

APELACIÓN DE LA SENTENCIA / RECURSO DE APELACIÓN / DECLARACIÓN DESIERTA DEL RECURSO DE APELACIÓN / ALCANCE DEL RECURSO DE APELACIÓN / LÍMITES DEL RECURSO DE APELACIÓN / LÍMITES DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / MARCO FUNDAMENTAL DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA NON REFORMATIO IN PEJUS / PROCEDENCIA DEL PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Se recuerda que el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia se declaró desierto. La Sala no pierde de vista la sentencia de unificación de la Sala Plena de esta Sección acerca de la competencia del juez de segunda instancia en relación con los aspectos que se entienden comprendidos dentro del marco del recurso, la entidad pública como apelante único y el principio de la non reformatio in pejus, razón por la cual, en caso de confirmar la responsabilidad de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, revisará todas las indemnizaciones de perjuicios reconocidas por el Tribunal de primera instancia, para hacer las modificaciones a que haya lugar, siempre que le favorezcan.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia, consultar providencia de 6 de abril de 2018, Exp. 46005, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO POR INTEGRANTES DE LA FUERZA PÚBLICA / DAÑO OCASIONADO POR MIEMBRO DE LA FUERZA PÚBLICA / ARMA DE DOTACIÓN OFICIAL / USO DE ARMA DE DOTACIÓN OFICIAL / USO DE ARMAS DE FUEGO / ENFRENTAMIENTO ARMADO / LESIONES PERSONALES AL CIVIL EN ENFRENTAMIENTO ARMADO / MUERTE DE CIVIL EN ENFRENTAMIENTO ARMADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR USO DE ARMA DE DOTACIÓN OFICIAL / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS POR MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / CONFIGURACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR USO DE ARMA DE DOTACIÓN OFICIAL / EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR USO DE ARMA DE DOTACIÓN OFICIAL / USO INDEBIDO DE LA FUERZA PÚBLICA / USO ILEGÍTIMO DE ARMAS DE DOTACIÓN OFICIAL / USO DESPROPORCIONADO DE LA FUERZA / USO DE LA FUERZA PÚBLICA / LEGÍTIMA DEFENSA / FALTA DE PRUEBA / AUSENCIA DE PRUEBA / INEXISTENCIA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA / EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / HECHO DE LA VÍCTIMA / ACREDITACIÓN DEL HECHO DE LA VÍCTIMA / DOLO / CONFIGURACIÓN DEL DOLO / PRUEBA DEL DOLO / CONDUCTA DE LA VÍCTIMA / CONCURRENCIA DE CAUSAS / CONCURRENCIA DE CULPA / CONCAUSA / REDUCCIÓN DE LA CONDENA

El a quo consideró que el daño resultaba imputable a la demandada a título de falla en el servicio por uso excesivo de la fuerza, toda vez que los miembros del Ejército Nacional dispararon 54 veces, contra 13 disparos de las armas cortas tipo revólver, durante el encuentro en que falleció una de las víctimas y la otra resultó lesionada. (...) Según la apelante, el intercambio de disparos fue recíproco y proporcional entre los miembros de la fuerza pública y los afectados, quienes “se encontraban inmersos en actividades delictivas” (...). De acuerdo con las pruebas

del proceso el lesionado previamente se había reunido con alias (...) para que le explicara el plan de cómo iban a “escortar el dinero” que (...) le iba a hurtar a su “patrón” y en la misma demanda el lesionado aceptó que los tres (...) y él, cada uno, portaba un arma el día de los hechos. De modo que no llegaron a ese lugar por una imprudencia o descuido, tenían pleno conocimiento e intención de cometer delitos (porte ilegal de armas y hurto) pues las armas no tenían permiso de porte y no iban a “escortar un dinero”, dado que no fueron a ese lugar en calidad guardas de una empresa de seguridad de valores resguardando un dinero o actividad similar la cual sí es legal, como la que se presta a las entidades financieras, sino a una zona rural, despoblada, para recibir un dinero de una persona a quien escasamente conocían y que le sacaría ese dinero de forma subrepticia a su “patrón”. De modo que la conducta de las víctimas fue dolosa, aun cuando solo el lesionado se hubiera reunido para conocer los pormenores del plan, pues los otros dos también sabían de que portaban armas ilegales y que recibirían un dinero de desconocida procedencia, es decir, aceptaron acudir al lugar de los hechos para cometer esas conductas contrarias a la ley. En cuanto al uso de la fuerza, no se allegó al proceso una prueba forense de trayectoria de disparos que permitiera aclarar quién disparó primero y determinar quién dijo la verdad, si los militares o el lesionado; pero se probó que todos los militares presentes en el lugar dispararon y no está demostrado que se trató de la respuesta a una agresión (legítima defensa), lo que evidencia que el daño se produjo por el uso de armas de fuego de dotación oficial. En el sub iudice, se probó que los miembros del Ejército Nacional accionaron sus armas de dotación oficial dejando como resultado la muerte del señor (...) y lesiones al señor (...), pero no que lo hicieran en legítima defensa, de modo que deberá declararse la responsabilidad de la demandada. Así las cosas, ante la conducta dolosa de las víctimas y el comportamiento de los miembros del Ejército Nacional, se configura una concausa en la producción del daño (...). De modo que la conducta de las víctimas de acudir a un sitio despoblado, en la oscuridad, armados, para recoger un dinero que tenían que “escortar”, es decir, sabían que se exponían a algo peligroso y usaban armas para su protección y del dinero, lo que significa que posiblemente las accionarían y con ello no solo podrían dañar a alguien sino también recibir un daño igual o mayor; así como la conducta de los militares que dispararon todas sus armas de dotación oficial concurrieron en la producción de los daños (muerte a uno y lesiones a otro) y, por tanto, se concluye que cada una contribuyó en un 50% a los resultados dañosos objeto de demanda.

NOTA DE RELATORÍA: Acerca de la concausa, consultar providencias de 19 de agosto de 2009, Exp. 17957, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; y de 18 de febrero de 2010, Exp. 17179, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

PERJUICIO MORAL / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PERJUICIO MORAL POR MUERTE / RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MORAL / PRESUPUESTOS DE LA TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / INDEMNIZACIÓN A LA FAMILIA DE LA VÍCTIMA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / CONCURRENCIA DE CAUSAS / CONCURRENCIA DE CULPA / CONCAUSA / REDUCCIÓN DE LA CONDENA

Advierte la Sala que, (...) como el comportamiento de las víctimas incidió en la producción del daño, los montos reconocidos, (...) deberán reducirse en virtud de la concurrencia en la producción del daño. (...) La Sala encuentra que, en principio, los montos reconocidos se ajustan al criterio previsto en el precedente consignado en los fallos del 28 de agosto de 2014, específicamente en cuanto al reconocimiento de perjuicios morales en casos de muerte, pues los demandantes se encuentran en el primer y segundo grado de consanguinidad. No obstante, en

virtud de la concurrencia en la producción del daño los montos reconocidos se reducirán a un 50% (...).

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el reconocimiento de perjuicios morales por muerte, consultar providencias de 28 de agosto de 2014, Exp. 26251, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; y de 28 de agosto de 2014, Exp. 32988, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

PERJUICIO MORAL / NATURALEZA DEL PERJUICIO MORAL / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PERJUICIO MORAL POR LESIONES CORPORALES / LESIONES PERSONALES / GRAVEDAD DE LAS LESIONES FÍSICAS / TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PRESUPUESTOS DE LA TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / CONCURRENCIA DE CAUSAS / CONCURRENCIA DE CULPA / CONCAUSA / REDUCCIÓN DE LA CONDENA

En atención al precedente consignado en los fallos del 28 de agosto de 2014, específicamente en cuanto al reconocimiento de perjuicios morales en caso de lesiones, el cual se funda en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas, su monto se determina de acuerdo con los rangos establecidos, según el porcentaje de gravedad de la lesión.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la tasación de perjuicios morales por lesiones personales, consultar providencia de 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

PERJUICIO INMATERIAL / CLASES DE PERJUICIO INMATERIAL / DAÑO A LA SALUD / RECONOCIMIENTO DEL DAÑO A LA SALUD / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD / TASACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD / LESIONES PERSONALES / GRAVEDAD DE LAS LESIONES FÍSICAS / PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / GRADO DE PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / INDEMNIZACIÓN POR PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

Teniendo en cuenta la jurisprudencia de unificación de esta Sala en los fallos de del 28 de agosto de 2014 sobre indemnización del daño a la salud, tasada de conformidad con la gravedad de la lesión en las cuantías indicadas en dichas sentencias, dado que al señor (...) se le dictaminó un 25,75% de pérdida de la capacidad laboral –es decir, igual o superior al 20% e inferior al 30%- le corresponde una indemnización de 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes la cual, en virtud de la concurrencia en la producción del daño, se reducirá a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la reparación del daño a la salud, consultar providencias de 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz; de 28 de agosto de 2014, Exp. 31170. C.P. Enrique Gil; de 28 de agosto de 2014, Exp. 28832, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

LESIONES PERSONALES / DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL / INCAPACIDAD LABORAL / REDUCCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL / GRADO DE PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / CALIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / INDEMNIZACIÓN POR DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL / PERJUICIO MATERIAL POR

LUCRO CESANTE / DETERMINACIÓN DEL LUCRO CESANTE / LUCRO CESANTE / PRUEBA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / PERJUICIO MATERIAL FUTURO / VIDA PROBABLE DE LA PERSONA / CÁLCULO DE LA VIDA PROBABLE DE LA PERSONA

No se probó que la pérdida de la capacidad laboral le hubiera impedido continuar con su trabajo o que le generara pérdida de ingresos al lesionado, de hecho, en el dictamen emitido (...) por la ARL (...) se consignó que su cargo actual era el de empleado de oficios varios del Parque Residencial Albuquerque, es decir, continuó trabajando para el mismo empleador, incluso en el dictamen se destacó que no usaba bastón o muletas y que tenía una marcha independiente sin ayudas técnicas (...). No obstante, se accederá al lucro cesante futuro con base en el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral con aclaración de voto de la suscrita ponente. (...) De acuerdo con lo señalado en la sentencia de unificación de la Sección Tercera de esta Corporación en materia de lucro cesante, se encuentra suficientemente demostrado que el afectado desempeñaba una actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos al momento de sufrir la lesión, razón por la cual el señor (...) es acreedor de una indemnización teniendo en cuenta el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 25,75%. Igualmente, en atención a la misma jurisprudencia de unificación, se tomará como ingreso base de liquidación la asignación (...) que fue la probada en el proceso como ya lo ha hecho esta Sala en casos similares, la cual actualizada a la fecha de la presente providencia (...), rubro que aumentado en un 25% por concepto de prestaciones sociales (...). Por tanto, como en la demanda solo se solicitó lucro cesante futuro, se liquidará teniendo en cuenta [la edad] que al momento de los hechos el lesionado tenía (...).

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el reconocimiento y tasación del lucro cesante, consultar providencias, consultar providencias 18 de julio de 2019, Exp. 44572, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; de 20 de noviembre de 2019, Exp. 50005, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

PERJUICIO MATERIAL POR LUCRO CESANTE / LUCRO CESANTE / INDEMNIZACIÓN A LA FAMILIA DE LA VÍCTIMA / INDEMNIZACIÓN POR PERDIDA DE AYUDA ECONÓMICA SUFRIDA POR MUERTE DE LA VÍCTIMA / DESMOVILIZADO / ACTIVIDAD COMERCIAL ILÍCITA / IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DEL LUCRO CESANTE / IMPROCEDENCIA DEL LUCRO CESANTE / IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DEL LUCRO CESANTE / NEGACIÓN DE LA TASACIÓN DEL LUCRO CESANTE

[E] a quo reconoció indemnización por lucro cesante consolidado y futuro a favor de los demandantes (...) por la muerte de su esposo y padre (...). La Sala revocará este reconocimiento, pues (...) la Fiscalía 10 Seccional de Pereira certificó que se encontraba adelantando una investigación por el delito de porte ilegal de armas contra el señor (...) (fallecido) quien en audiencia de imputación había aceptado los cargos, y que se encontraba pendiente de la tasación de la pena, lo cual permitía inferir que para esa fecha ese despacho no se había enterado de la muerte del imputado. Esta circunstancia revela que el occiso se dedicaba a actividades ilícitas, incluso después de su desmovilización de las AUC, de modo que no resulta creíble que su sustento y el de su familia lo obtenía del “puesto” en el “Bazar (...)”, dado que no puede aceptarse que una persona cometa delitos al tiempo que se dedica a una actividad económica lícita, pues no son labores complementarias, toda vez que los ciudadanos deben acatar plenamente la ley.

NOTA DE RELATORÍA: La presente providencia cuenta con salvamento de voto del doctor José Roberto Sáchica Méndez y con aclaración de voto de la doctora Marta Nubia Velásquez Rico.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., cuatro (04) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 63001-23-31-000-2010-00316-01(59079) y 63001-33-31-003-2010-00816-01

Actor: YOLANDA INSUASTI MUÑOZ Y OTROS

Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR USO DE ARMA DE DOTACIÓN OFICIAL / muerte de una persona y lesiones a otra durante operativo militar – CONCURRENCIA ENTRE LA ACCIÓN DE LOS AGENTES DEL ESTADO Y EL COMPORTAMIENTO DE LAS VÍCTIMAS – las víctimas acudieron armadas a una zona rural para “*escoltar*” un dinero hurtado que les entregaría otra persona, de otro lado los miembros del Ejército Nacional accionaron sus fusiles y no se demostró que se trató de la respuesta a una agresión (legítima defensa), / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA – No se acreditó con certeza la calidad de tercera damnificada de una de las demandantes / LUCRO CESANTE – se reconoce al lesionado de acuerdo con el porcentaje de pérdida de su capacidad laboral – se niega respecto de los beneficiarios del occiso, dado que se probó que este se dedicaba a actividades ilícitas.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional contra la sentencia proferida el 9 de febrero de 2017 por el Tribunal Administrativo del Quindío, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de las demandas acumuladas en los siguientes términos (se transcribe de forma literal):

PRIMERO: Declárase a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional administrativa y patrimonialmente responsable por la muerte del señor Gildardo Antonio Parra Marulanda y la lesión al señor Danilo Díaz Flórez, ocurridas como

consecuencia del operativo militar sucedido el 4 de septiembre de 2008 en inmediaciones de la vereda El Roble, del municipio de Circasia, departamento del Quindío.

SEGUNDO: Condénase a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional a pagar a favor de los demandantes (procesos 2010-00316-00 y 2010-00816-00) las siguientes liquidaciones por concepto de perjuicios morales y materiales así:

| Demandante | Perjuicio moral | Daño a la salud | Perjuicio material |
|-------------------------------|------------------------|------------------------|---------------------------|
| Proceso 2010-00316-00 | | N/A | |
| Yolanda Insuasti Muñoz | 100 SMLMV | N/A | \$155'430.617 |
| Natalia Andrea Parra Insuasti | 100 SMLMV | N/A | \$22'923.129 |
| Fabián Andrés Parra Insuasti | 100 SMLMV | N/A | \$38'533.662 |
| Maria Enelia Parra Marulanda | 50 SMLMV | N/A | N/A |
| María Oneida Marulanda | 15 SMLMV | N/A | N/A |
| Proceso 2010-00816-00 | | | |
| Daniilo Díaz Flórez | 40 SMLMV | 40 SMLMV | \$42'826.229 |
| Milen Yomary Carvajal Lizcano | 40 SMLMV | N/A | N/A |
| Jonnier Stik Díaz Carvajal | 40 SMLMV | N/A | N/A |
| Kevin Andrés Díaz Carvajal | 40 SMLMV | N/A | N/A |
| Angee Daniela Díaz Carvajal | 40 SMLMV | N/A | N/A |

TERCERO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas por lo expuesto.

QUINTO: Dese cumplimiento a la providencia conforme a lo dispuesto en los artículos 177 y 178 del CCA y desde ahora se autoriza la expedición de copias de la misma a los apoderados judiciales que han venido actuando conforme al artículo 114 del CGP.

SEXTO: En firme la sentencia, por Secretaría devuélvase a la parte actora el remanente de los gastos del proceso, si a ello hubiere lugar, previa anotación en el programa informático Justicia Siglo XXI. Se dejarán constancias de entrega que se realicen.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Según se narra en la demanda, el 4 de septiembre de 2008, los señores Jhon Kenedy Tabares Díaz¹, Gildardo Antonio Parra Marulanda y Danilo Díaz Flórez habían pactado con un sujeto llamado “Kevin” acompañarlo “para escoltar un dinero”; cuando todos se dirigían en un vehículo de Pereira a Armenia se desviaron hacia la vereda El Roble del municipio de Circasia, lugar donde descendieron, caminaron unos metros y luego recibieron disparos de varios uniformados del Ejército Nacional. Como consecuencia, Jhon Kenedy Tabares Díaz y Gildardo Antonio Parra Marulanda fallecieron y el señor Danilo Díaz Flórez resultó lesionado.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda – expediente 2010-00316-00 (59079)

En escrito presentado el 5 de octubre de 2010², la señora Yolanda Insuasti Muñoz, quien actúa en su propio nombre y en representación de su hijo menor de edad Fabián Andrés Parra Insuasti; Natalia Andrea Parra Insuasti, María Enelia Parra Marulanda y María Oneida Marulanda³, por conducto de apoderado judicial⁴, interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, con el fin de que se le declarara administrativamente responsable por la muerte del señor Gildardo Antonio Parra Marulanda, en hechos ocurridos el 4 de septiembre de 2008, en la vereda El Roble, municipio de Circasia, Quindío⁵.

1.1. Las pretensiones

Como consecuencia de la declaración anterior, por concepto de lucro cesante consolidado se solicitó la cantidad de \$191'971.399 para la señora Yolanda Insuasti, \$42'616.249 para Fabián Andrés Parra Insuasti y \$13'621.749 para Natalia Andrea Parra Insuasti.

¹ En el expediente obra el acta de inspección de cadáver y el informe de un investigador del CTI en los que se menciona a los padres y a la compañera permanente del señor Jhon Kenedy Díaz Tabares (folio 425 del cuaderno 3 y folio 129 del cuaderno 4), con los cuales se buscó en el link de “consulta de procesos” de la web del Consejo de Estado y en el sistema SAMAI, pero no se encontraron procesos para considerar una posible acumulación.

² Es la fecha del sello de presentación personal de la demanda en la oficina judicial de Armenia, folio 11 cuaderno 1.

³ Se anotan sus nombres como aparecen en la copia auténtica de sus registros civiles de nacimiento, respectivamente, visibles a folios 25 a 29 del cuaderno 1.

⁴ Los demandantes otorgaron poder para accionar según consta a folios 12 a 15 del cuaderno 1

⁵ Fls. 65 a 84 cuaderno 1.

A título de perjuicios morales se solicitó el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes Yolanda Insuasti Muñoz, Fabián Andrés Parra Insuasti y Natalia Andrea Parra Insuasti y 44 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una de las accionantes María Enelia Parra Marulanda y María Oneida Marulanda.

Como indemnización del “*daño a la vida de relación*”, se solicitó el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes Yolanda Insuasti Muñoz, Fabián Andrés Parra Insuasti y Natalia Andrea Parra Insuasti.

1.2. Los hechos

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

El señor Gildardo Antonio Parra Marulanda perteneció a las denominadas “*autodefensas unidas de Colombia AUC*” hasta el 23 de agosto de 2005, cuando se desmovilizó y comenzó a recibir todos los beneficios brindados por el Gobierno Nacional para la reinserción de excombatientes ilegales. Se encontraba estudiando el bachillerato en el colegio INEM de Pereira y una capacitación en el SENA del programa de la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas Alzadas en Armas de la Presidencia de la República.

El señor Gildardo Antonio Parra Marulanda vivía junto a su esposa e hijos en Pereira.

El 4 de septiembre de 2008, el señor Gildardo Antonio Parra Marulanda laboró como de costumbre en el “*Bazar Popular El Repuestero*”, donde tenía su puesto de trabajo asignado por el municipio de Pereira, que consistía en un taller donde reparaba aparatos eléctricos. En la tarde regresó a su casa en el barrio Villa Santana de esa ciudad y luego recibió una llamada a su celular de parte de “*su amigo*” y vecino Danilo Díaz Flórez, quien le pidió que lo visitara en su casa y eso hizo.

En casa de “*su amigo*” se reunieron los señores Gildardo Antonio Parra Marulanda, Danilo Díaz Flórez y Jhon Kenedy Tabares Díaz, quienes luego abordaron un vehículo con el “*joven Kevin*” para acompañarlo “*a recoger un dinero que el patrón le iba a dar a Juan, a cambio de un buen pago por el acompañamiento*”.

Los mencionados emprendieron el viaje por la vía a Armenia, luego se desviaron a la vereda El Roble del municipio de Circasia, allí se bajaron y les indicaron que *“siguieran adelantico que Juan los estaría esperando, alcanzaron a caminar cinco metros y en ese momento salieron personas uniformadas del Ejército Nacional y los prendieron a plomo”*.

Luego de los impactos de armas de fuego solo quedó con vida el señor Danilo Díaz Flórez, quien logró huir y pedir ayuda a la Policía Nacional, cuyos agentes lo trasladaron al hospital de Circasia, Quindío.

En la noche del 4 de septiembre de 2008, la familia del señor Gildardo Antonio Parra Marulanda notó que este no regresó a casa; su esposa Yolanda Insuasti Muñoz supuso que se encontraba en *“La Gallera”* en compañía de su amigo Danilo Díaz Flórez, a quien llamó a su celular repetidas veces, pero no le contestó.

El 5 de septiembre de 2008, la señora Yolanda Insuasti Muñoz *“tuvo conocimiento”* de que el señor Danilo Díaz Flórez se encontraba lesionado, horas más tarde fue informada vía telefónica que el cadáver de su esposo se encontraba en la morgue de Armenia y al día siguiente se lo entregaron.

La señora Yolanda Insuasti Muñoz y sus hijos dependían económicamente del señor Gildardo Antonio Parra Marulanda, con su muerte violenta sufrieron perjuicios materiales, morales y a su vida de relación.

2. La demanda – expediente 2010-00816-00 (59079)

En escrito presentado el 29 de noviembre de 2010⁶, los señores Danilo Díaz Flórez y Milen Yomary Carvajal Lizcano, quienes actúan en su propio nombre y en representación de sus hijos menores de edad Jonnyer Stik, Kevin Andrés y Angee Daniela Díaz Carvajal⁷, por conducto de apoderado judicial⁸, interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, con el fin de que se le declarara administrativamente responsable por la lesión sufrida por el señor Danilo Díaz Flórez, en hechos ocurridos el 4 de septiembre de 2008, en la vereda El Roble, municipio de Circasia, Quindío⁹.

⁶ Es la fecha del sello de presentación personal de la demanda en la oficina judicial de Armenia según consta a folio 13 del cuaderno 2.

⁷ Se anotan sus nombres como aparecen en la copia auténtica de sus registros civiles de matrimonio y de nacimiento, respectivamente, allegados a folios y 15 a 20 del cuaderno 2.

⁸ Los demandantes otorgaron poder según consta a folio 14 del cuaderno 2.

⁹ Fls. 1 a 13 del cuaderno 2.

2.1. Las pretensiones

Como consecuencia de la declaración anterior, por concepto de lucro cesante futuro se solicitó que se fijara “*en equidad*” la cantidad de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el señor Danilo Díaz Flórez.

A título de perjuicios morales se solicitó el equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes.

Como indemnización del “*daño a la vida de relación o disminución del goce de vivir*”, se solicitó la cantidad de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el señor Danilo Díaz Flórez y otra cantidad igual por concepto de “*daño estético*”.

2.2. Los hechos

En esta demanda se narraron los siguientes hechos:

El señor Danilo Díaz Flórez laboraba como vigilante en el parque residencial Alburquerque de Pereira, desde el 22 de septiembre de 2007 y hasta el 4 de septiembre de 2008, cuando fue lesionado y quedó incapacitado. Por esa labor recibía un salario de \$550.000 mensuales.

En la mañana del 4 de septiembre de 2008 fue abordado en su lugar de trabajo por un sujeto llamado “*Kevin*”, quien le pidió que lo acompañara en horas de la tarde para “*escoltar un dinero vía Armenia, además, que necesitaba tres personas para esa escolta*”.

Aproximadamente a las 5:30 de la tarde del mismo día, “*Kevin*” conducía un vehículo acompañado de Danilo Díaz Flórez, Gildardo Antonio Parra Marulanda y Jhon Kenedy Tabares Díaz por la vía Pereira – Armenia y en el camino se detuvieron a recoger a un amigo de “*Kevin*”, continuaron su camino y luego se desviaron de la vía y se bajaron en un lugar en donde “*Kevin*” le entregó a los tres primeros mencionados un revólver a cada uno, minutos después fueron sorprendidos por ráfagas de fusil disparadas por miembros del Ejército Nacional, resultando muertos Jhon Kenedy Tabares Díaz y Gildardo Antonio Parra Marulanda.

El señor Danilo Díaz Flórez resultó herido en su extremidad inferior izquierda, quien se arrastró por una vía boscosa y aproximadamente a la 1 de la madrugada del 5 de septiembre de 2008 pudo llegar al salón comunal de la vereda El Roble del municipio

de Circasia, en donde fue auxiliado por la señora Luz Deivy Marín López, quien llamó a agentes de la Policía Nacional y estos lo trasladaron al hospital local.

El señor Danilo Díaz Flórez estuvo hospitalizado por cuatro días en la clínica Saludcoop de Armenia, en donde recibió la atención médica requerida y fue custodiado por miembros del Ejército Nacional, quienes “*constantemente*” le preguntaban cuál era su “*alias*” y a qué grupo armado ilegal pertenecía. Posteriormente, el 7 de septiembre de 2008, el señor Danilo Díaz Flórez fue trasladado a la clínica Saludcoop de Pereira.

Encontrándose en Pereira, “*según información que obtuvo*”, el señor Danilo Díaz Flórez se enteró de que su vida corría peligro, razón por la cual el fiscal 36 de la URI de Pereira le solicitó al comandante de la Policía de Risaralda que le brindara protección mientras se encontraba hospitalizado y así fue hasta que le dieron de alta.

La lesión que sufrió el señor Danilo Díaz Flórez consistente en “*fractura de la tibia izquierda con lesión grado 2 en el cuerpo posterior del menisco interno y lesión grado 1 en el cuerpo posterior del menisco externo rodilla izquierda*” fue causada por proyectil de arma de fuego, lo que le produjo incapacidad provisional de 56 días y secuelas funcionales definitivas por cicatriz traumática, limitación funcional e inestabilidad de la marcha.

Según el dictamen emitido por la ARL Seguros Mafre S.A., el señor Danilo Díaz Flórez sufrió una pérdida de su capacidad laboral del 25.75%.

La Fiscalía 2 Especializada de Armenia inició una investigación penal por la muerte de Jhon Kenedy Tabares Díaz, Gildardo Antonio Parra Marulanda y la lesión sufrida por el señor Danilo Díaz Flórez.

3. El trámite de primera instancia

3.1. La admisión de las demandas y su notificación

En cuanto al expediente número 2010-00316-00 el Tribunal *a quo* admitió la demanda por auto del 14 de enero de 2011¹⁰, providencia que fue notificada en

¹⁰ Fls. 66 a 69 del cuaderno 1.

debida forma al Ministerio Público y a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional¹¹.

Mediante auto del 2 de diciembre de 2010¹², el *a quo* admitió la demanda número 2010-00816-00, decisión de la cual también fueron notificados en debida forma el Ministerio Público y la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional¹³.

3.2. Contestación de la demanda

La Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional contestó las demandas y se opuso a las pretensiones en ellas formuladas.

Sostuvo que debían probarse las circunstancias en las que murió el señor Gildardo Antonio Parra Marulanda y resultó lesionado el señor Danilo Díaz Flórez, a lo que agregó que no existía sanción penal o disciplinaria alguna contra miembros del Ejército Nacional, por su participación o autoría en estos hechos.

Aseguró que, de acuerdo con los informes y pruebas documentales que obran en el proceso, los hechos ocurrieron por la culpa exclusiva y determinante de las víctimas.

También propuso las excepciones de *“injerencia propia de las víctimas en el resultado por asunción propia del riesgo”*, dado que portaban armas de fuego sin el correspondiente permiso y *“legítima defensa de los miembros del Ejército Nacional”*¹⁴.

3.3. Acumulación de procesos

En escrito del 2 de mayo de 2011¹⁵, la apoderada de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional solicitó que se decretara la acumulación de los procesos 2010-00316-00 y 2010-00816-00, debido a que las demandas se fundaban en iguales hechos y contra la misma entidad accionada.

¹¹ Fls. 69, 73 y 74 del cuaderno 1.

¹² Fl. 55 del cuaderno 2.

¹³ Fls. 55 vuelto y 59 del cuaderno 2.

¹⁴ Fls. 77 a 99 del cuaderno 1 y folios 65 a 77 del cuaderno 2.

¹⁵ Fls. 113 y 114 del cuaderno 1.

A través de auto del 20 de junio de 2011¹⁶, el *a quo* decretó la acumulación de los procesos números 2010-00316-00 y 2010-00816-00 y ordenó que se continuara su trámite de forma conjunta.

3.4. La etapa probatoria y los alegatos de conclusión

Mediante auto del 6 de octubre de 2011¹⁷, el *a quo* decretó las pruebas solicitadas por las partes en ambos expedientes.

Vencido el período probatorio, por auto del 8 de noviembre de 2012¹⁸, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para lo de su competencia.

La Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional presentó escrito de alegatos de conclusión¹⁹, la parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Quindío, en sentencia del 9 de febrero de 2017, accedió parcialmente a las pretensiones de las demandas acumuladas, en los términos indicados al inicio de esta providencia.

Encontró acreditado el deceso del señor Gildardo Antonio Parra Marulanda y la lesión sufrida por el señor Danilo Díaz Flórez en su pierna izquierda, de acuerdo con el registro civil de defunción y las piezas de la historia clínica, respectivamente, allegadas al proceso.

Consideró que no se advertía la ocurrencia de un “*suceso de ejecución extrajudicial*” caracterizado por la simulación de un combate, la manipulación de evidencia y de las prendas de las víctimas.

Sin embargo, señaló que los daños alegados en las demandas fueron causados por miembros del Ejército Nacional, pues según el informe de patrones de vainillas que

¹⁶ Fls 134 a 136 del cuaderno 1.

¹⁷ Fls. 143 a 145 del cuaderno 1.

¹⁸ Fls. 163 y 164 del cuaderno 1.

¹⁹ Fls. 165 a 190 del cuaderno 1.

hacía parte de la investigación penal allegada como prueba trasladada, los militares dispararon 54 veces sus armas de dotación oficial, mientras que los perjudicados dispararon sus armas en 13 ocasiones, de lo cual podía concluirse que existió un uso excesivo de la fuerza, razón por la cual reprochó que los miembros de la fuerza pública, en lugar de propender por inmovilizar a los supuestos delincuentes, decidieron optar por una conducta desproporcionada, lo que imponía la obligación de indemnizar los perjuicios solicitados²⁰.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional interpuso recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia, con el fin de que se revoque dicho proveído.

Señaló que no existió un uso excesivo de la fuerza, dado que el intercambio de disparos fue recíproco y proporcional entre los miembros de la fuerza pública y los afectados, quienes “*se encontraban inmersos en actividades delictivas*”.

A continuación, citó las normas y jurisprudencia que consideró como el fundamento para el uso legítimo de la fuerza por parte de los agentes del Estado.

Aseguró que en la escena de los hechos se encontraron armas de fuego ilegales que poseían los civiles y con las cuales se enfrentaron a miembros del Ejército Nacional, en un lugar al que arribaron sin un propósito claro, pero en donde provocaron una situación hostil.

Advirtió que, aunque la prueba de absorción atómica no fue contundente, se hallaron concentraciones bajas de bario en el cuerpo del occiso, lo que permitía inferir la ocurrencia de disparos.

En cuanto a los perjuicios morales, consideró que estos no debían reconocerse, teniendo en cuenta “*la condición*” de las víctimas, pues el día de los hechos “*se encontraban inmersos en la actividad delictiva*” de porte ilegal de armas y “*quien mal anda mal acaba*”.

²⁰ Fls. 206 a 236 del cuaderno de segunda instancia.

Respecto de los perjuicios materiales, señaló que, dados los antecedentes penales de las víctimas por porte ilegal de armas, no se demostró actividad lícita de la cual obtuvieran sus ingresos; además, cuestionó que el *a quo* incrementara el ingreso base de liquidación en un 25% por concepto de prestaciones sociales, cuando no se demostró que el causante fuera trabajador dependiente²¹.

Los demandantes Danilo Díaz Flórez, Milen Yomary Carvajal Lizcano, Jonnyer Stik Díaz Carvajal, Kevin Andrés Díaz Carvajal y Angee Daniela Díaz Carvajal también presentaron recurso de apelación²².

1. El trámite de segunda instancia

Mediante auto del 7 de marzo de 2017²³, el Tribunal *a quo* fijó fecha para la audiencia de conciliación prevista en el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, la cual se celebró el 21 de marzo de 2017²⁴, fecha en la cual se declaró fallida, se concedió el recurso de apelación presentado por la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional y se declaró desierto el presentado por los demandantes Danilo Díaz Flórez, Milen Yomary Carvajal Lizcano, Jonnyer Stik Díaz Carvajal, Kevin Andrés Díaz Carvajal y Angee Daniela Díaz Carvajal.

Mediante auto del 10 de mayo de 2017²⁵, esta Corporación admitió el recurso de apelación formulado por la Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional.

2. Los alegatos de conclusión en segunda instancia

A través de auto del 28 de junio de 2017²⁶ se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, si así lo consideraba pertinente.

Las partes guardaron silencio en esta etapa procesal.

3. Ministerio Público

²¹ Fls. 240 a 250 del cuaderno de segunda instancia.

²² Fls. 253 a 258 del cuaderno de segunda instancia.

²³ Fl. 287 del cuaderno de segunda instancia.

²⁴ Fl. 289 y 290 del cuaderno de segunda instancia.

²⁵ Fl. 295 cuaderno de segunda instancia.

²⁶ Fl. 297 del cuaderno de segunda instancia.

El procurador delegado ante esta Corporación presentó escrito en el cual solicitó que se revocara la sentencia recurrida.

Consideró que la fuerza pública actuó con profesionalismo, pues, según el informe de patrones de vainillas, los 7 fusiles de los agentes del Estado se dispararon de forma variada en el combate, pues uno de ellos efectuó solo dos disparos y otro once de los 35 disponibles en el fusil, lo que indica que la fuerza pública hizo uso de sus armas de manera proporcionada al ataque que recibieron de los civiles, quienes utilizaron el 100% de los proyectiles de sus armas de fuego contra los miembros del Ejército Nacional²⁷.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer, en segunda instancia, del recurso de apelación interpuesto, de conformidad con lo establecido en los artículos 129 y 132 numeral 6 del C.C.A., subrogados por los artículos 37 y 40 de la Ley 446 de 1998, respectivamente, dado que la cuantía del proceso excede de 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de presentación de las demandas²⁸ (5 de octubre y 29 de noviembre de 2010), la cual está dada por la sumatoria de las pretensiones²⁹.

2. La oportunidad de la acción

Los demandantes fundan sus pretensiones en la muerte del señor Gildardo Antonio Parra Marulanda y la lesión sufrida por el señor Danilo Díaz Flórez, ocurridas el 4 de septiembre de 2008.

Siendo así, los actores tenían hasta el 5 de septiembre de 2010 para ejercer la reparación directa y presentaron las demandas el 5 de octubre y 29 de noviembre de 2010, en principio, por fuera del plazo indicado en la norma antes citada; no

²⁷ Fls. 300 a 307 del cuaderno de segunda instancia.

²⁸ El valor del salario mínimo legal mensual vigente para el 2010 era de \$515.000, por lo que 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes equivalían a \$257'500.000.

²⁹ En concordancia con lo dispuesto en el artículo 20, numeral 2, del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 3 de la Ley 1395 de 2010: *“La cuantía se determinará así: (...) 2. Por el valor de la suma de todas las pretensiones acumuladas al momento de la presentación de la demanda”*.

obstante, los demandantes del proceso 2010-00316-00 presentaron solicitud de conciliación extrajudicial el 2 de septiembre de 2010, cuando restaban cuatro días para que venciera el plazo para ejercer la reparación directa.

Por su parte, los demandantes del proceso 2010-00816-00 presentaron solicitud de conciliación extrajudicial el 26 de agosto de 2010, cuando restaban once días para que venciera el plazo para ejercer la acción de reparación directa.

Sobre el particular el artículo 21 de la Ley 640 de 2001 prevé que la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, en cualquiera de los siguientes eventos: a) hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o; b) hasta que el acta de conciliación se hubiera registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o; c) hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2³⁰ de la misma ley o; d) hasta que se venza el término de tres meses contados desde la presentación de la solicitud³¹, lo que ocurra primero. Dicha suspensión opera por una sola vez y es improrrogable.

La audiencia de conciliación extrajudicial previa al proceso 2010-00316-00 se celebró el 4 de octubre de 2010, la cual fue declarada fallida por la Procuraduría 13 Judicial II Administrativa de Armenia según constancia expedida en la misma fecha³², a partir de la cual se reanudó el término y, por tanto, la acción de reparación directa debía ejercerse hasta el 8 de octubre de 2010 y la demanda fue radicada el 5 de octubre de 2010, de forma oportuna.

En cuanto a la demanda 2010-00816-00, la audiencia de conciliación extrajudicial se celebró el 24 de noviembre de 2010, la cual fue declarada fallida por la Procuraduría 99 Judicial I Administrativa de Armenia según constancia expedida en la misma fecha³³, a partir de la cual se reanudó el término y, por tanto, la acción

³⁰ **“Artículo 2. Constancias.** El conciliador expedirá constancia al interesado en la que se indicará la fecha de presentación de la solicitud y la fecha en que se celebró la audiencia o debió celebrarse, y se expresará sucintamente el asunto objeto de conciliación, en cualquiera de los siguientes eventos:

1. Cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre acuerdo (...).”

³¹ **“Artículo 20. Audiencia de conciliación extrajudicial en derecho.** Si de conformidad con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible y, en todo caso, tendrá que surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud. Las partes por mutuo acuerdo podrán prolongar este término (...).”

³² Fls. 50 y 51 del cuaderno 1.

³³ Fl. 52 del cuaderno 2.

de reparación directa debía ejercerse hasta el 4 de diciembre de 2010 y la demanda fue radicada el 29 de noviembre de 2010, de forma oportuna.

3. Legitimación en la causa

3.1. De los demandantes

Los accionantes Yolanda Insuasti Muñoz, Fabián Andrés Parra Insuasti, Natalia Andrea Parra Insuasti y María Enelia Parra Marulanda acuden a esta jurisdicción en calidad de cónyuge supérstite, hijos y hermana del occiso Gildardo Antonio Parra Marulanda, como consta en las copias auténticas de sus registros civiles de matrimonio y de nacimiento³⁴, respectivamente, razón por la cual les asiste legitimación material en la causa por activa.

En cuanto a la demandante María Oneida Marulanda, quien accionó en condición de hermana del señor Gildardo Antonio Parra Marulanda, según la copia de su registro civil de nacimiento era hija de la señora Alba Rosa Marulanda y no registraba padre, mientras que, según la copia del registro civil de nacimiento del occiso³⁵, era hijo de los señores Plácido De Jesús Parra y Rosalba Marulanda, es decir, no se comprobó su vínculo de consanguinidad como hermanos, dado que no tenían ningún padre o madre en común; sin embargo, el *a quo* la reconoció como tercera damnificada, aunque sin explicar el fundamento de dicha determinación.

Al respecto, en el proceso se escuchó el testimonio de la señora María Nelly Mendoza³⁶, residente en Obando, Valle del Cauca, quien declaró que conocía a Gildardo Antonio Parra Marulanda, a Yolanda Insuasti Muñoz, a María Enelia Parra Marulanda y a María Oneida Marulanda desde hacía aproximadamente 20 años, que cuando vivían en Roldanillo ella vivía enseguida de su casa y luego trasladó su residencia a Obando, en donde también residía actualmente María Enelia Parra Marulanda, pues María Oneida Marulanda seguía viviendo en Roldanillo. Señaló que esta última fue quien crio a Gildardo Antonio Parra Marulanda y a María Enelia Parra Marulanda, porque la mamá de ellos falleció. Manifestó que Gildardo Antonio Parra Marulanda visitaba a su madre de crianza cada 15 o 20 días, pues él

³⁴ Fls. 23 a 27 y 29 del cuaderno 1.

³⁵ Fl. 23 del cuaderno 1.

³⁶ Fls. 505 a 509 del cuaderno 3.

vivía en Pereira. La testigo dijo que lo sabía porque también visitaba cada 15 o 20 días a la señora María Oneida Marulanda.

El señor Javier Antonio Piedrahíta Marulanda³⁷ también residente en Obando y quien dijo ser el hijo de la señora María Oneida Marulanda, señaló igualmente que ella vivía en Roldanillo, que fue la madre de crianza de Gildardo Antonio Parra Marulanda y de su hermana desde que eran muy pequeños, que cuando Gildardo la visitaba *“le daba platica”, la llevaba a pasear, a almorzar, a veces hacían almuerzo en la propia casa (...) le llevaba un detallito”*.

Finalmente, el señor Luis Hernando Mendoza³⁸, residente en Obando, señaló que la demandante María Enelia Parra Marulanda era su esposa y que la señora María Oneida Marulanda era su *“cuñada”*, que Gildardo Antonio Parra Marulanda visitaba a su *“hermana”* María Oneida Marulanda, que tenían una relación muy hermosa, que él los visitaba cuando tenían algún evento como una primera comunión o un bautizo.

Los tres testigos coincidieron en que la señora María Oneida Marulanda se entristeció mucho con la muerte del señor Gildardo Antonio Parra Marulanda.

La Sala considera que solo el testimonio de la señora María Nelly Mendoza, quien fue vecina de los demandantes tanto en Roldanillo como en Obando, pudo dar razón de su conocimiento de la relación de crianza entre María Oneida Marulanda y Gildardo Antonio Parra Marulanda, pero no resulta suficiente para acreditar la permanencia del vínculo entre ambos y los otros dos testigos no ofrecen credibilidad, pues uno es hijo de la señora María Oneida Marulanda y el otro esposo de la demandante María Enelia Parra Marulanda, de ahí que su parentesco y vínculo con las accionantes son circunstancias que no solo los hace considerar como testigos sospechosos en los términos del artículo 217 del C.P.C. y afecta su confiabilidad sino que, además, ambos residían en Obando, mientras que la demandante María Oneida Marulanda vivía en Roldanillo y no explicaron cómo sabían o les constaba con qué frecuencia la visitaba el señor Gildardo Antonio Parra Marulanda o cómo fue su relación a través de los años; además, el segundo de ellos no la identificó como una madre de crianza.

³⁷ Fls. 510 a 513 del cuaderno 3.

³⁸ Fls. 513 a 516 del cuaderno 3.

En estas condiciones, la Sala considera que no se demostró con certeza la calidad de tercera damnificada de la demandante María Oneida Marulanda, razón por la cual no le asiste legitimación material en la causa por activa y así se declarará.

Respecto de los demandantes Danilo Díaz Flórez, Milen Yomary Carvajal Lizcano, Jonnyer Stik Díaz Carvajal, Kevin Andrés Díaz Carvajal y Angee Daniela Díaz Carvajal acuden a esta jurisdicción en calidad de víctima directa, su cónyuge y sus hijos, como consta en las copias auténticas de sus registros civiles de matrimonio y de nacimiento³⁹, respectivamente, razón por la cual les asiste legitimación material en la causa por activa.

3.2. De la entidad demandada

En cuanto a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional cuenta con legitimación de hecho, pues a esta los actores le atribuyen el daño demandado y, frente a la legitimación material en la causa, se aclara que, por determinar el sentido de la sentencia -denegatoria o condenatoria-, no se analizará ab initio, sino al adelantar el estudio que permita determinar si el daño antijurídico alegado por la parte actora le resulta imputable.

4. El alcance de la apelación – apelante único

La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional impugnó la sentencia de primera instancia con base en los siguientes aspectos: *i)* que no existió uso excesivo de la fuerza del Ejército Nacional; *ii)* que no debían reconocerse perjuicios morales, dada “*la condición*” de las víctimas y; *iii)* rechazó el reconocimiento de perjuicios materiales, teniendo en cuenta los antecedentes penales de las víctimas y que no se demostró actividad lícita de la cual obtuvieran sus ingresos.

Se recuerda que el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia se declaró desierto.

La Sala no pierde de vista la sentencia de unificación de la Sala Plena de esta Sección acerca de la competencia del juez de segunda instancia en relación con los aspectos que se entienden comprendidos dentro del marco del recurso, la

³⁹ Fls. 16 a 20 del cuaderno 1.

entidad pública como apelante único y el principio de la *non reformatio in pejus*⁴⁰, razón por la cual, en caso de confirmar la responsabilidad de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, revisará todas las indemnizaciones de perjuicios reconocidas por el Tribunal de primera instancia, para hacer las modificaciones a que haya lugar, siempre que le favorezcan.

5. Valor de la prueba trasladada

La Fiscalía Primera Especializada de Armenia adelantó investigación por el supuesto delito de homicidio en persona protegida y lesiones personales, siendo víctimas los señores Gildardo Antonio Parra Marulanda, Jhon Kenedy Díaz Tabares y Danilo Díaz Flórez, *-decretada como prueba trasladada a solicitud de ambas partes-*, razón por la cual se valorarán los documentos y declaraciones que en ella reposan⁴¹, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 185 del C.P.C.

6. Las pruebas practicadas y los hechos probados

6.1. El 4 de septiembre de 2008, en la vereda El Roble del municipio de Circasia, durante el desarrollo de un operativo militar, el señor Gildardo Antonio Parra Marulanda falleció y el señor Danilo Díaz Flórez resultó herido

Según la *“misión táctica 144 a la orden de operaciones Malaya”*, el 4 de septiembre de 2008, a partir de las 6:00 pm, miembros del Batallón de Ingenieros No. 8 *“Francisco Javier Cisneros”* con sede en Quindío debían *“capturar y en caso de resistencia armada neutralizar”* a *“terroristas”* pertenecientes a diferentes grupos armados ilegales, a través de maniobras de combate regular en el área general de la vereda El Roble, en los límites de los municipios de Salento, Circasia y Finlandia, como consta en la copia de dicho documento allegado al proceso⁴².

El desarrollo de la *“orden de operaciones Malaya”* el 4 de septiembre de 2008 y lo que aconteció en la vereda El Roble del municipio de Circasia fue narrado en el informe de patrullaje por el comandante y líder de la compañía Atila del Batallón de Ingenieros No. 8 *“Francisco Javier Cisneros”*, del cual se destaca lo siguiente (se transcribe de forma literal):

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 6 de abril de 2018, exp. 05001-23-31-000-2001-03068-01(46005), CP: Danilo Rojas Betancourth.

⁴¹ Cuadernos 3 y 4.

⁴² Fls. 153 a 155 del cuaderno 2.

Siendo aproximadamente las 19:30 horas se escuchó un vehículo acercarse con procedencia desde la vía central frenando con cercanías a donde se encontraba la patrulla, se veía el reflejo de las luces y se escuchaban ruidos y voces, luego se escuchaban personas aproximándose, se les gritó a viva voz que hicieran alto que éramos tropas del Ejército Nacional y estos respondieron a fuego hacia la unidad, la cual de inmediato reaccionó accionando sus armas de dotación del Estado intercambiando disparos, luego revisando el sector se encontró un cuerpo en la vía con arma corta, revólver calibre 30 mm. Se continuó buscando, pues estos saltaron a un precipicio boscoso al costado de la vía pasando prácticamente por encima de los soldados, siendo aproximadamente las 23:30 se encontró en la parte del precipicio un segundo cuerpo, pero estaba poco visible, se decidió esperar que amaneciera para lograr verificar. Luego por radio escuché de un herido en Circasia y remitido a la ciudad de Armenia, que al parecer tenía relación con el combate.

Llegando el amanecer hizo presencia el personal de la URI de la Fiscalía, se les comentó que en la parte baja por la poca visibilidad de la noche anterior no se había efectuado un buen registro y lo mejor era hacerlo en este momento con la luz del sol, esto para verificar posibles nuevos hallazgos en el sector, ellos mencionaron que era oportuno y que demarcáramos si los encontráramos, efectivamente se halló otra arma corta revólver 38mm.

Se entregó el lugar como primer respondiente al personal de la URI y CTI de la Fiscalía Seccional Armenia, ellos acordonaron el lugar, efectuaron la diligencia y aproximadamente a las 13:00 horas la dieron por terminada hallando en el lugar una nueva prueba, una tercera arma corta revolver calibre 32 mm⁴³.

Los soldados profesionales Manuel Ospino Aconcha⁴⁴, Jhon Jaime Fandiño Parra⁴⁵, Yovanni De Jesús García Cano⁴⁶, Alejandro Bedoya Arias⁴⁷, Carlos Alberto Franco⁴⁸, Édgar Anacona Jiménez⁴⁹ y Óscar Hernando Uñates Marín⁵⁰ rindieron sus versiones ante el fiscal de la investigación y todos coincidieron en señalar que el 4 de septiembre de 2008 sus superiores los reunieron en el puesto de mando del Batallón de Ingenieros No. 8 “Francisco Javier Cisneros” en el corregimiento de La Virginia, municipio de Circasia, para explicarles la operación que iban a adelantar en la vereda El Roble a donde se dirigieron como a las 5:00 pm. Les habían informado que en ese lugar se movilizaba gente armada que pretendía realizar secuestros y extorsiones y que los pobladores se encontraban descontentos con la situación. Indicaron que a eso de las 7 a 7:30 pm se encontraban en la carretera cuando vieron llegar un vehículo que bajó las luces, escucharon un murmullo y que el carro dio reversa y se veía a unas personas -no precisaron cuántas- que venían a pie, entonces el “Cabo López” dio la consigna: “alto, como Ejército Nacional” y “esa gente respondió con fuego” hacia los uniformados y ahí inició el intercambio de disparos.

⁴³ Fls. 156 a 162 del cuaderno 2.

⁴⁴ Fls. 254 a 259 del cuaderno 4.

⁴⁵ Fls. 266 a 269 del cuaderno 4.

⁴⁶ Fls. 270 a 273 del cuaderno 4.

⁴⁷ Fls. 275 a 279 del cuaderno 4.

⁴⁸ Fls. 318 a 322 del cuaderno 3.

⁴⁹ Fls. 323 a 327 del cuaderno 3.

⁵⁰ Fls. 328 a 332 del cuaderno 3.

Luego escucharon una voz que ordenó alto al fuego -no expresaron de quién-, unos sujetos huyeron y el “Cabo López” ordenó que hicieran un registro al lugar, en el barranco encontraron un cuerpo y cerca de la carretera encontraron otro, luego informaron al CTI y acordonaron el área mientras llegaban los investigadores, quienes arribaron en la mañana siguiente.

El 7 de noviembre de 2008, el señor Danilo Díaz Flórez presentó queja disciplinaria contra miembros de la Octava Brigada del Ejército Nacional ante la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos y relató los hechos en los cuales resultó herido, de la cual se destaca lo siguiente (se transcribe de forma literal):

El motivo de mi queja es porque el 4 de septiembre de 2008 a mí un joven llamado Estiven no sé el apellido, me dijo que necesitaba 3 muchachos para recoger una plata que el patrón le iba a dar a Juan, un escolta, pero no me dijo quién, que él nos pagaba bien, me recogió en un carro en el barrio y nos llevó hacia la vía a Armenia, de ahí nos desvió hacia la vereda El Roble y nos bajamos del carro y nos dijo “sigan que ahí adelantico nos está esperando Juan”, anduvimos por ahí 5 metros cuando nos salió el Ejército y nos prendió a plomo, yo me tiré hacia el monte y en el monte me encontré con Gildardo amigo mío y en esos momentos nos alumbraron y dijeron “ahí están”, yo me tiré a rodar y ellos seguían disparando, yo cogí monte abajo hasta salir a la avenida principal donde toqué en una casa pidiendo ayuda, la señora llamó a la Policía, llegó la Policía y les conté lo que había pasado, llegó el Ejército, yo les decía que me ayudaran que me dolía mucho la pierna que la tenía partida y me decían “tranquilo que ya se le perdona la vida”, que cuál era el alias mío y a qué grupo pertenecía, yo no pertenezco a ningún grupo, no tengo ningún alias y les pasé mi cédula, me llevaron al hospital de Circasia, Quindío y de ahí me remitieron a SaludCoop (...)”⁵¹ (negrillas de la Sala).

Luego, el 11 de agosto de 2009, el señor Danilo Díaz Flórez fue entrevistado por investigadores del CTI, Seccional Quindío, dentro de la investigación adelantada por los hechos en los que resultó herido y manifestó lo siguiente (se transcribe de forma literal):

Como es bien sabido en esa fecha yo iba acompañado de los señores Gildardo Antonio Parra Marulanda, Jhon Kenedy Díaz Tabares y Andrés Steven Morales quien conducía un vehículo Chevrolet Corsa, color rojo no recuerdo las placas, al tiempo que este iba acompañado de otra persona que no distingo, los cuales nos trajeron de Pereira con destino a la vereda El Roble, donde íbamos a recoger un dinero que nos entregaba un tal Juan, a quien en una ocasión vi en Pereira donde Andrés Steven Morales me lo presentó haciendo Juan un croquis por donde teníamos que entrar a recoger la plata, dándonos como puntos de referencia la carretera vía a Armenia y a la altura de la escuela del Roble nos encontraríamos con otra persona la cual nos llevaría hasta el lugar, después de este encuentro como a los ocho días siguientes Andrés Steven llama a Juan para decirle que ya íbamos y como a las seis y media de la

⁵¹ Fls. 16 y 17 del cuaderno 1 y folios 21 y 22 del cuaderno 2.

tarde llegamos a la escuela del Roble donde efectivamente se encontraba un señor mono, alto (...) quien al llegar nos dijo “qué hubo muchachos” llamando este de inmediato a Juan para decirle que ya estábamos en la entrada y que en cinco a diez minutos ya estábamos llegando, este señor se subió al carro en la parte de adelante donde estaba Andrés Steven y su acompañante, en la parte de atrás estábamos Jhon Kenedy, Gildardo Antonio y yo, recuerdo que el carro tomó una carretera destapada, no sé exactamente cuánta distancia anduvimos llegando el momento en que Steven nos dijo: **“bájense acá muchachos”, lo cual así lo hicimos dándole la vuelta Steven al carro como quien va de salida dejándolo apagado y sin luces, por lo que sin sospechar emprendiendo los tres la caminata junto con el señor mono que nos estaba esperando en la entrada de la escuela del Roble, yo creo que anduvimos los cuatro como media cuadra, es decir, 40 metros aproximadamente, allí paramos y el mono le entregó un revólver color negro, pequeño, con cacha de palo a Gildardo Antonio diciéndole: “tenga por si alguna cosa”, recibiendo Gildardo sin ninguna objeción al tiempo que dijo: “ahí en la vueltica los espera Juan” saliendo este con las manos en la cabeza y corriendo hacia donde el carro estaba parado, pienso que dimos cuatro o cinco pasos cuando empezaron a dispararnos, dándonos cuenta que era el Ejército los cuales no se identificaron y al sentir los disparos salté hacia un barranco donde me encontré con Gildardo, en ese momento estábamos en el piso los dos, pero no estábamos heridos, cuando llegaron de nuevo los soldados alumbrando con linternas y varios de ellos decían suavemente: “ahí están, ahí están”, seguían disparando contra los dos y es cuando me hieren y yo salgo rodando hacia una cañada y cuando me fui a parar para correr el pie me traqué y me caí, entonces seguí arrastrándome y ellos seguían disparando, de ahí salí cogiendo monte arriba hasta llegar a la central donde me auxilió la Policía y una señora que los llamó para que me prestaran los primeros auxilios. (...) **Era la primera vez que yo participaba en ir a recoger un dinero que supuestamente Juan nos iba a entregar en ese sitio, lo cual también sabía que Juan se lo iba a quitar al patrón, ya que este era el escolta del señor, persona esta que no distingo**⁵² (negrillas de la Sala).**

Finalmente, en ampliación de su entrevista el 29 de abril de 2010⁵³, el señor Danilo Díaz Flórez le dijo a los investigadores del CTI, Seccional Quindío, que “Juan era el escolta de un duro, no me dijo más, que entonces como el patrón se iba a ir, no dijo tampoco para donde, él le iba a sacar una plata, no me dijo por qué motivo lo hacía y que él necesitaba quien la recogiera, que nos pagaba bien”.

Se aprecia que, según los militares, unos sujetos que llegaron a la vereda El Roble del municipio de Circasia empezaron a murmurar y luego de que les dijeron la proclama “alto como Ejército Nacional” les comenzaron a disparar y ellos respondieron accionando sus armas de dotación oficial; sin embargo, el señor Danilo Díaz Flórez señaló que en cuanto empezaron a caminar por el lugar los soldados les dispararon sin aviso alguno, de modo que no existe claridad sobre cómo inicio el intercambio de disparos, pues sus versiones son opuestas y no hay más testigos presenciales de los hechos.

⁵² Fls. 309 a 317 del cuaderno 3.

⁵³ Fls. 454 a 458 del cuaderno 3.

No obstante, la narración del demandante presenta varias inconsistencias, pues en su primer relato no mencionó que portaran armas, pero luego declaró que el señor Gildardo Antonio Parra Marulanda recibió un arma cuando llegaron al lugar, incluso, en la demanda señaló que Gildardo Antonio Parra Marulanda, Jhon Kenedy Díaz Tabares y él portaban un arma cada uno⁵⁴.

Igualmente, en su queja señaló que no sabía el apellido de Steven, que recogerían un dinero que les daría "*un tal Juan*", como si no lo conociera, pero ante la Fiscalía dijo el nombre completo de quien le propuso recoger el dinero, explicó que Juan era "*el escolta de un duro*", que Steven se lo había presentado antes para que le explicara el plan, el cual consistía en que Juan hurtaría el dinero a su jefe y se los entregaría, es decir, iban a cometer un acto ilícito.

A su turno la señora Luz Deby Marín López⁵⁵, residente en el salón comunal de la vereda El Roble del municipio de Circasia, cerca de la carretera, declaró que la noche del 4 de septiembre de 2008 se encontraba con sus hijos cuando llegó un "*muchacho*" tocando la puerta pidiéndole ayuda y le decía que estaba herido, ella no le abrió la puerta, pero llamó a la Policía, cuando llegaron los uniformados salió de su casa y vio al herido, luego observó que los uniformados lo requisaron y que no portaba armas, "*no tenía nada*", vestía un pantalón negro, un buso negro y tenis, "*se veía bien vestido*", después lo subieron a la camioneta y se lo llevaron, pero ella no presencié cómo ocurrió la lesión que sufrió. Dijo que al otro día fueron a su casa unos uniformados que parecían de la SIJIN a tomarle declaración. Que un año después el señor Danilo Díaz Flórez fue a su casa a darle las gracias por haberlo auxiliado.

Este testimonio no permite corroborar los hechos en que resultó lesionado el señor Danilo Díaz Flórez o falleció el señor Gildardo Antonio Parra Marulanda, solo acredita que el primero llegó herido a casa de la testigo para pedir auxilio y por eso luego acudieron miembros de la Policía Nacional y fue llevado a un hospital.

La muerte del señor Gildardo Antonio Parra Marulanda, ocurrida el 4 de septiembre de 2008, consta en la copia auténtica de su registro civil de defunción allegada al proceso⁵⁶ y en la necropsia practicada en la morgue del hospital San Juan de Dios de Armenia por perito del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses,

⁵⁴ Hecho No. 4 visible a folio 2 del cuaderno 2.

⁵⁵ CD audiencia y acta del testimonio visibles a folios 170 y 171 del cuaderno 2.

⁵⁶ Fl. 22 del cuaderno 1.

Regional Occidente, Seccional Quindío, según la cual el señor Gildardo Antonio Parra Marulanda falleció por anemia aguda producida por proyectil de arma de fuego, con herida en abdomen que produjo estallido de bazo y otras lesiones y herida en mano izquierda⁵⁷.

De otro lado, según su historia clínica, el señor Danilo Díaz Flórez ingresó el 5 de septiembre de 2008 a las 6:53 am a la clínica Saludcoop de Armenia, con herida por arma de fuego en pierna izquierda, su diagnóstico fue “*fractura de la epífisis superior de la tibia*”, fue llevado a sala de cirugía para procedimiento de “*lavado en fractura de tibia de MII con herida con arma de fuego*”, el cual terminó sin complicaciones y quedó hospitalizado hasta el 7 de septiembre siguiente, cuando fue remitido a la clínica SaludCoop de Pereira. Se desconoce cuánto tiempo estuvo hospitalizado en Pereira, pero se observa una consulta para control de ortopedia el 27 de septiembre de 2008⁵⁸.

En el mismo documento consta que el 1 de mayo de 2009 se le practicó cirugía en su rodilla izquierda, debido a esguinces y torceduras que comprometen el ligamento cruzado anterior-posterior de esa rodilla y presentó infección posquirúrgica. Luego se le programó un procedimiento de “*reconstrucción de ligamento cruzado anterior con injerto autólogo o con aloinjerto por artroscopia*”⁵⁹.

Según el primer reconocimiento médico legal hecho el 11 de septiembre de 2008⁶⁰, por perito forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Risaralda, sede Pereira, el señor Danilo Díaz Flórez sufrió herida por arma de fuego a nivel tibial superior con orificio de entrada, pero sin orificio de salida y tuvo una incapacidad médica provisional de 56 días.

El 26 de febrero de 2010, la ARL Mapfre Seguros de Colombia, a la cual se encontraba afiliado el señor Danilo Díaz Flórez, emitió dictamen de invalidez y concluyó que sufrió una pérdida de capacidad laboral del 25,75% de origen común estructurada el 23 de febrero de 2010 con los siguientes fundamentos (se transcribe de forma literal):

⁵⁷ Fls. 54 a 58 del cuaderno 4.

⁵⁸ Fls. 134 a 140 del cuaderno 2.

⁵⁹ Fls. 37 a 44 del cuaderno 2.

⁶⁰ Fls. 23 y 24 del cuaderno 2.

Hombre de 34 años (...) en incapacidad continua desde el 7 de septiembre de 2008.

(...).

Argumento: paciente que sufrió herida por proyectil de arma de fuego en miembro inferior izquierdo el 04/09/09 con fractura de tibia, la cual es manejada con tratamiento ortopédico (reducción cerrada + inmovilización con yeso), posteriormente, presenta dolor e inestabilidad de la rodilla, RMN documenta lesión de meniscos el 02/11/09 es llevado nuevamente a cirugía para artroscopia y reparación de meniscos, presenta infección postquirúrgica, tiene pendiente a futuro curetaje por infección.

Como parte de la evaluación del paciente, la aseguradora solicita valoración por Fisiatría, dicha valoración se realiza el 23/02/10, refiere dolor, edema e inestabilidad de rodilla izquierda, llega por sus propios medios, refiere que usa bastón o muletas, pero no los lleva a la consulta, AMAS de miembros superiores normales, MID AMAS completos, fuerza y función normal, MII, cadera y pie normal, rodilla 0-120°, mínimo cajón anterior, no bostezos, heridas cicatrizadas, sin rubos ni calor local, sin déficit neurológico, marcha independiente sin ayudas técnicas. Paciente funcional en autocuidado, vida cotidiana y transporte (conduce moto), tiene pendiente conducta ortopédica.

(...).

Diagnóstico motivo de la calificación: secuelas fractura de tibia y peroné - analogía amputación bajo rodilla muñón funcional⁶¹.

En el mismo dictamen se consignó que el cargo actual del señor Danilo Díaz Flórez era el de empleado de oficios varios del Parque Residencial Alburquerque, es decir, se dejó constancia de que continuaba desempeñando una actividad laboral.

En el segundo reconocimiento médico legal realizado por perito forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Quindío, sede Armenia el 30 de abril de 2010, se observó lo siguiente (se transcribe de forma literal):

Presenta:

- 1. Cicatriz hipercrómica deprimida borde irregular sentido vertical ostensible en pierna izquierda, tercio superior cara anterior de 6x3cm.*
- 2. Cicatriz hipo e hipercrómica, borde regular, forma circular, ostensible en pierna izquierda, tercio superior cara anterior, de 3cm de diámetro.*
- 3. Se detecta rodilla izquierda inestable, con cojera leve, no logra hacer adecuadamente la punta de pies. Impotencia funcional ostensible para la flexión completa de la rodilla izquierda.*

Conclusión:

Mecanismo casual: proyectil de arma de fuego.

Incapacidad medico legal: definitiva 90 días (recordar que se presentó una complicación de sobreinfección).

Secuelas medico legales: deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente, perturbación funcional del miembro inferior izquierdo de carácter

⁶¹ Fls. 27 a 31 del cuaderno 2.

*permanente, perturbación funcional del órgano de la locomoción de carácter permanente*⁶².

En el expediente obran unas fotografías en las que aparece un hombre mostrando una herida (orificio) en su rodilla izquierda, pero carecen de fecha, se desconoce quién las tomó y la identidad de quien aparece en las imágenes. Igualmente se allegó y un recorte de prensa en el que se lee “*bajas en Circasia eran de Pereira*”, pero no se observa la identificación del periódico ni la fecha del artículo, razón por la cual no puede otorgárseles valor probatorio⁶³.

6.2. Según las pesquisas adelantadas por investigadores criminalísticos con ocasión de la investigación penal iniciada por la Fiscalía Primera Especializada de Armenia, en los hechos ocurridos la noche del 4 de septiembre de 2008 en la vereda El Roble del municipio de Circasia, se dispararon tanto las armas cortas como las de dotación oficial de los miembros del Batallón de Ingenieros No. 8 “Francisco Javier Cisneros”

Dentro de la investigación adelantada por la Fiscalía Primera Especializada de Armenia se allegó informe ejecutivo⁶⁴ suscrito por investigadores del CTI de la URI de Pereira, según el cual, el 4 de septiembre de 2008 a las 9:00 pm recibieron noticia de un “*enlace*” del Ejército Nacional de que se había “*dado de baja*” a dos personas en la vereda El Roble del municipio de Circasia, a donde acudieron al día siguiente a primera hora y realizaron la inspección técnica a los cadáveres, les tomaron muestras de residuos de disparos, recolectaron las pruebas necrodactilares, hicieron la fijación fotográfica de las pertenencias de los occisos y encontraron 2 armas de fuego tipo revólver marca “*Llama martial*” calibre 38, una con número de serie IM2392S y la otra sin número de serie, y otra marca Smith & Wesson calibre 32 largo y 3 cartuchos calibre 38 especial.

El informe de laboratorio realizado el 5 de noviembre de 2008⁶⁵ por perito del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Bogotá, sobre residuos de disparo en ambas manos del cadáver de Gildardo Antonio Parra Marulanda, dio resultado indeterminado tanto en la mano derecha como en la izquierda. El perito advirtió que no contaba con la información de si el occiso tenía las manos debidamente embaladas al momento de la toma de la muestra y concluyó que “*en el frotis recibido como recolectado de las dos manos el resultado es*

⁶² Fl. 144 del cuaderno 2.

⁶³ Fls. 36, 45 y 46 del cuaderno 2.

⁶⁴ Fls. 16 a 51 del cuaderno 4.

⁶⁵ Fls. 102 a 104 del cuaderno 4.

indeterminado, debido a que la muestra recibida como control se detectó contaminada”.

Ante este resultado, el 16 de marzo de 2009⁶⁶, el fiscal de conocimiento ordenó la exhumación del cadáver del señor Gildardo Antonio Parra Marulanda, para tratar de recaudar la muestra de residuos de disparo, pero se desconoce si esta se practicó, pues no obra constancia alguna en el expediente, de modo que no se comprobó que el occiso efectivamente accionó alguna de las armas incautadas.

De otro lado, de acuerdo con el estudio de balística forense realizado el 23 de septiembre de 2008⁶⁷ por técnicos del CTI Seccional Quindío, las armas cortas incautadas tenían sus mecanismos de disparo completos y en correcto funcionamiento y se encontraban aptas para disparar, aunque no se indicó cuándo fue la última vez que fueron disparadas.

En el informe elaborado el 17 de octubre de 2008 por técnicos del CTI Seccional Quindío, sobre trayectorias de disparo en el lugar donde resultó muerto el señor Gildardo Antonio Parra Marulanda y herido el señor Danilo Díaz Flórez, se concluyó lo siguiente (se transcribe de forma literal):

Fundamento para la materialización de trayectorias de disparos con arma de fuego:

Referente al estudio de distancia de disparo de los miembros actuantes del Ejército Nacional de Colombia en los hechos a investigar hacia la víctima relacionada como EPM No. 25 al recibir el ataque, es de aproximadamente doce metros (12,00 mts) hacia atrás, observación basada en la localización de las vainillas calibre 5.56 x 45 mm (utilizado por los miembros actuantes del Ejército) a una distancia promedio de diez metros (10,00 mts) en un ángulo aproximado de cuarenta y cinco grados (45°) hacia adelante, según práctica hecha anteriormente para determinar aspectos como la distancia y el ángulo de expulsión de este tipo de arma de fuego.

Es de anotar que el aspecto de distancia de disparo hacia la víctima referenciada como EF No. 53 no se logra establecer, por no contarse con lineamientos que permitan establecer el mismo, como es la localización de vainillas e impactos cercanos al mismo.

(...).

Interpretación de los resultados:

- 1. En el lugar de los hechos, elemento de análisis se ubicaron diecisiete (17) impactos producidos por igual número de disparos de arma de fuego de carga única, permitiendo orientar parcialmente dos (02) trayectorias de disparo de arma de fuego basadas en las EF (s) Nos. 39 y 47.*
- 2. **Por no existir en el momento de elaborado el presente dictamen la información completa planteada en las “sugerencias a los señores investigadores criminalísticos” no se logra ejecutar hipótesis de tipo***

⁶⁶ Fls. 231 y 232 del cuaderno 4.

⁶⁷ Fls. 65 a 70 del cuaderno 4.

balístico de la forma como se desarrolló el acontecimiento a investigar⁶⁸
(negrillas de la Sala).

En este informe no se identifica quién es la víctima referenciada como EPM No. 25 y quién la EF No. 53 y no pudo concluir cómo se desarrollaron los hechos, dado que el informe solo se elaboró con tomas fotográficas al lugar, pues en el acápite denominado “*sugerencias a los señores investigadores criminalísticos*” se indicó que hacían falta los protocolos de necropsia, las actas de levantamiento de los cadáveres, las pruebas de residuos de disparos, “*entre otros documentos a analizar*”.

Posteriormente, en el informe de cotejo⁶⁹ de las 3 armas tipo revólver calibre 32 y 38 largo, las 7 armas tipo fusil Galil pertenecientes a miembros del Ejército Nacional y las vainillas incautadas en la escena de los hechos en donde falleció el señor Gildardo Antonio Parra Marulanda y resultó lesionado el señor Danilo Díaz Flórez, el técnico del CTI Seccional Quindío concluyó que los fusiles percutieron 54 vainillas calibre 5.56 x 45 mm, el arma tipo revólver calibre 38, marca “*Llama Martial*” con número de serie IM2392S, percutió 6 vainillas, el arma tipo revólver calibre 38, marca “*Llama Martial*” sin número de serie, percutió 3 vainillas y el arma tipo revólver calibre 32, marca Smith Wesson con número de serie H158820, percutió 6 vainillas.

Además, según el acta sobre el material de guerra utilizado por miembros del Batallón de Ingenieros No. 8 “*Francisco Javier Cisneros*” durante el desarrollo de la “*orden de operaciones Malaya*” el 4 de septiembre de 2008, los 99 cartuchos calibre 5.56 milímetros entregados al personal fueron utilizados en su totalidad⁷⁰.

Igualmente, se acreditó el personal militar que participó de la operación el 4 de septiembre de 2008 en la vereda El Roble del municipio de Circasia, según lo informó la Dirección General del Ejército Nacional⁷¹.

De modo que no existe duda de que los militares que participaron de la operación accionaron sus armas y que dispararon 54 veces, incluso, según el acta de material de guerra gastaron toda la munición que tenían y los 7 soldados que declararon

⁶⁸ Fls. 79 a 81 del cuaderno 4.

⁶⁹ Fls. 183 a 193 del cuaderno 4.

⁷⁰ Fls. 163 y 164 del cuaderno 2.

⁷¹ Fls. 187 y 188 del cuaderno 2.

aceptaron que dispararon sus armas. También se probó que las 3 armas cortas incautadas fueron accionadas en 15 ocasiones.

Por otra parte, el 10 de septiembre de 2008⁷², el señor Carlos Emilio Arévalo Quirama denunció que el revólver calibre 38 identificado con el número de serie IM2392S de su propiedad y para el cual tenía permiso de porte, había sido hurtado desde el 3 de septiembre de 2008.

Posteriormente, el señor Carlos Emilio Arévalo Quirama⁷³ declaró ante el fiscal de conocimiento de la investigación y señaló que trabajaba en una empresa de seguridad como escolta conductor, que vivía en Pereira, pero por motivo de trabajo el 22 de agosto de 2008 viajó a Neiva, que el 6 de septiembre siguiente su esposa lo llamó por teléfono para informarle que su arma tipo revólver calibre 38, marca “*Llama Martial*” con número de serie IM2392S, se había perdido, el 9 de septiembre cuando regresó a Pereira su esposa le confesó que el arma se había perdido desde que él salió de viaje, entonces al día siguiente 10 de septiembre de 2008 instauró la denuncia por la pérdida y/o hurto del arma de fuego de su propiedad. Luego, un sobrino suyo le confesó que él había tomado el arma y que la “*empeñó por \$400.000*”, entonces el señor Carlos Emilio Arévalo Quirama acudió a la “*Prendería*”, pero el encargado le dijo que como el arma no la “*sacaron en el tiempo*” se la entregó a “*Gildardo Parra alias Miky y a Jhon Kenedy Díaz y comentó que ya no había nada que hacer porque dos días atrás se habían ido a hacer una extorsión por los lados de Circasia y Finlandia y que fueron muertos por la Octava Brigada*”.

El testigo dijo no conocer a los señores Gildardo Antonio Parra Marulanda y Jhon Kenedy Díaz Tabares y que creía que su sobrino tampoco los conoció y no sabía qué relación tenía el encargado de la “*Prendería*” con los occisos o porqué les entregaría el arma o cómo sabía lo que iban a hacer con ella.

Además, un investigador criminalístico del CTI, Seccional Quindío, recibió información de que dicha arma fue adquirida en las instalaciones del Batallón San Mateo con sede en Pereira, razón por la cual en oficio del 12 de marzo de 2009⁷⁴ le pidió al jefe de la Sección de Control y Comercio de Armas de la Octava Brigada del Ejército Nacional que le enviara los documentos de comercialización del arma tipo

⁷² Fls. 82 a 85 del cuaderno 4.

⁷³ Fls. 293 a 295 del cuaderno 3.

⁷⁴ Fl. 245 del cuaderno 4.

revólver calibre 38, marca “*Llama Martial*” con número de serie IM2392S, el permiso de porte y demás documentos relacionados con ella.

En respuesta, el jefe de la Sección de Control y Comercio de Armas de la Octava Brigada del Ejército Nacional señaló que dicha arma pertenecía al señor Carlos Emilio Arévalo Quirama, con permiso de porte vigente hasta el 9 de agosto de 2011⁷⁵.

De ahí que se desconoce cómo el arma mencionada, de propiedad del señor Carlos Emilio Arévalo Quirama, terminó incautada en la escena de los hechos en que el señor Gildardo Antonio Parra Marulanda falleció y el señor Danilo Díaz Flórez resultó herido, pues no se comprobó que el “*encargado de la Prendería*” efectivamente le entregó el arma al primero de los mencionados, quien ni siquiera fue identificado ni declaró en la investigación penal o en este proceso.

6.3. No existía coincidencia en las informaciones de inteligencia del Ejército Nacional y de la Policía Nacional sobre actividades de grupos al margen de la ley en la vereda El Roble del municipio de Circasia y sus alrededores para la época de los hechos

En el informe de inteligencia del 1 de septiembre de 2008, el jefe de la Sección Segunda del Batallón de Ingenieros No. 8 “*Francisco Javier Cisneros*” señaló que, según fuentes humanas, en la madrugada del 4 de septiembre de 2008 había un grupo de 4 sujetos en la vereda El Roble del municipio de Circasia, cerca de la carretera Pereira-Armenia, que portaban armas de fuego de corto alcance, quienes tenían injerencia en el sector para adelantar actividades de intimidación contra la población civil mediante “*extorsiones, cobro de vacunas, algún asesinato selectivo en el sector, secuestro de algún propietario de alguna finca del sector, sin descartar la posibilidad de efectuar alguna acción contra las tropas que adelantan misiones de control militar de área activo en esa jurisdicción*”⁷⁶.

Sin embargo, este documento no ofrece certeza, dado que data del 1 de septiembre de 2008 y refiere una supuesta información de fuentes humanas de la madrugada del 4 de septiembre de 2008, es decir, de algo que al parecer se denunció 3 días después de elaborado el documento.

⁷⁵ Fls. 246 y 247 del cuaderno 4.

⁷⁶ Sobre de manila en carpeta anexa.

En oficio del 4 de marzo de 2009⁷⁷, el mismo funcionario reiteró la anterior información.

Por el contrario, como consta en el oficio del 9 de enero de 2009⁷⁸, el comandante de la estación de policía de Circasia señaló que en el transcurso de 2008 no se tuvo conocimiento de que grupos de delincuencia organizada estuvieran hurtando, extorsionando o secuestrando a los residentes de las veredas El Roble, Membrillal y La Concha de ese municipio.

Igualmente, en oficio del 2 de marzo de 2009⁷⁹, el jefe seccional de inteligencia del Departamento de Policía de Quindío informó que, revisados los archivos de inteligencia, no se hallaron registros ni informaciones que indicaran que los homicidios y otras actividades ilícitas ocurridas en el 2008 en las veredas El Roble, Membrillal y La Concha del municipio de Circasia tuvieran relación con grupos armados al margen de la ley.

6.4. Se desconoce el resultado de las investigaciones adelantadas por los hechos objeto de la presente reparación directa

Lo anterior, teniendo en cuenta que en auto del 20 de septiembre de 2010⁸⁰, la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos remitió la investigación iniciada por la queja del señor Danilo Díaz Flórez sobre los hechos del 4 de septiembre de 2008 al Batallón de Ingenieros No. 8 “*Francisco Javier Cisneros*” con sede en Montenegro, Quindío, sin que se hubiera allegado a este expediente cuál fue la decisión tomada en esa investigación.

Igualmente, no se allegó decisión alguna o constancia del estado de la investigación adelantada por la Fiscalía Primera Especializada de Armenia.

6.5. El señor Gildardo Antonio Parra Marulanda se había desmovilizado de un grupo armado ilegal y se encontraba vinculado a un programa de la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas de la Presidencia de la República

Según lo certificó el 5 de diciembre de 2008⁸¹ la gerente del centro de servicios de Pereira de la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas de la Presidencia de la República, el señor Gildardo Antonio Parra Marulanda se encontraba inscrito en el programa de esa

⁷⁷ Fls. 215 y 216 del cuaderno 4.

⁷⁸ Fl. 170 del cuaderno 4.

⁷⁹ Fl. 206 del cuaderno 4.

⁸⁰ Fls. 48 y 49 del cuaderno 2.

⁸¹ Fls. 18 a 20 del cuaderno 1.

dependencia en calidad de participante (desmovilizado colectivo), quien dejó las armas el 23 de agosto de 2005.

Según dicha funcionaria, el señor Gildardo Antonio Parra Marulanda asistía de forma regular a un taller sicosocial con un tutor en la comunidad de Villa Santana de Pereira y mostraba “*disposición y buena actitud*”, su última asistencia registrada fue el 3 de septiembre de 2008 y por su asistencia recibió como apoyo las sumas de \$380.000 y \$150.000 por los meses de agosto y septiembre de 2008.

Igualmente, certificó que el señor Gildardo Antonio Parra Marulanda cursaba el ciclo 4 de los grados octavo y noveno de bachillerato en el colegio INEM de Pereira, en donde mostró “*buen comportamiento y buena convivencia con sus compañeros*”. El participante junto a su grupo familiar se encontraba afiliado al régimen subsidiado de salud a través de la EPS Asmet Salud y cursó y aprobó los programas de formación para el trabajo “*curso básico de construcción*” y “*construcción de cimientos y desagües*” en el SENA que realizó en el 2005, pero luego no hizo nuevos procesos de formación y no presentó ningún plan de negocio para su diseño, aprobación o seguimiento.

Por su parte, los testigos José Duván Marín⁸² y Luis Carlos Llanos Alarcón⁸³ declararon ante el *a quo* que conocieron al señor Gildardo Antonio Parra Marulanda hacía 12 y 16 años, respectivamente; que lo conocieron cuando trabajaba en la calle arreglando licuadoras y aparatos de ese tipo y como cerrajero, luego consiguió un “*puesto*” en el “*Bazar Popular El Repuestero*”, en donde los testigos también trabajaban y el occiso se dedicaba a la reparación de aparatos eléctricos. Señalaron que no sabían cuánto dinero ganaba el señor Gildardo Antonio Parra Marulanda.

6.6 El señor Danilo Díaz Flórez no registraba antecedentes penales, aunque el señor Gildardo Antonio Parra Marulanda sí los tenía, incluso, un proceso judicial en curso por el delito de porte ilegal de armas

En oficio del 4 de abril de 2011⁸⁴, la encargada del Sistema de Información sobre Antecedentes y Anotaciones SIAN de la Fiscalía General de la Nación señaló que el señor Danilo Díaz Flórez no registraba antecedentes penales, lo mismo certificó el 2 de mayo de 2011⁸⁵ el entonces Departamento Administrativo de Seguridad DAS.

⁸² Fls. 535 a 539 del cuaderno 3.

⁸³ Fls. 540 a 543 del cuaderno 3.

⁸⁴ Fl. 125 y 126 del cuaderno 2.

⁸⁵ Fl. 174 del cuaderno 2.

La misma entidad certificó que el occiso Gildardo Antonio Parra Marulanda tenía antecedentes judiciales por el delito de porte ilegal de armas, debido a sentencia emitida por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Pereira el 23 de noviembre de 2006, la cual se encontraba ejecutoriada⁸⁶.

También, el 26 de febrero de 2009⁸⁷, la Fiscalía 10 Seccional de Pereira certificó que se encontraba adelantando una investigación por el delito de porte ilegal de armas contra el señor Gildardo Antonio Parra Marulanda, quien en audiencia de imputación había aceptado los cargos, y que se encontraba pendiente de la tasación de la pena, lo cual permite inferir que para esa fecha ese despacho no se había enterado de la muerte del imputado.

7. El daño

Los daños consistentes en la muerte del señor Gildardo Antonio Parra Marulanda y la lesión del señor Danilo Díaz Flórez, ocurridas el 4 de septiembre de 2008, se encuentran acreditados, de acuerdo con los documentos ya descritos en acápite anterior de esta providencia, consistentes en el registro civil de defunción, el protocolo de necropsia, los reconocimientos médico legales y el dictamen sobre pérdida de capacidad laboral.

8. La imputación

El a *quo* consideró que el daño resultaba imputable a la demandada a título de falla en el servicio por uso excesivo de la fuerza, toda vez que los miembros del Ejército Nacional dispararon 54 veces, contra 13 disparos de las armas cortas tipo revólver, durante el encuentro en que falleció una de las víctimas y la otra resultó lesionada.

La Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional cuestionó la imputación del daño y en su recurso de apelación formuló los siguientes argumentos:

8.1. Que no existió uso excesivo de la fuerza

Según la apelante, el intercambio de disparos fue recíproco y proporcional entre los miembros de la fuerza pública y los afectados, quienes “*se encontraban inmersos en actividades delictivas*”, dado que en la escena de los hechos se encontraron armas de fuego ilegales y aunque la prueba de absorción atómica no

⁸⁶ Fl. 13 del cuaderno 4.

⁸⁷ Fl. 302 del cuaderno 4.

fue contundente, se hallaron concentraciones bajas de bario en el cuerpo del occiso, lo que permitía inferir la ocurrencia de disparos.

Pues bien, en primer lugar, con las pruebas allegadas al proceso no se pudo establecer con certeza cómo se desarrolló el encuentro entre los civiles y los militares, solo que efectivamente estuvieron en el lugar, pero no se probó quién disparó primero y por qué razón.

En segundo lugar, si bien la prueba de residuos de disparo realizada al cadáver de Gildardo Antonio Parra Marulanda se contaminó y resultó indeterminada, este sí portaba un arma de fuego, pues así lo señaló el propio demandante Danilo Díaz Flórez ante la Fiscalía de conocimiento cuando hizo una ampliación de su narración de los hechos y manifestó que, al llegar al lugar, “*el señor mono*” le entregó un arma a Gildardo Antonio Parra Marulanda y le dijo: “*tenga por si alguna cosa*”, y que este la recibió sin ninguna objeción.

Incluso, en la demanda 2010-00816 el mismo accionante (lesionado) afirmó que cuando Gildardo Antonio Parra Marulanda, Danilo Díaz Flórez y Jhon Kenedy Díaz Tabares llegaron al lugar de los hechos, “*Kevin les entregó a cada uno un revólver*”⁸⁸, lo que permite inferir razonablemente que sí portaban armas, se encontraban aptas para disparar y efectivamente fueron disparadas en 15 ocasiones, quienes las portaban es muy probable que las hubieran accionado, más cuando, como se narró en las demandas, solo ellos tres quedaron en ese el lugar con los soldados, pues los otros acompañantes del vehículo se habían retirado.

Además, el motivo por el cual los señores Gildardo Antonio Parra Marulanda y Danilo Díaz Flórez acudieron ese día a ese lugar permite indicar que su comportamiento incidió en el resultado de los acontecimientos, dado que iban en calidad de “*escoltas*” de un dinero que un desconocido o apenas conocido le iba a “*sacar*” a su jefe y luego se ignora a dónde se llevarían ese dinero, pero que por dicha labor les “*pagarían muy bien*”, como se expuso en ambas demandas, situación que no se equipara a ninguna actividad lícita y que genera serias sospechas acerca de las actividades extralaborales a las que se dedicaban las víctimas, más en el caso del señor Gildardo Antonio Parra Marulanda, quien tenía antecedentes penales por el delito de porte ilegal de armas y había aceptado cargos por el mismo delito ante la Fiscalía 10 Seccional de Pereira, que certificó, incluso después de su muerte, que el

⁸⁸ Hecho No. 4 de la demanda visible a folio 2 del cuaderno 2.

imputado se encontraba pendiente de la tasación de la pena, es decir que ese despacho no se había enterado del deceso del señor Parra Marulanda.

De acuerdo con las pruebas del proceso el lesionado previamente se había reunido con alias “Juan” para que le explicara el plan de cómo iban a “*escoltar el dinero*” que “Juan” le iba a hurtar a su “*patrón*” y en la misma demanda el lesionado aceptó que los tres Gildardo Antonio Parra Marulanda, Jhon Kenedy Díaz Tabares y él cada uno portaba un arma el día de los hechos. De modo que no llegaron a ese lugar por una imprudencia o descuido, tenían pleno conocimiento e intención de cometer delitos (porte ilegal de armas y hurto) pues las armas no tenían permiso de porte y no iban a “*escoltar un dinero*”, dado que no fueron a ese lugar en calidad guardas de una empresa de seguridad de valores resguardando un dinero o actividad similar la cual sí es legal, como la que se presta a las entidades financieras, sino a una zona rural, despoblada, para recibir un dinero de una persona a quien escasamente conocían y que le sacaría ese dinero de forma subrepticia a su “*patrón*”.

De modo que la conducta de las víctimas fue dolosa, aun cuando solo el lesionado se hubiera reunido para conocer los pormenores del plan, pues los otros dos también sabían de que portaban armas ilegales y que recibirían un dinero de desconocida procedencia, es decir, aceptaron acudir al lugar de los hechos para cometer esas conductas contrarias a la ley.

En cuanto al uso de la fuerza, no se allegó al proceso una prueba forense de trayectoria de disparos que permitiera aclarar quién disparó primero y determinar quién dijo la verdad, si los militares o el lesionado; pero se probó que todos los militares presentes en el lugar dispararon y no está demostrado que se trató de la respuesta a una agresión (legítima defensa), lo que evidencia que el daño se produjo por el uso de armas de fuego de dotación oficial.

En el *sub judice*, se probó que los miembros del Ejército Nacional accionaron sus armas de dotación oficial dejando como resultado la muerte del señor Gildardo Antonio Parra Marulanda y lesiones al señor Danilo Díaz Flórez, pero no que lo hicieran en legítima defensa, de modo que deberá declararse la responsabilidad de la demandada.

Así las cosas, ante la conducta dolosa de las víctimas y el comportamiento de los miembros del Ejército Nacional, se configura una concausa en la producción del daño, que, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Sección:

(...) cuando la intervención de la víctima incide en la causación del daño, pero no excluye la intervención causal del demandado, habrá lugar a la reducción de la indemnización establecida en el artículo 2357 del Código Civil, conforme al cual 'La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente'. De ahí que en el campo de la responsabilidad patrimonial del Estado la valoración objetiva de la intervención causal tanto de la Administración como de la propia víctima resultan suficientes para determinar si la causa eficiente del daño lo fue la actuación del ente demandado o de la víctima, con el fin de establecer si hay lugar a condenar a aquélla o a absolverla por haberse producido una causal excluyente de responsabilidad, o si ambas concurrieron en la producción del daño y, entonces, reducir el valor de la indemnización en proporción directa a la mayor o menor contribución de la conducta de la víctima en su producción. Por lo tanto, cuando se pretenda reducir el valor de la indemnización que deba pagar la entidad con fundamento en la intervención de la víctima en la causación del daño, habrá de tenerse en cuenta la relevancia de esa intervención en el resultado y no la intensidad de la culpa en la que aquélla hubiera incurrido⁸⁹.

De modo que la conducta de las víctimas de acudir a un sitio despoblado, en la oscuridad, armados, para recoger un dinero que tenían que “escoltar”, es decir, sabían que se exponían a algo peligroso y usaban armas para su protección y del dinero, lo que significa que posiblemente las accionarían y con ello no solo podrían dañar a alguien sino también recibir un daño igual o mayor; así como la conducta de los militares que dispararon todas sus armas de dotación oficial concurrieron en la producción de los daños (muerte a uno y lesiones a otro) y, por tanto, se concluye que cada una contribuyó en un 50% a los resultados dañosos objeto de demanda.

Por tales motivos se modificará la sentencia apelada.

9. Sobre la indemnización de perjuicios

La Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional también apeló el reconocimiento de perjuicios, por tanto, la Sala revisará la decisión de primera instancia en cuanto a las indemnizaciones reconocidas y, además, hará las modificaciones a que haya lugar, teniendo en cuenta que las sumas deberán reducirse a un 50% por la concurrencia en la producción del daño entre la entidad demandada y las víctimas.

⁸⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, expediente 17957. En el mismo sentido, sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 17179.

Igualmente, se revisarán las demás indemnizaciones reconocidas y se harán las modificaciones a que haya lugar, siempre que favorezcan a la entidad pública apelante único.

9.1. Perjuicios morales

La entidad demandada señaló que no se debían reconocer perjuicios morales, dada “*la condición*” de las víctimas, pues el día de los hechos “*se encontraban inmersos en la actividad delictiva*” de porte ilegal de armas y “*quien mal anda mal acaba*”.

Advierte la Sala que, en efecto, como el comportamiento de las víctimas incidió en la producción del daño, los montos reconocidos, los cuales pasarán a revisarse, deberán reducirse en virtud de la concurrencia en la producción del daño.

El *a quo* reconoció la cantidad de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes Yolanda Insuasti Muñoz, Fabián Andrés Parra Insuasti y Natalia Andrea Parra Insuasti; 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para María Enelia Parra Marulanda y 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes para María Oneida Marulanda.

Como antes se advirtió esta última no se encuentra legitimada en la causa por activa, razón por la cual no tiene derecho a una indemnización por este concepto.

En cuanto a los demás demandantes, se tiene que acreditaron sus calidades de cónyuge supérstite e hijos del occiso Gildardo Antonio Parra Marulanda, como consta en las copias auténticas de sus registros civiles de matrimonio y de nacimiento⁹⁰.

La Sala encuentra que, en principio, los montos reconocidos se ajustan al criterio previsto en el precedente consignado en los fallos del 28 de agosto de 2014⁹¹, específicamente en cuanto al reconocimiento de perjuicios morales en casos de muerte, pues los demandantes se encuentran en el primer y segundo grado de consanguinidad.

No obstante, en virtud de la concurrencia en la producción del daño los montos reconocidos se reducirán a un 50%, por tanto, se ordenará el pago de 50 salarios

⁹⁰ Fls. 23 a 27 y 29 del cuaderno 1.

⁹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, expediente 26.251, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa y expediente 32.988 CP: Ramiro Pazos Guerrero (para el primer grado de consanguinidad se reconoce el equivalente a 100 SMLMV).

mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes Yolanda Insuasti Muñoz, Fabián Andrés Parra Insuasti y Natalia Andrea Parra Insuasti y 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes para María Enelia Parra Marulanda.

En cuanto a los demandantes Danilo Díaz Flórez, Milen Yomary Carvajal Lizcano, Jonnyer Stik Díaz Carvajal, Kevin Andrés Díaz Carvajal y Angee Daniela Díaz Carvajal, el *a quo* reconoció un monto de 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

Se comprobó que el señor Danilo Díaz Flórez sufrió una pérdida de su capacidad laboral del 25,75% y que los demás demandantes son su cónyuge e hijos, como consta en las copias auténticas de sus registros civiles de matrimonio y de nacimiento⁹².

En atención al precedente consignado en los fallos del 28 de agosto de 2014⁹³, específicamente en cuanto al reconocimiento de perjuicios morales en caso de lesiones, el cual se funda en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas, su monto se determina de acuerdo con los rangos establecidos, según el porcentaje de gravedad de la lesión.

Por tanto, en aplicación del criterio consignado en los fallos del 28 de agosto de 2014⁹⁴, dado que dichos demandantes se encuentran en el primer nivel de cercanía afectiva y teniendo en cuenta el 25,75% de pérdida de la capacidad laboral del lesionado, a cada uno, en principio, le corresponde una indemnización por concepto de perjuicios morales equivalente a 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Sin embargo, en virtud de la concurrencia en la producción del daño, se reconocerá a cada uno un monto de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las sumas reconocidas no se actualizarán, dado que están expresadas en salarios mínimos legales mensuales vigentes.

9.2. Daño a la salud

⁹² Fls. 16 a 20 del cuaderno 2.

⁹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, expediente 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172), CP: Olga Mélida Valle de De La Hoz.

⁹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, expediente 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172), CP: Olga Mélida Valle de De La Hoz.

El *a quo* reconoció la cantidad de 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor del señor Danilo Díaz Flórez.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia de unificación de esta Sala en los fallos de del 28 de agosto de 2014⁹⁵ sobre indemnización del daño a la salud, tasada de conformidad con la gravedad de la lesión en las cuantías indicadas en dichas sentencias, dado que al señor Danilo Díaz Flórez se le dictaminó un 25,75% de pérdida de la capacidad laboral –*es decir, igual o superior al 20% e inferior al 30%*- le corresponde una indemnización de 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes la cual, en virtud de la concurrencia en la producción del daño, se reducirá a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

9.3 Lucro cesante

La entidad apelante rechazó el reconocimiento de perjuicios materiales, teniendo en cuenta los antecedentes penales de las víctimas y que no se demostró actividad lícita de la cual obtuvieran sus ingresos.

El *a quo* reconoció al señor Danilo Díaz Flórez una indemnización por concepto de lucro cesante futuro -*pues en la demanda no solicitó lucro cesante consolidado*- en suma de \$42'826.229,55., teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de la providencia de primera instancia y el porcentaje de pérdida de su capacidad laboral, por lo que la Sala procederá a revisar dicha liquidación para hacer las modificaciones a que haya lugar, siempre que favorezcan a la entidad pública que actúa como apelante único.

No se probó que la pérdida de la capacidad laboral le hubiera impedido continuar con su trabajo o que le generara pérdida de ingresos al lesionado, de hecho, en el dictamen emitido el 26 de febrero de 2010⁹⁶ por la ARL Mapfre Seguros de Colombia se consignó que su cargo actual era el de empleado de oficios varios del Parque Residencial Alburquerque, es decir, continuó trabajando para el mismo empleador, incluso en el dictamen se destacó que no usaba bastón o muletas y que tenía una marcha independiente sin ayudas técnicas, que se trataba de un "*paciente funcional en autocuidado, vida cotidiana y transporte (conduce moto)*".

⁹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, exp. 31172, CP: Olga Mélida Valle de De la Hoz, exp. 31.170 CP: Enrique Gil Botero, exp. 28832, CP: Danilo Rojas Betancourth.

⁹⁶ Fls. 27 a 31 del cuaderno 2.

No obstante, se accederá al lucro cesante futuro con base en el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral con aclaración de voto de la suscrita ponente.

En el proceso consta que el 4 de noviembre de 2008⁹⁷, la administradora del Parque Residencial Albuquerque certificó que el señor Danilo Díaz Flórez se desempeñaba como vigilante al servicio de esa propiedad horizontal desde el 13 de marzo de 1998 y que devengaba un salario de \$550.000 mensuales, suma que era superior al salario mínimo legal mensual de la época⁹⁸.

De acuerdo con lo señalado en la sentencia de unificación de la Sección Tercera de esta Corporación en materia de lucro cesante⁹⁹, se encuentra suficientemente demostrado que el afectado desempeñaba una actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos al momento de sufrir la lesión, razón por la cual el señor Danilo Díaz Flórez es acreedor de una indemnización teniendo en cuenta el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 25,75%.

Igualmente, en atención a la misma jurisprudencia de unificación¹⁰⁰, se tomará como ingreso base de liquidación la asignación de \$550.000 que fue la probada en el proceso como ya lo ha hecho esta Sala en casos similares¹⁰¹, la cual actualizada a la fecha de la presente providencia arroja un valor de \$831.688¹⁰².

Como consecuencia, se liquidará el lucro cesante con aplicación de esta última suma (\$831.688) como ingreso base de liquidación, rubro que aumentado en un 25% por concepto de prestaciones sociales arroja el valor de \$1'039.610. Sobre esta cantidad se calcula el 25,75% de porcentaje de pérdida de la capacidad laboral lo cual arroja una cifra de \$267.699.

Por tanto, como en la demanda solo se solicitó lucro cesante futuro, se liquidará teniendo en cuenta que al momento de los hechos el lesionado tenía 32 años y una vida probable adicional de 44,51 años¹⁰³, esto es, 534,12 meses, de los

⁹⁷ Fl. 26 del cuaderno 2.

⁹⁸ El salario mínimo legal mensual vigente para 2008 era de \$461.500.

⁹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 18 de julio de 2019, exp. 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572), CP. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de noviembre de 2019, exp. 50.005.

¹⁰² Se utilizó el IPC de noviembre de 2020 vigente a la fecha de esta providencia, pues el DANE publica esta información mes vencido.

¹⁰³ A la fecha de la lesión el señor Danilo Díaz Flórez tenía 32 años de edad (nació el 6 de febrero de 1976 según su registro civil de nacimiento visible a folio 16 del cuaderno 2) y según la Resolución número 1112 de 2007 vigente para la época de los hechos, el demandante tenía una expectativa de vida de 44,51 años.

cuales se descontarán 101,06 meses que corresponden al período comprendido entre la fecha de los hechos (4 de septiembre de 2008) y la fecha de la sentencia de primera instancia (9 de febrero de 2017), que es el período consolidado que no se pidió en la demanda, de modo que la indemnización se liquidará por 432,52 meses.

El mismo se liquidará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i (1+i)^n}$$

En donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = \$267.699.

N = Número de meses que comprende el período indemnizable (432,52).

I = Interés puro o técnico: 0.004867.

$$S = \$267.699 \left\{ \frac{(1+0.004867)^{432,52} - 1}{0.004867 (1+0.004867)^{432,52}} \right\}$$

S = \$48'267.210 que en virtud de la concurrencia en la producción del daño en un 50%, reduce la indemnización a reconocer en favor del señor Danilo Díaz Flórez en la suma de \$24'133.605.

Finalmente, el *a quo* reconoció indemnización por lucro cesante consolidado y futuro a favor de los demandantes Yolanda Insuasti Muñoz, Fabián Andrés Parra Insuasti y Natalia Andrea Parra Insuasti, por la muerte de su esposo y padre Gildardo Antonio Parra Marulanda.

La Sala revocará este reconocimiento, pues como antes se advirtió el 26 de febrero de 2009, la Fiscalía 10 Seccional de Pereira certificó que se encontraba adelantando una investigación por el delito de porte ilegal de armas contra el señor Gildardo Antonio Parra Marulanda (fallecido) quien en audiencia de imputación había aceptado los cargos, y que se encontraba pendiente de la tasación de la pena, lo cual permitía inferir que para esa fecha ese despacho no se había enterado de la muerte del imputado.

Esta circunstancia revela que el occiso se dedicaba a actividades ilícitas, incluso después de su desmovilización de las AUC, de modo que no resulta creíble que su

sustento y el de su familia lo obtenía del “puesto” en el “Bazar Popular el Repuestero”, dado que no puede aceptarse que una persona cometa delitos al tiempo que se dedica a una actividad económica lícita, pues no son labores complementarias, toda vez que los ciudadanos deben acatar plenamente la ley.

10. Decisión sobre costas

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

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

F A L L A:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo del Quindío, el 9 de febrero de 2017 la cual quedará así:

*“1. **Declarar** la falta de legitimación en la causa por activa de la señora María Oneida Marulanda.*

*2. **Declarar** que la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional es administrativamente responsable por la muerte del señor Gildardo Antonio Parra Marulanda y la lesión sufrida por el señor Danilo Díaz Flórez el 4 de septiembre de 2008, en concurrencia con las víctimas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*3. **Condenar** a la Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional a pagar por concepto de perjuicios morales, 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes Yolanda Insuasti Muñoz, Fabián Andrés Parra Insuasti y Natalia Andrea Parra Insuasti y 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes para María Enelia Parra Marulanda. Igualmente, el equivalente a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes Danilo Díaz Flórez, Milen Yomary Carvajal Lizcano, Jonnyer Stik Díaz Carvajal, Kevin Andrés Díaz Carvajal y Angee Daniela Díaz Carvajal.*

*4. **Condenar** a la Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional a pagar por concepto de daño a la salud el equivalente a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en favor del señor Danilo Díaz Flórez.*

5. Condenar a la Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional a pagar por concepto de lucro cesante futuro la suma de \$24'133.605, en favor del señor Danilo Díaz Flórez.

6. Negar las demás súplicas de la demanda.

7. Las condenas se cumplirán en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

8. Para el cumplimiento de esta sentencia, **expedir** copias con destino a las partes con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

SEGUNDO: Sin costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Salva voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Aclara voto

Nota: Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA MARTA NUBIA
VELASQUEZ RICO**

ACLARACIÓN DE VOTO / PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / PRUEBA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / RECONOCIMIENTO DEL LUCRO CESANTE / PERJUICIO MATERIAL POR LESIONES CORPORALES / LESIONES / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

Debo señalar que, si bien comparto el sentido de la decisión que declara la responsabilidad de la entidad demandada, en concurrencia de un 50% con las víctimas en la producción de los daños causados (muerte y lesiones), difiero en cuanto al reconocimiento del lucro cesante en favor del lesionado. Lo anterior, por cuanto no se probó que la pérdida de la capacidad laboral le hubiera impedido al señor (...) continuar con su trabajo. (...) la pérdida de la capacidad laboral debe probarse tanto como la pérdida de ingresos por dicha causa, así como la imposibilidad de continuar con una actividad económica en el futuro o la pérdida de ciertas “aptitudes”, presupuestos señalados por la jurisprudencia de la Sala para el reconocimiento y liquidación del lucro cesante. (...) aunque la lesión le ocasionó una pérdida de la capacidad laboral del 25,75% no refleja el perjuicio reclamado, pues el lesionado no perdió la posibilidad de continuar activo laboralmente, dado que no se afectó su empleo. Además, tampoco se probó que hubiera sido desmejorado en su salario y en la demanda ni siquiera se expuso fundamento alguno para solicitar lucro cesante futuro ni se probó la pérdida de ingresos. No obstante, la suscrita aclara su voto en el sentido de que, si bien no se observa en este caso la merma de la capacidad laboral en el tiempo presente o impedimento del lesionado para realizar su actividad, se accede al reconocimiento del lucro cesante en atención a la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación en casos similares, dado que en efecto hubo una pérdida de la capacidad laboral y no puede darse por hecho que el afectado va a dedicarse el resto de su vida a la misma actividad.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 31.170, CP: Enrique Gil Botero. Subsección A, sentencia del 1 de marzo de 2018, exp. 40355, CP: María Adriana Marín; sentencia del 20 de noviembre de 2019, exp. 50.005 y sentencia del 5 de marzo de 2020, exp. 52.881. Subsección B, sentencia del 3 de octubre de 2016, exp. 40.057, CP: Ramiro Pazos Guerrero. Subsección C, sentencia del 28 de junio de 2019, exp. 45.386, CP: Jaime Enrique Rodríguez Navas, entre muchas otras.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D. C., quince (15) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Radicación: 63001-23-31-000-2010-00316 01 y
63001-33-31-003-2010-00816 01 (59079)
Actor: YOLANDA INSUASTI MUÑOZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO
NACIONAL
Referencia: REPARACIÓN DIRECTA

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que profeso por las decisiones de la Sala, me permito expresar las razones que me llevaron a aclarar el voto respecto de la decisión adoptada a través de la sentencia de 4 de diciembre de 2020, mediante la cual se modifica la sentencia proferida el 9 de febrero de 2017 por el Tribunal Administrativo del Quindío, en la que se accedió parcialmente a las pretensiones formuladas en las demandas acumuladas.

I.- SÍNTESIS DEL CASO

Según se narró en la demanda, el 4 de septiembre de 2008, los señores Jhon Kenedy Tabares Díaz, Gildardo Antonio Parra Marulanda y Danilo Díaz Flórez habían pactado con un sujeto llamado “Kevin” acompañarlo “para escoltar un dinero”; cuando todos se dirigían en un vehículo de Pereira a Armenia se desviaron hacia la vereda El Roble del municipio de Circasia, lugar donde descendieron, caminaron unos metros y luego recibieron disparos de varios uniformados del Ejército Nacional. Como consecuencia, Jhon Kenedy Tabares Díaz y Gildardo Antonio Parra Marulanda fallecieron y el señor Danilo Díaz Flórez resultó lesionado.

El Tribunal *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II. RAZONES DE LA ACLARACIÓN DE VOTO

Debo señalar que, si bien comparto el sentido de la decisión que declara la responsabilidad de la entidad demandada, en concurrencia de un 50% con

las víctimas en la producción de los daños causados (muerte y lesiones), difiero en cuanto al reconocimiento del lucro cesante en favor del lesionado.

Lo anterior, por cuanto no se probó que la pérdida de la capacidad laboral le hubiera impedido al señor Danilo Díaz Flórez continuar con su trabajo. De hecho, en el dictamen emitido el 26 de febrero de 2010¹⁰⁴ por la ARL Mapfre Seguros de Colombia se consignó que su cargo actual era el de empleado de oficios varios del Parque Residencial Albuquerque, es decir, continuó trabajando para el mismo empleador aunque en otras tareas, pero no se demostró que se encontrara impedido para haber continuado su labor de vigilante o que así lo hubiera recomendado la ARL, como tampoco que así lo hubiera manifestado el lesionado en sus consultas médicas o en la demanda de la referencia, incluso en el dictamen se destacó que no usaba bastón o muletas y que tenía una marcha independiente sin ayudas técnicas, que se trataba de un “*paciente funcional en autocuidado, vida cotidiana y transporte (conduce moto)*”.

De modo que la pérdida de la capacidad laboral debe probarse tanto como la pérdida de ingresos por dicha causa, así como la imposibilidad de continuar con una actividad económica en el futuro o la pérdida de ciertas “*aptitudes*”, presupuestos señalados por la jurisprudencia de la Sala¹⁰⁵ para el reconocimiento y liquidación del lucro cesante.

En el proceso de la referencia solo se conoció que al momento de sufrir la lesión el señor Danilo Díaz Flórez se desempeñaba como vigilante y que

¹⁰⁴ Fls. 27 a 31 del cuaderno 2.

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 1 de marzo de 2018, exp. 76001-23-31-000-2004-00482-01(40355), CP: María Adriana Marín: “(...) la indemnización por concepto de lucro cesante no constituye sanción alguna, ya que su vocación es el restablecimiento del equilibrio económico derivado del daño antijurídico producido e imputado al responsable, cuya causación se cuantifica desde la fecha de los hechos. Puede tratarse también de la pérdida de utilidad que, no siendo actual, la simple acreditación de su existencia es suficiente en cuanto a su certeza lo que configura el lucro cesante futuro o anticipado, así como debe tenerse en cuenta: 1)- Las circunstancias del caso en concreto y las “*aptitudes*” de quien resulta perjudicado, esto es, si la ventaja, beneficio, utilidad o provecho económico se habría o no realizado a su favor; 2)- Si la misma depende de una contraprestación de la víctima que no podrá cumplir como consecuencia del hecho dañoso, de manera que se calcula a su favor el valor entre el beneficio, utilidad o provecho económico y el valor por la víctima debido que puede incluir el reconocimiento de labores no remuneradas domésticas con las que apoyaba a su familia; 3)- Puede comprender los ingresos que se deja de percibir por las secuelas soportadas por la víctima ; 4)- Debe existir cierta probabilidad objetiva que resulte del curso normal de las cosas y del caso en concreto , pero no cabe reconocer cuando se trata de una mera expectativa ; 5)- La existencia de la incapacidad no es suficiente para ordenar la indemnización por lucro cesante cuando el lesionado está demostrado que siguió laborando en el mismo oficio que desempeñaba (...)”.

para el momento del dictamen ocupaba un puesto de oficios varios para el mismo empleador, pero no que se encontrara impedido para trabajar en el mismo cargo que ocupaba antes de la lesión o que aspirara a dedicarse a otro tipo de labor y ya no le fuera posible debido a la disminución de su capacidad laboral.

De modo que, aunque la lesión le ocasionó una pérdida de la capacidad laboral del 25,75% no refleja el perjuicio reclamado, pues el lesionado no perdió la posibilidad de continuar activo laboralmente, dado que no se afectó su empleo. Además, tampoco se probó que hubiera sido desmejorado en su salario y en la demanda ni siquiera se expuso fundamento alguno para solicitar lucro cesante futuro ni se probó la pérdida de ingresos.

No obstante, la suscrita aclara su voto en el sentido de que, si bien no se observa en este caso la merma de la capacidad laboral en el tiempo presente o impedimento del lesionado para realizar su actividad, se accede al reconocimiento del lucro cesante en atención a la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación en casos similares¹⁰⁶, dado que en efecto hubo una pérdida de la capacidad laboral y no puede darse por hecho que el afectado va a dedicarse el resto de su vida a la misma actividad.

En este sentido dejo expresada mi aclaración de voto.

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Consejera de Estado

¹⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 31.170, CP: Enrique Gil Botero. Subsección A, sentencia del 1 de marzo de 2018, exp. 40355, CP: María Adriana Marín; sentencia del 20 de noviembre de 2019, exp. 50.005 y sentencia del 5 de marzo de 2020, exp. 52.881. Subsección B, sentencia del 3 de octubre de 2016, exp. 40.057, CP: Ramiro Pazos Guerrero. Subsección C, sentencia del 28 de junio de 2019, exp. 45.386, CP: Jaime Enrique Rodríguez Navas, entre muchas otras.

Nota: se deja constancia de que esta providencia se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FALTA DE PRUEBA / AUSENCIA DE PRUEBA / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / CULPA / DOLO / PORTE DE ARMAS DE FUEGO / PORTE ILEGAL DE ARMAS / EJÉRCITO NACIONAL / USO DESPROPORCIONADO DE LA FUERZA / USO DE LA FUERZA PÚBLICA

Me aparto de la decisión de la Sala, por considerar que la parte actora no probó, como era su deber, la responsabilidad al Estado, en los hechos por los cuales se reclamaba la indemnización de perjuicios. (...) Si bien se alude, con razón, al interés legítimo de las personas en conservar su vida, aun cuando obren en forma ilícita, y el Estado debe procurar su protección, no se puede perder de vista que en este caso no es posible hablar de culpa, y menos de su concurrencia, pues la determinación asumida por la persona que perdió la vida y por la que fue lesionada, excede ese concepto, en tanto la culpa está concebida como el actuar imprudente de quien tiene un deber objetivo de cuidado y lo supera (como en los accidentes de tránsito) se viola el reglamento, desencadenando un resultado dañino. No puede entonces afirmarse que las personas afectadas, lo fueron bajo el concepto de culpa, pues tendría que aceptarse que culposamente decidieron portar armas ilegalmente y desplazarse por una zona rural en horas de la noche. Entonces surge la pregunta bajo la dogmática del concepto de culpa: ¿cuál era la conducta esperada, o el deber objetivo de cuidado que desatendieron y cual la conducta que debieron asumir esas personas en esas circunstancias específicas? Evidentemente aquí no hay un actuar culposo, sino con dolo. Además de lo anterior, y para que no se entienda que el Estado está legitimado para cegar la vida de quien comete ilícitos, lo cierto es que, en ese designio, dispararon contra los miembros del Ejército, según fue relatado en los testimonios de los soldados, y en efecto vaciaron toda la carga de las 3 pistolas que llevaban. Así que, es difícil entender aquí el concepto de culpa al cruzar fuego con el Ejército. Ahora, respecto del uso excesivo de la fuerza por el que se imputó responsabilidad al Estado (...) contrario al exceso que se predica, la prueba forense no revela que los medios utilizados fueran excesivos; de hecho demuestra lo contrario y deja entrever como probable que los muchos disparos pudieron ser disuasorios, no dirigidos a la humanidad de los civiles.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 177

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA**

SUBSECCIÓN A

Consejero JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Expediente: 63001-23-31-000-2010-00316 01 y
63001-33-31-003-2010-00816 01 (59079)
Actor: YOLANDA INSUASTI MUÑOZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Referencia: REPARACION DIRECTA
Asunto: **Salvamento de Voto**

Me aparto de la decisión de la Sala, por considerar que la parte actora no probó, como era su deber, la responsabilidad al Estado, en los hechos por los cuales se reclamaba la indemnización de perjuicios.

En efecto, en el caso no se demostró, con la certeza requerida, la manera cómo ocurrieron los hechos, al punto que en la decisión adoptada por la mayoría se consignó que *“con las pruebas allegadas al proceso no se pudo establecer con certeza cómo se desarrolló el encuentro entre los civiles y los militares, solo que efectivamente estuvieron en el lugar, pero no se probó quién disparó primero y por qué razón”*.

Conforme lo visto, y teniendo en cuenta con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*. Así pues, la parte demandante no cumplió con la carga probatoria¹⁰⁷ que le asistía de demostrar que la responsabilidad deprecada le resultaba imputable al Estado.

En la decisión de la cual me aparto, se precisó incluso que, no existía claridad sobre como inició el intercambio de disparos en tanto que la versión de los militares, contrastaba con la de la persona que resultó herida, en palabras de la Sala:

“Se aprecia que, según los militares, unos sujetos que llegaron a la vereda El Roble del municipio de Circasia empezaron a murmurar y luego de que les dijeron la proclama “alto como Ejército Nacional” les comenzaron a disparar

¹⁰⁷ Al respecto, conviene recordar de manera más detallada lo expuesto por el tratadista Devis Echandía respecto de dicho concepto: “Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1°) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2°) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.” DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: “De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: “carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.” Ídem. pág 406.

y ellos respondieron accionando sus armas de dotación oficial; sin embargo, el señor Danilo Díaz Flórez señaló que en cuanto empezaron a caminar por el lugar los soldados les dispararon sin aviso alguno, de modo que no existe claridad sobre cómo inicio el intercambio de disparos, pues sus versiones son opuestas y no hay más testigos presenciales de los hechos”.

Lo anterior, analizado en conjunto con los demás medios probatorios obrantes en el plenario, genera duda respecto de la responsabilidad del Estado en el caso concreto, especialmente si se tienen en cuenta las inconsistencias presentadas en la declaraciones rendidas por la persona lesionada la que *“en su primer relato no mencionó que portaran armas, pero luego declaró que el señor Gildardo Antonio Parra Marulanda recibió un arma cuando llegaron al lugar, incluso, en la demanda señaló que Gildardo Antonio Parra Marulanda, Jhon Kenedy Díaz Tabares y él portaban un arma cada uno”.*

Duda que no puede existir cuando se trata de condenar al Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución por un daño antijurídico que le resulta imputable.

Adicionalmente, en la providencia se indicó que *“se probó que los miembros del Ejército Nacional accionaron sus armas de dotación oficial dejando como resultado la muerte del señor Gildardo Antonio Parra Marulanda y lesiones al señor Danilo Díaz Flórez, pero no que lo hicieran en legítima defensa, de modo que deberá declararse la responsabilidad de la demandada”.* Conclusión que cuestiona seriamente el suscrito magistrado en razón a que en la misma decisión se indicó que no existía claridad sobre como inició el intercambio de disparos y teniendo en cuenta que la condena se redujo en un 50%, precisamente en consideración a la conducta de las víctimas consistente en *“acudir a un sitio despoblado, en la oscuridad, armados, para recoger un dinero que tenían que “escoltar”, es decir, sabían que se exponían a algo peligroso y usaban armas para su protección y del dinero, lo que significa que posiblemente las accionarían y con ello no solo podrían dañar a alguien sino también recibir un daño igual o mayor”.*

Se destaca que el Estado sólo responde por el daño antijurídico, entendido como *“la lesión de un interés legítimo patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está obligada a soportar”.* Si bien se alude, con razón, al interés legítimo de las personas en conservar su vida, aun cuando obren en forma ilícita, y el Estado debe procurar su protección, no se puede perder de vista que en este caso no es posible hablar de culpa, y menos de su concurrencia, pues la determinación asumida por la persona que perdió la vida y por la que fue lesionada, excede ese concepto, en tanto la culpa está concebida como el actuar imprudente de quien tiene un deber objetivo de cuidado y lo supera (como en los accidentes de tránsito) se viola el reglamento, desencadenando un resultado dañino.

No puede entonces afirmarse que las personas afectadas, lo fueron bajo el concepto de culpa, pues tendría que aceptarse que culposamente decidieron portar armas ilegalmente y desplazarse por una zona rural en horas de la noche. Entonces surge la pregunta bajo la dogmática del concepto de culpa: ¿cuál era la conducta esperada, o el deber objetivo de cuidado que desatendieron y cual la

conducta que debieron asumir esas personas en esas circunstancias específicas? Evidentemente aquí no hay una actuar culposo, sino con dolo.

Además de lo anterior, y para que no se entienda que el Estado está legitimado para cegar la vida de quien comete ilícitos, lo cierto es que, en ese designio, dispararon contra los miembros del Ejército, según fue relatado en los testimonios de los soldados, y en efecto vaciaron toda la carga de las 3 pistolas que llevaban. Así que, es difícil entender aquí el concepto de culpa al cruzar fuego con el Ejército.

Ahora, respecto del uso excesivo de la fuerza por el que se imputó responsabilidad al Estado bueno es destacar que de los 56 proyectiles que según las pruebas fueron disparados por el Ejército, frente al daño y a la conducta imputada como excesiva, se observa en las pruebas, que: El lesionado (demandante) recibió 1 bala en la rodilla y que el occiso recibió 2 balas, una en el abdomen y una en la mano izquierda. En este sentido, contrario al exceso que se predica, la prueba forense no revela que los medios utilizados fueran excesivos; de hecho demuestra lo contrario y deja entrever como probable que los muchos disparos pudieron ser disuasorios, no dirigidos a la humanidad de los civiles.

Adicionalmente el tipo de fusil del Ejército, por su dispositivo automático puede disparar en una sola acción una ráfaga; de manera que las 11 vainillas de uno de los fusiles que disparó el Ejército, pudieron corresponder a una sola acción de disparo, en todo caso no dirigida a la humanidad de los civiles, o sus cuerpos harían evidencia de ello.

Fecha *ut supra*.

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Magistrado

Nota: se deja constancia de que este documento se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>