

PRINCIPIO DE NO REFORMATIO IN PEJUS - Imposibilidad de incrementarse indemnización al ser el demandado apelante único

Habida consideración de que sólo la entidad demandada recurrió la sentencia, en esta decisión únicamente se revisaran los fundamentos de la responsabilidad declarada por el a quo, y si ésta fuere confirmada, se revisaran las condenas deducidas, las cuales pueden ser revocadas, disminuidas o simplemente actualizadas, para que mantengan su valor, pero no podrá hacerse más gravosa su situación, en aplicación del principio de la no reformatio in pejus. Por lo tanto, no podrán revisarse las razones que llevaron al a quo a negar las pretensiones formuladas a nombre de la menor ALBA LUCÍA CÁRDENAS CARVAJAL, ni podrá incrementarse la indemnización por el lucro cesante a favor de los padres, como lo solicita el Ministerio Público.

SENTENCIA PENAL - Efectos en la acción de reparación directa / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Alcance de sentencia en proceso penal / ACCION PENAL - Diferencias con la acción de reparación directa / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Diferencias con la acción penal / RESPONSABILIDAD PENAL - Fundamento: culpa personal del agente / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Su fundamento es el daño antijurídico imputable a la entidad / SENTENCIA PENAL ABSOLUTORIA - No tiene efectos de cosa juzgada en acción de reparación directa

Ahora, es cierto que mediante resolución de 9 de diciembre de 1993, el Comando Batallón de Infantería 32 ordenó cesar todo procedimiento a favor del soldado Edilberto García Estrada, del delito de homicidio, por considerar que el procesado actuó “en estricto cumplimiento de un deber legal, en ejercicio de un cargo público y por la necesidad de defender su vida y la de sus compañeros, contra la inminente e injusta agresión de que fueron objeto por parte de los bandidos, viendo en la necesidad de disparar su arma de dotación” (fls. 61-67), decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior Militar, mediante sentencia de 8 de abril de 1994 (fls. 152-161). No obstante, cabe señalar que en relación con los efectos de la sentencia penal en la acción de reparación, la Sala ha considerado: “...la sentencia penal que se profiera en el proceso penal que se adelante contra el servidor estatal, sea ésta condenatoria o absolutoria, no tiene efectos de cosa juzgada en la acción de reparación que se adelante contra el Estado por esos mismos hechos, porque, conforme se ha sostenido en las providencias en las que se ha acogido dicho criterio: (i) las partes, el objeto y la causa en ambos procesos son diferentes: a través del ejercicio de la acción penal, el Estado pretende la protección de la sociedad, con la represión del delito y para ello investiga quién es el autor del mismo y cuál su responsabilidad; a través del ejercicio de la acción de reparación, la víctima del daño antijurídico pretende la indemnización de los perjuicios que le ha causado el Estado con una acción que le sea imputable; (ii) los principios y normas que rigen ambos procesos son, en consecuencia, diferentes, lo cual incide, entre otros eventos en los efectos de las cargas probatorias, así: en el proceso penal la carga de la prueba de la responsabilidad del sindicado la tiene el Estado, quien deberá desvirtuar la presunción de inocencia que por mandato constitucional ampara a todas las personas; en tanto que en la acción de reparación directa, quien finalmente soporta los efectos adversos de la carencia de prueba de los elementos de la responsabilidad estatal es el demandante, y (iii) el fundamento de la responsabilidad del Estado no es la culpa personal del agente, sino el daño antijurídico imputable a la entidad; de tal manera que aunque se absuelva al servidor por considerar que no obró de manera dolosa o culposa, en los delitos que admiten dicha modalidad, el Estado

puede ser condenado a indemnizar el daño causado, bajo cualquiera de los regímenes de responsabilidad y, en cambio, el agente puede ser condenado penalmente, pero el hecho que dio lugar a esa condena no haber tenido nexo con el servicio. Adicionalmente, se observa que la responsabilidad patrimonial del Estado no constituye el efecto civil de un ilícito penal, por eso, no son aplicables las normas relacionadas con los efectos de la sentencia penal absolutoria sobre la pretensión indemnizatoria que se formule en proceso separado del penal. Ello por cuanto la responsabilidad del Estado, conforme a lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, se genera en los eventos en los cuales se causa un daño antijurídico imputable a la entidad demandada, al margen de que ese daño hubiera sido causado con una conducta regular o irregular". En consecuencia, a pesar de que en la investigación penal que se adelantó en contra el autor material de la muerte de Fredy Alexander hubiera concluido con sentencia absolutoria, dictada por funcionario competente y aunque dicha investigación pueda calificarse de seria e imparcial, puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado por ese mismo hecho, porque dicha sentencia no surte efectos de cosa juzgada en este proceso. La valoración que aquí se hace de las pruebas que obran en esa investigación y las que aquí se practicaron permiten a la Sala llegar a conclusión diferente en relación con las circunstancias en las cuales ocurrió el hecho, para imputar responsabilidad al Estado.

NOTA DE RELATORIA: En relación con los efectos de la sentencia penal en la acción de reparación, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 13 de agosto de 2008, Exp. 16.533.

FALLA DEL SERVICIO - Por muerte de retenido en operativo militar / MUERTE DE RETENIDO EN OPERATIVO MILITAR - Responsabilidad del Estado imputable a título de falla en el servicio / RETENIDOS - Deberes de seguridad y protección a cargo del Estado. Alcance. Fundamento constitucional / RETENIDOS - Derechos fundamentales a la vida e integridad personal / DIGNIDAD HUMANA - Fundamento de los derechos fundamentales de los retenidos

Habiéndose acreditado que el señor Fredy Alexander Cárdenas Vargas fue retenido por miembros del Ejército, durante un operativo militar, y que poco después de esa retención se le dio muerte, concluye la Sala que ese daño es imputable al Estado, a título de falla del servicio. Por lo tanto, la entidad deberá indemnizar a los parientes de la víctima el perjuicio que han sufrido como consecuencia de su muerte. La Sala ha reiterado su criterio de que cuando una autoridad -en ejercicio de sus funciones- retiene a una persona debe velar por sus derechos fundamentales a la vida e integridad personal, habida cuenta de que el Estado está en el deber de devolver a la persona retenida al seno de la sociedad en condiciones similares a las que se encontraba cuando fue retenido, en virtud de su deber constitucional de protección y seguridad ligado con las garantías propias de todo Estado de Derecho. Este deber está vinculado estrechamente con los fines esenciales del Estado (art. 2 C.P.) sobre la base de la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 Constitucional) y en el marco del respeto a la dignidad humana (art. 1 Superior) como valor fundante de un modelo de Estado Democrático y principio orientador de toda interpretación jurídica, merced a la situación particular de sujeción a la que se somete al detenido, la cual comporta la limitación de sus derechos y libertades. En tales condiciones -ha dicho la Sala- surgen de esta situación especial de sujeción dos tipos de obligaciones para los agentes del Estado, dada la evidente restricción de su autonomía personal, i) una de corte positivo consistente en la guarda de la persona frente a eventuales agresiones o peligros que pueda sufrir durante la retención y ii) otra de

naturaleza negativa consistente en abstenerse de desplegar conductas que puedan atentar contra su vida e integridad personal. Pero, en el caso concreto, los miembros del Ejército incumplieron el deber de proteger la vida del retenido, deber de cuidado y protección que trascendía la obligación genérica que corresponde a todas las autoridades de la República, en virtud de mandato constitucional (art.2 C.P.), para concretarse en un deber de garantía de su vida e integridad física por su condición de retenido.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el deber que tienen las autoridades de velar por los derechos fundamentales a la vida e integridad personal de los retenidos, ver sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 26 de abril de 2006, Exp. 50422-23-31-000-15604-01 (16.406); del 17 de junio de 2004, Exp. 50422-23-31-000-940345-01 (15.208); del 15 de febrero de 2008, Exp. 16.996; del 17 de junio de 1998, Exp. 10650; del 24 de junio de 1998, Exp. 10.530, y del 28 de noviembre de 2002, Exp.: 70001-23-31-000-1993-4561-01(12812).

DIGNIDAD HUMANA - Valor / DERECHO A LA VIDA - Deber de respeto absoluto / USO DE LAS ARMAS - Justificación solo como respuesta necesaria y proporcional ante in ataque injusto, inminente y grave

La Sala ha sido enfática y reiterativa al destacar el valor de la dignidad humana; reprochar la decisión estatal de sacrificar la vida para mantener el orden o la legalidad y señalar que el uso de las armas sólo se justifica cuando constituye una reacción necesaria y proporcional ante un ataque injusto, inminente y grave, y nunca como una manera de castigar o exterminar a quien se juzga moralmente indeseable. Ha dicho la Sala: “La fuerza pública, tanto más quienes asumen la defensa judicial de sus actos, deben eliminar el discurso maniqueísta que clasifica a los muertos en buenos y malos, para justificar la muerte de los segundos con el argumento de la defensa social o del bien que se hace a la comunidad con la desaparición física de determinadas personas. El derecho a la vida no puede ser reivindicado según el destinatario, pues su respeto debe ser absoluto. Tal vez la única vulneración tolerable sea aquella que ocurre en ejercicio de las causales de justificación o de inculpabilidad que las normas penales consagran, a pesar de lo cual en algunas de esas ocasiones la no responsabilidad del agente no libera a su vez de responsabilidad al Estado. En numerosas oportunidades la Sala ha hecho una verdadera apología de la vida, exaltando las hermosas palabras del inolado TOMÁS Y VALIENTE: ‘No hay nada en la creación más importante ni más valioso que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre’. Y lo seguirá haciendo, cada vez que encuentre, como en el presente caso, que se sigue aplicando en el país la pena de muerte, proscrita por la Carta Fundamental desde hace más de un siglo. La vida de cualquier hombre es digna de respeto, aún se trate del peor de los delincuentes. Dijo en alguna ocasión Eca de Queiroz: ‘El Niágara, el monte de cristal color de rosa de Nueva Zelandia, las selvas del Amazonas son menos merecedoras de nuestra admiración consciente que el hombre más sencillo’. Y Federico Hegel resaltó: ‘El pensamiento más malvado de un criminal es más sublime y más grandioso que todas las maravillas del cielo’. La muerte injusta de un hombre no podrá considerarse más o menos admisible dependiendo de la personalidad, de la identidad, de la influencia o de la prestancia de ese hombre. La muerte injusta de una persona con antecedentes delictivos, continúa siendo injusta a pesar de los antecedentes que registre. Y lo será tan injusta, tan insoportable y tan repudiable como la del hombre bondadoso de irreprochable conducta. Más recriminable resulta, si ello es posible, que a la ejecución sumaria se le agregue la distorsión de la realidad con artimañas y montajes que pretenden justificar, en este caso afortunadamente en vano, el asesinato”.

NOTA DE RELATORIA: Acerca del valor del derecho a la vida, ver Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 10 de abril de 1997, Exp. 10.138.

DERECHO A LA VIDA - Inviolabilidad / EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES - Prohibición / EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES - Inadmisibilidad en un Estado de Derecho / USO DE LA FUERZA - Criterios de necesidad y proporcionalidad / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Uso innecesario y desproporcionado de la fuerza por los agentes del Estado

De manera más reciente, la Sala destacó la inviolabilidad del derecho a la vida y la prohibición de las ejecuciones extrajudiciales y extralegales de personas, a partir de la concepción filosófica que inspira al Estado; el reconocimiento de ese derecho en normas de derecho interno y en disposiciones del ámbito universal; destacó algunas decisiones en las cuales la Corporación dedujo la responsabilidad de la administración, en múltiples casos en que para reprimir desórdenes públicos se optó por utilizar medios desproporcionados que pusieron en peligro la vida. Finalmente, concluyó que: “En definitiva, en un Estado de Derecho como el nuestro no son admisibles las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Y por ello, nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, salvo que se haga bajo una de las causales de justificación (vgr. legítima defensa o estado de necesidad). Evento en el cual la amenaza individualizada, grave, actual e inminente contra la vida del uniformado o de un tercero, debe revestir tal entidad que sólo mediante el uso extremo y subsidiario de la fuerza (ultima ratio) pueda protegerse ese mismo bien jurídico [la vida, en este caso de las víctimas o de los uniformados]. “Deberán entonces evaluarse las condiciones de la amenaza real -que no hipotética- para que, sólo si razones de necesidad y proporcionalidad lo imponen, pueda llegarse a esa situación extrema. Todo lo demás, desborda el limitado espacio que brindan las normas disciplinarias y penales a los agentes del orden. “Así las cosas, cuando se infringe este deber de usar la fuerza guiado por los principios de necesidad y proporcionalidad y si la conducta es atribuible a un agente del Estado en ejercicio de sus funciones se compromete la responsabilidad patrimonial de este último frente a las eventuales víctimas, por uso excesivo de la fuerza por parte de los agentes del Estado”. En consecuencia, se confirmará la sentencia del a quo, en tanto declaró la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada por la muerte de Fredy Alexander Cárdenas Vargas (...)

NOTA DE RELATORIA: La Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia del 11 de febrero de 2009, Exp. 17.138, destacó la inviolabilidad del derecho a la vida y la prohibición de las ejecuciones extrajudiciales y extralegales de personas.

INDEMNIZACION DEL PERJUICIO MORAL - Debe efectuarse en salarios mínimos legales mensuales vigentes. Reiteración jurisprudencial

El a quo condenó a la Nación - Ministerio de Defensa, a pagar, como indemnización por perjuicios morales, a favor de los señores Pedro Saúl Cárdenas Sepúlveda y Gabriela Odilia Vargas Chavarría el equivalente en pesos colombianos a 1.000 gramos oro para cada uno, y a favor de los señores Juan Fernando Cárdenas Vargas, Duglas Cárdenas Vargas y Jovanny Alberto Cárdenas Vargas, el equivalente en pesos colombianos a quinientos (500) gramos oro para cada uno. La Sala confirmará la condena impuesta por el a quo, por considerar que el daño moral sufrido por los demandantes fue demostrado y que el valor de la condena es proporcional a la magnitud del mismo; sin embargo, para establecer el valor de la indemnización por este concepto, se tendrán en cuenta los criterios establecidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes

Nos. 13.232 y 15.646, en la cual se fijó en salarios mínimos legales mensuales vigentes el valor del perjuicio moral, abandonando así el criterio de aplicación extensiva de las normas que sobre la materia se habían adoptado en el Código Penal, por considerarlo improcedente y para dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 16 de la ley 446 de 1998 y 178 del Código Contencioso Administrativo, que ordenan la reparación integral y equitativa del daño y la tasación de las condenas en moneda legal colombiana, respectivamente. Por lo tanto, se tasará la indemnización a favor de los señores Pedro Saúl Cárdenas Sepúlveda y Gabriela Odilia Vargas Chavarría en pesos a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno, y a favor de los señores Juan Fernando, Duglas y Jovanny Alberto Cárdenas Vargas en 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el reconocimiento de los perjuicios morales en salarios mínimos legales mensuales vigentes, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13.232 y 15.646

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil diez (2010)

Radicación número: 05001-23-25-000-1995-00339-01(18480)

Actor: PEDRO SAUL CARDENAS Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 2 de diciembre de 1999, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. La sentencia recurrida será modificada. Su parte resolutive es la siguiente:

“1. Declarar administrativamente responsable a la Nación Colombiana –Ministerio de Defensa - Ejército Nacional por los daños y perjuicios sufridos por Pedro Saúl Cárdenas Sepúlveda, Gabriela Odilia Vargas Chavarría, Juan Fernando Cárdenas Vargas, Duglas Cárdenas Vargas, Alba Lucía Cárdenas Carvajal (sic) y Jovanny Alberto Cárdenas Vargas, con ocasión de la muerte de Fredy Alexander Cárdenas, acaecida el 13 de marzo de 1993, en el municipio de Necoclí.

“2. Como consecuencia de lo anterior, se condena a la Nación Colombiana –Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a pagar por concepto de perjuicios morales al señor Pedro Saúl Cárdenas Sepúlveda y a Gabriela Odilia Vargas Chavarría el equivalente en pesos colombianos a mil (1.000) gramos oro para cada uno; igualmente, por concepto de perjuicios morales pagará a Juan Fernando Cárdenas Vargas, Duglas Cárdenas Vargas y Jovanny Alberto Cárdenas Vargas, este último representado por Pedro Saúl Cárdenas Sepúlveda y a Gabriela Odilia Vargas Chavarría, el equivalente en pesos colombianos a quinientos (500) gramos oro para cada uno...

“3. La Nación Colombiana –Ministerio de Defensa - Ejército Nacional pagará a Pedro Saúl Cárdenas Sepúlveda por concepto de perjuicios materiales en su modalidad de daño emergente, la suma de setecientos sesenta y un mil pesos (\$761.000).

“4. La Nación Colombiana –Ministerio de Defensa - Ejército Nacional pagará a Pedro Saúl Cárdenas Sepúlveda por concepto de perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante, la suma de seiscientos noventa y tres mil doscientos treinta y tres pesos (\$693.233).

“5. La Nación Colombiana –Ministerio de Defensa - Ejército Nacional pagará a Gabriela Odilia Vargas Chavarría por concepto de perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante, la suma de seiscientos noventa y tres mil doscientos treinta y tres pesos (\$693.233).

“6. Niéganse las pretensiones de la menor Alba Lucía Cárdenas Carvajal”.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

Mediante escrito presentado el 1º de febrero de 1995, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, los señores PEDRO SAÚL CÁRDENAS SEPÚLVEDA y GABRIELA ODILIA VARGAS CHAVARRÍA actuando en nombre propio y en representación de su hijo menor de edad JOVANNY ALBERTO CÁRDENAS VARGAS, y el primero, además, en nombre de la menor ALBA LUCÍA CÁRDENAS CARVAJAL, y los señores JUAN FERNANDO y DUGLAS CÁRDENAS VARGAS presentaron demanda en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, con el fin de que se declarara a la entidad patrimonialmente responsable de los perjuicios que sufrieron

como consecuencia de la muerte del señor FREDY ALEXANDER CÁRDENAS VARGAS, ocurrida el 13 de marzo de 1993, en el municipio de Necoclí, Antioquia.

A título de indemnización, se solicitó en la demanda: (i) por los perjuicios morales, el pago de una suma equivalente a 1.000 gramos de oro, a favor de cada uno de los demandantes; (ii) por los perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente \$570.000, que corresponden a los gastos exequiales y \$660.000, que fue el valor que debieron pagar por transporte los demandantes para trasladarse al municipio de Necoclí, donde falleció su hijo, y (iii) \$32.182.041, por indemnización por lucro cesante a favor de los padres del fallecido, liquidado sobre el 75% de \$150.000, que era la suma que éste percibía en sus labores de arriero y vaquero, por el término probable de vida, que era de 55 años.

2. Fundamentos de hecho

Los hechos relatados en la demanda son los siguientes:

-Entre las 7:00 y 8:00 a.m. del 13 de mayo de 1993, llegó al corregimiento El Totumo, ubicado en la vereda La Ceibita, del municipio de Necoclí, Antioquia, una patrulla del Ejército integrada por 8 soldados, al mando del teniente del Ejército Miguel Ángel Fajardo Pedraza y del cabo Juan Carlos Pérez, e ingresaron directamente a la vivienda del señor Aníbal Pérez, donde se encontraba el joven Fredy Alexander Cárdenas Vargas visitando a su novia, la joven Franquelina Pérez.

-Una vez ingresaron a la residencia procedieron a amarrar a los señores Aníbal Pérez, Libia Hoyos, Hernando Pérez, Alexander Cárdenas y Anacleto Mulato; a las mujeres las encerraron en un cuarto y a los hombres los sacaron al patio, los tiraron al suelo boca abajo, los patearon y luego se llevaron a Fredy Alexander Cárdenas, y lo asesinaron pocos minutos después.

-Luego de que los miembros del Ejército causaran la muerte al joven Fredy Alexander Cárdenas enviaron una nota con el señor Hernando Pérez al inspector de policía del Totumo, en la cual le ordenaban que se desplazara hasta el lugar, para que practicaran el levantamiento del cadáver. El teniente Fajardo Pedraza regresó a la casa de la familia Pérez, liberó a las mujeres y desató a los hombres.

Se afirma que el daño es imputable a la Nación - Ministerio de Defensa, a título de falla del servicio, porque la muerte del joven Fredy Alexander Cárdenas fue causada por miembros del Ejército, con armas de dotación oficial; la víctima era un menor de edad, quien no registraba antecedentes judiciales, ni pertenecía a grupo subversivo alguno, y no ofrecía ningún peligro que legitimara la defensa de los militares.

3. La oposición de la demandada

La Nación - Ministerio de Defensa al contestar la demanda solicitó varias pruebas y adujo que las mismas tenían como fin desvirtuar los hechos relatados en la demanda, para establecer que en el caso concreto no se logró estructurar una responsabilidad administrativa, en cuanto no se reunían los elementos axiológicos necesarios para su configuración.

4. La sentencia recurrida

Consideró el Tribunal a quo que se hallaba demostrado que el joven Fredy Alexander fue retenido por miembros del Ejército y que durante su retención se produjo su muerte, lo que significa que la entidad demandada no cumplió con su obligación de proteger su integridad para devolverlo a la sociedad en las mismas condiciones de salud en las que se hallaba cuando se produjo su captura, hechos de los cuales se infiere la falla del servicio de la demandada, quien no logró acreditar la causal de exoneración que adujo.

5. Lo que se pretende con la apelación

La parte demandada solicita que se revoque la sentencia proferida por el a quo. Manifiesta que no comparte la valoración del material probatorio que obra en el expediente, dado que: (i) en la sentencia no se tuvieron en cuenta los fallos de primera y segunda instancia proferidos en el proceso penal, mediante los cuales se absolvió al soldado que disparó en contra del occiso, por considerar que había obrado para defender su vida de la agresión injusta de que había sido víctima, fallos que gozaban de presunción de legalidad, por haber sido proferidos por funcionario revestido de facultades judiciales, dentro de una investigación seria e imparcial; (ii) el desconocer olímpicamente el valor probatorio de la investigación penal y de los fallos proferidos en ésta implica cercenar, sin mayores argumentos

sólidos, el derecho de las entidades estatales a defenderse, porque de esa manera se le impide injustificadamente acreditar las causales eximentes de responsabilidad; (iii) las versiones de la familia Pérez adolecen de graves inconsistencias, como la relacionada con la presencia de un forastero en su vivienda esa noche, hecho que fue afirmado por unos testigos y negado por otros, pero que en todo caso coincide con la versión de los militares, quienes manifestaron que a 5 metros de la vivienda de esa familia se hallaban dormidos unos sujetos en unas hamacas, entre ellos el occiso; (iv) es inadmisibles que se otorgue pleno valor probatorio a declaraciones dadas por testigos no presenciales, que además son incoherentes imprecisas y, de otro lado, se le niegue dicho valor a una investigación penal, y (v) si el actuar de un servidor estatal en ejercicio de sus funciones compromete la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada, pero cuando el mismo actúa en estricto cumplimiento de sus deberes, es necesario concluir que no se incurrió en falla del servicio alguna.

6. Actuación en segunda instancia.

Del término concedido en esta instancia para presentar alegaciones hicieron uso la entidad demandada y el Ministerio Público.

6.1. La parte demandada reiteró los argumentos expuestos en el escrito de sustentación y solicitó que si, en gracia de discusión, se considerara que la entidad es responsable del daño, se redujera el valor de la indemnización por el perjuicio moral en un 50% por la participación de la víctima en la ocurrencia de los hechos, pero que se revocara la indemnización concedida por los perjuicios materiales, porque no existe en el expediente prueba sobre el hecho de que la víctima a los 17 años percibiera ingreso alguno y tampoco de que sus padres dependieran económicamente de éste.

6.2. La Procuraduría Quinta Delegada ante la Corporación solicita que se confirme la sentencia, porque están demostrados en el expediente tanto el daño, que lo fue la muerte del señor Fredy Alexander Cárdenas Vargas, como la relación causal entre ese hecho y la actuación de los integrantes de la patrulla, relación que no fue objeto de discusión por parte de la entidad, toda vez que el fundamento para solicitar la exoneración de responsabilidad lo fue la exposición voluntaria de la víctima al riesgo, al disparar el arma que portaba contra la patrulla militar. Adujo que, en su criterio, la causal de exoneración de culpa de la víctima no fue

demostrada; que las versiones presentadas por los particulares en el proceso penal ofrecían mayor credibilidad, porque ni siquiera obra prueba que acredite que la víctima hubiera disparado contra la patrulla, en tanto no se practicó prueba de absorción atómica, que permitiera inferir algún ataque a los militares.

Adicionalmente, solicitó que se reconociera indemnización de perjuicios materiales a favor de los padres del fallecido, porque estaba demostrado que el joven se dedicaba a actividades agrícolas y ganaderas y contribuía al sostenimiento de aquéllos.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, en proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que la cuantía de la demanda supera aquella exigida para el efecto al momento de proponer el recurso.

Habida consideración de que sólo la entidad demandada recurrió la sentencia, en esta decisión únicamente se revisaran los fundamentos de la responsabilidad declarada por el a quo, y si ésta fuere confirmada, se revisaran las condenas deducidas, las cuales pueden ser revocadas, disminuidas o simplemente actualizadas, para que mantengan su valor, pero no podrá hacerse más gravosa su situación, en aplicación del principio de la no *reformatio in pejus*. Por lo tanto, no podrán revisarse las razones que llevaron al a quo a negar las pretensiones formuladas a nombre de la menor ALBA LUCÍA CÁRDENAS CARVAJAL, ni podrá incrementarse la indemnización por el lucro cesante a favor de los padres, como lo solicita el Ministerio Público.

2. El perjuicio sufrido por los demandantes

2.1. La muerte del joven Fredy Alexander Cárdenas Vargas fue acreditada con: (i) el acta de la diligencia de levantamiento del cadáver practicada por el Inspector Departamental de Policía de El Totumo (fl. 87); (ii) el informe de la necropsia practicada al cadáver por el médico legista del Instituto de Medicina Legal y

Ciencias Forenses, en la cual se concluyó que la muerte del señor Cárdenas Vargas ocurrió por *“shock hipovolémico y traumático por herida por arma de fuego en corazón, aorta abdominal y cerebro”* (fl. 167), y el registro civil de la defunción (fl. 6).

2.2. La muerte del señor FREDY ALEXANDER CÁRDENAS VARGAS causó daños a los demás demandantes, quienes demostraron el vínculo que los unía a él, así: (i) los señores PEDRO SAÚL CÁRDENAS SEPÚLVEDA y GABRIELA ODILIA VARGAS CHAVARRIA acreditaron ser los padres del fallecido, porque así consta en el registro civil del nacimiento de éste (fl. 5), y (ii) con los registros civiles de su nacimiento, los señores JUAN FERNANDO, DUGLAS y JOVANNY ALBERTO CÁRDENAS VARGAS acreditaron ser hermanos del fallecido, porque en aquéllos consta que eran hijos de los mismos padres (fls. 5, 10, 11 y 13).

2.3. La demostración del vínculo existente entre los demandantes y Fredy Alexander Cárdenas Vargas, unida a las reglas de la experiencia, permite inferir el dolor moral que aquéllos sufrieron por la muerte de éste.

Además, en relación con ese perjuicio declararon ante el a quo los señores Germán de Jesús Villa Areiza, Oscar Darío Orrego Mira y María Ofelia García Londoño (fls. 316-320), quienes manifestaron ser allegados a la familia y constarles el profundo dolor que les causó el hecho, en especial a la madre del occiso.

3. Sobre las circunstancias en las cuales ocurrió la muerte de Fredy Alexander Cárdenas Vargas

Considera la Sala que se encuentra acreditado en el expediente que la muerte del joven Fredy Alexander Cárdenas Vargas fue causada por miembros del Ejército, luego de su captura.

A esa conclusión se llega con fundamento en las pruebas documentales traídas por las partes en las oportunidades legales correspondientes y en los testimonios recibidos en el proceso; así como en los testimonios, documentos, providencias e informes técnicos trasladados de la investigación penal seguida por el Juzgado Veintiuno de Instrucción Penal Militar, en contra del soldado Edilberto García Estrada, por el delito de homicidio, pruebas que fueron remitidas al a quo, en

copia auténtica por el Comandante de la Decimoséptima Brigada del Ejército (fls. 78 - 164), y que pueden ser valoradas en este proceso porque su traslado fue solicitado por la parte demandante y la parte demandada las practicó.

Con fundamento en tales pruebas, considera la Sala acreditado que la muerte del señor Fredy Alexander Cárdenas Vargas fue causada por miembros del Ejército, hecho que, como bien lo señaló el Ministerio Público, no fue objeto de controversia, pero que, además, aparece confirmado con el testimonio de los militares rendido dentro de la investigación penal, a los cuales se hará alusión seguidamente.

La controversia, en cambio, sí giró en torno a las circunstancias en las cuales ocurrieron los hechos, porque mientras que la parte demandante adujo que el joven Fredy Alexander Cárdenas Vargas falleció luego de haber sido retenido, inerme, en la casa de la familia del señor Aníbal Pérez, donde se hallaba visitando a su novia, en la versión oficial se señaló que aquél atacó a los miembros del Ejército con arma de fuego, ataque ante el cual reaccionó el soldado Edilberto García Estrada, quien iba adelante del grupo, para defender su vida y las de los demás militares.

En efecto, de acuerdo con la versión sostenida en el proceso penal por el Subteniente Miguel Ángel Fajardo Pedraza, quien comandaba la operación militar, en las horas de la mañana del 13 de marzo de 1993, una patrulla del Ejército que se encontraba en misión de registro y control en inmediaciones de la finca la Ceibita, jurisdicción del corregimiento El Totumo de Necoclí, fue atacado por sujetos que se encontraban en una hamaca situada aproximadamente a 5 metros de la casa del señor Aníbal Pérez, quienes ante la presencia de los militares se sorprendieron y huyeron hacia el monte, al tiempo que les dispararon, por lo que el soldado que iba adelante del grupo se vio en la necesidad de repeler el ataque, para defender su vida y la de sus compañeros, enfrentamiento en el cual falleció Fredy Alexander, a quien se halló un revólver. Textualmente, la versión del testigo fue la siguiente:

“Yo me encontraba en compañía de los soldados de mi pelotón, ese día exactamente nos encontramos haciendo registros en el área de la finca La Ceibita, jurisdicción del corregimiento de El Totumo, en horas de la mañana, nosotros habíamos salido a la madrugada para ese sitio a verificar una información de inteligencia que se tenía que en ese sitio había un grupo de bandoleros del EPL extorsionando a la gente de la

región, íbamos haciendo registros cuando al llegar cerca de una casa, unos sujetos que estaban cambuchando (sic) por el frente de la casa, tenían guindadas las hamacas de un árbol que está ubicado en todo el frente de la casa, éstos al detectar la tropa comenzaron a disparar y el soldado GARCÍA ESTRADA EDILBERTO que iba de puntero disparó el fusil de dotación, los tipos se veían correr porque ya eran como las siete de la mañana, eran tres tipos, cuando ya no escuchamos más disparos se procedió a verificar el lugar de donde fuimos atacados por los bandoleros..., ahí salió el dueño de la casa, quien dijo llamarse ANÍBAL PÉREZ..., se les preguntó si conocían a los particulares que nos habían atacado y habían salido corriendo y nos manifestaron que ellos no los habían visto, que además, ellos no sabían que estuvieran quedados por ahí..., como a cuatrocientos metros de la casa hacia el lado de un montecito encontramos un bandolero muerto, vestía de civil, en una mano, no recuerdo cuál tenía una pistola calibre 22 marca Star, sin número, cuatro cartuchos para la misma pistola y una vainilla para el mismo calibre”.

En términos similares declaró el cabo segundo Edison Alberto Vargas Bedoya (fl. 91), quien aseguró que en respuesta al ataque de los tres sujetos que se hallaban en unas hamacas, en frente de una casa, sólo disparó el soldado, quien iba “de puntero”, y que lo hizo en varias oportunidades.

E idénticas fueron las declaraciones que rindieron los soldados José Hernán González Duque y Jhiovany González Berrío (fls. 92-93).

La otra versión fue sostenida por los habitantes de la residencia del señor Aníbal Pérez. Aseguraron estos testigos que Fredy Alexander era novio de la joven Franquelina Pérez y se hallaba allí porque la había ido a visitar la noche anterior y se había hecho tarde, por lo que la familia lo invitó a quedarse, lo cual había ocurrido en varias ocasiones; que el joven fue sacado de allí por los militares; que previamente lo habían golpeado porque creyeron que éste pretendía grabarlos y que mientras los hombres de la familia se hallaban en el patio de la casa, boca abajo y con los ojos vendados y las mujeres encerradas en un cuarto, se causó su muerte, a pocos metros de la casa.

El testimonio rendido por el señor Aníbal Pérez Duarte (fl. 119), fue el siguiente:

“Estábamos acostados con mi familia, eran como las cinco de la mañana y yo le había dado posada a un señor forastero y yo le dije que se acostara en una hamaca afuera en los almendros y nosotros sentimos que comenzaron las detonaciones, yo alcancé a escuchar que alguien dijo: quién más está adentro, le preguntó al hijo mío HERNANDO PÉREZ HOYOS y mi hijo le contestó: están mi papá, mi

mamá y mis hermanas, yo estaba dentro de la casa con un soldado, haciendo una requisita, porque él me había preguntado quién era el dueño de la casa y cuando terminamos me vendaron los ojos, me llevaron de la mano y me tiraron al piso, junto con mi hijo, un tío, ANACLETO HIGUITA y FREDY ALEXANDER CÁRDENAS VARGAS, los cuales estaban vendados también y a las mujeres las metieron a una pieza, al rato mi tío ANACLETO levantó la cabeza y se la bajaron de una patada; al rato yo escuché unas detonaciones, posteriormente yo escuché a mi hijo que le decía a la mamá que le diera una muda de ropa para cambiarse porque él estaba en interiores. Mi mujer le decía a un soldado que para dónde van a llevar a mi hijo y el soldado dijo: para ninguna parte, lo vamos a mandar al Totumo para que le diga al inspector que venga a hacer un levantamiento y que si el inspector no estaba, no le dijera a más nadie...[a FREDY ALEXANDER] lo conozco hace 10 años aproximadamente..., era de muy buena conducta y se dedicaba a arriar mulas, tirar machete y le ayudaba al papá...a arriar vacas...[El día de los hechos] fue a visitar a la novia, mi hija (FRANQUELINA PÉREZ) y se quedó amaneciendo en la casa porque ya era muy tarde y era nuestro amigo”.

La versión de la señora Libia Rosa Hoyos Durango, esposa del señor Aníbal Pérez (fl. 121), fue la siguiente:

“A eso de las 5.30 de la mañana escuché unos disparos allá afuera de la casa, nos asustamos y nos tiramos al suelo, después mi hijo HERNANDO PÉREZ salió de la pieza a ver qué pasaba y le dijeron que alto y lo hicieron tirar al suelo, cuando ya estaba en el suelo le preguntaron que quién más estaba adentro y él respondió que mi papá y quién más preguntaron y él dijo y las mujeres, después nos hicieron meter a todas las mujeres a la cocina y al pasar vimos que todos los hombres estaban tirados en el suelo (Hernando Pérez, mi hijo, Aníbal Pérez, mi esposo, Fredy Alexander Cárdenas, Anacleto Higuita, tío de mi esposo), y después a las mujeres nos metieron a una pieza, después como a las ocho escuchamos otros tiros, pero no supimos a quién era, sentimos unos golpes que le daban a alguien, pero no supimos a quién era, después me hicieron salir de la pieza para que le buscara una muda de ropa al muchacho (mi hijo), debo anotar que tarde en la noche llegó un forastero a pedir posada a mi esposo y él le dijo que se acostara afuera en una hamaca que había, pero no supimos quién era el forastero, después me dieron permiso para ir a la cocina a hacerle un tetero a la niña y tinto, cuando ya supe que mi hijo se estaba vistiendo le pregunté a un soldado que para dónde se lo iban a llevar, para llevarle algo, y me contestó: no señora, no nos lo vamos a llevar, sino que va a ir él solo, y después le dijeron que fuera al Totumo y buscara al inspector para que viniera a hacer un levantamiento, que viniera el inspector solo y que no le dijera a nadie más”.

La testigo aseguró que conocía al joven Fredy Alexander desde hacía 9 o 10 años y que él era el novio de su hija Franquelina, y que como se había hecho

tarde le dijeron que se quedara amaneciendo en la casa, y que éste no poseía armas de fuego.

La joven Franquelina Pérez Hoyos (fls. 121-122), declaró en el proceso penal lo siguiente:

“Mi novio llegó el día antes a visitarme y cuando comenzaron las ráfagas, como a las 5 o 6 de la mañana yo desperté. De ahí nos llevaron para la cocina y vi a todos los hombres tirados en el suelo, me di cuenta que Fredy prendió la grabadora con la que se había levantado y se puso a escuchar música y los soldados le pegaron dos patadas que porque estaba grabando y él les contestó que estaba escuchando un casete grabado. De ahí nos encerraron en una pieza, no pude ver más. Más o menos como a las ocho escuché unos disparos, no volví a saber nada hasta las 11 que nos dejaron salir de la pieza y comencé a organizar todo..., yo al forastero no lo distinguí porque cuando él llegó yo estaba dormida...”.

Agregó que Fredy iba a su casa cada 8 o 15 días y que acostumbraba a amanecer allí; que durante los 6 meses que fue su novio nunca le llegó a ver arma de fuego alguna y que se desempeñaba como arriero o vaquero.

El señor Anacleto Higueta, quien aseguró ser tío del señor Aníbal Pérez (fls. 122-123), declaró lo siguiente:

“Como a eso de las 5:30 de la mañana llamaron duro: ¡a levantarse todo el mundo!, después de que salimos de la pieza nos dijeron manos arriba y después nos tiraron al piso y luego nos vendaron, yo estaba con la cabeza medio levantada y me pegaron y me dijeron agacha la cabeza, en el piso estábamos: Aníbal, el sobrino, Hernando y Fredy Alexander, Fredy tenía una grabadorcita y la prendió y le dijeron ¡estás grabando!, él les respondió que estaba escuchando un casete grabado y le pegaron. Más tarde sentí escuchar otros disparos y también escuché cuando le dijeron a Hernando que se vistiera y que fuera al Totumo donde el inspector y que le dijera que viniera a hacer un levantamiento..., como a las diez nos quitaron las vendas”.

Manifestó, además, que conocía a Fredy desde hacía mucho tiempo; que el joven no pertenecía a ningún grupo subversivo, que era un muchacho trabajador, que era arriero y desempeñaba otros oficios del campo; que no se dio cuenta de la llegada de ningún forastero pidiendo posada, porque él se acostó muy temprano, y que era mentira que hubiera habido enfrentamiento del Ejército con algún grupo subversivo; que Fredy no trató de huir al llegar los soldados, porque a él lo

sacaron vendado y se lo llevaron, lo que cree porque escuchó unos quejidos en la parte posterior de la casa.

El señor Hernando Pérez Hoyos (fl. 123) declaró, igualmente, que a las 5:30 a.m. estaba en la casa con su familia cuando escucharon varios disparos; que de repente llegaron los soldados; que él se levantó y al salir del cuarto, lo encañonaron, le ordenaron levantar los brazos, y tirarse al suelo boca abajo y lo vendaron; que a las 10:00 a.m. le ordenaron desplazarse a la cabecera municipal en búsqueda del inspector de policía, con la advertencia de que sólo le diera la razón a ese funcionario, para que fuera a hacer el levantamiento, y que luego lo mandaron por una cámara y, finalmente, para que acompañara al inspector a trasladar el cadáver; que los militares los vendaron e hicieron acostar en el suelo, a él, a Aníbal Pérez, Anacleto Higueta y Fredy Alexander; que él no se dio cuenta de la llegada de ningún forastero, porque estaba acostado; que Fredy Alexander era vaquero y arriero y había llegado el día anterior a los hechos a visitar a su novia; que él se dio cuenta que los militares le pagaron dos patadas, porque lo oyó quejarse y que aquéllos se habían disgustado porque él estaba escuchando música y ellos pensaron que los estaba grabando; que el fallecido no pertenecía a ningún grupo guerrillero, ni tenía armas de fuego; que cuando lo hicieron tirar al suelo sólo tenía puesto el pantalón y ni siquiera llevaba camisa.

La Sala da crédito a la versión de los particulares, porque sus afirmaciones son coherentes, verosímiles y claras; dieron cuenta de la razón de ser de sus dichos en cuanto aseguraron que se hallaban en el lugar donde ocurrió el hecho, y si bien no presenciaron el momento en el cual se dio muerte a Fredy Alexander sí les consta que el mismo fue retenido por los miembros del Ejército que llegaron a sus casas, y porque la versión oficial resulta incoherentes, en consideración a que:

-Afirmaron los miliares en la declaración que rindieron en el proceso penal que únicamente el soldado que iba de puntero disparó el fusil de dotación en contra de quienes los atacaron y que éstos dispararon mientras huían; por lo tanto, no resulta coherente con esa versión, el dictamen rendido por el médico legista, en el acta de la necropsia, al señalar que el occiso recibió heridas por arma de fuego en el antebrazo derecho, en el tórax lados izquierdo y derecho, en el abdomen y en la cabeza:

“1. ORIFICIO DE ENTRADA: TERCIO SUPERIOR DE ANTEBRAZO DERECHO CARA EXTERNA.

2. ORIFICIO DE SALIDA: EN TERCIO SUPERIOR DE ANTEBRAZO DERECHA CARA INTERNA.

3. ORIFICIO DE ENTRADA: EN TERCER ESPACIO INTERCOSTAL DERECHO ENTRE LÍNEA AXILAR ANTERIOR Y LÍNEA MEDIO CLAVICULAR.

4. ORIFICIO DE ENTRADA: A NIVEL DE SEXTA COSTILLA PARAVERTEBRAL IZQUIERDA.

5. ORIFICIO DE SALIDA: HERIDA DE MÁS O MENOS 7 x 8 CMS QUE COMPROMETE OCCIPITAL Y LOS DOS PARIETALES CON PÉRDIDA DEL TEJIDO ÓSEO Y DE TEJIDO CEREBRAL.

6. HERIDA DE 7 CMS EN ELE PRODUCIDA POR FRACTURA A NIVEL DE TEMPORAL Y PARIETAL DERECHO, POR ENCIMA DE LA OREJA.

...

“DIAGNÓSTICO MACROSCÓPICO:

1. Fractura base cráneo, temporal derecho y occipital, con pérdida de tejido cerebral y óseo.
2. Fractura de hemimaxilar superior e inferior derecho.
3. Herida corazón aurícula derecha
4. Herida transficiante hígado
5. Herida aorta abdominal
6. Herida transficiante lóbulo superior de pulmón derecho”.

Aunque el soldado hubiera disparado repetidamente el fusil contra los tres hombres que, según la versión oficial, huían del lugar, no se explica en qué circunstancias pudo resultar lesionado el occiso en diferentes partes del cuerpo. Para que ese hecho hubiera ocurrido así tendría el soldado que haber apuntado contra un blanco único e inmóvil.

-Según el acta de levantamiento del cadáver, practicada por el Inspector Departamental de Policía de El Totumo, al *occiso* “*se le encontró un arma de fuego en la mano derecha (pistola marca Star calibre 22...), 2 cartuchos calibre 22, 1 proveedor*” (fl. 120), lo cual carece de verosimilitud si se tienen en cuenta los disparos que recibió el occiso. Cómo pudo mantener el arma en la mano tras recibir un disparo de fusil en el antebrazo derecho?.

Las verificaciones anteriores le restan todo crédito a la versión oficial en relación con la forma como ocurrió la muerte del joven Fredy Alexander Cárdenas y, por

consiguiente, a la causal de exoneración aducida por la entidad demandada, relacionada con la culpa exclusiva de la víctima en la producción del daño.

Adujo la entidad demandada que las versiones de los miembros de la familia del señor Aníbal Pérez resultaban contradictorias porque algunos de ellos se refirieron a la presencia de un forastero que llegó la noche anterior pidiendo posada, en tanto que los demás negaron el hecho. No obstante, considera la Sala que ese hecho no le resta credibilidad a sus dichos, porque quienes manifestaron no haber visto al forastero, también aclararon que se habían acostado temprano, lo cual resulta atendible, si se tiene en cuenta que el hecho ocurrió en el área rural.

En consecuencia, en el expediente no aparece acreditado que el joven Fredy Alexander Cárdenas Vargas fuera uno de los hombres que atacaron la patrulla militar; por el contrario, la prueba testimonial recibida en el proceso penal y las incoherencias de la versión oficial que quedaron en evidencia con la prueba pericial y las observaciones que se hicieron en el acta de levantamiento del cadáver, permiten concluir que a éste se le dio muerte luego de haber sido retenido, vendado y separado de los demás miembros de aquella familia.

Ahora, es cierto que mediante resolución de 9 de diciembre de 1993, el Comando Batallón de Infantería 32 ordenó cesar todo procedimiento a favor del soldado Edilberto García Estrada, del delito de homicidio, por considerar que el procesado actuó *“en estricto cumplimiento de un deber legal, en ejercicio de un cargo público y por la necesidad de defender su vida y la de sus compañeros, contra la inminente e injusta agresión de que fueron objeto por parte de los bandidos, viendo en la necesidad de disparar su arma de dotación”* (fls. 61-67), decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior Militar, mediante sentencia de 8 de abril de 1994 (fls. 152-161).

No obstante, cabe señalar que en relación con los efectos de la sentencia penal en la acción de reparación, la Sala ha considerado:

“...la sentencia penal que se profiera en el proceso penal que se adelante contra el servidor estatal, sea ésta condenatoria o absolutoria, no tiene efectos de cosa juzgada en la acción de reparación que se adelante contra el Estado por esos mismos hechos, porque, conforme se ha sostenido en las providencias en las que se ha acogido dicho

criterio: (i) las partes, el objeto y la causa en ambos procesos son diferentes: a través del ejercicio de la acción penal, el Estado pretende la protección de la sociedad, con la represión del delito y para ello investiga quién es el autor del mismo y cuál su responsabilidad; a través del ejercicio de la acción de reparación, la víctima del daño antijurídico pretende la indemnización de los perjuicios que le ha causado el Estado con una acción que le sea imputable; (ii) los principios y normas que rigen ambos procesos son, en consecuencia, diferentes, lo cual incide, entre otros eventos en los efectos de las cargas probatorias, así: en el proceso penal la carga de la prueba de la responsabilidad del sindicado la tiene el Estado, quien deberá desvirtuar la presunción de inocencia que por mandato constitucional ampara a todas las personas; en tanto que en la acción de reparación directa, quien finalmente soporta los efectos adversos de la carencia de prueba de los elementos de la responsabilidad estatal es el demandante, y (iii) el fundamento de la responsabilidad del Estado no es la culpa personal del agente, sino el daño antijurídico imputable a la entidad; de tal manera que aunque se absuelva al servidor por considerar que no obró de manera dolosa o culposa, en los delitos que admiten dicha modalidad, el Estado puede ser condenado a indemnizar el daño causado, bajo cualquiera de los regímenes de responsabilidad y, en cambio, el agente puede ser condenado penalmente, pero el hecho que dio lugar a esa condena no haber tenido nexo con el servicio. Adicionalmente, se observa que la responsabilidad patrimonial del Estado no constituye el efecto civil de un ilícito penal, por eso, no son aplicables las normas relacionadas con los efectos de la sentencia penal absolutoria sobre la pretensión indemnizatoria que se formule en proceso separado del penal. Ello por cuanto la responsabilidad del Estado, conforme a lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, se genera en los eventos en los cuales se causa un daño antijurídico imputable a la entidad demandada, al margen de que ese daño hubiera sido causado con una conducta regular o irregular”¹.

En consecuencia, a pesar de que en la investigación penal que se adelantó en contra el autor material de la muerte de Fredy Alexander hubiera concluido con sentencia absolutoria, dictada por funcionario competente y aunque dicha investigación pueda calificarse de seria e imparcial, puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado por ese mismo hecho, porque dicha sentencia no surte efectos de cosa juzgada en este proceso. La valoración que aquí se hace de las pruebas que obran en esa investigación y las que aquí se practicaron permiten a la Sala llegar a conclusión diferente en relación con las circunstancias en las cuales ocurrió el hecho, para imputar responsabilidad al Estado.

4. La imputación del daño al Estado

¹ Sentencia de 13 de agosto de 2008, exp. 16.533

Habiéndose acreditado que el señor Fredy Alexander Cárdenas Vargas fue retenido por miembros del Ejército, durante un operativo militar, y que poco después de esa retención se le dio muerte, concluye la Sala que ese daño es imputable al Estado, a título de falla del servicio. Por lo tanto, la entidad deberá indemnizar a los parientes de la víctima el perjuicio que han sufrido como consecuencia de su muerte.

La Sala ha reiterado su criterio de que cuando una autoridad -en ejercicio de sus funciones- retiene a una persona debe velar por sus derechos fundamentales a la vida e integridad personal, habida cuenta de que el Estado está en el deber de devolver a la persona retenida al seno de la sociedad en condiciones similares a las que se encontraba cuando fue retenido, en virtud de su deber constitucional de protección y seguridad ligado con las garantías propias de todo Estado de Derecho².

Este deber está vinculado estrechamente con los *finés esenciales* del Estado (art. 2 C.P.) sobre la base de la *primacía de los derechos inalienables* de la persona (art. 5 Constitucional) y en el marco del respeto a la *dignidad humana*³ (art. 1 Superior⁴) como valor fundante de un modelo de Estado Democrático y principio orientador de toda interpretación jurídica⁵, merced a la situación particular de

² Sentencia de 26 de abril de 2006. exp. 50422-23-31-000-15604-01 (16.406)

³ La Sala ha señalado que "El artículo primero de la Constitución, al definir al Estado Colombiano como Social de Derecho, dispuso que nuestro régimen político está fundado en 'el respeto de la dignidad humana'; ello significa -y así lo ha entendido la jurisprudencia constitucional- que la dignidad del hombre irradia toda la Carta, al constituirse en 'el valor supremo en toda constitución democrática', puesto que se trata a la vez del fundamento del poder político y de un concepto límite al ejercicio del mismo (art. 5 C.P.), al tiempo que legitima todo el catálogo de derechos fundamentales, como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico y razón de ser del mismo. A este respecto PECES-BARBA resalta que 'la raíz de los derechos fundamentales está en la dignidad humana, que se puede explicar racionalmente como la expresión de las condiciones antropológicas y culturales del hombre que le diferencian de los demás seres', en otras palabras, ser digno significa 'que la persona humana por el hecho de tener ontológicamente una superioridad, un rango, una excelencia, tiene cosas suyas que, respecto de otros, son cosas que le son debidas'. El principio de la dignidad humana como base indispensable de toda estructura jurídica constitucional y principio orientador de toda interpretación jurídica está íntimamente vinculado con el derecho a la integridad personal.": Sentencia de 17 de junio de 2004, exp. 50422-23-31-000-940345-01 (15.208).

⁴ Cfr. Declaración Universal de los Derechos humanos, art. 1; La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), considerandos 1 y 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, preámbulo.

⁵ Vid. SERRANO PÉREZ, Miguel Angel, La dignidad de la persona humana, en VVAA, La Declaración Universal de los Derechos Humanos en Su 50 Aniversario, C. I. E. P., Editorial Bosch, Barcelona, 1998, p. 217.

sujeción a la que se somete al detenido⁶, la cual comporta la limitación de sus derechos y libertades.

En tales condiciones -ha dicho la Sala- surgen de esta situación especial de sujeción dos tipos de obligaciones para los agentes del Estado, dada la evidente restricción de su autonomía personal, i) una de corte positivo consistente en la guarda de la persona frente a eventuales agresiones o peligros que pueda sufrir durante la retención y ii) otra de naturaleza negativa consistente en abstenerse de desplegar conductas que puedan atentar contra su vida e integridad personal⁷.

Pero, en el caso concreto, los miembros del Ejército incumplieron el deber de proteger la vida del retenido, deber de cuidado y protección que trascendía la obligación genérica que corresponde a todas las autoridades de la República, en virtud de mandato constitucional (art.2 C.P.), para concretarse en un deber de garantía de su vida e integridad física por su condición de retenido.

La Sala ha sido enfática y reiterativa al destacar el valor de la dignidad humana; reprochar la decisión estatal de sacrificar la vida para mantener el orden o la legalidad y señalar que el uso de las armas sólo se justifica cuando constituye una reacción necesaria y proporcional ante un ataque injusto, inminente y grave, y nunca como una manera de castigar o exterminar a quien se juzga moralmente indeseable. Ha dicho la Sala:

“La fuerza pública, tanto más quienes asumen la defensa judicial de sus actos, deben eliminar el discurso maniqueísta que clasifica a los muertos en buenos y malos, para justificar la muerte de los segundos con el argumento de la defensa social o del bien que se hace a la comunidad con la desaparición física de determinadas personas. El derecho a la vida no puede ser reivindicado según el destinatario, pues

⁶ A esa situación se refirió la Sala en sentencia de 15 de febrero de 2008, exp. 16.996: “la relaciones de especial sujeción respecto de las personas privadas de la libertad, encuentran su ratio y fundamento, simple y llanamente en la Constitución y la ley. Y es esa la razón que justifica la existencia de las autoridades, tal como lo dispone el inciso segundo del artículo segundo de la Constitución Política...Debe anotarse que, tanto en las relaciones de especial sujeción respecto de reclusos, como en los deberes de seguridad y protección de las personas que dimanar de la Constitución y la ley, la Corte Constitucional y la Sección Tercera del Consejo de Estado, han determinado que el Estado se encuentra en posición de garante [...'la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida’]”.

⁷ Sentencias de 17 de junio de 1998, exp. 10650, 24 de junio de 1998, exp. 10.530, de 28 de noviembre de 2002, exp.: 70001-23-31-000-1993-4561-01(12812).

su respeto debe ser absoluto. Tal vez la única vulneración tolerable sea aquella que ocurre en ejercicio de las causales de justificación o de inculpabilidad que las normas penales consagran, a pesar de lo cual en algunas de esas ocasiones la no responsabilidad del agente no libera a su vez de responsabilidad al Estado. En numerosas oportunidades la Sala ha hecho una verdadera apología de la vida, exaltando las hermosas palabras del inmolado TOMÁS Y VALIENTE: 'No hay nada en la creación más importante ni más valioso que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre'. Y lo seguirá haciendo, cada vez que encuentre, como en el presente caso, que se sigue aplicando en el país la pena de muerte, proscrita por la Carta Fundamental desde hace más de un siglo. La vida de cualquier hombre es digna de respeto, aún se trate del peor de los delincuentes. Dijo en alguna ocasión Eca de Queiroz: 'El Niágara, el monte de cristal color de rosa de Nueva Zelandia, las selvas del Amazonas son menos merecedoras de nuestra admiración consciente que el hombre más sencillo'. Y Federico Hegel resaltó: 'El pensamiento más malvado de un criminal es más sublime y más grandioso que todas las maravillas del cielo'. La muerte injusta de un hombre no podrá considerarse más o menos admisible dependiendo de la personalidad, de la identidad, de la influencia o de la prestancia de ese hombre. La muerte injusta de una persona con antecedentes delictivos, continúa siendo injusta a pesar de los antecedentes que registre. Y lo será tan injusta, tan insoportable y tan repudiable como la del hombre bondadoso de irreprochable conducta. Más recriminable resulta, si ello es posible, que a la ejecución sumaria se le agregue la distorsión de la realidad con artimañas y montajes que pretenden justificar, en este caso afortunadamente en vano, el asesinato"⁸.

De manera más reciente, la Sala destacó la inviolabilidad del derecho a la vida y la prohibición de las ejecuciones extrajudiciales y extralegales de personas, a partir de la concepción filosófica que inspira al Estado; el reconocimiento de ese derecho en normas de derecho interno y en disposiciones del ámbito universal; destacó algunas decisiones en las cuales la Corporación dedujo la responsabilidad de la administración, en múltiples casos en que para reprimir desórdenes públicos se optó por utilizar medios desproporcionados que pusieron en peligro la vida. Finalmente, concluyó que:

“En definitiva, en un Estado de Derecho como el nuestro no son admisibles las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Y por ello, nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, salvo que se haga bajo una de las causales de justificación (vgr. legítima defensa o estado de necesidad). Evento en el cual la **amenaza individualizada, grave, actual e inminente** contra la vida del uniformado o de un tercero, debe revestir tal entidad que sólo mediante el uso extremo y subsidiario de la fuerza (*ultima ratio*) pueda protegerse ese mismo bien jurídico [la vida, en este caso de las víctimas o de los uniformados].

⁸ Sentencia de 10 de abril de 1997, exp. 10.138.

“Deberán entonces evaluarse las condiciones de la amenaza real -que no hipotética- para que, sólo si razones de **necesidad** y **proporcionalidad** lo imponen, pueda llegarse a esa situación extrema. Todo lo demás, desborda el limitado espacio que brindan las normas disciplinarias y penales a los agentes del orden.

“Así las cosas, cuando se infringe este deber de usar la fuerza guiado por los principios de **necesidad** y **proporcionalidad** y si la conducta es atribuible a un agente del Estado en ejercicio de sus funciones se compromete la responsabilidad patrimonial de este último frente a las eventuales víctimas, por uso excesivo de la fuerza por parte de los agentes del Estado”⁹.

En consecuencia, se confirmará la sentencia del a quo, en tanto declaró la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada por la muerte de Fredy Alexander Cárdenas Vargas, pero con las siguientes modificaciones, relacionadas con la indemnización de los perjuicios.

5. La indemnización del perjuicio

5.1. Perjuicios morales

El a quo condenó a la Nación - Ministerio de Defensa, a pagar, como indemnización por perjuicios morales, a favor de los señores Pedro Saúl Cárdenas Sepúlveda y Gabriela Odilia Vargas Chavarría el equivalente en pesos colombianos a 1.000 gramos oro para cada uno, y a favor de los señores Juan Fernando Cárdenas Vargas, Duglas Cárdenas Vargas y Jovanny Alberto Cárdenas Vargas, el equivalente en pesos colombianos a quinientos (500) gramos oro para cada uno.

La Sala confirmará la condena impuesta por el a quo, por considerar que el daño moral sufrido por los demandantes fue demostrado y que el valor de la condena es proporcional a la magnitud del mismo; sin embargo, para establecer el valor de la indemnización por este concepto, se tendrán en cuenta los criterios establecidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13.232 y 15.646, en la cual se fijó en salarios mínimos legales mensuales vigentes el valor del perjuicio moral, abandonando así el criterio de aplicación extensiva de las normas que sobre la materia se habían adoptado en el Código Penal, por considerarlo

⁹ Sentencia de 11 de febrero de 2009, exp. 17.138

improcedente y para dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 16 de la ley 446 de 1998 y 178 del Código Contencioso Administrativo, que ordenan la reparación integral y equitativa del daño y la tasación de las condenas en moneda legal colombiana, respectivamente.

Por lo tanto, se tasará la indemnización a favor de los señores Pedro Saúl Cárdenas Sepúlveda y Gabriela Odilia Vargas Chavarría en pesos a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno, y a favor de los señores Juan Fernando, Douglas y Jovanny Alberto Cárdenas Vargas en 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

6.2. Perjuicios materiales: daño emergente

El a quo reconoció al señor Saúl Cárdenas la indemnización por los perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, por la suma de \$250.000, por la compra de la bóveda, daño que fue acreditado con prueba documental, tal como lo señaló el a quo, por lo tanto, se mantendrá dicha condena, pero se actualizará a la fecha de la sentencia, conforme al siguiente cálculo:

$$Ra = Rh \times \frac{I. \text{ Final}}{I. \text{ Inicial}}$$

$$Ra = \$761.000 \times \frac{104,52(\text{IPC junio}/10)}{57,00 (\text{IPC dic.}/99)}$$

$$Ra = \$1.395.434$$

4.2. Perjuicios materiales: lucro cesante

Para liquidar este perjuicio, el a quo partió de las siguientes bases: (i) tomó como renta \$150.000, que según las certificaciones que obran en el expediente recibía la víctima al momento de su muerte; (ii) de ese valor extrajo el 50%; (iii) el resultado final la dividió en dos partes iguales: una parte para cada uno de los padres; (iv) la indemnización se liquidó por un lapso de 6 meses, que era el tiempo que faltaba para que la víctima cumpliera los 18 años, y (v) aplicó las fórmulas actuariales adoptados por la Corporación.

Advierte la Sala que se halla demostrado que el occiso obtenía un ingreso mensual por el ejercicio de su trabajo como vaquero y arriero, según la certificación expedida por los señores Arturo Ardila y Elías Galvis (fls. 14-15), y que contribuía al sostenimiento de sus padres, según el testimonios rendidos ante el a quo, por los señores Germán de Jesús Villa Areiza, Oscar Darío Orrego Mira y María Ofelia García Londoño (fls. 316-320), a quienes ya se hizo referencia.

Al aplicar a las fórmulas adoptadas por la jurisprudencia, los criterios señalados por el a quo, se advierte que en la sentencia se tuvieron en cuenta factores que resultan inferiores a los que se han reconocido para ese tipo de eventos, tales como tener como base de liquidación, por lo menos, el salario mínimo legal mensual vigente, y extender el tiempo de la indemnización hasta la fecha en la cual el occiso hubiera cumplido los 25 años de edad. No obstante, no podrán modificarse dichos factores, porque ello implicaría hacer más gravosa la situación de la entidad que, como antes se señaló fue apelante única.

Por lo tanto, se procederá simplemente a actualizar la condena, de conformidad con la variación de los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, porque no puede hacerse más gravosa la situación del apelante único, según la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde:

V_p: Valor presente de la renta:

V_h: capital histórico o suma que se actualiza: la suma reconocida a cada uno.

Índice final certificado por el DANE a la fecha de esta sentencia: 104.52

Índice inicial a la fecha de la sentencia dictada por el a quo: 57.00

Para cada uno de los padres:

$$V_p = \$693.233 \frac{104,52(\text{IPC junio}/10)}{57,00 (\text{IPC dic.}/99)}$$

$$V_p. = \$1.271.170$$

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

FALLA

MODIFÍCASE la sentencia recurrida, esto es, la proferida por Tribunal Administrativo de Antioquia, el 2 de diciembre de 1999, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLÁRASE patrimonialmente responsable a la **NACIÓN COLOMBIANA –MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL** por la muerte del señor Fredy Alexander Cárdenas Vargas, ocurrida el 13 de marzo de 1993, en el municipio de Necoclí, Antioquia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se condena a la **NACIÓN COLOMBIANA –MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL** a pagar por concepto de perjuicios morales la suma equivalente a CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de cada uno de los señores **PEDRO SAÚL CÁRDENAS SEPÚLVEDA y GABRIELA ODILIA VARGAS CHAVARRÍA**, y de CINCUENTA (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de cada uno de los señores **JUAN FERNANDO CÁRDENAS VARGAS, DUGLAS CÁRDENAS CARVAJAL y JOVANNY ALBERTO CÁRDENAS VARGAS.**

TERCERO: La **NACIÓN COLOMBIANA –MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL** pagará al señor **PEDRO SAÚL CÁRDENAS SEPÚLVEDA** por concepto de perjuicios materiales en su modalidad de daño emergente, un millón trescientos noventa y cinco mil cuatrocientos treinta y cuatro pesos (\$1.395.434), y por concepto de perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante, un millón doscientos setenta y un mil ciento setenta pesos (\$1.271.170), y a favor de la señora **GABRIELA ODILIA VARGAS CHAVARRÍA** por concepto de perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante, un millón doscientos setenta y un mil ciento setenta pesos (\$1.271.170).

CUARTO: Niéganse las pretensiones formuladas por la menor **ALBA LUCÍA CÁRDENAS CARVAJAL.**

QUINTO: La **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL** dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SEXTO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SÉPTIMO: Todas las comunicaciones que se ordena hacer en esta sentencia serán libradas por el a quo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidenta de la Sala

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO