifica los argumentos expuestos en la contestación de la demanda en cuanto a la existencia de la culpa exclusiva de la víctima, reiterando que la actuación de los señores Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante llevó a la causa del daño, razón por la cual no existe nexo de causalidad entre su actuación y el daño sufrido, rompiéndose así el nexo de causalidad.

4.3. Del Ministerio Público.

En su concepto de fondo, el Ministerio Público solicita que se acceda a las súplicas de la demanda, argumentando que si bien es cierto no existen condenas penales ni disciplinarias en contra de los miembros del Ejército Nacional, todos los indicios conducen a demostrar que están probados los elementos del daño y la responsabilidad estatal.

II. CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia

Este Tribunal tiene competencia para decidir la demanda incoada en ejercicio de la acción de reparación directa de la referencia, en primera instancia, con fundamento en lo reglado en el art. 132, numeral 6 del C.C.A.

Igualmente, dado que el presente proceso para el día 2 de julio de 2012, se encontraba en trámite, su continuación y decisión se rigen por el ordenamiento jurídico anterior a dicha fecha, tal como se regula en el art. 308 de la ley 1437 de 2011.

2.2.- El asunto a resolver:

Debe la Sala resolver si hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, por el daño antijurídico que la parte actora afirma en la demanda se le causó con las muertes de los señores Diego Alberto Tamayo Garcés y Jader Andrés Romero Bustamante ocurridas el día 25 de agosto del 2008 en el sitio conocido como "El poleo", de la jurisdicción del Municipio Ocaña -Departamento Norte de Santander-, en un supuesto enfrentamiento con el GRULOC compañía Espada 1 del Batallón de Contraguerrillas No. 96 al mando del Sargento Segundo Janner Duque Marín, en desarrollo de la orden de operaciones "Atenas", misión táctica "Alforja".

De ser procedente, condenar a la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional al pago de los perjuicios causados a la parte accionante, de conformidad con los elementos probatorios obrantes en el expediente y la jurisprudencia sobre el tema en concreto.

La Nación- Ministerio de Defensa -Ejército Nacional se opone a las pretensiones de la demanda, proponiendo la excepción de culpa exclusiva de la víctima, argumentando que los medios probatorios demuestran la actividad delictiva de los

⁹ Ver fl 559 y ss

señores Diego Alberto Tamayo Garcés y Jader Andrés Romero Bustamante, al asumir un comportamiento que no es propio de un ciudadano de bien, pues éste participó en el conflicto armado sostenido el día 25 de agosto del 2008 en el sector denominado "El poleo", de la jurisdicción del Municipio Ocaña –Departamento Norte de Santander-, entre un grupo al margen de la ley y tropas del Ejército Nacional, lo cual configura la causal eximente de responsabilidad invocada.

El Ministerio Público solicitó que se accediera a las súplicas de la demanda, pues en el presente asunto se encuentran demostrados los elementos que configuran la responsabilidad patrimonial del Ejército Nacional.

2.3. Excepciones propuestas:

La apoderada del Ministerio de Defensa- Ejército Nacional propuso como excepción la culpa exclusiva de la víctima.

Sobre este punto, es de recordar que el art. 164 del C.C.A., dispone que en la sentencia se defina sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.

No obstante lo anterior, la Sala observa que los argumentos expuestos por dicha entidad, no constituye propiamente una excepción de mérito que haga improcedente la acción o la pretensión, dado que se trata de la defensa jurídica de fondo de la entidad demandada, por lo cual tal argumento se resolverá al momento de decidir de fondo el presente conflicto, específicamente al momento de definirse si existiendo un daño antijurídico el mismo es imputable a la citada entidad.

No existiendo, entonces, excepciones que resolver, lo procedente será plantear y resolver el siguiente problema jurídico.

2.4.- Problema Jurídico

De lo expuesto anteriormente el problema jurídico a resolver es el siguiente:

¿Hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial de la Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, por el daño antijurídico que la parte actora afirma en la demanda se le causó con las muerte de los señores Diego Alberto Tamayo Garcés y Jader Andrés Romero Bustamante ocurridas el día 25 de agosto del 2008 en el sitio conocido como "El poleo", de la jurisdicción del Municipio Ocaña – Departamento Norte de Santander-, en un supuesto enfrentamiento con el GRULOC compañía Espada 1 del Batallón de Contraaguerrillas No. 96 al mando del Sargento Segundo Janner Duque Marín, en desarrollo de la orden de operaciones "Atenas", misión táctica "Alforja"; no obstante el Ejército Nacional se opone a las pretensiones proponiendo la excepción de culpa exclusiva de la víctima, pues los fallecidos participaron en el enfrentamiento armado sostenido el día 25 de agosto del 2008, entre un grupo al margen de la ley y tropas del Ejército Nacional?

2.5.- Tesis de las partes:

Las tesis de las partes fueron expuestas en el numeral 2.2. asunto a resolver, por lo que no se hace necesario volver a repetir las.

2.6.- Tesis del Tribunal.

Este Tribunal, luego del análisis de la situación fáctica, del ordenamiento jurídico y del acervo probatorio, que regula el tema de la responsabilidad Patrimonial del Estado, especialmente en los asuntos de las mal llamadas ejecuciones extrajudiciales por parte de agentes del Estado, sostiene la tesis de que en el presente caso hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial de la Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, por el daño antijurídico que la parte actora afirma en la demanda se le causó con las muertes de los señores Diego Alberto Tamayo Garcés y Jader Andrés Romero Bustamante ocurridas el día 25 de agosto del 2008 en el sitio conocido como "El poleo", de la jurisdicción del Municipio Ocaña -Departamento Norte de Santander-, en un supuesto enfrentamiento con el GRULOC compañía Espada 1 del Batallón de Contraguerrillas No. 96 al mando del Sargento Segundo Janner Duque Marín, en desarrollo de la orden de operaciones "Atenas", misión táctica "Alforja".

Lo anterior, en razón a que se encuentra ampliamente demostrado en el expediente que la muerte de los señores Diego Alberto Tamayo Garcés y Jader Andrés Romero Bustamante acaecida el 25 de agosto del 2008, ocurrió por el actuar irregular de miembros de la compañía Espada 1 del Batallón de Contraguerrillas No. 96 al mando del Sargento Segundo Janner Duque Marín, en desarrollo de la orden de operaciones "Atenas", misión táctica "Alforja", quienes sin mediar enfrentamiento armado alguno procedieron a darles muerte así:

- ✓ Diego Alberto Tamayo Garcera, nueve (9) impactos por proyectil de arma de fuego que lesionaron tórax y extremidades y causaron shock hipovolémico.
- ✓ Jader Andrés Palacio Bustamante, siete (7) impactos por proyectil de arma de fuego, que lesionaron tórax y extremidades y causaron shock hipovolémico.

Sobre la excepción propuesta por la apoderada del Ejército Nacional, consistente en la existencia de la culpa exclusiva de la víctima, esta Sala considera que no hay lugar a declararla, toda vez que se encuentra demostrado que la muerte de los señores Diego Alberto Tamayo Garcés y Jader Andrés Romero Bustamante obedeció a una ejecución que no ocurrió en un combate, en la cual no sólo se alteró la escena y las circunstancias de lo ocurrido, sino además, se falsificaron documentos públicos para justificar un delito de dicha magnitud, razón por la cual se queda sin sustento fáctico dicha excepción, sin que se pueda predicar que estos hayan participado de forma alguna en el combate armado que afirma la entidad demandada como la causa de su muerte.

En consecuencia, se encuentra probado que la parte actora sufrió un daño antijurídico, el cual es imputable a la entidad demandada, pues fueron miembros del Ejército Nacional los que dispararon sus armas de dotación oficial causando la muerte de los señores Diego Alberto Tamayo Garcés y Jader Andrés Romero Bustamante, sin que existiera justificación alguna, vulnerándose gravemente la normatividad jurídica que ordena que las autoridades deben proteger la vida, honra y bienes de todas las personas residentes en el País.

2.7.- Decisión a tomar.

Conforme con lo anterior, la decisión a tomar no puede ser otra que la de acceder a declarar la responsabilidad patrimonial de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional por la muerte de los señores Diego Alberto Tamayo Garcés y Jader Andrés Romero Bustamante, a manos de miembros del Ejército Nacional.

En cuanto a la solicitud de perjuicios formulada en las pretensiones de la demanda, esta Sala ordenará los que se encuentren demostrados en el expediente, y siguiéndose los parámetros jurisprudenciales fijados por el H. Consejo de Estado.

De oficio se tomarán unas medidas de justicia restaurativa, conforme lo fijado por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

2.7.1.- Argumentos que soportan la decisión:

1.-) De la acción ejercida en el presente caso.

La parte demandante presentó la demanda en ejercicio de la acción de reparación directa, (folio 4 y ss) la cual como es sabido se encuentra regulada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, y que permite a la persona interesada entrar a demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

En el presente caso, en la demanda se solicita esencialmente, que se declare a la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, responsable de la totalidad de los daños irrogados a los actores como consecuencia de la muerte de los señores Diego Alberto Tamayo Garcés y Jader Andrés Romero Bustamante, víctima de una ejecución extrajudicial por parte de miembros del Ejército Nacional.

2.-) Cumplimiento de los presupuestos procesales de la acción.

En el presente caso se cumplieron los presupuestos procesales de la acción de reparación directa.

De un lado no existe caducidad de la acción, toda vez que el daño que se cita como la causa de los perjuicios reclamados acaeció el 25 de agosto del 2008¹⁰ con la muerte de jóvenes, el apoderado de la parte accionante presentó solicitud de conciliación ante la Procuraduría 98 Judicial II, la cual fue declarada fallida el 12 de julio del 2010¹¹; y la demanda fue presentada el 16 de julio del 2010¹², de tal suerte que la demanda fue presentada dentro del término de caducidad de la acción -2 años-, evitándose que operara el fenómeno de la caducidad de la acción, tal como lo regula el artículo 136, numeral 8 del C.C.A.

Por lo demás, debe aclarar esta Sala que tratándose de la declaratoria de responsabilidad de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, por los daños irrogados a los actores como consecuencia de la muerte de los señores Diego Alberto Tamayo Garcés y Jader Andrés Romero Bustamante, víctimas de una ejecución extrajudicial por parte de miembros del Ejército Nacional, ello constituye una grave violación a los derechos humanos -delito de lesa humanidad-, razón por la cual es menester morigerar la observancia de las reglas procedimentales en aras de concretar el acceso a la administración de justicia de quienes han sido especialmente afectados por la actividad u omisión del Estado.

¹⁰ Ver ff 72 y 75

¹¹ Ver ff 71

¹² Ver ff 69

Lo anterior, con fundamento en el criterio expuesto por el Consejo de Estado en el auto de fecha ocho (8) de junio del 2011¹³, en el cual se dijo:

"En vista de que las ejecuciones extrajudiciales constituyen grave violación de los derechos humanos, cuyo amparo y garantía son elemento fundante del Estado Social de Derecho, debe disponerse de recursos judiciales efectivos que materialicen la protección de los mismos, lo cual conlleva a morigerar la observancia de las reglas procedimentales en aras de concretar el acceso a la administración de justicia de quienes han sido especialmente afectados por la actividad u omisión del Estado.

Esta consideración permite afirmar que la caducidad de las acciones, como instrumento procesal que propende por la seguridad jurídica, puede ser inaplicada excepcionalmente en casos de grave violación de los derechos humanos, para permitir el adelantamiento de procesos tendientes a la reparación de los afectados, como en el presente caso".

De otra parte, este Tribunal es competente para decidir el presente conflicto, tal como se explicó en el numeral 1 de este capítulo, y además por reunir la demanda los requisitos de forma, razón por la cual fue admitida por este Tribunal mediante auto del 13 de agosto del 2010¹⁴.

3.) De los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado:

Como es sabido, la jurisprudencia administrativa nacional desde tiempo atrás ha sostenido que en materia de responsabilidad extracontractual del Estado son aplicables dos regímenes, a saber: Uno el denominado de falla probada del servicio y el otro el de la responsabilidad objetiva. Igualmente, se ha precisado que a partir de la expedición del artículo 90 de la Constitución de 1991 no se eliminaron dichos regímenes para manejar todos los casos por la vía de la responsabilidad objetiva, sino que, por el contrario se les dio un soporte normativo directo de rango constitucional, aclarándose que la prosperidad de las demandas de reparación directa está condicionada a que la parte actora acredite la existencia de los elementos que configuran la responsabilidad, como son la ocurrencia de un daño antijurídico y la imputación del mismo a la entidad pública demandada. Por lo tanto se ha reiterado que en los eventos en que se planteen los casos por el régimen de la falla del servicio probada es necesario que el demandante pruebe la existencia de los 3 elementos que la configuran, esto es, que se presentó un daño antijurídico; que hubo una falla del servicio; y que existe el nexo causal entre los dos anteriores elementos, esto es, que el daño sea consecuencia directa de la falla del servicio¹.

Igualmente, la H. Corte Constitucional ha compartido la referida construcción jurisprudencial del H. Consejo de Estado sobre el régimen de responsabilidad, a efectos de declarar judicialmente la responsabilidad extracontractual de las entidades públicas, resaltando que, a la luz de lo previsto en el artículo 90 constitucional, el mismo está edificado sobre los dos conceptos relativos a la existencia al daño antijurídico y a la imputabilidad. Así se puede observar, por ejemplo, de lo expuesto en la sentencia C-038 de 2006², en la cual se precisó lo siguiente:

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Radicación: 81-001-23-31-000-2010-00049-01 (40491), Actor: RUTH IRENE DÍAZ AVILA Y OTRO, Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL, Acción: REPARACION DIRECTA

¹⁴ Ver # 252

"Los elementos centrales del régimen de responsabilidad consagrado constitucionalmente son la noción de daño antijurídico y su imputación al Estado, razón por la cual la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de delimitarlos conceptualmente. Sobre el daño antijurídico se pronunció extensamente en la sentencia C-333 de 1996, donde luego de estudiar los debates de la Asamblea nacional Constituyente concluyó que la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90 estuvo inspirada en la doctrina española, la cual ha definido el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, postura acogida por la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana.

... El segundo elemento que configura la responsabilidad patrimonial del Estado a la luz del artículo 90 constitucional es la imputabilidad del daño antijurídico a las autoridades públicas, aspecto en el cual también ha sido abordado por la jurisprudencia de esta Corporación y tratado profusamente por el Consejo de Estado. Esta última autoridad judicial ha sostenido que la imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto en ciertos eventos se produce una disociación entre tales conceptos, razón por la cual para imponer al Estado la obligación de reparar un daño "es menester que además de constatar la antijuridicidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión: vale decir, la "imputatio juris", además de la imputatio facti".

1 A este respecto se puede consultar, entre otras, la sentencia del 27 de noviembre de 2006, dictada por la Sección Tercera C.P. Dr Ramiro Saavedra Becerra, expediente radicado 25000232600019950126201.

2 Sentencia proferida por la Corte con ponencia del Magistrado doctor Humberto Antonio Sierra Porto, en la cual se declaró exequible el inciso primero del artículo 86 del C.C.A."

En relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado 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"¹⁵. 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"¹⁶.

En cuanto a la imputación del daño antijurídico el Consejo de Estado recordó en sentencia del veinte (20) de marzo de dos mil trece (2013)¹⁷ que:

"...exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio -simple, presunta y probada-; daño especial -desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006. C.P. Mauricio Fajardo. Exp. 13168.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000. C.P. Aller Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11601.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá, D.C., veinte (20) de marzo de dos mil trece (2013). Radicación número: 68001-23-15-000-1994-09780-01(22491)A, Actor: GILVIO LOPEZ Y OTROS, Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL

excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado."

3.1.- Del daño antijurídico

Por daño antijurídico, sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-254 del 2003:

"...la antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública"¹⁸.

De igual forma se tiene que:

"...debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala, un "Estado Social de Derecho, solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos"¹⁹. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable²⁰, anormal²¹ y que se trate de una situación jurídicamente protegida²²".

En relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado 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"²³. 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"²⁴.*

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala encuentra que la parte accionante sufrió un daño que se materializó con la muerte de los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante y se constata con los registros civiles de defunción vistos a fls 72 y 75 –respectivamente–.

Aunado a ello, la condición de antijuridicidad se constata bajo la lógica de que ninguna persona se encuentra en la obligación jurídica de soportar que un familiar suyo sea asesinado por miembros del Ejército Nacional y luego presentado como dado de baja en combate, cuando dicha situación nunca ocurrió.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

¹⁹ Agregándose: "Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirse al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana". Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

²⁰ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

²¹ "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

²² Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006. C.P. Mauricio Fajardo. Exp. 13168.

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000. C.P. Aller Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11601.

Una vez verificado el daño antijurídico, esta Sala pasará a estudiar el resto de los elementos configurativos de la responsabilidad patrimonial del Estado, en cabeza de la Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional.

3.2. De la imputación del daño antijurídico a la entidad demandada.

Ahora bien, sobre el segundo elemento de la responsabilidad patrimonial denominado imputación, sostuvo el Consejo de Estado en sentencia del veinte (20) de marzo de dos mil trece (2013)²⁵ que:

"exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado."

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica.

En los anteriores términos, la responsabilidad patrimonial del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico).

Así las cosas, esta Sala analizará la imputación en sus dos esferas (*imputatio iuris* – *imputatio facti*):

3.2.1. Imputación jurídica

Para efectos de desarrollar un esquema más claro, esta Sala realizará la imputación jurídica de la siguiente forma:

- ✓ Bloque de constitucionalidad
- ✓ De orden internacional
- ✓ De orden Constitucional
- ✓ De orden Legal
- ✓ Jurisprudencia Nacional
- ✓ Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- ✓ Conceptos y resoluciones

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El artículo 93 de la Constitución Nacional, dispuso:

"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."

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá, D.C., veinte (20) de marzo de dos mil trece (2013). Radicación número: 68001-23-15-000-1994-09780-01(22491)A, Actor: GILVIO LOPEZ Y OTROS, Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia." (destacado fuera de texto)

DE ORDEN INTERNACIONAL

- ✓ Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

"Artículo 1. *Obligación de Respetar los Derechos* 1. Los Estados Partes en esta Convención **se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.**"

"Artículo 4. *Derecho a la Vida* 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. **Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.**" (Destacado fuera de texto)

De lo anterior, se tiene que las obligaciones internacionales adquiridas por los estados parte –en este caso, Colombia–, deben ser cumplidas bajo la buena fe, en desarrollo del principio *pacta sunt servanda*²⁶.

- ✓ Convenios de Ginebra:

"Artículo 3. **En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 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: los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles.**" (destacado fuera de texto)

- ✓ Declaración Universal de los Derechos Humanos (Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948):

"Artículo 3 *Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.*"

- ✓ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966):

²⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 se refiere en su artículo 53:

"La norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo pueda ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter"

"El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente."

✓ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948):

"Artículo 1. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona."

DE ORDEN CONSTITUCIONAL

"ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo."

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (destacado fuera de texto)

"ARTICULO 11. El derecho a la vida es inviolable. **No habrá pena de muerte.**" (destacado fuera de texto)

"ARTICULO 12. **Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.**" (destacado fuera de texto)

"ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas."

DE ORDEN LEGAL

✓ Ley 707 del 28 de noviembre de 2001, Por medio de la cual se aprueba la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas", hecha en Belém do Pará, el nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994):

"Artículo 1: Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a:

- a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aún en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales;
- b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo;
- c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y
- d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole, necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.

Artículo 2: Para los efectos de la presente Convención, **se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.** (destacado fuera de texto)

- ✓ Ley 1448 de 2011 "Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones"

"ARTÍCULO 3o. VÍCTIMAS. Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1o de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno."

JURISPRUDENCIA NACIONAL

Esta Sala trae a colación, en lo pertinente, los más recientes pronunciamientos del Consejo de Estado sobre las ejecuciones extrajudiciales:

- ✓ Sentencia de unificación del 28 de agosto del 2014, C.P. Dr. Ramiro Pazos Guerrero²⁷:

"...14.2. El régimen de responsabilidad aplicable al sublite es el de falla del servicio, título jurídico de imputación alegado por los actores en el libelo de la demanda a través del cual pretenden ser resarcidos integralmente por los perjuicios padecidos. Tratándose de graves violaciones a los derechos humanos, el juicio de responsabilidad se enmarca en la denominada responsabilidad subjetiva materializada en el título de falla del servicio.

14.3. En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sede de reparación directa ha condenado en varios fallos a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, por víctimas del conflicto armado que, inexplicablemente, perdieron la vida en presuntos operativos militares o combates armados con grupos organizados al margen de la ley; de estas situaciones fácticas se ha derivado la responsabilidad del Estado bajo el título jurídico de imputación de falla del servicio por las violaciones a deberes funcionales de origen convencional, constitucional y legal."

- ✓ Sentencia del 3 de diciembre del 2014, C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio²⁸

"...En aquellos especiales y singulares eventos donde la producción de daños antijurídicos comprende la violación de derechos humanos y del

²⁷ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 32988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUB-SECCIÓN C, CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil catorce (2014), Radicación: 73 001 23 31 000 2004 02113 01 (45433), Actor: Luis Antonio Salinas Sánchez y otros, Demandado: Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-Policía Nacional, Asunto: Acción de reparación directa (sentencia)

derecho internacional humanitario, convencionalmente y constitucionalmente [por virtud de los artículos 2 y 94 de la Carta Política; 1.1, 2 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 12 del Convenio I de Ginebra de 1949 "para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña", y el artículo 4.2 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, "relativa a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin

(...)

El juez administrativo debe y puede pronunciarse sobre tal vulneración y hacerla parte del daño tanto por su despliegue directo en las víctimas, como en sus familiares.

La muerte de personas en el marco de un conflicto armado interno no puede tener como unívoca lectura la constatación del fallecimiento material, sino que exige asociarlo al respeto de la dignidad humana, como principio democrático sustancial, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo, el derecho constituir una familia y el derecho a la libertad.

Se trata de afirmar que todo ciudadano que fallece en el marco del conflicto armado, sin perjuicio de su situación frente al mismo, encuentra cercenados los anteriores derechos, porque **(1) la forma violenta en que fallece puede en sí misma comprender una vulneración de tal tipo que se ofende el principio de humanidad y de dignidad; (2) se desprende como efecto inmediato e indiscutible que se entorpece cualquier elección del sujeto que fallece en tales condiciones, desde la perspectiva de vida personal, familiar, social y económica¹⁰⁷; (3) se hace extinguir, abruptamente, cualquier capacidad laboral, productiva o económica de la persona, que en condiciones normales las podría haber desplegado; (4) se niega la posibilidad de constituir una familia, o se limita la posibilidad de disfrutar de la misma y de todas las virtudes y obligaciones que en dicha figura existe; (5) la persona se somete arbitrariamente a la limitación absoluta de la libertad como expresión plena de la entidad de la persona, y, (6) los familiares de las personas sometidas a la tal cercenamiento de derechos, también padecen un impacto en la dignidad colectiva¹⁰⁸, al encontrar que sus hijos, hermanos o nietos fueron objeto de actos que violentaron todos los mínimos de respeto que esto produce una limitación o restricción indebida en la esfera de sus propios derechos, de su calidad de vida, de su identidad social, y de su posibilidad de superación como individuos de la sociedad democrática.**

Desde la perspectiva del derecho internacional humanitario debe examinarse, también, por el juez administrativo si su vulneración produce un daño antijurídico, especialmente cuando la muerte violenta está precedida de una seria antijuridicidad al contravenirse la prohibición de atentar contra la vida de quien en el marco del conflicto está confrontación, bien sea porque no se respeta cometiendo un homicidio, o sometiendo a la persona a su eliminación en su valor como ser humano." (destacado fuera de texto)

✓ Sentencia del 22 de junio del 2011, C.P. Dr. Enrique Gil Botero²⁹:

"Lo que sí existe absoluta certeza dentro del proceso, es que la persona que vio por última vez con vida a Jesús Antonio Higueta Larrea, es clara y enfática al señalar que fue detenido en un retén por miembros del Ejército Nacional. En cuanto a las declaraciones de los soldados que participaron

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio del 2011, rad. 20706, M.P. Enrique Gil Botero.

en el operativo contraguerrilla y en los retenes que se realizaron en el sector, éstos sólo se limitaron a señalar que luego del enfrentamiento armado encontraron un cadáver que al parecer era de un subversivo, sin embargo, esto no es prueba suficiente que permita concluir que la entidad demandada no estuviera implicada directamente en los hechos. Es así como, los miembros de las autoridades públicas que detuvieron a Jesús Antonio Higuera Larrea, tenían el deber constitucional y legal de devolverlo en las mismas condiciones en las que fue retenido, o entregarlo a las autoridades correspondientes, si era requerido por la justicia. Del acervo probatorio, no se puede desconocer que en desarrollo de un operativo contraguerrilla se ordenó la instalación de retenes para monitorear el sector, en donde se detuvo a Jesús Antonio Higuera Larrea, quien posteriormente apareció muerto, y aún cuando se le quería hacer pasar como subversivo dado de baja en combate, del acta de levantamiento de cadáver y de la declaración del inspector que realizó esta diligencia, es fácil concluir que esta afirmación no es cierta, pues el occiso vestía de civil y no se le encontró armamento alguno.”

Para ampliar, igualmente se pueden consultar diversos pronunciamientos del Consejo de Estado en similar sentido^{30 31 32}.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Como es sabido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha proferido sendas condenas contra varios Estados sujetos a su competencia, por la violación del derecho a la vida, con ocasión de ejecuciones extrajudiciales por parte de miembros de las fuerzas militares.

✓ Respecto al Estado Colombiano, resulta relevante recordar la sentencia del 6 de diciembre de 2001, proferida en el conocido caso de LAS PALMERAS VS COLOMBIA, en la cual se decidió el caso de la ejecución extra judicial de 7 personas por parte de miembros de la Policía Nacional y el Ejército Nacional el 23 de enero de 1991:

“En la mañana de ese mismo día, se encontraban en la escuela rural de Las Palmeras unos niños que esperaban el comienzo de las clases y dos trabajadores que reparaban un tanque séptico. Estos eran Julio Milciades Cerón Gómez y Artemio Pantoja. En un terreno lindero se hallaban los hermanos Wilian Hamilton y Edebraes Norverto, ambos Cerón Rojas, ordeñando una vaca. El maestro Hernán Javier Cuarán Muchavisoy estaba por llegar a la escuela.

Las fuerzas del Ejército abrieron fuego desde un helicóptero e hirieron al niño Enio Quinayas Molina, en ese entonces de seis años, quien se dirigía a la escuela.

La Policía detuvo en la escuela y en sus alrededores al maestro Cuarán Muchavisoy, a los trabajadores Cerón Gómez y Pantoja, a los hermanos Wilian Hamilton y Edebraes Cerón y a otra persona no identificada que podría ser Moisés Ojeda o Hernán Lizcano Jacanamejoy. La Policía Nacional ejecutó extrajudicialmente por lo menos a seis de estas personas.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de marzo del 2012, rad. 21380, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de marzo del 2013, rad. 21359, M.P. Hernán Andrade Rincón.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 11 de septiembre del 2013, rad. 20601, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

Los miembros de la Policía Nacional y del Ejército realizaron numerosos esfuerzos para justificar su conducta. En este orden de ideas, vistieron con uniformes militares los cadáveres de algunas de las personas ejecutadas, quemaron sus ropas y amedrentaron a varios testigos del caso. Igualmente, la Policía Nacional presentó siete cadáveres como pertenecientes a subversivos muertos en un presunto enfrentamiento. Entre esos cadáveres se encontraban seis cuerpos de las personas detenidas por la Policía y un séptimo, cuyas circunstancias de muerte no han sido esclarecidas. (Destacado fuera de texto)

✓ Igualmente, resulta pertinente recordar lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el "CASO JUAN HUMBERTO SÁNCHEZ Vs HONDURAS"³³, al proferirse la condena en contra del Estado de Honduras:

"109. Esta Corte destaca que a la luz de los hechos probados, el Estado violó el derecho a la vida en perjuicio del señor Juan Humberto Sánchez desde una triple perspectiva. En primera lugar, (...) existen suficientes elementos de convicción para concluir que la muerte del señor Juan Humberto Sánchez se debió a una ejecución extrajudicial perpetrada por agentes militares (...).

110. En segundo lugar, al existir un patrón de ejecuciones extrajudiciales toleradas e impulsadas por el Estado, éste generó un clima incompatible con una efectiva protección del derecho a la vida. (...) Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. El cumplimiento del artículo 4, (...) no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva).

111. Asimismo, y en tercer lugar, el Estado es responsable de la observancia del derecho a la vida de toda persona bajo su custodia en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención Americana. (...) El Estado como garante de este derecho le impone la prevención en aquellas situaciones -como ahora en el sub iudice- que pudieran conducir, incluso por acción u omisión, a la supresión de la inviolabilidad del derecho a la vida. (...)

113. A la luz de lo anteriormente expuesto, la Corte concluye que el Estado violó, en perjuicio del señor Juan Humberto Sánchez, el artículo 4.1 en relación al artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta protección activa del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal, y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía y a sus fuerzas armadas. (...)" (Destacado fuera de texto)

CONCEPTOS Y RESOLUCIONES

En cuanto a la diferencia entre la desaparición y las ejecuciones extrajudiciales, las Naciones Unidas, en 1980, Resolución 20 (XXXVI) de 29 de febrero de 1980, estableció el Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ficha técnica: Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras; Fecha de interposición de la denuncia ante la Comisión: 19 de octubre de 1992; Fecha de interposición de la demanda ante la Corte: 8 de septiembre de 2001.

Los trabajos de este grupo llevaron a que dos años más tarde, la Comisión de Derechos Humanos, mediante la Resolución 1982/29 de 11 de marzo de 1982, recomendará al Consejo Económico y Social nombrar un relator especial para determinar la existencia y alcance de la práctica de ejecuciones sumarias o arbitrarias.

La referida resolución fue adoptada por el Consejo Económico y Social en Resolución 1982/35, que estableció un mandato para el Relator Especial de ejecuciones sumarias o arbitrarias, diferenciado del grupo de las desapariciones forzadas o involuntarias, con el fin de establecer sus características y elementos. Este Relator, en cumplimiento de su mandato, visitó Colombia en 2009, y sobre los llamados falsos positivos.

Así las cosas, se tiene la intervención del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias -señor Philip Alston-, en su informe rendido ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en su período de sesiones No. 14, sobre la misión adelantada al respecto en nuestro país:

"Las fuerzas de seguridad han perpetrado un elevado número de asesinatos premeditados de civiles y han presentado fraudulentamente a esos civiles como "bajas en combate". Aunque al parecer estos llamados falsos positivos no respondían a una política de Estado, tampoco fueron hechos aislados. Esos homicidios fueron cometidos por un gran número de unidades militares y en todo el país. Se produjeron porque las unidades militares se sintieron presionadas para demostrar que su lucha contra las guerrillas tenía resultados positivos a través del "número de bajas". Hubo además algunos alicientes: un sistema oficioso de incentivos ofrecidos a los soldados para que produjeran bajas y un sistema oficial de incentivos ofrecidos a los civiles para que proporcionaran información que condujera a la captura o muerte de guerrilleros. Este último sistema careció de supervisión y transparencia. En general, hubo una falta fundamental de rendición de cuentas y problemas en todas las etapas de los procesos disciplinarios y de investigación"³⁴.

(...)

"En algunos casos, un "reclutador" pagado (un civil, un miembro desmovilizado de un grupo armado o un ex militar) atrae a las víctimas civiles a un lugar apartado engañándolas con un señuelo, por lo general la promesa de un trabajo. Una vez allí, las víctimas son asesinadas por miembros de las fuerzas militares, a menudo pocos días u horas después de haber sido vistas por los familiares por última vez. En otros casos, las fuerzas de seguridad sacan a las víctimas de sus hogares o las recogen en el curso de una patrulla o de un control de carretera. Las víctimas también pueden ser escogidas por "informantes", que las señalan como guerrilleros o delincuentes a los militares, a menudo a cambio de una recompensa monetaria. Una vez que estas víctimas son asesinadas, las fuerzas militares organizan un montaje de la escena, con distintos grados de habilidad, para que parezca un homicidio legítimo ocurrido en combate. El montaje puede entrañar, entre otras cosas, poner armas en manos de las víctimas; disparar armas de las manos de las víctimas; cambiar su ropa por indumentaria de combate u otras prendas asociadas con los guerrilleros; o calzarlas con botas de combate". (destacado fuera de texto)

³⁴ <http://www.hcr.or.co/documentos/informes/altocomisionado/informe2010/esp.doc>

Se tiene entonces por parte de esta Sala, que en el presente asunto la imputación jurídica del daño antijurídico que se realiza en contra de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, es la que corresponde al título de imputación por falla en el servicio, por las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario de civiles por la muerte en la modalidad de ejecución extrajudicial de los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante, en su condición de víctimas del conflicto interno armado Colombiano como terceros no combatientes protegidos por el derecho internacional humanitario.

Una vez realizada la imputación jurídica, procede esta Sala a realizar la imputación fáctica en cabeza de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.

3.2.2. Imputación fáctica

Bajo el marco jurídico anteriormente referido, la Sala procederá a recordar los hechos relevantes que se encuentran probados, para luego concluir sobre la configuración de los elementos de la responsabilidad del Estado, por los hechos relacionados con la muerte de los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante:

Hechos relevantes y valoración probatoria.

En el presente caso se encuentran demostrados jurídicamente los siguientes hechos relevantes:

1. Núcleo familiar de los fallecidos

- ✓ Acerca del núcleo familiar de Diego Alberto Tamayo Garcera

Madre: Idali Garcera Valdés –fl 73

Abuela: María de Jesús Valdés –fl 74

- ✓ Acerca del núcleo familiar de Jader Andrés Palacio Bustamante

Hermanos: Adriana Palacio Bustamante y Diego Fernando Palacio Bustamante –fls 76 a 78.

- ✓ En cuanto al contexto personal de Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante, se tiene lo siguiente:

- Antecedentes penales

El joven Diego Alberto Tamayo Garcera no registraba antecedentes penales.

El joven Jader Andrés Palacio Bustamante sí registraba antecedentes por el delito de hurto agravado.

- Para el 22 de agosto del 2008, los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante, se encontraban en el Municipio Soacha del Departamento de Cundinamarca.

Lo anterior se constata de las declaraciones de las señoras Idali Garcera Valdés y Luz Edilia Palacio:

Idali Garcera Valdés –fl 442:

"mi hijo estuvo conmigo el 22 de agosto, ese día me dijo: madre me invitaron a la costa, le contesté, no hijo cómo así que lo invitaron a conocer la costa, si usted cómo va a saber quiénes son esas personas que lo invitaron, claro que yo no sabía, no tenía ni idea de quienes fueran esas personas, porque mi hijo no me dijo, no me contó. Eso fue el 22 de agosto.

El 23 de agosto que fue un sábado, en horas de la mañana me dijo, madre ya no me voy a ir, me arrepentí y no me voy a ir, y entonces esa misma noche entre el 23 y el 24, fue cuando se fue, y como siempre nos comunicábamos por papelitos porque él no tenía celular, me informaba, madre estoy en tal parte, entonces me dejó una notica en la puerta de entrada: madre el lunes te voy llegando, o sea el lunes que los mataron, se suponía que los llevaban y los traían, ese día se suponía que los regresaban, o sea que él llegó a Ocaña, el 24 por la tarde, y el 25 por la mañana aparecen muertos allá, entonces en el trayecto del 26 de agosto al 1 de septiembre se confirma que si era DIEGO mi hijo, por sus huellas, pasan el informe de Ocaña a Medicina legal de Bogotá, pero no puedo yo decir, porque todavía no puedo decir con certeza de cómo fueron las muertes, porque el único reporte que dieron en medicina legal, es de cómo está el muerto pero no cómo murieron ni las condiciones, y soy una madre que quedé sola, pues él era mi compañía. Mi hijo estudió en Kennedy, la primaria en la Escuela Distrital TOM ADAMS, después nos fuimos a vivir por Bosa donde estudió en otro colegio particular que no recuerdo el nombre, hizo el primero y segundo de Bachillerato y luego estudió en Kennedy el colegio LA POLA, pero no lo terminó, y luego trabajó en Kennedy, cerca de la casa de mi mamá, (...) eso fue antes del año 2000. Después me fui a vivir a los apartamentos de Soacha, Ducales, en el año 2000. duré con él ocho (8) años, hasta el 2008 que fue la desaparición de él..." (destacado fuera de texto)

Luz Edilia Palacio -fl 47:

"...Pues lo único que yo puedo decir es que el día 22 de agosto a las siete de la noche yo hablé con mi hijo porque yo me encontraba por los lados de Cazuca y bajé a hablar con él porque como él tenía un hijo por nacer, a mí me habían regalado ropita y unas cositas para el bebé, entonces yo bajé y hablé con él para que subieran las cosas pero como él estaba con la muchacha con la que tuvo el niño que se llama MARGY FERNANDA ZANABRIA, entonces él me respondió, mamá usted donde va dormir, yo le contesté, en cualquier parte, yo tengo mis amistades y le dije a él, hágame el favor y se va temprano a donde la muchacha porque él dormía allá, entonces me dijo, bueno mamá no madrugue tanto que nos vamos los tres juntos, o sea con Margy la muchacha con la que tiene el niño, a Cazuca por donde yo estaba trabajando, porque él vivía conmigo, pero por las noches se iba para donde la muchacha, pero no subió y me quedé esperándolos a los dos, paso ese sábado, el domingo y a los ochos días la señora IDALY me llama porque tiene un familiar que trabaja en criminalística y me dice que el familiar de ella vio el recorte del periódico donde estaba el nombre del hijo de ella, DIEGO TAMAYO y por eso me llamó..."(destacado fuera de texto)

- Los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante, eran residentes en el Municipio Soacha del Departamento de Cundinamarca.

Sobre Jader Andrés Palacio Bustamante:

- Declaración de Luz Adriana Espitia -fl 96 cp 9-

"...PREGUNTADO: Dígame al Despacho, dónde y con quién vivía JADER ANDRÉS PALACIO BUSTAMANTE? CONTESTÓ: vivía en el barrio Ducales de Soacha, vivía con la mamá LUZ EDILIA, la hermana LUZ ADRIANA y Diego Fernando..."

"...PREGUNTADO: Dígame al Despacho en qué trabajaba JADER ANDRÉS PALACIO BUSTAMANTE (...)CONTESTÓ: pues él trabajaba en la construcción, lo llamaban a hacer una reparación y el iba y la reparaba..."

- Declaración de Alexander Orozco Toro -fl 100 cp 9-

"...PREGUNTADO: Dígame al Despacho, dónde y con quién vivía JADER ANDRÉS PALACIO BUSTAMANTE? CONTESTÓ: ...con la mamá en ducales..."

"...PREGUNTADO: Dígame al Despacho en qué trabajaba JADER ANDRÉS PALACIO BUSTAMANTE (...)CONTESTÓ: el trabajaba en lo que le saliera, él fue ayudante mío en construcción, oficios varios..."

- Declaración de Alejandro Rafael Hernández -fl 103 cp 9-

"...PREGUNTADO: Dígame al Despacho, dónde y con quién vivía JADER ANDRÉS PALACIO BUSTAMANTE? CONTESTÓ: ...vivía en ducales con la mamá y los hermanos ADRIANA, DIEGO y DIOMER..."

"...PREGUNTADO: Dígame al Despacho en qué trabajaba JADER ANDRÉS PALACIO BUSTAMANTE (...)CONTESTÓ: el trabajaba en la construcción (...) me consta porque fuimos compañeros de trabajo como tres años..."

Sobre Diego Alberto Tamayo Garcera:

- Luz Esperanza Pineda -fl 109 cp 9-

"...PREGUNTADO: Dígame al Despacho, dónde y con quién vivía DIEGO ALBERTO TAMAYO GARCERA? CONTESTÓ: ...vivía con la mamá y la abuela MARÍA no recuerdo el apellido, (...) vivían en el apartamento en Soacha Ducales..."

"...PREGUNTADO: Dígame al Despacho en qué trabajaba DIEGO ALBERTO TAMAYO GARCERA (...) CONTESTÓ: el trabajaba en construcción (...) creo que trabajaba en una fábrica de ladrillos que queda por la autopista, él no se quedaba quieto, mantenía rebuscándose la vida..."

- Luis Eduardo Mondragón -fl 111 cp 9-

"...PREGUNTADO: Dígame al Despacho, con quién vivía DIEGO ALBERTO TAMAYO GARCERA? CONTESTÓ: ...vivía en las torres de ducales torre 7 apto 601, vivía con la abuelita María y la mamá la señora Idali..."

"...PREGUNTADO: Dígame al Despacho en qué trabajaba DIEGO ALBERTO TAMAYO GARCERA (...) CONTESTÓ: el trabajaba en construcción, lo que le saliera en oficios, era muy juicioso, era muy trabajador..."

- Esteban Mora Pineda -fl 113 cp 9-

"...PREGUNTADO: Dígame al Despacho, con quién vivía DIEGO ALBERTO TAMAYO GARCERA? CONTESTÓ: ...cuando llegaron al apartamento,

vivia con la mamá de doña Idaly...

...PREGUNTADO: Digale al Despacho en qué trabajaba DIEGO ALBERTO TAMAYO GARCERA (...) CONTESTÓ: el trabajaba en lo que le saliera, casi no era estable..."

- Jorge Salomón Bejarano -fl 85 cp 10-

"...él vivía con la señora IDALI y la abuelita de él MARÍA GARCERA, él vivía en Soacha Ducales en un apartamento y sólo vivían ellos (...) ese muchacho trabajaba en construcción, pintura y lo que se relaciona en el ramo de la construcción..."

2. Sobre la supuesta misión táctica llamada "Alforja"

✓ La Brigada Móvil No. 15 del Batallón de Contraguerrillas 96, expidió la "ORDEN DE OPERACIONES FRAGMENTARIA, MISIÓN TÁCTICA ALFORJA", a desarrollar por la unidad GRULOC "ESPADA 1", al mando del SS Janer Duque Marín. -ver fls 95 y ss-

La misión establecida fue la siguiente:

"EL BATALLÓN DE CONTRAGUERRILLAS 95, CON EL GRULOC "ESPADA 1" ORGANIZADO A (0-4-13), AL MANDO DEL SEÑOR SS DUQUE MARÍN JANNER EDIEL, (...) Y EN DESARROLLO DE LAS ÓRDENES DEL COMANDO SUPERIOR A PARTIR DEL 24 DE AGOSTO - 2008 A LAS 20:00), CONDUCE MANIOBRAS OFENSIVAS DE NEUTRALIZACIÓN, SOBRE EL ÁREA GENERAL DE LOS MUNICIPIOS DE OCAÑA SITIOS AGUA LA VIRGEN, PUEBLO NUEVO, EL POLEO, SAN BENITO, LA PALMITA, DEL DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER, CON EL PROPÓSITO DE NEUTRALIZAR LAS ACCIONES TERRORISTAS: QUE CONTRIBUYEN EFICAZMENTE AL ESFUERZO HOSTIL DE LAS ORGANIZACIONES ARMADAS AL MARGEN DE LA LEY "BANDAS CRIMINALES AL SERVICIO DEL NARCOTRÁFICO" SEGÚN LOS ANÁLISIS MILITARES REALIZADOS; EN LOS DIFERENTES SITIOS DE ESTE MUNICIPIO, SON EMPLEADOS POR ÉSTA ORGANIZACIÓN ARMADA, PARA CONCERTAR Y PERPETRAR ACTOS ILEGALES, TALES COMO; SECUESTROS, EXTORSIONES, ACCIONES TERRORISTAS SOBRE LA INFRAESTRUCTURA PETROLERA, ENERGÉTICA Y VIAL, LA SIEMBRA DE MINAS ANTIPERSONA, EL TRANSPORTE DE INSUMOS PARA EL PROCESAMIENTO DE ALCALOIDES, ASÍ COMO PARA LA COMERCIALIZACIÓN DE SUS DERIVADOS DE IGUALMENTE PARA MOVILIZAR PERSONAL SECUESTRAO, EN TAL VIRTUD, LA ACCIÓN DE LAS TROPAS PERMITIRÁ BLOQUEAR, DISUADIR O REDUCIR EL NIVEL DE LA AMENAZA EN EL ÁREA GARANTIZANDO A LA POBLACION CIVIL SU SEGURIDAD"

Misiones a unidades subordinadas:

"...GRULOC ESPADA 1: Al mando del señor SS. DUQUE MARIN JANNER efectúa Movimiento de infiltración pedestre desde el sitio AGUA LA VIRGEN COORDENADAS APROXIMADAS (N 08 13 24.29 W 073 22 12.43) Municipio de OCAÑA hasta el sitio conocido como SAN BENITO COORDENADAS APROXIMADAS (N, 08 11 22.92 W 073 22 49.24), por el eje de avance "FLECHA", se hace una finta de engaño para llegar nuevo al sitio el SAN BENITO COORDENADAS APROXIMADAS (M 08 11 22.92 W 073 22 49.24), simulando salir del área, para garantizar la infiltración del GRULOC quien- se mueve a el sitio EL POLEO COORDENADAS (N 08 12 03.70 W 073 23 59.71), teniendo como Objetivo determinado el sitio ALTO

EL POLEO COORDENADAS APROXIMADAS (N 08 11 57.87 W 073 23 50.77), donde la unidad se organiza por EQUIPOS DE COMBATE, uno al mando del SS DUQUE MARIN JANNER EDIEL el cual llevara el esfuerzo principal de la emboscada e instalara observatorios sobre las vías de aproximación y el otro equipo al mando de C2-JOJOA BASTIDAS RICHAD quien mantendrá el control sobre posible desplazamientos de grupos Narcoterroristas que tienen estos caminos como corredores de movilidad para realizar sus actividades delictivas. Para lo anterior se ubicara la unidad de acuerdo a la conformación del terreno teniendo en cuenta Sus equipos para una emboscada aprovechando la topografía y buscar la ventaja Táctica..."

✓ La segunda división de la Brigada Móvil No. 15, Batallón de Contraguerrillas No. 96 TC Omar Pío Vellojin Guillot, llevó a cabo entrega de "MATERIAL DE GUERRA, INTENDENCIA, COMUNICACIONES, EQUIPO ESPECIAL QUE HACE EL SEÑOR CP ZORRILLA AGAMEZ MANUEL, CDTE DEL GRULOC ESPADA 01 SALIENTE AL SEÑOR SS DUQUE MARÍN JANNER COMANDANTE DEL GRULOC ESPADA UNO ENTRANTE..."

Lo anterior se encuentra demostrado mediante acta del 25 de agosto del 2008, suscrito por el CP Manuel Zorrilla Agames, SV Alejandro Lozano Tarazona y SS Janner Duque Marín, vista a fl 156 del cp 1.

✓ El personal GRULOC ESPADA 1, estaba conformado por los siguientes militares:

- Janner Duque Marín
- Manuel Zorrilla Agamez
- Richard Totoa Bastidas
- Ricardo Coronado Martínez
- Nixon Cubides Cuesta
- Mauricio Cuniche Delgadillo
- Jhon Díaz Ortega
- José Fernández Ramírez
- José González Ceballos
- Ricardo González Gómez
- Ferney Grijalba
- Eider Guerrero Andrade
- Joman Hernández Malagón
- Kevin Jiménez Escalante
- Luis Alirio López
- Juan Marín Ramírez
- Jeinner Fuertes Villermo

Lo anterior se encuentra demostrado mediante prueba documental vista a fl 165 del cp 1.

3. Sobre el supuesto combate presentado el 25 de agosto del 2008, en el sitio conocido como "el pole" de la Vereda Agua de la Virgen, jurisdicción del Municipio Ocaña.

✓ El informe de situación de tropas (INSITOP) BRIM 15 de la Segunda División del Ejército Nacional, reporta que para el 24 de agosto del 2008, los hombres al mando del ss Duque quienes ejecutaban la presunta operación Atenas (misión táctica alforja), se encontraban en el sitio conocido como agua la virgen del Municipio

Ocaña. –ver fl 117 del cuaderno principal 4-

✓ El SS Janner Duque Marín rindió el siguiente informe al SR CR Rubén Dario Castro Gómez –ver fl 369 del cuaderno principal 2-:

"...Por medio del presente me permito informar (...) los hechos ocurridos el día 24 y 25 de agosto del 2008 a las 18:00 horas. Se reciben instrucciones del Sr TC Rincón Amado Gabriel Oficial de Operaciones de la BRIM 15 ordena alistar la Unidad de Espada Uno, para realizar operaciones sobre el sector de agua la virgen, por informaciones de presuntos bandidos sobre el sector, según misión táctica alforja.

Aproximadamente entre las 18:30 y 19:00 horas del día 24 de agosto del 2008, iniciamos movimientos motorizados desde el puesto de mando de Ocaña hasta el sector de agua la virgen a las 20:00 desembarcamos en coordenadas 08,12,24 – 73°22'59 e iniciamos movimiento táctico a pie aproximadamente a las 21:00 horas llegamos a coordenadas 08°12'21, 73°22'45 sobre el sector de la "y" de la vía que conduce Ocaña-San Martín y Vereda Papamito.

Se ordena por parte del Comandante Espada 1 al SR CP Zorrilla Agamez Manuel que con su equipo de combate realice una emboscada sobre la parte alta en la vía que comunica Ocaña-San Martín al SR C3 Coronado Martínez Ricardo con su equipo de combate lo ubica sobre el camino que comunica a la finca la estrella y vereda poleo, para que sirva de seguridad (...) posteriormente el SR CS Jojoa Bastidas Ricardo se ubica de seguridad en la vía que conduce a la vereda papamito.

Siendo aproximadamente las 24:05 del día 25 de agosto del 2008, escuché unos disparos sobre el sector donde se encontraba ubicado el equipo del CS Jojoa Bastidas Ricardo, inmediatamente se toma contacto radial con el Suboficial para que me informe lo sucedido , el Suboficial me informa que escuchó ruido de personas sobre la vía cuando se estaban acercando lanzó la proclama, le respondieron con disparos, motivo por el cual hubo un intercambio de disparos, que en el momento de realizar el registro, se encontraron los tres bandidos muertos en combate..."

✓ El señor SS Janner Duque Marín informó lo siguiente sobre el supuesto combate –fl 364 cuaderno principal 2:

"RESULTADO: Tres posibles sujetos pertenecientes a las bandas al servicio del narcotráfico (BACRIM) muertos en combate.

C. Personal destacado:

*CS. Jojoa Bastidas Richard
 SLP. Cubides Cuesta Nixon
 SLP. Cuniche Delgadillo Mauricio
 SLP. González Ceballos José
 SLP. Hernández Ramírez José*

D. Munición gastada

Municiones calibre 5.56 MM= 58 cartuchos"

✓ El 25 de agosto del 2008, Comandante Central de Inteligencia Táctica de Ocaña (E), Teniente Carlos Adolfo Lamilla Duque puso en conocimiento del CTI, lo siguiente –Ver fls 371 y 372 del cuaderno principal 2:

"...siendo las 00:05 horas aproximadamente se presenta un combate de encuentro entre tropas pertenecientes a las contraguerrilla Espada, del BCG 96, orgánica de esta unidad operativa menor y

bandas criminales al servicio del narcotráfico; donde resultaron muertos en combate 03 sujetos los cuales portaban al parecer 02 armas cortas y 01 escopeta de repetición (...)

"...me permito solicitar apoyo institucional para el levantamiento, dejando a disposición en el lugar de los hechos 03 cadáveres de sexo masculino presuntos integrantes de las bandas criminales al servicio del Narcotráfico sin identificar, quienes murieron en combate el día 25 de agosto de 2008 a las 00:05 horas aproximadamente en el sector el poleo de la vereda Agua la Virgen, jurisdicción del municipio de Ocaña (NS), coordenadas aproximadas 08°12'21"LN 73° 22'45 LW en un enfrentamiento armado entre tropas del Batallón de Contraguerrillas No. 96 Contraguerrilla ESPADA 1 en desarrollo de la operación ATENAS misión táctica ALFORJA adscritas a la Brigada Móvil No. 15 al mando del señor SS DUQUE MARÍN JANNER EDIAL"

✓ Como munición gastada por los miembros del Ejército Nacional, fue reportada la siguiente –ver fl 363 cuaderno principal 2:

"SOSTUVO COMBATE EN COORDENADAS 08-12-21-73-22-45 X CONTRA AL PARECER INTEGRANTES DEL LAS BACRIN X REPORTÁNDOSE SIGUIENTE GASTO MUNICIÓN POR MUNICIÓN CAL 5.56 X 58 CARTUCHOS X CS JOJOA BASTIDAS RICHARD 10 X SLP GONZÁLEZ CEBALLOS JOSÉ 14 X SLP CUBIDES CUESTA NIXON 14 X SLP CUNICHE DELGADILLO MAURICIO 20 X OBTENIENDO COMO RESULTADO TRES BANDIDOS DADO DE BAJA X NO PRESENTÁNDOSE BAJAS PROPIAS X"

✓ El 25 de agosto del 2008, el Comandante Central de Inteligencia Táctica de Ocaña (E), Teniente Carlos Adolfo Lamilla Duque puso en conocimiento el presunto material incautado a las 3 personas quienes fueron abatidos por el Ejército Nacional –Ver fls 362 y 373 del cuaderno principal 2:

"...informo a los señores del CUERPO TÉCNICO DE INVESTIGACIÓN el material hallado a unos presuntos miembros de las Bandas Criminales al servicio del Narcotráfico (...)

MATERIAL ENCONTRADO:

01 PISTOLA PRIETTO BERETA USA
01 PROVEEDOR DE PISTOLA PRIETTO BERETA
12 CARTUCHOS CAL 9 MM
01 ESCOPETA MARCA WINCHESTER MODELO 1300 No 3129132
04 CARTUCHOS CAL 12

01 PISTOLA WALTER CAL 9 MM No. 324374
04 CARTUCHOS CAL 9MM
01 PROVEEDOR DE PISTOLA WALTER"

Fl. 362 cuaderno principal 2:

MUERTE EN TERRORISTAS....03	COMBATES	GÓMEZ FERNANDO (...)	ROMERO 23 AÑOS	VÍCTOR
--------------------------------	----------	-------------------------	-------------------	--------

<p>1 MASCULINO EDAD 23 AÑOS APROXIMADAMENTE ESCOPETA MARCA WINCHESTER MODELO 1300 NO 3129132 CAL 12 MM ...01 CARTUCHOS CAL 12 MM..... 04</p>	<p>PISTOLA WALTER CAL 9 MM SERIE NO. 324374.....01 PROVEEDOR METÁLICO PARA PISTOLA WALTER CAL 9 MM01 CARTUCHOS CAL 9 MM..... 04</p>
<p>GARCERA DIEGO ALBERTO (...) 26 AÑOS DE EDAD PRIETO BERETTA USA SIN NÚMERO CAL 9 MM..... 01 PROVEEDOR PARA PISTOLA PRIETO BERETTA CAL 9MM ...01 CARTUCHOS CAL 9 MM..... 12</p>	<p>LEVANTAMIENTO EFECTUADO CUERPO TÉCNICO DE INVESTIGACIÓN SECCIONAL OCAÑA NORTE DE SANTANDER</p>

✓ Para el 25 de agosto del 2008, los señores Richard Armando Jojoa Bastidas, Jorge González Ceballos, Mauricio Cuniche Delgadillo y Nixon Arturo Cubides Cuesta, ostentaban la condición de militares y pertenecían al GRULOC Espada 1 de la Brigada Móvil No. 15 del Batallón Contraguerrilla No. 96 TC Omar Pío Vellojín Guillón. –ver fl 93 del cp 4-

4. Sobre la muerte de los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante.

✓ El día 25 de agosto del 2008, perdieron la vida los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante, en el Municipio Ocaña del Departamento Norte de Santander, en el sitio conocido como el poleo, en la vía que conduce a la vereda papamitos.

Lo anterior se encuentra demostrado con los registros civiles obrantes a fls 72 y 75 del cuaderno principal 1.

✓ La muerte de los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante, fue causada con arma de fuego de dotación oficial por miembros del Ejército Nacional, puntualmente por miembros del GRULOC Espada 1 de la Brigada Móvil No. 15 del Batallón Contraguerrilla No. 96 TC Omar Pío Vellojín Guillón.

El joven Diego Alberto Tamayo Garcera, por un total de 9 impactos de arma de fuego de dotación oficial, tal como se aprecia a continuación:

“...1.5. HALLAZGOS

A continuación se relacionan las lesiones descritas en el protocolo de necropsia No 2008010154498000129 efectuado al Señor Támarao Garcera Diego Tamayo:

- 1.1. *Orificio de Entrada: de 0.5 cm de diámetro localizado en tobillo externo derecho a 11 cm del talón sin tatuaje ni ahumamiento.*
- 1.2. *Orificio de Salida: De 10x8 cm de diámetro localizado en tercio distal cara interna pierna derecha a 18 cm del talón.*
- 1.3. *Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, fractura tibia y peroné y sale.*

1.4. Trayectoria: Plano Horizontal: Infero-Superior. Plano Coronal: Antero-Posterior, Plano Sagital: Derecha-Izquierda.

2.1. Orificio de Entrada: De 0,5 cm de diámetro, localizado en tercio medio can) anterior de muslo derecho a 70 cm del talón sin tatuaje ni ahumamiento.

2.2. Orificio de Salida: De 5 cm de diámetro localizado en tercio medio cam posterior de muslo derecho a 60 cm del talón.

2.3. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, músculo y sale.

2.4. Trayectoria: Plano Horizontal: Supero-Inferior. Plano Coronal: Antero-Posterior. Plano Sagital: En el plano.

3.1. Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro localizado en cara anterior de muslo derecho en su tercio medio a 65 cm del talón sin tatuaje ni ahumamiento.

3.2. Orificio de Salida: De 1 cm de diámetro localizado en tercio distal anterior de muslo derecho a 58 cm del talón.

3.3. Lesiones: Piel y tejido celular subcutáneo.

3.4. Trayectoria: Plano horizontal: Supero-Inferior. Plano coronal: Antero-Posterior. Plano sagital: En el plano.

4.1. Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro localizado en tercio distal externo de muslo izquierdo a 61 cm del talón sin tatuaje ni ahumamiento.

4.2. Orificio de Salida: De 4x3 cm de diámetro localizado en tercio distal interno muslo izquierdo a 65 cm del talón.

4.3. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, músculo y compromete hueso y sale.

4.4. Trayectoria: Plano horizontal: Infero-Superior. Plano coronal: En el plano. Plano sagital: Izquierda-Derecha.

5.1. Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro localizado en región paralumbar derecha a 11 cm de la línea media posterior y a 70 cm del vertex.

5.2. Orificio de Salida: De 3 cm de diámetro localizado en región de fosa iliaca izquierda a 5 cm de la línea media anterior y a 66 cm del vertex.

5.3. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, retroperitoneo, lacera colon e intestino delgado, lacera arteria iliaca izquierda ocasiona hemoperitoneo masivo y sale.

5.4. Trayectoria: Plano horizontal: Supero-Inferior. Plano coronal: Postero-Anterior. Plano sagital: Derecha-Izquierda.

6.1. Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro, localizado en cadera derecha a 15 cm de la línea media anterior y a 90 cm del vertex sin tatuaje ni ahumamiento. Orificio de Salida.

6.2. De 2 cm de diámetro localizado sobre región de epigastrio fado derecho a 4 cm de la línea media anterior y a 74 cm dei vertex.

6.3. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, músculo, peritoneo, colon, ileon y cavidad gástrica y sale por región de epigastrio.

6.4. Trayectoria: Plano horizontal: Infero-Superior. Plano coronal: Postero-Anterior. Piano sagital: Derecha-Izquierda.

7.1. Orifido de Entrada: De 1 cm de diámetro localizado en cadera derecha a 12 ándela línea media anterior y a 87 cm del vertex sin tatuaje ni ahumamiento. Orificio de Salida: De 3 cm de diámetro

localizado en hipocondrio derecho a 5 cm de la línea media anterior y a 66 cm del vertex.

7.2. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, músculo, peritoneo, mesenterio, colon y parénquima hepático y sale.

7.3. Trayectoria: Plano horizontal: Infero-Superior. Plano coronal: Postero-Anterior.

7.4. Plano sagital: Derecha-Izquierda.

8.1. Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro localizado en región de 4° espado intercostal derecho con línea axilar posterior a 18 cm de la línea media posterior y a 51 cm del vertex sin tatuaje ni ahumamiento.

8.2. Orificio de Salida: No hay. Se recupera fragmento metálico sobre 5° espado intercostal izquierdo con línea axilar anterior a 17 cm de la línea media anterior y a 58 cm del vertex.

8.3. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, músculo intercostal, pleuras parietal y visceral, parénquima pulmonar y queda alojado fragmento metálico en tejido celular subcutáneo de 5° espado intercostal izquierdo.

8.4. Trayectoria: Plano horizontal: Supero-Inferior. Plano coronal: Postero-Anterior. Plano sagital: Derecha-Izquierda.

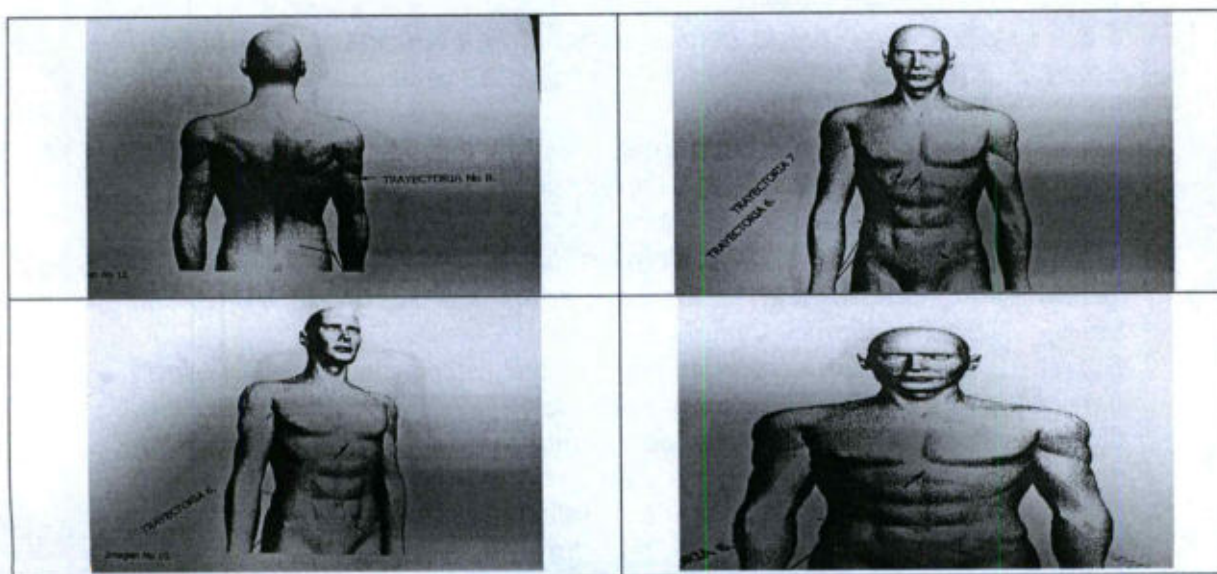
9.1. Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro localizado en región escapular izquierda a 15 cm de la línea media posterior y a 40 cm del vertex sin tatuaje ni ahumamiento.

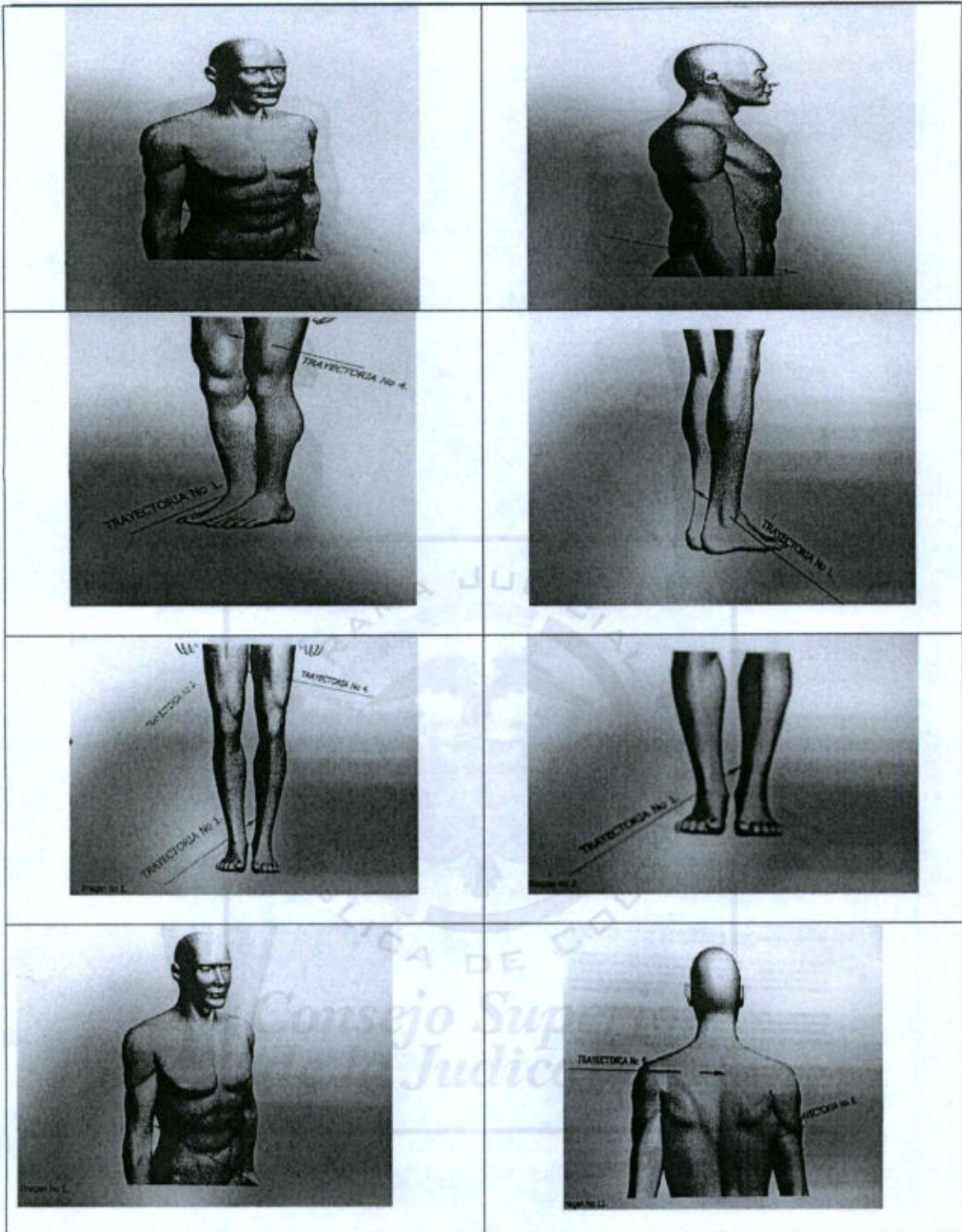
9.2. Orificio de Salida: De 2 cm de diámetro localizado en región escapular izquierda interna a 40 cm del vértex ya 9 cm de la línea media posterior.

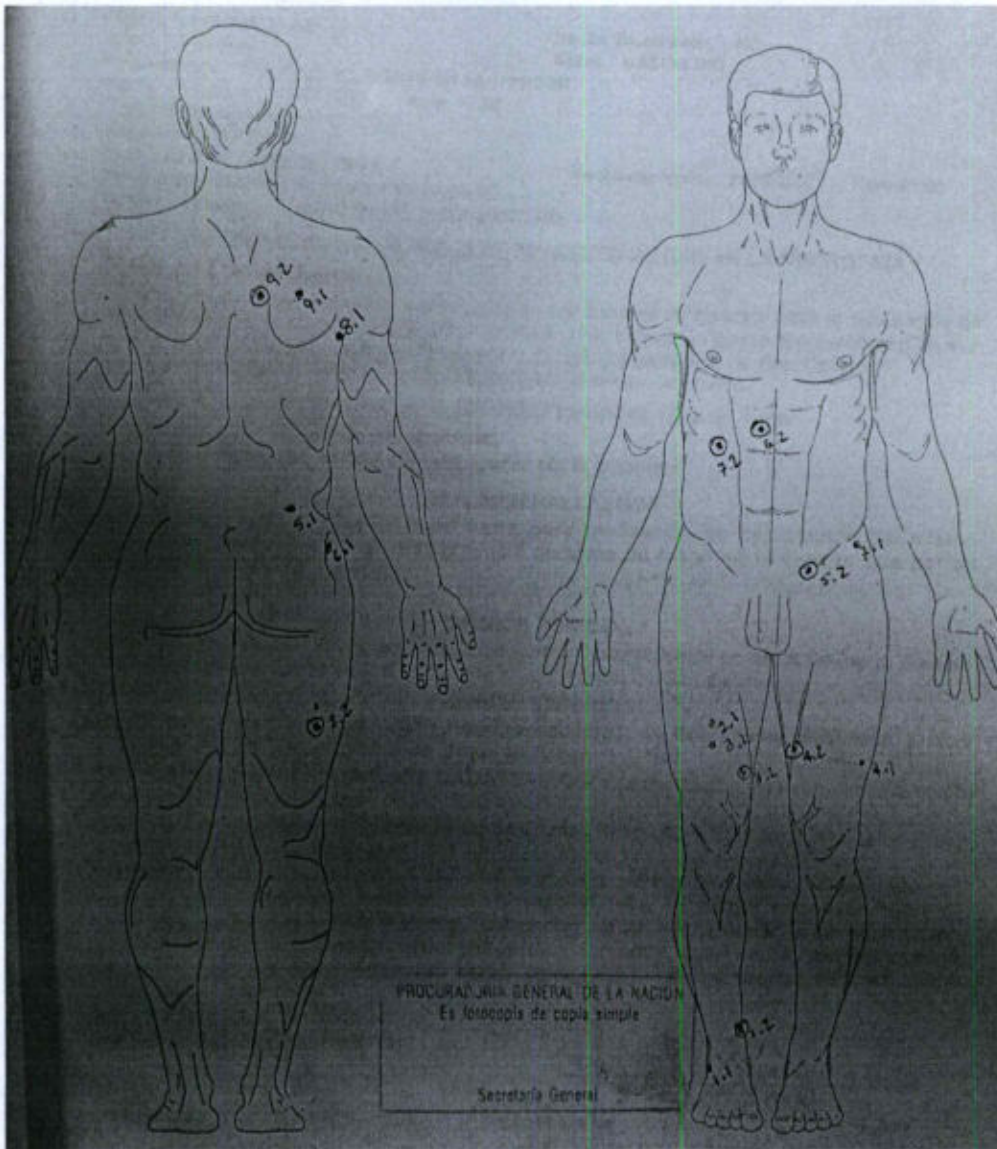
9.3. Lesiones: Piel y tejido celular y sale.

9.4. Trayectoria: Plano horizontal: En el plano Plano coronal: Postero-Anterior. Plano sagital: Derecha-Izquierda.

Las trayectorias de los impactos de bala recibidos fueron plasmadas así por medicina legal:







Lo anterior se encuentra demostrado mediante el dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, visto a fl 329 del cp 7.

Por su parte, el joven Jader Andrés Palacio Bustamante recibió un total de 7 impactos de arma de fuego de dotación oficial, tal como se aprecia a continuación:

1.1. *Orificio de Entrada: De 0,5 cm de diámetro, localizado en región de 3º espado intercostal derecho con línea axilar media anterior y a 42 cm del vertex sin tatuaje ni ahumamiento.*

1.2. *Orificio de Salida: De 2 cm de diámetro localizado en región interescapular derecha a 40 cm del vertex y a 1 cm de la línea media posterior.*

1.3. *Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, musculo intercostal, pleuras parietal y visceral, parénquima pulmonar y bronquios saliendo por región interescapular derecha.*

1.4. *Trayectoria: Plano Horizontal: Infero-Superior. Plano Coronal: Antero-Posterior. Plano Sagital: Derecha-Izquierda.*

2.1. *Orificio de Entrada: De 1 cm de diámetro localizado en región de*

11° espacio intercostal derecho con línea medio clavicular a 10 cm de la línea media anterior y a 60 cm del vertex sin tatuaje ni ahumamiento.

2.2. Orificio de Salida: De 2 cm de diámetro localizado en región interescapular derecha a 2 cm de la línea media posterior y a 40 cm del vertex.

2.3. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, musculo, pleuras parietal y visceral, Parénquima pulmonar y sale.

2.4. Trayectoria: Plano horizontal: Infero-Superior, Plano coronal: Antero-Posterior. Plano sagital: Derecha-Izquierda.

3.1. Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro localizada sobre cadera izquierda a 18 cm de la línea media posterior y a 75 cm del vertex.

3.2. Orificio de Salida: De 16x6 cm de diámetro localizado en cara lateral izquierda de región toraco abdominal a 15 cm de la línea media anterior y a 56 cm del vertex.

3.3. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, musculo sin penetrar a cavidad abdominal

3.4. Trayectoria: Plano horizontal: Infero-Superior. Plano coronal: Postero-Anterior. Plano sagital: Izquierda-Derecha.

4.1. Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro localizado en tercio proximal posterior de pierna derecha a 46 cm del talón sin tatuaje ni ahumamiento.

4.2. Orificio de Salida: De 2 cm de diámetro localizado en tercio distal anterointerno muslo derecho a 60 cm del talón con doble orificio por fractura de fémur.

4.3. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, musculo y fractura fémur derecho.

4.4. Trayectoria: Plano horizontal: Infero-Superior. Plano coronal: Postero-Anterior Plano sagital: En el plano.

5.1. Orificio de Entrada: De 0.8 cm de diámetro localizado en tercio próxima! interno brazo izquierdo a 2,0 cm del acromion sin tatuaje ni ahumamiento.

5.2. Orificio de Salida: De 2 cm de diámetro localizado en tercio proximal externo de brazo izquierdo a 5 cm del acromion.

5.3. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, musculo y no afecta hueso.

5.4. Trayectoria: Plano Horizontal: Infero-Superior. Plano coronal: En el plano. Plano sagital: Derecha-Izquierda.

6.1. Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro localizado en tercio distal posteroexterno antebrazo izquierdo a 39 cm del acromion sin tatuaje ni ahumamiento.

6.2. Orificio de Salida: De 13x4 cm de diámetro localizado en tercio medio cara anterior de antebrazo izquierdo a 36 cm del acromion.

6.3. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, musculo sin lesionar hueso.

6.4. Trayectoria: Plano Horizontal: Infeiro-Superior. Plano coronal: Postero-Anterior Plano sagital: Izquierda-Derecha.

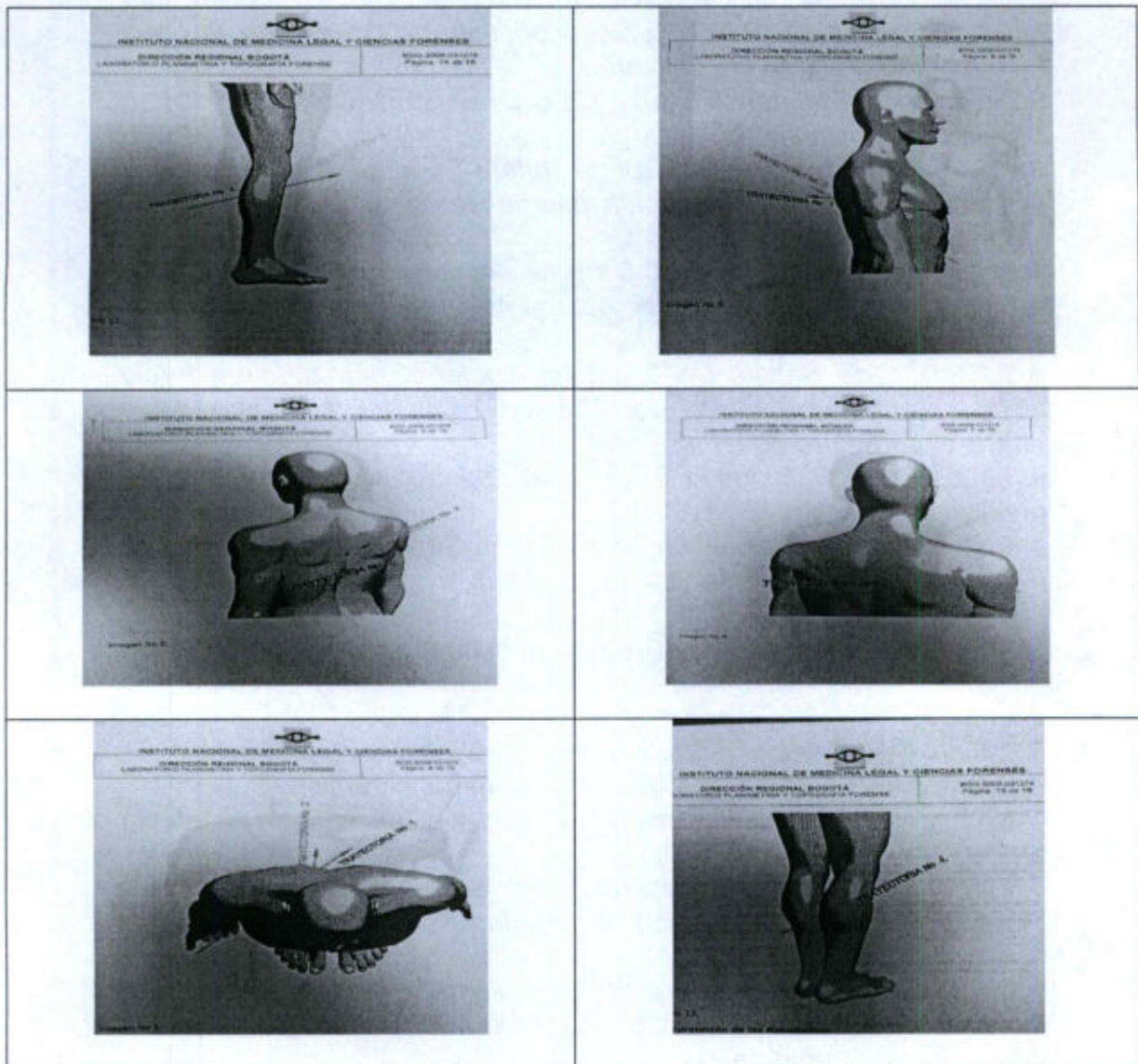
7.1. Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro localizado en región supramamilar derecha a 8 cm de la línea media anterior y a 49 cm del vertex sin tatuaje ni ahumamiento.

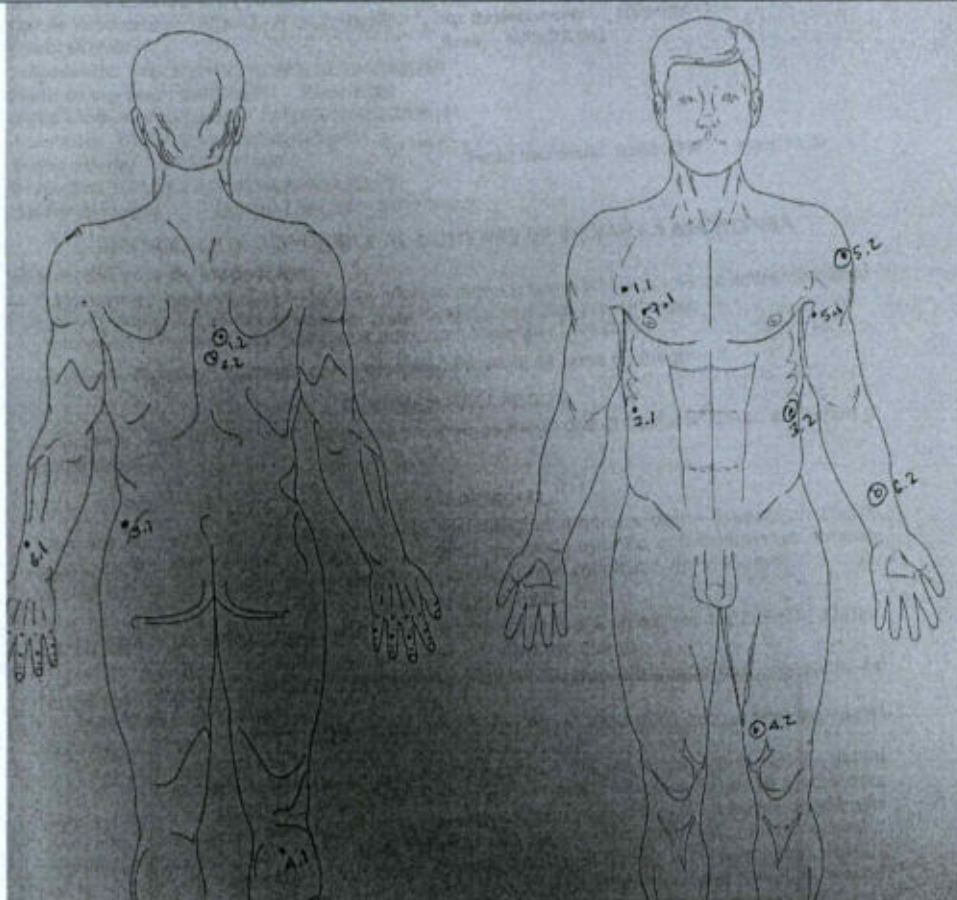
7.2. Orificio de Salida: No hay. Se recupera fragmento metálico en tejido celular subcutáneo región escapular izquierda.

7.3. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, musculo, pleuras parietal y visceral, parénquima pulmonar, pericardio, aurículas ocasiona hemotorax bilateral y queda alojado fragmento de proyectil en tejido celular subcutáneo.

7.4. Trayectoria: Plano Horizontal: Infero-Superior. Plano coronal: Antero-Posterior. Piar o sagital: Derecha-Izquierda”.

Las trayectorias de los impactos de bala recibidos fueron plasmados así por medicina legal:

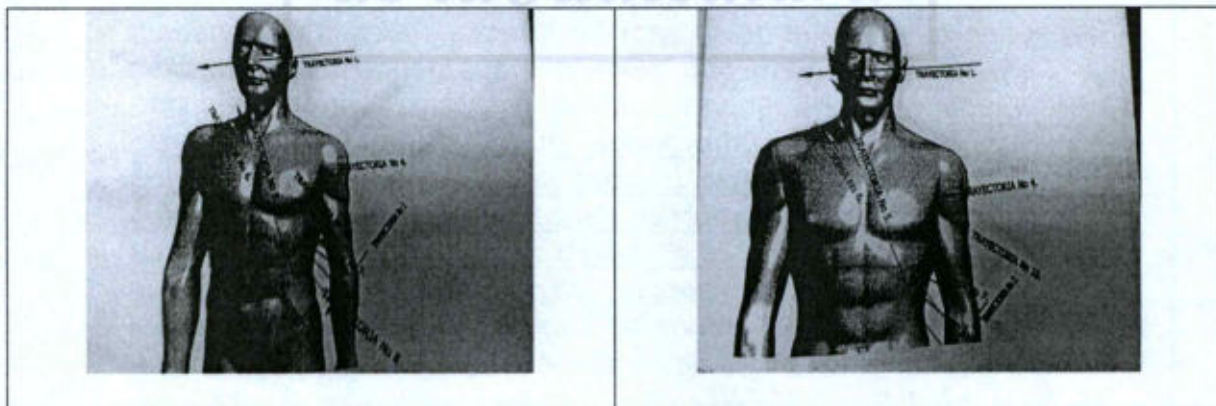


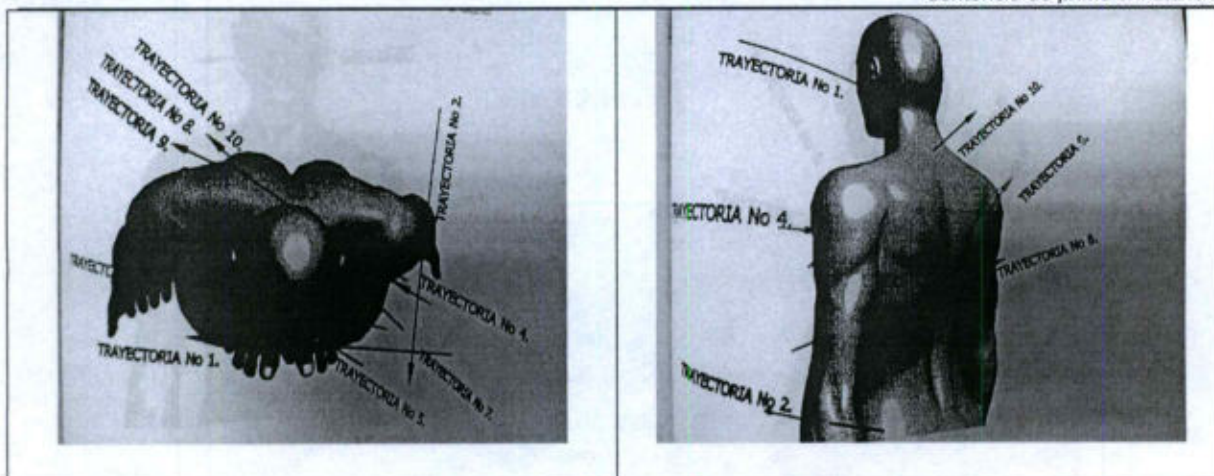


Lo anterior se encuentra demostrado mediante el dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, visto a fl 293 del cp 7.

5. En los mismos hechos perdió la vida el joven Víctor Fernando Gómez Romero, a manos de miembros del Ejército Nacional, quien recibió un total de 10 impactos de arma de fuego.

Las trayectorias de los disparos recibidos se verifican así:





Lo anterior se encuentra demostrado mediante el dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, visto a fl 309 del cp 7

6. Los cadáveres de los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante, fueron enterrados en fosas comunes en el cementerio central de Ocaña junto con los de otros 17 cuerpos jóvenes, entre los cuales se destacan los de los fallecidos Camilo Andrés Valencia y Fair Leonardo Porras, casos de falsos positivos de Ocaña que ya fueron fallados por este Tribunal dentro de los procesos de reparación directa radicados bajo los números 2009-287 y 2010-264, respectivamente.

Lo anterior se encuentra demostrado mediante la declaración rendida por el señor Anyello Lázaro Barbosa, encargado de la inhumación de los mismos, visto a fl 118 del cuaderno 2 de pruebas.

De dicha declaración se destaca:

*"...me ocupo como empleado del **municipio** de Ocaña, Norte de Santander como Coordinador del Comité Local para la Prevención y Atención de Desastres.- PREGUNTADO.- Señale al despacho, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron depositados los cuerpos de diecisiete personas en fosas comunes en un cementerio ubicado en sector rural del municipio de Ocaña, Norte de Santander, así como otros cuerpos localizados en fosas comunes en el Cementerio Central de Ocaña, agregando los trámites adelantados y las diligencias surtidas respecto de tales hechos.- CONTESTO.- **Fueron inhumados cuerpos en el cementerio central y en el cementerio Liscas; primero, fueron inhumados seis cuerpos en el cementerio central de Ocaña, de los cuales dos se inhumaron el día 29 de enero de 2008** que corresponden a la siguiente identificación según códigos de Medicina Legal de Ocaña; el primero, No. De Medicina Legal 162 quizás corresponda al número de necropsia (...) posteriormente se identificó como **CAMILO ANDRÉS VALENCIA** (...) posteriormente identificado como **FAIR LEONARDO PORRAS BERNAL**, c.c. 80.271.070 (...) cuatro cuerpos correspondientes a un N.N. No. Medicina Legal 103 identificado posteriormente como **JADER ANDRÉS PALACIO BUSTAMANTE** (no aportó copia de su certificado de defunción)"*
 (destacado fuera de texto).

7. La Fiscalía General de la Nación inició proceso penal por los punibles de

Desaparición Forzada, Homicidio, concierto para delinquir, falsedad ideológica en documento público en contra d Janer Ediel Duque Marín, Richard Armando Jojoa Bastidas, Nixon Arturo Cubides Cuesta, Mauricio Cuniche Delgadillo, José Orlando González Ceballos, José Adolfo Fernández Ramírez, Manuel Ángel Zorrilla Agámez, Ricardo Coronado Martínez, Jhon Anderson Díaz Ortega, Ricardo Eliut González Gómez, Ferney Grijalba Flor, Eider Andrés Guerrero Andrade, Geiner Fuertes Billermo, Pedro Johan Hernández Malagón, Kevis Alberto Jiménez Escalante, Luis Alirio López y Juan Ramón Marín Ramírez, por los hechos ocurridos el día 25 de agosto del 2008 en el sitio conocido como "El poleo", de la jurisdicción del Municipio Ocaña –Departamento Norte de Santander-, en un supuesto enfrentamiento con el GRULOC compañía Espada 1 del Batallón de Contraquerrillas No. 96 al mando del Sargento Segundo Janer Duque Marín, en desarrollo de la orden de operaciones "Atenas", misión táctica "Alforja" –ver fl 311 del cuaderno principal 1-.

Se destaca –in extenso- de la referida providencia lo siguiente:

"Jóvenes quienes mediante maniobras de engaño y falsos ofrecimientos de trabajos y excelente remuneración económica, fueron conducidos al Municipio de Ocaña por DAYRO JOSE PALOMINO BALLESTEROS, soldado profesional retirado del Batallón de infantería Santander, y su compañera permanente LEYDY JHOHANA VILLAMIL DURAN, (...) Las víctimas-DIEGO ALBERTO TAMAYO GARCERA (25 años), -VICTOR FERNANDO GOMEZROMERO (23 años), JADER ANDRÉS PALACIO BUSTAMANTE (22 años), viajaron a Ocaña en compañía de DAIRO JOSE PALOMINO BALLESTEROS y su compañera permanente LEYDY JHONNA VILLAMIL DURAN, y llegaron sobre las diez de la mañana del día 24 de agosto a la casa de ALEXANDER CARRETERO DÍAZ, en el barrio El Ramal, allí estuvieron privados de la libertad física en una habitación donde se les puso música, se les ofreció bebidas alcohólicas y hasta drogas. Pero impedía salir de la habitación. Luego sobre las seis (6; 00) de la tarde, como refiere en entrevista la menor KATERINE OSORIO BALLESTEROS, y así lo confirma bajo gravedad del juramento el hoy privado de la libertad ALEXANDER CARRETERO DÍAZ, EL SARGENTO DEL CARRITO ROJO, y el soldado RIOS, se los llevó y al otro día aparecieron muertos.

En efecto, en horas de la tarde del 24 de agosto de 2008, llega a esta residencia un vehículo de color rojo o vino tinto y conducido por un suboficial, sargento del Ejército, así mismo, que acompañado por el soldado RIOS, quienes **recogieron a DIEGO ALBERTO TAMA YO GARCERA, VICTOR FERNANDO GOMEZ, JADER ANDRES PALACIOS BUSTAMANTE y los condujeron, según información sobre el modus operandi, utilizado por los miembros del Ejército inmersos en estas conductas, hasta un sitio sobre la vía Ocaña-San Martín para hacer la entrega de las víctimas a los miembros del grupo militar, orgánicos de la compañía E (GRULOC ESPADA 1), del Batallón Contraquerrillas 96, de la Brigada Móvil No. 15 al mando del Sargento Segundo JANER EDIEL DUQUE MARIN.**

La Fiscalía ha establecido, según información sobre **el modus operandi utilizado, que los militares implicados en los hechos, con anterioridad acordaron encontrarse en un simulado puesto de control en la vía que de Ocaña conduce al sector conocido como AGUA DE LA VIRGEN-vía San Martín-Cesar, en la intersección de la vía que conduce a la vereda Papamitos. La compañía E (GRULOC ESPADA 1), del Batallón Contraquerrillas 96, de la Brigada Móvil No. 15 al mando del Sargento Segundo JANER EDIEL DUQUE MARIN con el fin de dar visos de legalidad a su actuar, al parecer, ilícito dicen estar amparados por la Misión Táctica ALFORJA y orden de operaciones ATENAS, agregan**

que fueron coordinados verbalmente por el señor Teniente Coronel GABRIEL DE JESUS RINCON AMADO, oficial de operaciones.

Una vez recibidas las víctimas, por parte de los miembros del ejército pertenecientes al GRULOC ESPADA 1, fueron asesinadas y posteriormente realizaron maniobras y manipulación del lugar de los hechos, maniobras tendientes a escenificar un contacto armado legítimo, para lograr reportar estas muertes como resultados operacionales exitosos ante sus superiores y obtener los beneficios por dichos logros, consistentes en felicitaciones y calificación en su folio de vida.

(...)

Así mismo, en el informe suscrito por DUQUE MARIN JANER dirigido al CR: RUBEN DARIO CASTRO GOMEZ, manifiesta que en cumplimiento de la Misión Táctica ALFORJA emitida por el My. JOSE SIMON BAQUERO RAMOS, y coordinada por el señor TC. GABRIEL DE JESUS RINCON AMADO, sobre las 18:30 y 19:00 horas inician movimiento motorizado desde el puesto de mando en Ocaña hasta el sector de Agua de la Virgen, a las 20 horas desembarcan en las coordenadas 08'12'24'-73'22'59', e inician movimiento táctico a pie aproximadamente a las 21 horas llegan a las coordenadas 08'12'21'73'22'45' sobre el sector de la Ye de la vía que conduce de Ocaña-San Martín y vereda Papamito. Y el Sr. CP ZORRILLA AGAMEZ MANUEL realiza una emboscada sobre la parte alta en la vía que conduce Ocaña-San Martín, al Sr. C3 CORONADO MARTINEZ RICARDO con su equipo de combate lo ubica sobre el camino que conduce a la finca ^ la Estrella y vereda Poleo, para que sirva de seguridad del equipo emboscado.

Ahora bien, en informe de patrullaje suscrito por el señor Sargento Segundo JANER EDIEL DUQUE MARIN, presenta a los occisos como miembros de las mal llamadas Bandas Criminales al servicio del ,Narcotráfico (BACRIM). Si bien las víctimas presentaban antecedentes penales por delitos menores, la Fiscalía mediante información legalmente obtenida ha logrado desvirtuar la afirmación, sobre la presunta pertenencia de las víctimas a los BACRIM.

(...)

Respecto al modus operandi, o de cómo se ejecutaban dichas muertes, la Fiscalía mediante información legalmente allegada a la investigación, en este sentido, las declaraciones ante la Procuraduría General de la Nación e, interrogatorios al indiciado por parte del CP. NORBERTO CONRRADO ESLAVA, PEDRO ANTONIO GAMEZ DIAZ, ALEXANDER CARRETERO DIAZ y, KATERINNE OSOSRIO BALLESTEROS, ha corroborado dicha información y ha establecido que luego de ser entregadas las víctimas por parte de los reclutadores ó captadores a los militares, entre otros, al Sargento del Carrito rojo, y en particular, al soldado RIOS, quien aparece referido como una pieza importante dentro del esquema criminal, recibe por parte de civiles a las víctimas y realiza su entrega a la tropa que reporta el hipotético combate, así es referido de manera constante dentro de las informaciones dadas por los testigos antes citados.

Declaraciones que dan información sobre la existencia de una red criminal conformada por civiles y militares, quienes acordaban la consecución, engaño, traslado de las víctimas hasta la ciudad de Ocaña, donde eran entregados a militares adscritos a la Brigada Móvil 15 y Batallón de Infantería Santander, quines además de recibir a las víctimas, las despojaban de sus documentos de identidad antes de ser entregadas al personal militar que iba a asesinarlas y reportarlas como resultados

operacionales exitosos, presentando las víctimas como no identificadas y así, sustraerlas del amparo de la ley.

La Fiscalía determinó que las víctimas fueron recogidas por los militares, entre ellos, el soldado RIOS quien entre otros, las condujo hasta el supuesto retén donde hizo la entrega a los militares miembros del grupo ESPADA 1, quines subieron a las víctimas a la NPR, donde se transportaba el personal militar y siguieron rumbo hasta el sitio conocido como Agua de la Virgen donde desembarcan y una vez en el lugar, deciden disparar contra las víctimas quines se encontraban en estado de indefensión.

Así, se informa que JANNER EDIEL DUQUE MARIN, ordena que la contra guerrilla debe dividirse en tres grupos, el primer grupo al mando del Cabo Primero ZORRILLA AGAMEZ MANUEL, el segundo grupo al mando del Cabo tercero CORONADO MARTINEZ, quien se ubica sobre el camino a la finca la Estrella, prestando seguridad y, el equipo al mando del cabo segundo RICHARD ARMANDO JOJOA BASTIDAS, con NIXON CUBIDES CUESTA, MAURICIO CUNICHE DELGADILLO, JOSE ORLANDO GONZALEA CEBALLOS, JOSE ADOLFO FERNANDEZ RAMIREZ, quienes se ubican de seguridad sobre la vereda Papamitos y son quienes reportan el hipotético contacto armado, y quienes, según información fueron los encargados de asesinar a DIEGO ALBERTO TAMA YO GARCERA, VICTOR FERNANDO GOMEZ, JADER ANDRES PALACIOS BUSTAMANTE, de disponer la escena de los hechos, colocando en sus manos las armas que llevaban los mismos militares, de tender los cuerpos de manera a simular una muerte en combate y, de coordinar una versión que no solamente, presentarían ante las instancias disciplinarias, sino igualmente, ante las autoridades civiles para justificar las muertes como respuesta a una inexistente agresión por parte de supuestos miembros de bandas criminales. (destacado fuera de texto)

8. El 29 de agosto del 2014, la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos formuló cargos disciplinario en contra de miembros del Ejército Nacional por los hechos ocurridos el 25 de agosto del 2008 en el sitio conocido como "El poleo", de la jurisdicción del Municipio Ocaña –Departamento Norte de Santander-, en un supuesto enfrentamiento con el GRULOC compañía Espada 1 del Batallón de Contraguerrillas No. 96 al mando del Sargento Segundo Janner Duque Marín, en desarrollo de la orden de operaciones "Atenas", misión táctica "Alforja". –ver fl 486 del cuaderno principal 2-
De la anterior providencia se destaca lo siguiente:

"...Con el material probatorio recaudado, se desvirtúa la versión de los militares, en cuanto a que las muertes de Diego Alberto Tamayo GARCERÁ, VÍCTOR FERNANDO GÓMEZ ROMERO y JADER ANDRÉS Palacio Bustamante, se dieron en enfrentamiento con los militares, razón por la cual considera la Delegada que conforme a las pruebas obrantes en el expediente, no existe mérito alguno para ordenar el archivo de la investigación, por cuanto se encuentran reunidos los presupuestos legales exigidos por el régimen especial militar, para dictar auto de cargos, esto es, porque se encuentra objetivamente demostrada la falta y existe prueba que compromete la responsabilidad de los uniformados, el SS. JANNER EDIEL DUQUE MARÍN y el CS. RICHARD JOJOA BASTIDAS y los soldados profesionales NIXON ARTURO CUBIDES CUESTA, MAURICIO CUNICHE DELGADILLO, JORGE

ORLANDO GONZÁLEZ CEBALLOS y JOSÉ ADOLFO FERNÁNDEZ RAMÍREZ, personal perteneciente al GRULOC "ESPADA 1" del Batallón de Contraquerrillas No. 96 "TC. OMAR PÍO VELLOGIN GUILLOT" adscrito a la Brigada Móvil No. 15 del Ejército Nacional, en los hechos relacionados con las muertes violentas de DIEGO ALBERTO TAMAYO GARCERÁ, VÍCTOR FERNANDO GÓMEZ ROMERO y JÁDER ANDRÉS PALACIO BUSTAMANTE el 25 de agosto de 2008, quienes al no estar participando directamente de las hostilidades, eran personas protegidas por las normas del Derecho Internacional Humanitario. Por lo tanto, esta Delegada formulará cargos a los investigados por falta GRAVÍSIMA, consistente en violación al numeral 7 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y al numeral 34 de la Ley 836 de 2003.

(...)

Por lo anterior, se colige que con la conducta ejecutada por JANNER EDIEL DUQUE MARÍN y el CS. RICHARD JOJOA BASTIDAS y los soldados profesionales NIXON ARTURO CUBIDES CUESTA MAURICIO CUNICHE DELGADILLO, JORGE ORLANDO GONZÁLEZ CEBALLOS y JOSÉ ADOLFO FERNÁNDEZ RAMÍREZ, personal perteneciente al GRULOC "ESPADA 1" del Batallón de Contraquerrillas No. 96 de la Brigada Móvil 15 del Ejército Nacional, se afectó el derecho fundamental a la vida de DIEGO ALBERTO TAMAYO GARCERÁ, VÍCTOR FERNANDO GÓMEZ ROMERO y JÁDER ANDRÉS PALACIO BUSTAMANTE, configurándose una conducta antijurídica porque se desconoció la función pública y más concretamente el deber funcional que cumple la Fuerza Pública en un Estado Social y Democrático de Derecho como lo es el Estado colombiano, deber que se traduce en la protección y defensa, entre otros del orden constitucional, según lo expuesto en el artículo 217 de la Constitución Política, en donde el derecho a la vida e integridad personal es uno de sus fundamentos. Así mismo, ella debe calificarse como dolosa porque dichos servidores públicos, en el momento de los hechos eran conscientes de su actuar y reunían las condiciones físicas e intelectuales que les permitían conocer el alcance de su actuación, en razón de la capacitación como suboficiales y soldados profesionales del Ejército Nacional y adiestramiento previamente recibidos, para poder desempeñarse en sus respectivos grados y cumplir a cabalidad con la función encomendada.

(...)

RESUELVE

Primero. Formular el cargo disciplinario a los uniformados del Ejército Nacional, el SS. JANNER EDIEL DUQUE MARÍN, identificado con la cédula de ciudadanía No. 14.190.718, el CS. RICHARD ARMANDO JOJOA BASTIDAS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 87.060.369 y a los SLP. NIXON ARTURO CUBIDES CUESTA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1119.886.265; MAURICIO CUNICHE DELGADILLO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1118531314; JORGE ORLANDO GONZÁLEZ CEBALLOS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 7.686.520 y JOSÉ ADOLFO FERNÁNDEZ RAMÍREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.192.411, integrantes para la fecha de los hechos investigados del Grupo Localizador de Cabecillas -GRULOC- ESPADA 1 del Batallón de Contraquerrillas No. 96 "TC. OMAR PÍO VELLOGIN GUILLOT",

adscrito a la Brigada Móvil No. 15, con sede en Ocafla (Norte de Santander) cuando se encontraban en desarrollo de la Misión Táctica "ALFORJA", en el sitio conocido como El Poleo, de la vereda Papamito en el área rural del municipio de Ocaña... (destacado fuera de texto)

4. Conclusión jurídica en el presente asunto:

"La muerte de los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante, no tuvo su causa eficiente en un combate armado en contra del Grupo Localizador de Cabecillas -GRULOC- ESPADA 1 del Batallón de Contraquerrillas No. 96 "TC. OMAR PÍO VELLOGIN GUILLOT", adscrito a la Brigada Móvil No. 15, con sede en Ocafla (Norte de Santander) cuando se encontraban en desarrollo de la Misión Táctica "ALFORJA"

Si bien es cierto, en el presente asunto no existe sentencia penal condenatoria en contra de los militares pertenecientes al Ejército Nacional quienes dieron muerte a los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante, no menos cierto es que ello no obsta para que se estructure la responsabilidad patrimonial y extracontractual de la Nación-Ejército Nacional bajo la modalidad de la falla en el servicio como título de imputación aplicable, toda vez que en el asunto *sub-exámine* la misma se encuentra demostrada a través de pruebas indiciarias que pasan a mencionarse a continuación.

A.-) Falta de vínculo de las víctimas con el Municipio de Ocaña, en el cual perdieron la vida los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante

Tal como se aprecia de las pruebas obrantes en el expediente, los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante no sólo no eran residentes ni tenían vínculo alguno de arraigo con el Municipio de Ocaña; adicionalmente, se encuentra constatado que su arraigo estaba en el Municipio de Soacha -Cundinamarca-, lugar que mantiene una gran distancia del lugar en donde resultaron muertos.

Igualmente es importante destacar para esta Sala, que para el 22 de agosto del 2008 (pocos días antes de que fuesen ejecutados), fueron visto por última vez por sus familias en el Municipio Soacha.

A.1. Sobre Diego Alberto Tamayo Garcera

Se observa su registro civil -fl 73- en donde reporta que nació en la ciudad de Bogotá y el de su abuela, en el que reporta que nació en Cali -fl 74-.

Se tiene igualmente la declaración de la señora Idali Garcera Valdés -fl 442-, en la cual manifestó que:

"mi hijo estuvo conmigo el 22 de agosto, ese día me dijo: madre me invitaron a la costa, le contesté, no hijo cómo así que lo invitaron a conocer la costa, si usted cómo va a saber quiénes son esas personas (...) Eso fue el 22 de agosto.

El 23 de agosto que fue un sábado, en horas de la mañana me dijo, madre ya no me voy a ir, me arrepentí ya no me voy a ir, y entonces esa misma noche entre el 23 y el 24, fue cuando se fue, (...) o sea que

él llegó a Ocaña, el 24 por la tarde, y el 25 por la mañana aparecen muertos allá, entonces en el trayecto del 26 de agosto al 1 de septiembre se confirma que si era DIEGO mi hijo, por sus huellas, (...). Mi hijo estudió en Kennedy, la primaria en la Escuela Distrital TOM ADAMS, después nos fuimos a vivir por Bosa donde estudió en otro colegio particular que no recuerdo el nombre, hizo el primero y segundo de Bachillerato y luego estudió en Kennedy el colegio LA POLA, pero no lo terminó, y luego trabajó en Kennedy, cerca de la casa de mi mamá, (...) eso fue antes del año 2000. Después me fui a vivir a los apartamentos de Soacha, Ducales, en el año 2000. duré con él ocho (8) años, hasta el 2008 que fue la desaparición de él..." (destacado fuera de texto)

Igualmente obran las siguientes declaraciones:

- Luz Esperanza Pineda –fl 109 cp 9-

"...PREGUNTADO: Dígame al Despacho, dónde y con quién vivía DIEGO ALBERTO TAMAYO GARCERA? CONTESTÓ: ...vivía con la mamá y la abuela MARÍA no recuerdo el apellido, (...) vivían en el apartamento en Soacha Ducales...

...PREGUNTADO: Dígame al Despacho en qué trabajaba DIEGO ALBERTO TAMAYO GARCERA (...) CONTESTÓ: el trabajaba en construcción (...) creo que trabajaba en una fábrica de ladrillos que queda por la autopista, el no se quedaba quieto, mantenía rebuscándose la vida ..."

- Luis Eduardo Mondragón –fl 111 cp 9-

"...PREGUNTADO: Dígame al Despacho, con quién vivía DIEGO ALBERTO TAMAYO GARCERA? CONTESTÓ: ...vivía en las torres de ducales torre 7 apto 601, vivía con la abuelita María y la mamá la señora Idali...

...PREGUNTADO: Dígame al Despacho en qué trabajaba DIEGO ALBERTO TAMAYO GARCERA (...) CONTESTÓ: el trabajaba en construcción, lo que le saliera en oficios, era muy juicioso, era muy trabajador..."

- Esteban Mora Pineda –fl 113 cp 9-

"...PREGUNTADO: Dígame al Despacho, con quién vivía DIEGO ALBERTO TAMAYO GARCERA? CONTESTÓ: ...cuando llegaron al apartamento, vivía con la mamá de doña Idaly...

...PREGUNTADO: Dígame al Despacho en qué trabajaba DIEGO ALBERTO TAMAYO GARCERA (...) CONTESTÓ: el trabajaba en lo que le saliera, casi no era estable..."

- Jorge Salomón Bejarano –fl 85 cp 10-

"...él vivía con la señora IDALI y la abuelita de él MARÍA GARCERA, él vivía en Soacha Ducales en un apartamento y sólo vivían ellos (...) ese muchacho trabajaba en construcción, pintura y lo que se relaciona en el ramo de la construcción..." (destacado fuera de texto)

A.2. Sobre el joven Jader Andrés Palacio Bustamante

Se observa su registro civil –fl 76- en donde reporta que nació en la ciudad de La

Dorada –Caldas- y el de sus hermanos Diego Fernando Palacio Bustamante –fl 78, quien nació en el mismo Municipio y Adriana Palacio –fl 77- en el que reporta que nació en el sitio conocido como Samana del Departamento de Caldas igualmente.

Se tiene igualmente la declaración de la señora Luz Edilia Palacio –fl 47-, en la cual manifestó que:

"...Pues lo único que yo puedo decir es que el día 22 de agosto a las siete de la noche yo hablé con mi hijo porque yo me encontraba por los lados de Cazuca y bajé a hablar con él porque como él tenía un hijo por nacer, a mí me habían regalado ropita y unas cositas para el bebé, entonces yo bajé y hablé con él para que subieran las cosas pero como él estaba con la muchacha con la que tuvo el niño que se llama MARGY FERNANDA ZANABRIA, (...) pero no subió y me quedé esperándolos a los dos, paso ese sábado, el domingo y a los ocho días la señora IDALY me llama porque tiene un familiar que trabaja en criminalística y me dice que el familiar de ella vio el recorte del periódico donde estaba el nombre del hijo de ella, DIEGO TAMAYO y por eso me llamó..." (destacado fuera de texto)

Así mismo obran las siguientes declaraciones:

- Declaración de Luz Adriana Espitia –fl 96 cp 9-

"...PREGUNTADO: Dígame al Despacho, dónde y con quién vivía JADER ANDRÉS PALACIO BUSTAMANTE? CONTESTÓ: vivía en el barrio Ducales de Soacha, vivía con la mamá LUZ EDILIA, la hermana LUZ ADRIANA y Diego Fernando...

...PREGUNTADO: Dígame al Despacho en qué trabajaba JADER ANDRÉS PALACIO BUSTAMANTE (...)CONTESTÓ: pues él trabajaba en la construcción, lo llamaban a hacer una reparación y el iba y la reparaba...

- Declaración de Alexander Orozco Toro –fl 100 cp 9-

"...PREGUNTADO: Dígame al Despacho, dónde y con quién vivía JADER ANDRÉS PALACIO BUSTAMANTE? CONTESTÓ: ...con la mamá en ducales...

...PREGUNTADO: Dígame al Despacho en qué trabajaba JADER ANDRÉS PALACIO BUSTAMANTE (...)CONTESTÓ: el trabajaba en lo que le saliera, el fue ayudante mío en construcción, oficios varios...

- Declaración de Alejandro Rafael Hernández –fl 103 cp 9-

"...PREGUNTADO: Dígame al Despacho, dónde y con quién vivía JADER ANDRÉS PALACIO BUSTAMANTE? CONTESTÓ: ...vivía en ducales con la mamá y los hermanos ADRIANA, DIEGO y DIOMER...

...PREGUNTADO: Dígame al Despacho en qué trabajaba JADER ANDRÉS PALACIO BUSTAMANTE (...)CONTESTÓ: el trabajaba en la construcción (...) me consta porque fuimos compañeros de trabajo como tres años..." (destacado fuera de texto)

Las anteriores declaraciones son contestes y coincidentes en afirmar que para el 22 de agosto del 2008, los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante se encontraban en el Municipio Soacha de Cundinamarca, además que residía junto con sus familias en el sitio conocido como "ducales"

ubicado en el referido Municipio de Cundinamarca y que laboraban en oficios varios, especialmente la construcción.

B) Falta de antecedentes penales como miembros de grupos armados al margen de la ley por parte de Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante.

En el presente asunto, se tiene que el Ejército Nacional presentó la muerte de los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante, como el abatimiento de miembros de grupos al margen de la ley.

Sin embargo, de las pruebas obrantes no se tiene demostrado que los fallecidos pertenecieran a grupos armados al margen de la ley, ni el Ejército Nacional cumplió con esa carga probatoria.

En cuanto al joven Diego Alberto Tamayo Garcera, este no registraba antecedentes penales.

Y en cuanto al joven Jader Andrés Palacio Bustamante, si bien es cierto, éste si registraba antecedentes, pero no por pertenecer a grupos al margen de la ley como lo quiso hacer ver el Ejército Nacional, sino por el delito de hurto agravado.

En todo caso, aun cuando el joven Jader Andrés Palacio Bustamante presentara antecedentes antiguos por hurto agravado, ello tampoco justifica su muerte a manos del Ejército Nacional, en unos hechos donde resultó muerto sin haber accionado arma de fuego alguna en contra de los miembros del Ejército.

C) No está demostrado que Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante, hayan supuestamente accionado armas en contra del Ejército Nacional.

Si bien es cierto, los miembros del pelotón "Espada 1" afirman que una vez lanzada la proclama, la respuesta fue el supuesto ataque de los hoy fallecidos, no menos cierto es que en el expediente no se encuentra demostrado que ellos hayan accionado arma de fuego alguna.

No obra en el expediente la prueba de absorción atómica correspondiente para constatar dicha afirmación.

D) Las trayectorias de los disparos, no resultan coincidentes frente a las declaraciones sobre cómo ocurrió el supuesto combate.

Como se aprecia del dictamen de balística atrás reseñado, el joven Diego Alberto Tamayo Garcera recibió un total de 9 impactos de arma de fuego de dotación oficial, tal como se aprecia a continuación:

...1.5. HALLAZGOS

A continuación se relacionan las lesiones descritas en el protocolo de necropsia No 2008010154498000129 efectuado al Señor Támarao Garcera Diego Tamayo:

1.5. Orificio de Entrada: de 0.5 cm de diámetro localizado en tobillo externo derecho a 11 cm del talón sin tatuaje ni ahumamiento.

1.6. Orificio de Salida: De 10x8 cm de diámetro localizado en tercio

distal cara interna pierna derecha a 18 cm del talón.

1.7. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, fractura tibia y peroné y sale.

1.8. Trayectoria: Plano Horizontal: Infero-Superior. Plano Coronal: Antero-Posterior, Plano Sagital: Derecha-Izquierda.

2.1. Orificio de Entrada: De 0,5 cm de diámetro, localizado en tercio medio can) anterior de muslo derecho a 70 cm del talón sin tatuaje ni ahumamiento.

2.2. Orificio de Salida: De 5 cm de diámetro localizado en tercio medio cam posterior de muslo derecho a 60 cm del talón.

2.3. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, músculo y sale.

2.4. Trayectoria: Plano Horizontal: Supero-Inferior. Plano Coronal: Antero-Posterior. Plano Sagital: En el plano.

3.1. Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro localizado en cara anterior de muslo derecho en su tercio medio a 65 cm del talón sin tatuaje ni ahumamiento.

3.2. Orificio de Salida: De 1 cm de diámetro localizado en tercio distal anterior de muslo derecho a 58 cm del talón.

3.3. Lesiones: Piel y tejido celular subcutáneo.

3.4. Trayectoria: Plano horizontal: Supero-Inferior. Plano coronal: Antero-Posterior. Plano sagital: En el plano.

4.1. Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro localizado en tercio distal externo de muslo izquierdo a 61 cm del talón sin tatuaje ni ahumamiento.

4.2. Orificio de Salida: De 4x3 cm de diámetro localizado en tercio distal interno muslo izquierdo a 65 cm del talón.

4.3. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, músculo y compromete hueso y sale.

4.4. Trayectoria: Plano horizontal: Infero-Superior. Plano coronal: En el plano. Plano sagital: Izquierda-Derecha.

5.1. Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro localizado en región paralumbar derecha a 11 cm de la línea media posterior y a 70 cm del vertex.

5.2. Orificio de Salida: De 3 cm de diámetro localizado en región de fosa iliaca izquierda a 5 cm de la línea media anterior y a 66 cm del vertex.

5.3. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, retroperitoneo, lacera colon e intestino delgado, lacera arteria iliaca izquierda ocasiona hemoperitoneo masivo y sale.

5.4. Trayectoria: Plano horizontal: Supero-Inferior. Plano coronal: Postero-Anterior. Plano sagital: Derecha-Izquierda.

6.1. Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro, localizado en cadera derecha a 15 cm de la línea media anterior y a 90 cm del vertex sin tatuaje ni ahumamiento. Orificio de Salida.

6.2. De 2 cm de diámetro localizado sobre región de epigastrio fado derecho a 4 cm de la línea media anterior y a 74 cm dei vertex.

6.3. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, músculo, peritoneo, colon, ileon y cavidad gástrica y sale por región de epigastrio.

6.4. Trayectoria: Plano horizontal: Infero-Superior. Plano coronal: Postero-Anterior. Piano sagital: Derecha-Izquierda.

7.1. Orificio de Entrada: De 1 cm de diámetro localizado en cadera derecha a 12 ándela línea media anterior y a 87 cm del vertex sin tatuaje ni ahumamiento. Orificio de Salida: De 3 cm de diámetro localizado en hipocondrio derecho a 5 cm de la línea media anterior y a 66 cm del vertex.

7.2. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, músculo, peritoneo, mesenterio, colon y parénquima hepático y sale.

7.3. Trayectoria: Plano horizontal: Infero-Superior. Plano coronal: Postero-Anterior.

7.4. Plano sagital: Derecha-Izquierda.

8.1. Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro localizado en región de 4° espado intercostal derecho con línea axilar posterior a 18 cm de la línea media posterior y a 51 cm del vertex sin tatuaje ni ahumamiento.

8.2. Orificio de Salida: No hay. Se recupera fragmento metálico sobre 5° espado intercostal izquierdo con línea axilar anterior a 17 cm de la línea media anterior y a 58 cm del vertex.

8.3. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, músculo intercostal, pleuras parietal y visceral, parénquima pulmonar y queda alojado fragmento metálico en tejido celular subcutáneo de 5° espado intercostal izquierdo.

8.4. Trayectoria: Plano horizontal: Supero-Inferior. Plano coronal: Postero-Anterior. Plano sagital: Derecha-Izquierda.

9.1. Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro localizado en región escapular izquierda a 15 cm de la línea media posterior y a 40 cm del vertex sin tatuaje ni ahumamiento.

9.2. Orificio de Salida: De 2 cm de diámetro localizado en región escapular izquierda interna a 40 cm del vértex ya 9 cm de la línea media posterior.

9.3. Lesiones: Piel y tejido celular y sale.

9.4. Trayectoria: Plano horizontal: En el plano Plano coronal: Postero-Anterior. Plano sagital: Derecha-Izquierda.

A su vez, el joven Jader Andrés Palacio Bustamante recibió un total de 7 impactos de arma de fuego de dotación oficial, tal como se aprecia a continuación:

1.5. Orificio de Entrada: De 0,5 cm de diámetro, localizado en región de 3° espado intercostal derecho con línea axilar media anterior y a 42 cm del vertex sin tatuaje ni ahumamiento.

1.6. Orificio de Salida: De 2 cm de diámetro localizado en región interescapular derecha a 40 cm del vertex y a 1 cm de la línea media posterior.

1.7. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, musculo intercostal, pleuras parietal y visceral, parénquima pulmonar y bronquios saliendo por región interescapular derecha.

1.8. Trayectoria: Plano Horizontal: Infero-Superior. Plano Coronal: Antero-Posterior. Plano Sagital: Derecha-Izquierda.

2.1. Orificio de Entrada: De 1 cm de diámetro localizado en región de 11° espacio intercostal derecho con línea medio clavicular a 10 cm de la línea media anterior y a 60 cm del vertex sin tatuaje ni ahumamiento.

2.2. Orificio de Salida: De 2 cm de diámetro localizado en región

interescapular derecha a 2 cm de la línea media posterior y a 40 cm del vertex.

2.3. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, musculo, pleuras parietal y visceral, Parénquima pulmonar y sale.

2.4. Trayectoria: Plano horizontal: Infero-Superior, Plano coronal: Antero-Posterior. Plano sagital: Derecha-Izquierda.

3.1. Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro localizada sobre cadera izquierda a 18 cm de la línea media posterior y a 75 cm del vertex.

3.2. Orificio de Salida: De 16x6 cm de diámetro localizado en cara lateral izquierda de región toraco abdominal a 15 cm de la línea media anterior y a 56 cm del vertex.

3.3. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, musculo sin penetrar a cavidad abdominal

3.4. Trayectoria: Plano horizontal: Infero-Superior. Plano coronal: Postero-Anterior. Plano sagital: Izquierda-Derecha.

4.1. Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro localizado en tercio proximal posterior de pierna derecha a 46 cm del talón sin tatuaje ni ahumamiento.

4.2. Orificio de Salida: De 2 cm de diámetro localizado en tercio distal anterointerno muslo derecho a 60 cm del talón con doble orificio por fractura de fémur.

4.3. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, musculo y fractura fémur derecho.

4.4. Trayectoria: Plano horizontal: Infero-Superior. Plano coronal: Postero-Anterior Plano sagital: En el plano.

5.1. Orificio de Entrada: De 0.8 cm de diámetro localizado en tercio próxima! interno brazo izquierdo a 2,0 cm del acromion sin tatuaje ni ahumamiento.

5.2. Orificio de Salida: De 2 cm de diámetro localizado en tercio proximal externo de brazo izquierdo a 5 cm del acromion.

5.3. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, musculo y no afecta hueso.

5.4. Trayectoria: Plano Horizontal: Infero-Superior. Plano coronal: En el plano. Plano sagital: Derecha-Izquierda.

6.1. Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro localizado en tercio distal posteroexterno antebrazo izquierdo a 39 cm del acromion sin tatuaje ni ahumamiento.

6.2. Orificio de Salida: De 13x4 cm de diámetro localizado en tercio medio cara anterior de antebrazo izquierdo a 36 cm del acromion.

6.3. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, musculo sin lesionar hueso.

6.4. Trayectoria: Plano Horizontal: Infeiro-Superior. Plano coronal: Postero-Anterior Plano sagital: Izquierda-Derecha.

7.1. Orificio de Entrada: De 0.5 cm de diámetro localizado en región supramamilar derecha a 8 cm de la línea media anterior y a 49 cm del vertex sin tatuaje ni ahumamiento.

7.2. Orificio de Salida: No hay. Se recupera fragmento metálico en tejido celular subcutáneo región escapular izquierda.

7.3. Lesiones: Piel, tejido celular subcutáneo, musculo, pleuras parietal y visceral, parénquima pulmonar, pericardio, aurículas

ocasiona hemotorax bilateral y queda alojado fragmento de proyectil en tejido celular subcutáneo.

7.4. Trayectoria: Plano Horizontal: Infero-Superior. Plano coronal: Antero-Posterior. Piar o sagital: Derecha-Izquierda”.

Como se evidencia, los disparos recibidos por cada uno de ellos no guarda consonancia con el supuesto enfrentamiento.

En primer lugar, porque los disparos que recibieron los hoy fallecidos, presentan trayectorias que no coinciden con la forma como se manifiesta que ocurrió el supuesto combate, pues unos aparecen plano inferior-superior, superior-inferior, anterior-posterior y posterior- anterior, como si los militares hubiesen estado en diferentes posiciones (rodeándolos) y no como se narra que fue el contacto.

En segundo lugar, ambos jóvenes aparecen con tiros por la espalda, lo cual es un indicio determinante a la hora de concluir que la forma como murieron no fue contada por los militares.

E) Muerte de otra persona en similares condiciones a las ocurridas respecto de los jóvenes citados el mismo día y de la misma forma.

También encuentra demostrado esta Sala, que junto con los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante, fue asesinado igualmente el joven Víctor Fernando Gómez Romero, de quien igual se aprecia de los dictámenes balísticos recibió disparos por casi todos los planos, incluso un tiro en el rostro cuya trayectoria no fue anterior-posterior.

F) Existencia de otras ejecuciones extrajudiciales hacia la misma época, y con similar modus operandi al que se aplicó para ejecutar a los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante.

Otro indicio que encuentra esta Sala demostrado, es el hecho de que la época y lugar de ocurrencia de los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante en el Municipio de Abrego, coincide con la fecha y modus operando de la ocurrencia del fenómeno de las ejecuciones extrajudiciales de “Soacha”, producto del cual terminaron ejecutados varios hombres que fueron traídos a dicha zona de otras ciudades, especialmente, del Municipio de Soacha.

Sobre estos hechos ya se ha pronunciado la justicia ordinaria, especialmente el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca mediante sentencia del 25 de mayo del 2012 (expediente penal No. 5449860001135200880006), adelantado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca, en contra del Mayor en retiro Marco Wilson Quijano Mariño, Teniente Diego Aldair Vargas Cortés, Cabo segundo Carlos Manuel González Alfonso y los Soldados profesionales Carlos Antonio Zapata Roldán, Ricardo García Corzo y Richard Contreras Aguilar, por los delitos de Concierto para delinquir agravado, homicidio agravado, desaparición forzada agravada y falsedad ideológica en documento público, en la persona de Fair Leonardo Porras Bernal –Q.E.P.D.–, quien fue traído mediante engaños del Municipio de Soacha y ejecutado por miembros del ejército nacional.

La citada sentencia condenatoria que fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca mediante sentencia del 30 de julio del 2013, dentro del expediente penal No.54498-60-01-135-2008-80006-05.

Igualmente, por el referido caso, este Tribunal condenó administrativa y extra contractualmente a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército, dentro del expediente 54-001-23-31- 000-2010-00027-00, mediante sentencia del 11 de abril del 2014³⁵, por lo cual esta Sala de Decisión Escritural encuentra justo y pertinente mantener su criterio jurisprudencial en aras de hacer efectivo el derecho fundamental a la reparación integral del que son titulares las víctimas del daño causado por las ejecuciones extrajudiciales.

Ahora bien, resalta la Sala que el modus operandi empleado en los lamentables casos de Fair Leonardo Porras Bernal, Camilo Andrés Valencia y el presente, son similares en cuanto a la forma en que fueron reclutados los jóvenes, el sitio (Soacha) del cual fueron sacados, el uso de reclutadores, el argumento de un supuesto enfrentamiento y el enterrarlos como N.N., cuando se trataba de personas con arraigo y familia en el Municipio de Soacha, resultando contrario a la verdad y a la lógica que de la noche a la mañana se convirtieran en avezados miembros de grupos ilegales de la guerrilla o del narcotráfico.

Así las cosas, para esta Sala son contundentes los indicios ya explicados, los cuales conducen de modo inequívoco a declarar configurada la falla del servicio por parte de la Nación-Ejército Nacional, como consecuencia de la actuación irregular por parte los miembros del grupo "Espada 1", en los hechos ocurridos el 25 de agosto del 2008, en los cuales murieron los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante.

5.- La excepción propuesta de "Culpa exclusiva de la víctima", no se encuentra probada.

La apoderada de la Nación-Ejército Nacional propuso dicha excepción, pues en su concepto la muerte de los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante obedeció al enfrentamiento de éste con los miembros del Ejército, quienes le dieron de baja en desarrollo de la orden de operaciones "Alforja".

Tal argumento no puede ser del recibo de esta Sala, pues los amplios elementos indiciarios obrantes en el expediente, permiten a esta Sala afirmar que no existió el referido enfrentamiento entre los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante y miembros del Ejército Nacional.

Ahora bien, no existe prueba alguna de que los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante, hayan adelantado actos que generaran o propiciaran sus propias muertes, pues está demostrado que estos fueron trasladados mediante engaños del Municipio en que residían (Soacha, Cundinamarca) hasta el Departamento Norte de Santander, en donde fueron entregado a miembros del Ejército Nacional, quienes los redujeron y vigilaron por varias horas estando totalmente desarmados e inermes, y luego sobre las horas de la madrugada procedieron a dispararles en una reprochable ejecución extrajudicial, y luego lo presentaron como muertos en combate.

La entidad demandada no probó, con la respectiva prueba técnica que las víctimas sí hubiesen disparado armas al momento de los hechos, lo cual no se puede presumir del hecho de que al momento del levantamiento del cadáver se le hubiesen encontrado armas cerca de sus cuerpos. Tampoco probó la entidad demandada que las víctimas sí hiciera parte de grupos armados al margen de la ley, quedándose tal afirmación en una simple especulación.

³⁵ Proceso N° 54-001-23-31- 000-2010-00027-00, Acción:Reparación Directa; Actor: Luz Marina Parra y Otros; Demandado:Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional

Así las cosas, y luego de haberse verificado por esta Sala la existencia del daño antijurídico causado a la parte accionante, junto con la imputación fáctica y jurídica, esta Sala declarará la responsabilidad administrativa y extracontractual de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, por el daño antijurídico causado a la parte actora por la muerte de los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante, pues el eximente de responsabilidad planteado carece de validez alguna, ante el conjunto de pruebas e indicios que dan certeza sobre la real forma en cómo sucedieron tan lamentables hechos que terminaron injusta y arbitrariamente con la vida de los precitados jóvenes.

Expuesto lo anterior, pasará esta Sala a liquidar las condenas a que haya lugar y a establecer las medidas restaurativas correspondientes, de conformidad con los hechos demostrados en el proceso y los parámetros que se expondrán a continuación.

6. Indemnización de perjuicios

Teniendo en cuenta que en el presente asunto, la parte accionante se encuentra conformada por dos núcleos familiares (el del Diego Alberto Tamayo Garcera y el de Jader Andrés Palacio Bustamante), la liquidación de los perjuicios causados se hará de forma independiente.

6.1. Al núcleo familiar de Diego Alberto Tamayo Garcera

6.1.A) Perjuicios morales

En la demanda se solicitó el pago de perjuicios morales de la siguiente manera:

*"...2.1. A su señora madre **IDALI GARCERA VALDES** ; a su señora abuela **MARIA DE JESUS VALDES DE GARCERA**, el valor de los **PERJUICIOS MORALES**, que sufrieron y sufren por la muerte de su, hijo y nieto, equivalente a **DOSCIENTOS (200) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES** para cada uno de ellos.*

*Los **DOSCIENTOS (200)** salarios mínimos legales mensuales solicitados para cada uno de ellos, equivalen a la fecha de presentación de la demanda a **CIENTO TRES MILLONES DE PESOS (\$103.000.000,00)** que deberán cubrirse por supuesto con el valor del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de la sentencia debidamente ejecutoriada.*

EL TOTAL EN ESTE RUBRO ES DE CUATROCIENTOS (400) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES"

En el presente caso, se encuentra demostrado el parentesco de los demandantes con la víctima directa, mediante pruebas documentales contenidas en sendos registros civiles, así:

- ✓ Madre: Idali Garcera Valdés -fl 73
- ✓ Abuela: María de Jesús Valdés -fl 74

En cuanto a la presunción del perjuicio moral por muerte de un pariente cercano, el H. Consejo de Estado ha manifestado en forma reiterada que, "el Juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros (...) puesto que

la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política"³⁶.

Ahora bien, en cuanto el monto a reconocer en asuntos como el presente en que el daño antijurídico tuvo su causa eficiente en una ejecución extrajudicial, es plenamente aplicable la sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, Exp. 32988³⁷, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, mediante la cual dispuso:

*"...Sin embargo, 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 señalada 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."*

En el presente caso, por tratarse el caso sub judice del perjuicio en su mayor intensidad por devenir el daño antijurídico de una ejecución por parte de servidores del Ejército Nacional³⁸, dándose una grave violación a derechos humanos

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera: sentencias del 15 de octubre de 2008, exp. 18586, del 13 de agosto de 2008, exp. 17042, y del 1º de octubre de 2008, exp. 27268, M.P. Enrique Gil Botero.

³⁷ Radicación número: 050012325000199901063-01 (32988), Actor: Félix Antonio Zapata González y otros, Demandados: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, Asunto: Acción de reparación directa

³⁸ Se pueden reseñar al respecto dos antecedentes que se relacionan con el monto reconocido a título de perjuicios morales por privación injusta de la libertad, los cuales han superado los umbrales trazados por el precedente jurisprudencial: i) la sentencia del 29 de enero del 2014 de la Subsección A, M.P. Hernán Andrade Rincón, rad. 33806, relativo a la privación injusta de la libertad del señor Alberto Júbiz Hasbum por el homicidio del candidato presidencial Luis Carlos Galán Sarmiento decidió indemnizar a título de perjuicios morales por un monto superior a los topes establecidos por la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2013, M.P. Enrique Gil Botero, rad. 36.460. Al respecto la sentencia, dijo: "[T]eniendo en cuenta que en el presente asunto se configuraron dos daños antijurídicos independientes, a saber: i) privación injusta de la libertad y; ii) falsas imputaciones difundidas masivamente, la Sala decretará una indemnización por cada uno de tales hechos dañosos. En consecuencia, se reconocerá una indemnización equivalente a 300 SMLMV por la privación injusta de la libertad de la cual fue objeto el señor Alberto Alfredo Júbiz Hasbum, la cual será sufragada por la Fiscalía General de la Nación. Adicionalmente, se reconocerá en su favor la cantidad de 200 SMLMV como consecuencia de las falsas imputaciones realizadas en su contra, suma que deberá ser pagada de forma solidaria por la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional y Fiscalía General de la Nación (pues ésta entidad asumió las obligaciones del extinto DAS)".

ii) La sentencia del 12 de diciembre del 2013 de la Subsección B, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, rad. 27252, dijo: "En lo que respecta a los perjuicios morales se hace notar que aunque en reciente sentencia de unificación la Sala Plena reiteró criterios jurisprudenciales según los cuales el perjuicio moral ha de ser tasado en salarios mínimos mensuales legales y el tope indemnizatorio se fija en 100 smlmv, esta previsión no fue entendida como una exigencia absoluta o como un tope hierático o infranqueable. (...) De modo que como la situación de los demandantes también se encaja en la categoría del perjuicio extremo, la Sala acogerá el criterio establecido ad supra, reconociendo un monto mayor que el previsto para la generalidad de los casos. Ahora bien, aunque en principio cabría ordenar una indemnización una suma superior a los 250 salarios mínimos reconocidos en la sentencia antes citada, por cuanto sub exámine se ha comprobado una exposición mediática superlativa y prolongada que acabó con el buen nombre del demandante y de su familia, condenándolos a una especie de apartheid social que se prolongó incluso después de la absolución, la Sala optará por reconocer una indemnización equivalente a la de tal precedente (250 salarios mínimos). En efecto, al señor Zamora Rodríguez se le concedió la libertad provisional nueve meses antes de su absolución, de modo que estuvo recluso físicamente durante ocho años y un mes, periodo inferior en casi tres años al que fue sometida la víctima en el caso antes mencionado. Así pues, los dos casos antes considerados se equiparan en gravedad, en la medida en que en uno se observa una mayor intensidad del daño y en otro una mayor duración en el tiempo de la detención física. En cuanto a la indemnización correspondiente a los familiares, la Sala seguirá el criterio establecido en la citada sentencia de 28 de agosto de 2013 y recocerá a la madre, compañera permanente e hija de la víctima directa un monto equivalente a la de la indemnización ordenada en su favor (250 smlmv), en tanto que a cada uno de sus hermanos se reconocerá la mitad de tal cifra (125 smlmv)".

imputable al Estado, habrá lugar a aplicar la regla de excepción contemplada por esta sentencia y reconocer a título de daño moral los montos de indemnización, teniendo en cuenta el nivel de parentesco de los accionantes con la víctima directa.

Así las cosas, esta Sala, acogiendo el criterio referido, ordenará a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional el pago de los perjuicios morales a favor de los accionantes en la siguiente forma:

✓ Idali Garcera Valdés (1 nivel).....300 smlmv
✓ María de Jesús Valdés (2 nivel).....150 smlmv

Total: 450 s.m.l.m.v.

El monto del salario mínimo legal mensual, será el que se encuentre vigente a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia.

De otra parte, esta Sala hace énfasis en cuanto a que en el presente asunto no es aplicable la regla jurisprudencial contenida en la sentencia de unificación del 25 de septiembre del 2013³⁹, sobre los montos indemnizatorios en lo que corresponde a los perjuicios inmateriales en la modalidad de perjuicio moral, toda vez que la citada sentencia hace referencia a la indemnización en los eventos en que el daño antijurídico tiene su origen en una conducta punible perpetrada por un agente estatal, la cual se encuentra contenida en una sentencia penal debidamente ejecutoriada.

Así lo señaló el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto del 2014⁴⁰, la cual sobre el particular manifestó:

"...La Sala advierte que esta regla de excepción *no contradice la sentencia de unificación de la Sección Tercera del 25 de septiembre del 2013*⁴¹, pues esta unificó la jurisprudencia en relación con el tope indemnizatorio de los perjuicios morales en escenarios en los que el daño antijurídico imputable al Estado tiene su origen en una conducta punible de un agente estatal, investigada, sancionada penalmente y contenida en una sentencia ejecutoriada"

6.1.B.) Perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante

En la demanda se solicitó:

"A su señora madre IDALI GARCERA VALDES el valor de los perjuicios MATERIALES (lucro cesante), equivalente a SESENTA Y OCHO MILLONES SIESCIENTOS SIETE MIL CIENTO UN PESOS (\$68.607.101), incluido el veinticinco (25%) por concepto de prestaciones sociales. Los valores anteriores deberán actualizarse en la respectiva sentencia."

Esta Sala negará dicha pretensión, por cuanto en el presente asunto ni se logró demostrar la dependencia económica de la señora Idali Garcera Valdés con respecto a Diego Alberto Tamayo Garcera, ni es objeto de presunción dicho rubro.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de septiembre del 2013, rad. 36460, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁰ Radicación número: 050012325000199901063-01 (32988), Actor: Félix Antonio Zapata González y otros, Demandados: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, Asunto: Acción de reparación directa

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de septiembre del 2013, rad. 36460, M.P. Enrique Gil Botero.

En cuanto a que no se logró demostrar la dependencia económica de la señora Idali Garcera Valdés con respecto a Diego Alberto Tamayo Garcera, no se encuentra demostrado en el expediente que ella tuviese dependencia económica con respecto del joven Diego Alberto Tamayo Garcera, lo cual era una carga probatoria de la parte accionante su demostración.

Ahora bien, en el presente asunto no se presume el perjuicio que se reclama, toda vez que como se puede apreciar del registro civil del joven Diego Alberto Tamayo Garcera, para la fecha de su muerte (25 de agosto del 2008), éste tenía más de 25 de años de edad, razón por la cual no lo cobija la presunción del lucro cesante de los padres con respecto de los hijos fallecidos.

Así lo sostuvo el Consejo de Estado mediante sentencia proferida dentro del radicado 25000-23-26-000-1996-02057-01(17047)⁴², Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, que en lo particular manifestó:

"En el sub lite, no se demostró que la víctima tenía a su cargo el sostenimiento económico de la demandante, quien actúa en calidad de madre del fallecido. Vale destacar que en relación con el reconocimiento del lucro cesante a favor de los padres, en jurisprudencia que ahora se reitera, se ha dicho que se presume que los hijos ayudan a sus padres hasta la edad de veinticinco años, en consideración "al hecho social de que a esa edad es normal que los colombianos hayan formado su propio hogar, realidad que normalmente impide atender las necesidades económicas en otros frentes familiares". Además, se ha considerado que cuando se prueba que los padres recibían ayuda económica de sus hijos antes del fallecimiento de éstos, la privación de ésta tendría un carácter cierto y se ha presumido que la misma habría de prolongarse en el tiempo, más allá de la edad referida de los hijos, a condición de que se reúnan algunas circunstancias que permitieran afirmar tal presunción como la necesidad de los padres, su situación de invalidez, la condición de hijo único. Así mismo, cabe precisar que además de que no se acreditó la dependencia económica de la actora respecto de la víctima, el acervo probatorio permite inferir que era el fallecido el que se encontraba en situación de invalidez y dependía de su madre, en consideración a que de acuerdo con la declaración de la citada señora Ana Elvia Escobar, el señor Vargas "estaba enfermito... estaba mal de la cabeza... como loquito ya, yo exactamente no sé, pero se que llevaba ya su tiempito así", es decir que es posible que por su enfermedad, dependiera para su subsistencia de la actora, inferencia que se refuerza con la ausencia de prueba de que la víctima realizara alguna actividad económica."

6.1.C). Alteración a las condiciones de existencia

En la demanda se solicitó:

"2.3. A su señora madre IDALI GARCERA VALDES; a su señora abuela MARIA DE JESUS VALDES DE GARCERA, el valor de los perjuicios por el LA ALTERACION DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA, que sufrieron y sufren por la muerte de su hijo y nieto, equivalente a QUINIENTOS (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes para

⁴² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: UTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá D. C., dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-26-000-1996-02057-01(17047), Actor: MARIA CRUZANA RIVERA DE VARGAS, Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA, EJERCITO NACIONAL Y OTRO, Referencia: PRUEBAS DE OFICIO (ACCION DE REPARACION DIRECTA)

cada uno de ellos, de conformidad con el artículo 16 de la ley 446 de 1998, atendiendo los principios de "REPARACIÓN INTEGRAL Y EQUIDAD".

Respecto de dicho reconocimiento, encuentra la Sala que el Consejo de Estado-Sala de lo contencioso Administrativo- Sección Tercera, mediante documento Aprobado con Acta del 28 de agosto de 2014 establece los referentes para la reparación de perjuicios inmateriales. En dicha acta señala la tipología de perjuicios inmateriales de conformidad con la evolución de la jurisprudencia de la Sección Tercera, y establece que se reconocen tres tipos de perjuicios inmateriales: (i) Perjuicio moral (ii) daños a bienes constitucionales y convencionales (iii) daño a la Salud (perjuicios fisiológico o biológico), derivado de una lesión corporal o psicofísica.

Conforme a lo anterior encuentra la Sala que la tipología del antes denominado "daño a la vida en relación" o "alteración a las condiciones de existencia", no se encuentra dentro de dicha clasificación.

Sin embargo, la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado determinó, conforme a la clasificación establecida, que se reconocerá, aún de oficio, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

Esta procederá siempre y cuando se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, al cónyuge o compañero(a) permanente o estable y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza".

Así mismo, determinó que las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional, igualmente que el juez de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados.

También quedó establecido que en casos excepcionales se podrá indemnizar única y exclusivamente a la víctima directa, hasta en un monto de cien (100) SMLMV., si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud y que este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.

Al respecto huelga transcribir los siguientes apartes de la sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 32988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero:

"...15.3. Al respecto la Sala reitera los criterios expuestos en la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección del 14 de septiembre de 2011, en la cual se sostuvo que esta clase de afectaciones a bienes o derechos constitucional o convencionalmente afectados deben ser reconocidos como una

tercera categoría de daños inmateriales autónomos. Bajo esta óptica, se sistematizó en su momento de la siguiente manera:

La tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de "daño corporal o afectación a la integridad psicofísica" y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación⁴³.

15.4. Así, en los casos de perjuicios por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, se reafirman los criterios contenidos en la sentencia precitada⁴⁴. En esta oportunidad la Sala, para efectos de unificación de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisa:

⁴³ Consejo de Estado, sentencia de Sala Plena del 14 de septiembre de 2011, rad. 19031 y 38222, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁴ Para efectos de apreciar la línea de evolución de los perjuicios inmateriales, se destacan las siguientes providencias: la sentencia de julio 3 de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, concedió por primera vez en la Jurisdicción Contencioso administrativa un perjuicio inmaterial, distinto del moral, identificado con el nombre de daño fisiológico, con el que se hace referencia a la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia. El Consejo de Estado -Sección Tercera- en sentencia del 1º de julio de 1993 -rad. 7772, M.P. Daniel Suárez Hernández-, respaldó la anterior tesis, la cual fue reiterada en el fallo del 6 de mayo de 1993 -rad. 7428, M.P. Julio Cesar Uribe- Acosta, en la que se precisó que esta categoría es una especie de resurrección del hombre "abatido por los males del cuerpo, y también por los daños que atacan el espíritu, [se] orienta [a] la indemnización del daño fisiológico o la vida de relación". En sentencia del 25 de septiembre de 1997 -rad. 10421, M.P. Ricardo Hoyos Duque, la Sección Tercera cambió la expresión "perjuicio fisiológico" por el concepto de "perjuicio de placer", asimilándolo al de "daño a la vida de relación".

Más tarde, en sentencia del 19 de julio de 2000 -rad. 11842, M.P. Alier Hernández Enríquez, precisó que este de daño de orden inmaterial debía denominarse "daño a la vida de relación", por cuanto se trata de un concepto más adecuado que el "perjuicio fisiológico": "el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre", afectación inmaterial que puede tener origen en una lesión física o corporal, como también, por ejemplo, en una acusación calumniosa o injuriosa, en la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de este por otra persona, en un sufrimiento muy intenso o, incluso, en un menoscabo al patrimonio o una pérdida económica. Se debe recordar que en pretérita ocasión, antes de la Constitución Política de 1991, la Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de acoger el término "daño a la persona", para señalar que consiste en un "(...) desmedro a la integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad", sentencia de abril 4 de 1968, M.P. Fernando Hinestrosa. Preciso la providencia que un daño puede dar origen a múltiples consecuencias, algunas de ellas de carácter patrimonial o de linaje diverso que pueden repercutir en el equilibrio sentimental o quebrantos transitorios o definitivos, más o menos graves, en la vida de relación del sujeto. El primero, hace referencia al daño emergente y lucro cesante. El segundo, se identifica con el perjuicio de carácter moral, que incide o se proyecta en el fuero interno de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja, desilusión, tristeza, pesar, etc. Y el tercero, es el denominado daño a la vida de relación, que se traduce en afectaciones que inciden en forma negativa sobre su vida exterior, concretamente, en su "actividad social no patrimonial".

Posteriormente, en decisiones de 15 de agosto y 18 de octubre de 2007 -rad. 2002-00004-01(AG) y 2001-00029-01(AG)- la Sección Tercera cambió su denominación y lo denominó "alteración grave a las condiciones de existencia", la cual se acredita respecto de las condiciones de existencia previas, con las características de ser graves, drásticas y extraordinarias: "[E]n esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el nombre que hasta ahora se ha venido utilizando -en ocasiones de manera inadecuada o excesiva- para acudir al concepto de daño por alteración grave de las condiciones de existencia, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1º de la Constitución Política (...) El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por alteración grave de las condiciones de existencia es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones".

Finalmente, las providencias de 14 de septiembre de 2011 -rad. 19.031 y 38.222, antes citadas, sistematizaron la tipología de los daños inmateriales, así: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico), cuando se deriva de una lesión corporal y iii) daños a bienes constitucionales.

15.4.1. El daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características:

i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.

ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.

iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.

15.4.2. La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos:

i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.

ii) La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia.

iii) La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza", en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.

iv) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; **sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida**

pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado"

Encuentra la Sala, entonces, que para el presente caso resulta posible conceder la indemnización por lo grave vulneración de los derechos convencional y constitucionalmente protegidos, en cabeza de la señora Idali Garcera Valdés en su condición de madre del joven Diego Alberto Tamayo Garcera, pues considera la Sala que el derecho vulnerado a ella se manifiesta en su mayor intensidad, en primer lugar, por tratarse de la muerte de su hijo, lo cual, en el sentido más básico de justicia, genera el dolor en su más grande manifestación; y en segundo lugar, por las circunstancias que rodearon la muerte del joven Tamayo Garcera a manos de grupos del mismo Ejército Nacional.

Así las cosas, se ordenará a la Nación-Mindefensa-Ejército Nacional **reconocer a favor de la señora Idali Garcera Valdés la suma de cien (100) smlmv por concepto de grave vulneración a derechos y bienes constitucional y convencionalmente protegidos.**

6.2. Al núcleo familiar de Jader Andres Palacio Bustamante

6.2.A. Perjuicios morales

En la demanda se solicitó:

"...2.4. A sus hermanos **ADRIANA PALACIO BUSTAMANTE** y **DIEGO FERNANDO PALACIO BUSTAMANTE**, el valor de los **PERJUICIOS MORALES**, que sufrieron y sufren por la muerte de su hermano, equivalente a **DOSCIENTOS (200) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES** para cada uno de ellos.

Los **DOSCIENTOS (200)** salarios mínimos legales mensuales solicitados para cada uno de ellos, equivalen a la fecha de presentación de la demanda a **CIENTO TRES MILLONES DE PESOS (\$103.000.000,00)** que deberán cubrirse por supuesto con el valor del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de la sentencia debidamente ejecutoriada.

EL TOTAL EN ESTE RUBRO ES DE CUATROCIENTOS (400) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES"

En el presente caso, se encuentra demostrado el parentesco de los demandantes con la víctima directa en condición de hermanos, mediante pruebas documentales contenidas en sendos registros civiles, así:

- ✓ Adriana Palacio Bustamante –fl 76
- ✓ Diego Fernando Palacio Bustamante –78.

En cuanto a la presunción del perjuicio moral por muerte de un pariente cercano, el H. Consejo de Estado ha manifestado en forma reiterada que, "el Juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros (...) puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política"⁴⁵.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera: sentencias del 15 de octubre de 2008, exp. 18586, del 13 de agosto de 2008, exp. 17042, y del 1º de octubre de 2008, exp. 27268, M.P. Enrique Gil Botero.

Ahora bien, en cuanto el monto a reconocer en asuntos como el presente en que el daño antijurídico tuvo su causa eficiente en una ejecución extrajudicial, es plenamente aplicable la sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, Exp. 32988⁴⁶, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, mediante la cual dispuso:

*“...Sin embargo, 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 señalada 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.”*

En el presente caso, por tratarse el caso sub judice del perjuicio en su mayor intensidad por devenir el daño antijurídico de una ejecución por parte de servidores del Ejército Nacional⁴⁷, dándose una grave violación a derechos humanos imputable al Estado, habrá lugar a aplicar la regla de excepción contemplada por esta sentencia y reconocer a título de daño moral los montos de indemnización, teniendo en cuenta el nivel de parentesco de los accionantes con la víctima directa.

⁴⁶ Radicación número: 050012325000199901063-01 (32988), Actor: Félix Antonio Zapata González y otros, Demandados: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, Asunto: Acción de reparación directa

⁴⁷ Se pueden reseñar al respecto dos antecedentes que se relacionan con el monto reconocido a título de perjuicios morales por privación injusta de la libertad, los cuales han superado los umbrales trazados por el precedente jurisprudencial: i) la sentencia del 29 de enero del 2014 de la Subsección A, M.P. Hernán Andrade Rincón, rad. 33806, relativo a la privación injusta de la libertad del señor Alberto Júbiz Hasbum por el homicidio del candidato presidencial Luis Carlos Galán Sarmiento decidió indemnizar a título de perjuicios morales por un monto superior a los topes establecidos por la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2013, M.P. Enrique Gil Botero, rad. 36.460. Al respecto la sentencia, dijo: “[T]eniendo en cuenta que en el presente asunto se configuraron dos daños antijurídicos independientes, a saber: i) privación injusta de la libertad y; ii) falsas imputaciones difundidas masivamente, la Sala decretará una indemnización por cada uno de tales hechos dañosos. En consecuencia, se reconocerá una indemnización equivalente a 300 SMLMV por la privación injusta de la libertad de la cual fue objeto el señor Alberto Alfredo Júbiz Hasbum, la cual será sufragada por la Fiscalía General de la Nación. Adicionalmente, se reconocerá en su favor la cantidad de 200 SMLMV como consecuencia de las falsas imputaciones realizadas en su contra, suma que deberá ser pagada de forma solidaria por la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional y Fiscalía General de la Nación (pues ésta entidad asumió las obligaciones del extinto DAS)”.

ii) La sentencia del 12 de diciembre del 2013 de la Subsección B, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, rad. 27252, dijo: “En lo que respecta a los perjuicios morales se hace notar que aunque en reciente sentencia de unificación la Sala Plena reiteró criterios jurisprudenciales según los cuales el perjuicio moral ha de ser tasado en salarios mínimos mensuales legales y el tope indemnizatorio se fija en 100 smlmv, esta previsión no fue entendida como una exigencia absoluta o como un tope hierático o infranqueable. (...) De modo que como la situación de los demandantes también se encaja en la categoría del perjuicio extremo, la Sala acogerá el criterio establecido ad supra, reconociendo un monto mayor que el previsto para la generalidad de los casos. Ahora bien, aunque en principio cabría ordenar una indemnización una suma superior a los 250 salarios mínimos reconocidos en la sentencia antes citada, por cuanto sub exámine se ha comprobado una exposición mediática superlativa y prolongada que acabó con el buen nombre del demandante y de su familia, condenándolos a una especie de apartheid social que se prolongó incluso después de la absolución, la Sala optará por reconocer una indemnización equivalente a la de tal precedente (250 salarios mínimos). En efecto, al señor Zamora Rodríguez se le concedió la libertad provisional nueve meses antes de su absolución, de modo que estuvo recluido físicamente durante ocho años y un mes, periodo inferior en casi tres años al que fue sometida la víctima en el caso antes mencionado. Así pues, los dos casos antes considerados se equiparan en gravedad, en la medida en que en uno se observa una mayor intensidad del daño y en otro una mayor duración en el tiempo de la detención física. En cuanto a la indemnización correspondiente a los familiares, la Sala seguirá el criterio establecido en la citada sentencia de 28 de agosto de 2013 y reconocerá a la madre, compañera permanente e hija de la víctima directa un monto equivalente a la de la indemnización ordenada en su favor (250 smlmv), en tanto que a cada uno de sus hermanos se reconocerá la mitad de tal cifra (125 smlmv)”.

613

Así las cosas, esta Sala, acogiendo el criterio referido, ordenará a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional el pago de los perjuicios morales a favor de los accionantes en la siguiente forma:

- ✓ Adriana Palacio Bustamante (2 nivel).....150 smlmv
- ✓ Diego Fernando Palacio Bustamante(2 nivel).....150 smlmv

Total: 300 s.m.l.m.v.

El monto del salario mínimo legal mensual, será el que se encuentre vigente a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia.

De otra parte, esta Sala hace énfasis en cuanto a que en el presente asunto no es aplicable la regla jurisprudencial contenida en la sentencia de unificación del 25 de septiembre del 2013⁴⁸, sobre los montos indemnizatorios en lo que corresponde a los perjuicios inmateriales en la modalidad de perjuicio moral, toda vez que la citada sentencia hace referencia a la indemnización en los eventos en que el daño antijurídico tiene su origen en una conducta punible perpetrada por un agente estatal, la cual se encuentra contenida en una sentencia penal debidamente ejecutoriada.

Así lo señaló el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto del 2014⁴⁹, la cual sobre el particular manifestó:

*“...La Sala advierte que esta regla de excepción **no contradice la sentencia de unificación de la Sección Tercera del 25 de septiembre del 2013**⁵⁰, pues esta unificó la jurisprudencia en relación con el tope indemnizatorio de los perjuicios morales en escenarios en los que el daño antijurídico imputable al Estado tiene su origen en una conducta punible de un agente estatal, investigada, sancionada penalmente y contenida en una sentencia ejecutoriada*

6.2.B.) Perjuicio materiales en la modalidad de lucro cesante

En la demanda se solicitó:

*“2.5. A sus hermanos **ADRIANA PALACIO BUSTAMANTE Y DIEGO FERNANDO PALACIO BUSTAMANTE** el valor de los perjuicios **MATERIALES** (lucro cesante), equivalente a **OCHENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL CUATROSCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS** (\$83.262.483). **incluido el veinticinco (25%) por concepto de prestaciones sociales.** Los valores anteriores deberán actualizarse en la respectiva sentencia.*

*2.6. A sus hermanos **ADRIANA PALACIO BUSTAMANTE y DIEGO FERNANDO PALACIO BUSTAMANTE**, el valor de los perjuicios por el **LA ALTERACION DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA**, que sufrieron y sufren por la muerte de su hermano, equivalente a **QUINIENTOS (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de ellos, de conformidad con el artículo 16 de la ley 446 de 1998, atendiendo los principios de “REPARACIÓN INTEGRAL Y EQUIDAD”.***

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de septiembre del 2013, rad. 36460, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁹ Radicación número: 050012325000199901063-01 (32988), Actor: Félix Antonio Zapata González y otros, Demandados: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, Asunto: Acción de reparación directa

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de septiembre del 2013, rad. 36460, M.P. Enrique Gil Botero.

Los **QUINIENTOS (500)** salarios mínimos legales mensuales solicitados para cada uno de ellos, equivalen a la fecha de presentación de la demanda a **DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$257.500.000.00)**, que deberán cubrirse por supuesto con el valor del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de la sentencia debidamente ejecutoriada."

Esta Sala negará dicha pretensión, pues en el presente asunto no se encuentra demostrado que los señores Diego y Adriana Palacio Bustamante, tuviesen alguna dependencia económica con respecto a su hermano Jader Andres Palacio Bustamante.

De otra parte, por tratarse de una relación consanguínea en el segundo grado (hermanos), esta Sala considera que tampoco existe presunción alguna que cobije el reconocimiento de dicho perjuicio.

6.2.C. Alteración a las condiciones de existencia

En la demanda se solicitó

"2.6. A sus hermanos **ADRIANA PALACIO BUSTAMANTE** y **DIEGO FERNANDO PALACIO BUSTAMANTE**, el valor de los perjuicios por el **LA ALTERACION DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA**, que sufrieron y sufren por la muerte de su hermano, equivalente a **QUINIENTOS (500)** salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de ellos, de conformidad con el artículo 16 de la ley 446 de 1998, atendiendo los principios de **"REPARACIÓN INTEGRAL Y EQUIDAD"**.

Los **QUINIENTOS (500)** salarios mínimos legales mensuales solicitados para cada uno de ellos, equivalen a la fecha de presentación de la demanda a **DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$257.500.000.00)**, que deberán cubrirse por supuesto con el valor del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de la sentencia debidamente ejecutoriada.

EL TOTAL EN ESTE RUBRO ES DE MIL (1000) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES"

Respecto de dicho reconocimiento, encuentra la Sala que el Consejo de Estado-Sala de lo contencioso Administrativo- Sección Tercera, mediante documento Aprobado con Acta del 28 de agosto de 2014 establece los referentes para la reparación de perjuicios inmateriales. En dicha acta señala la tipología de perjuicios inmateriales de conformidad con la evolución de la jurisprudencia de la Sección Tercera, y establece que se reconocen tres tipos de perjuicios inmateriales: (i) Perjuicio moral (ii) daños a bienes constitucionales y convencionales (iii) daño a la Salud (perjuicios fisiológico o biológico), derivado de una lesión corporal o psicofísica.

Conforme a lo anterior encuentra la Sala que la tipología del antes denominado "daño a la vida en relación" o "alteración a las condiciones de existencia", no se encuentra dentro de dicha clasificación.

Sin embargo, la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado determinó, conforme a la clasificación establecida, que se reconocerá, aún de oficio, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

Esta procederá siempre y cuando se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, al cónyuge o compañero(a) permanente o estable y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza".

Así mismo, determinó que las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional, igualmente que el juez de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados.

También quedó establecido que en casos excepcionales se podrá indemnizar única y exclusivamente a la víctima directa, hasta en un monto de cien (100) SMLMV., si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud y que este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.

Al respecto huelga transcribir los siguientes apartes de la sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 32988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero:

"...15.3. Al respecto la Sala reitera los criterios expuestos en la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección del 14 de septiembre de 2011, en la cual se sostuvo que esta clase de afectaciones a bienes o derechos constitucional o convencionalmente afectados deben ser reconocidos como una tercera categoría de daños inmateriales autónomos. Bajo esta óptica, se sistematizó en su momento de la siguiente manera:

La tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de "daño corporal o afectación a la integridad psicofísica" y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación⁵¹.

15.4. Así, en los casos de perjuicios por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, se reafirman los criterios contenidos

⁵¹ Consejo de Estado, sentencia de Sala Plena del 14 de septiembre de 2011, rad. 19031 y 38222, M.P. Enrique Gil Botero.

en la sentencia precitada⁵². En esta oportunidad la Sala, para efectos de unificación de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisa:

15.4.1. El daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características:

i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.

ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.

iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar

⁵² Para efectos de apreciar la línea de evolución de los perjuicios inmateriales, se destacan las siguientes providencias: la sentencia de julio 3 de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, concedió por primera vez en la Jurisdicción Contencioso administrativa un perjuicio inmaterial, distinto del moral, identificado con el nombre de daño fisiológico, con el que se hace referencia a la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia. El Consejo de Estado -Sección Tercera- en sentencia del 1º de julio de 1993 -rad. 7772, M.P. Daniel Suárez Hernández-, respaldó la anterior tesis, la cual fue reiterada en el fallo del 6 de mayo de 1993 -rad. 7428, M.P. Julio Cesar Uribe- Acosta, en la que se precisó que esta categoría es una especie de resurrección del hombre "abatido por los males del cuerpo, y también por los daños que atacan el espíritu, [se] orienta [a] la indemnización del daño fisiológico o la vida de relación". En sentencia del 25 de septiembre de 1997 - rad. 10421, M.P. Ricardo Hoyos Duque, la Sección Tercera cambió la expresión "perjuicio fisiológico" por el concepto de "perjuicio de placer", asimilándolo al de "daño a la vida de relación".

Más tarde, en sentencia del 19 de julio de 2000 -rad. 11842, M.P. Alier Hernández Enriquez, precisó que este de daño de orden inmaterial debía denominarse "daño a la vida de relación", por cuanto se trata de un concepto más adecuado que el "perjuicio fisiológico": "el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre", afectación inmaterial que puede tener origen en una lesión física o corporal, como también, por ejemplo, en una acusación calumniosa o injuriosa, en la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de este por otra persona, en un sufrimiento muy intenso o, incluso, en un menoscabo al patrimonio o una pérdida económica. Se debe recordar que en pretérita ocasión, antes de la Constitución Política de 1991, la Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de acoger el término "daño a la persona", para señalar que consiste en un "(...) desmedro a la integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad", sentencia de abril 4 de 1968, M.P. Fernando Hinestrosa. Preciso la providencia que un daño puede dar origen a múltiples consecuencias, algunas de ellas de carácter patrimonial o de linaje diverso que pueden repercutir en el equilibrio sentimental o quebrantos transitorios o definitivos, más o menos graves, en la vida de relación del sujeto. El primero, hace referencia al daño emergente y lucro cesante. El segundo, se identifica con el perjuicio de carácter moral, que incide o se proyecta en el fuero interno de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja, desilusión, tristeza, pesar, etc. Y el tercero, es el denominado daño a la vida de relación, que se traduce en afectaciones que inciden en forma negativa sobre su vida exterior, concretamente, en su "actividad social no patrimonial".

Posteriormente, en decisiones de 15 de agosto y 18 de octubre de 2007 -rad. 2002-00004-01(AG) y 2001-00029-01(AG)- la Sección Tercera cambió su denominación y lo denominó "alteración grave a las condiciones de existencia", la cual se acredita respecto de las condiciones de existencia previas, con las características de ser graves, drásticas y extraordinarias: "[E]n esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el nombre que hasta ahora se ha venido utilizando -en ocasiones de manera inadecuada o excesiva- para acudir al concepto de daño por alteración grave de las condiciones de existencia, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1º de la Constitución Política (...) El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por alteración grave de las condiciones de existencia es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones".

Finalmente, las providencias de 14 de septiembre de 2011 - rad. 19.031 y 38.222, antes citadas, sistematizaron la tipología de los daños inmateriales, así: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico), cuando se deriva de una lesión corporal y iii) daños a bienes constitucionales.

plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.

15.4.2. La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos:

i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.

ii) La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia.

iii) La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza", en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.

iv) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; **sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado"**

Encuentra la Sala, entonces, que en el caso de los accionantes por parte del núcleo familiar Palacios Bustamante, no hay lugar a ordenar indemnización de orden pecuniaria.

Lo anterior, en razón a que, a diferencia del caso de la señora Idali Garcés Vera, su vínculo consanguíneo en segundo grado, le resta intensidad y perjudicialidad a los perjuicios que se invocan. p

7. Medidas no pecuniarias

En el presente caso, resultan procedentes las medidas de justicia restaurativa contempladas en la jurisprudencia nacional y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues se encuentra demostrado en forma flagrante una grave violación de los derechos humanos de que eran titulares los fallecidos Jader Andrés Palacio Bustamante y Diego Alberto Tamayo Garcera, cuya causa eficiente

fue la ejecución extrajudicial por parte de miembros del Ejército Nacional, presentándolos posteriormente como miembros de grupos al margen de la ley que fueron dados de baja en un combate armado, lo cual nunca ocurrió.

Vale la pena traer a colación la reciente sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del tres (3) de diciembre del dos mil catorce (2014)⁵³, con ponencia del Dr. Jaime Orlando Santofimio, en la cual se precisó el tema de las medidas no pecuniarias:

“Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera, y en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo, la Sala encuentra que procede ordenar y exhortar a las entidades demandadas al cumplimiento de “medidas de reparación no pecuniarias”, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión:

(1) La presente sentencia hace parte de la reparación integral, de modo que las partes en el proceso así deben entenderla. Como consecuencia de esto, copia auténtica de esta sentencia deberá ser remitida por la Secretaría de la Sección Tercera al Centro de Memoria Histórica, para así dar cumplimiento a lo consagrado en la ley 1424 de 2010, y se convierta en elemento configurador de la evidencia histórica del conflicto armado de Colombia.

(2) Como la presente sentencia hace parte de la reparación integral, es obligación de las entidades demandadas Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-Policía Nacional, la difusión y publicación de la misma por todos los medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su resolutive, por un período ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

(3) La realización, en cabeza del señor Ministro de la Defensa y el señor Comandante de las Fuerzas Militares, y del Comandante del Batallón (...) de un acto público de reconocimiento de responsabilidad, petición de disculpas y reconocimiento a la memoria de (...), por los hechos acaecidos (...), en donde exalte su dignidad humana como miembros de la sociedad, a realizarse en dicha localidad con la presencia de toda la comunidad y de los miembros de las instituciones condenadas, debiéndose dar difusión por medios televisivos y radiales al acto público.

(4) Así mismo, y como garantía de no repetición el Ministerio de Defensa, el Ejército Nacional y la Policía Nacional desde la ejecutoria de la presente sentencia, realizarán capacitaciones en todos los Comandos, Batallones, Unidades y patrullas militares en materia de procedimientos militares y policiales según los estándares convencionales y constitucionales, exigiéndose la difusión de ejemplares impresos de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la Convención de Naciones Unidas sobre la desaparición forzada y de las Convenciones interamericanas sobre desaparición forzada y tortura, las cuales deben ser tenidas en

⁵³ Radicación: 73 001 23 31 000 2004 02113 01 (45433) Actor: Luis Antonio Salinas Sánchez y otros Demandado: Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-Policía Nacional Asunto: Acción de reparación directa (sentencia)

cuenta en los manuales institucionales y operacionales, y su revisión periódica por los mandos militares, de manera que se pueda verificar que se está cumpliendo los estándares convencionales en todo el territorio nacional, y en especial en el Batallón (...)

(7) Los familiares de (...) son reconocidos como víctimas del conflicto armado, razón por la que se solicita a las instancias gubernamentales competentes incorporarlas y surtir los procedimientos consagrados en la ley 1448 de 2011.

(8) Se exhorta para que en el término, improrrogable, de treinta (30) días la Defensoría del Pueblo informe de las investigaciones por la violación del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos que se hayan adelantado por los hechos, y se ponga disposición por los medios de comunicación y circulación nacional.

(9) De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al Tribunal de origen y a este despacho informes del cumplimiento dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia, con una periodicidad de treinta [30] días calendario y por escrito, de los que deberán las mencionadas entidades dar difusión por los canales de comunicación web, redes sociales, escrito y cualquier otro a nivel local y nacional. En caso de no remitirse el informe pertinente, se solicitará a la Procuraduría adelantar las averiguaciones de su competencia ante la orden dada por sentencia judicial y se adopten las decisiones a que haya lugar de orden disciplinario..."

La Sala siguiendo el anterior precedente en materia de medidas restaurativas decretará de oficio las siguientes medidas de justicia restaurativa, en aras de garantizar el principio de reparación integral, ordenando a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional dar cumplimiento a lo siguiente:

- I. La Nación -Ministerio de Defensa-Ejército Nacional llevará a cabo la difusión y publicación de esta sentencia por todos los medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su resolutive, por un período ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria de la misma.
- II. La realización, en cabeza del señor Ministro de la Defensa y el señor Comandante de las Fuerzas Militares, y del Comandante de la Brigada Móvil No 15 del Batallón de Contraguerrillas 96 TC Omar Pío Vellojín Guillot, de un acto público de reconocimiento de responsabilidad, petición de disculpas y reconocimiento a la memoria de los jóvenes Jader Andrés Palacio Bustamante y Diego Alberto Tamayo Garcera, por los hechos acaecidos el 25 de agosto del 2008, en jurisdicción del Municipio Ocaña, en el sitio conocido como El Poleo vereda el agua la virgen, en donde se exalte la dignidad humana como miembros de la sociedad.

Este acto público, deberá realizarse en dicha localidad con la presencia de toda la comunidad y de los miembros de dicha Brigada, debiéndose dar difusión por medios televisivos y radiales al acto público.
- III. Así mismo, y como garantía de no repetición, desde la ejecutoria de la presente sentencia, el Ministerio de Defensa- Ejército Nacional realizará capacitaciones en todos los Comandos, Batallones, Unidades y patrullas militares en materia de procedimientos militares según los estándares convencionales y constitucionales,

exigiéndose la difusión de ejemplares impresos de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la Convención de Naciones Unidas sobre la desaparición forzada y de las Convenciones interamericanas sobre desaparición forzada y tortura, las cuales deben ser tenidas en cuenta en los manuales institucionales y operacionales, y su revisión periódica por los mandos militares, de manera que se pueda verificar que se está cumpliendo los estándares convencionales en todo el territorio nacional, y en especial en la Brigada Móvil No. 15.

De todo lo ordenado, la Nación-Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional deberá entregar a este Tribunal, informes del cumplimiento dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia, con una periodicidad de treinta [30] días calendario y por escrito, de los que deberán dar difusión por los canales de comunicación web, redes sociales, escrito y cualquier otro a nivel local y nacional.

En caso de no remitirse el informe pertinente, se solicitara a la Procuraduría adelantar las averiguaciones de su competencia ante la orden dada por sentencia judicial y se adopten las decisiones a que haya lugar de orden disciplinario.

Finalmente se ordenará por intermedio de la Secretaría de este Tribunal lo siguiente:

- ✓ Una copia auténtica de esta sentencia, deberá ser remitida por la Secretaría de este Tribunal al Centro de Memoria Histórica, para así dar cumplimiento a lo consagrado en la ley 1424 de 2010, y se convierta en elemento configurador de la evidencia histórica del conflicto armado de Colombia.
- ✓ Mediante la Secretaría de este Tribunal, se exhorta para que en el término improrrogable de treinta (30) días, la Defensoría del Pueblo informe de las investigaciones por la violación del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos que se hayan adelantado por los hechos del presente proceso, y se ponga disposición por los medios de comunicación y circulación nacional.

7. Consulta.

Finalmente, dado que el monto de la condena de la presente sentencia supera la cantidad de 300 SMLMV, la misma deberá ser consultada para ante el H. Consejo de Estado, en el evento que no sea objeto del recurso de apelación, conforme lo regulado en el art.184 del C.C.A.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declárese patrimonialmente responsable a la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, por el daño antijurídico causado a la parte accionante, con ocasión de la muerte de los jóvenes Diego Alberto Tamayo Garcera y Jader Andrés Palacio Bustamante, en hechos ocurridos el día 25 de agosto del 2008 en jurisdicción del Municipio Ocaña, en el sitio conocido como El Poleo vereda el agua la virgen, según las circunstancias de que da cuenta esta sentencia y conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **condénese** a la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, a pagar a favor de los demandantes los siguientes perjuicios:

✓ A favor del núcleo familiar de Diego Alberto Tamayo Garcera, lo siguiente:

- Por concepto de perjuicios morales las siguientes cantidades, a favor de las siguientes personas:

➤ Idali Garcera Valdés (1 nivel).....300 smlmv
 ➤ María de Jesús Valdés (2 nivel).....150 smlmv

Total: 450 s.m.l.m.v.

El monto del salario mínimo legal mensual, será el que se encuentre vigente a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia.

- A favor de la señora Idali Garcera Valdés la suma de cien (100) smlmv por concepto de grave vulneración a derechos y bienes constitucional y convencionalmente protegidos.

✓ A favor del núcleo familiar de Jader Andrés Palacio Bustamante, lo siguiente:

- Por concepto de perjuicios morales las siguientes cantidades, a favor de las siguientes personas:

➤ Adriana Palacio Bustamante (2 nivel).....150 smlmv
 ➤ Diego Fernando Palacio Bustamante(2 nivel).....150 smlmv

Total: 300 s.m.l.m.v.

El monto del salario mínimo legal mensual, será el que se encuentre vigente a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia.

TERCERO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Ordénese a la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, el cumplimiento de las siguientes medidas de justicia restaurativa, conforme lo expuesto en la parte motiva:

I. La Nación -Ministerio de Defensa-Ejército Nacional llevará a cabo la difusión y publicación de esta sentencia por todos los medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su resolutive, por un período ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria de la misma.

II. La realización, en cabeza del señor Ministro de la Defensa y el señor Comandante de las Fuerzas Militares, y del Comandante de la Brigada Móvil No 15 del Batallón de Contraguerrillas 96 TC Omar Pío Vellojín Guillot, de un acto público de reconocimiento de responsabilidad, petición de disculpas y reconocimiento a la memoria de los jóvenes Jader Andrés Palacio Bustamante y Diego Alberto Tamayo Garcera, por los hechos acaecidos el 25 de agosto

del 2008, en jurisdicción del Municipio Ocaña, en el sitio conocido como El Poleo vereda el agua la virgen, en donde se exalte la dignidad humana como miembros de la sociedad.

Este acto público, deberá realizarse en dicha localidad con la presencia de toda la comunidad y de los miembros de dicha Brigada, debiéndose dar difusión por medios televisivos y radiales al acto público.

III. Así mismo, y como garantía de no repetición, desde la ejecutoria de la presente sentencia, el Ministerio de Defensa- Ejército Nacional realizará capacitaciones en todos los Comandos, Batallones, Unidades y patrullas militares en materia de procedimientos militares según los estándares convencionales y constitucionales, exigiéndose la difusión de ejemplares impresos de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la Convención de Naciones Unidas sobre la desaparición forzada y de las Convenciones interamericanas sobre desaparición forzada y tortura, las cuales deben ser tenidas en cuenta en los manuales institucionales y operacionales, y su revisión periódica por los mandos militares, de manera que se pueda verificar que se está cumpliendo los estándares convencionales en todo el territorio nacional, y en especial en la Brigada Móvil No. 15.

De todo lo ordenado, la Nación-Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional deberá entregar a este Tribunal, informes del cumplimiento dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia, con una periodicidad de treinta [30] días calendario y por escrito, de los que deberán dar difusión por los canales de comunicación web, redes sociales, escrito y cualquier otro a nivel local y nacional.

En caso de no remitirse el informe pertinente, se solicitara a la Procuraduría adelantar las averiguaciones de su competencia ante la orden dada por sentencia judicial y se adopten las decisiones a que haya lugar de orden disciplinario.

QUINTO: Por Secretaría del Tribunal cúmplase lo siguiente:

- ✓ Se remita una copia auténtica de esta sentencia, al Centro de Memoria Histórica, para así dar cumplimiento a lo consagrado en la ley 1424 de 2010, y se convierta en elemento configurador de la evidencia histórica del conflicto armado de Colombia.
- ✓ Librese oficio a la Defensoría del Pueblo, para que en el término improrrogable de treinta (30) días, informe de las investigaciones por la violación del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos que se hayan adelantado por los hechos del presente proceso, y se ponga disposición por los medios de comunicación y circulación nacional.

SEXTO: Remítase el presente proceso en consulta para ante el H. Consejo de Estado, en el evento que la presente sentencia no sea objeto del recurso de apelación.

SÉPTIMO: Devuélvase a la parte actora el valor consignado como gastos ordinarios del proceso o su remanente, si lo hubiere.

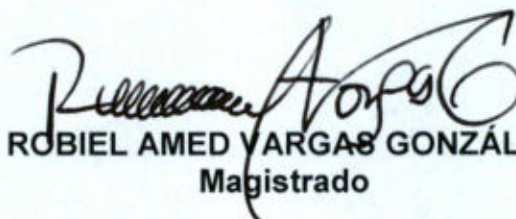
618

OCTAVO: La Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional deberá darle cumplimiento a lo previsto en los arts. 176 y 178 del C.C.A.

NOVENO: Una vez en firme la presente providencia, **archivese** el expediente, previas las anotaciones secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

(Aprobada en Sala de Decisión Escritural No. 4 del 30 de junio del 2015)


ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado


BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS
Magistrada


MARLENY VILLAMIZAR PORTILLA
Magistrada

