



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., nueve (9) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 23001-23-31-000-2010-00257-01 (62.908)

Actor: GUILLERMO MAJORE DOMICÓ Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA – APELACIÓN DE SENTENCIA

Temas: FALLA DEL SERVICIO – entrega de cadáver a comunidad indígena distinta a la que pertenecía el fallecido – protocolos de identificación del cadáver – deber de custodia – entrega del fallecido a sus familiares y comunidad indígena / DAÑO ANTIJURÍDICO – no se acreditó la afectación extrapatrimonial por la que se demanda.

Corresponde a la Sala resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes en contra de la sentencia del 21 de junio de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba – Sala Primera de Decisión, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluso con los posibles errores):

***“Primero. Declarar** a la Fiscalía General de la Nación administrativamente responsable por los hechos relacionados con la entrega errónea del cadáver del joven indígena Embera Katio, Luis Ángel Majoré Domicó, a una comunidad y familiares diferentes, conforme a las consideraciones de la parte motiva.*

***“Segundo. Condenar** a la Fiscalía General de la Nación a pagar a los demandantes Aurelio Jumy Jarupia, Mari Luz Domicó Domicó, María Mirian Majoré Domicó, Gloria Aleida Majoré Domicó, Guillermo Majoré Domicó, Anacilda Domicó Domicó, Lucy Majoré Domicó, José Renairo Majoré Domicó, Robison Enrique Majoré Domicó y Robín David Majoré Domicó, diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de ejecutoria de esta providencia, para cada uno de ellos, por concepto de reparación pecuniaria del daño moral.*

***“Tercero. Ordenar** a la Fiscalía General de la Nación, como medida de reparación no pecuniaria, que realice, en la ciudad de Montería dentro del año siguiente a la ejecutoria de esta providencia, un acto de difusión y capacitación*



sobre el procedimiento de entrega digna de cadáveres dirigido a los fiscales de las unidades de vida y empleados del CTI y al que invitará a las autoridades y líderes de los pueblos indígenas Embera Katío y Zenú, principalmente a los del resguardo Quebrada Cañaveral del Río San Jorge, a quienes la Fiscalía General de la Nación les facilitará los medios necesarios para su asistencia.

“Cuarto. Negar las demás pretensiones de la demanda.

“Quinto. Sin condena en costas (...)” (negrilla del texto original).

I. SÍNTESIS DEL CASO

El señor Luis Ángel Majore Domicó, miembro de la comunidad indígena Embera Katío, falleció como consecuencia de un impacto de bala, por lo que el levantamiento del cadáver fue realizado por miembros del CTI de la Fiscalía General de la Nación, entidad que, a partir de un acta de reconocimiento del cadáver, decidió realizar su entrega a una persona ajena a su núcleo familiar y a su comunidad indígena, por lo que una vez reclamado el cuerpo por sus verdaderos familiares se tuvo que hacer la exhumación del cadáver y realizar una nueva entrega.

En esas circunstancias, los demandantes consideraron que la Fiscalía General de la Nación les causó un daño antijurídico por la entrega del cadáver a una persona diferente a los familiares y miembros de la comunidad indígena a la que pertenecía el señor Luis Ángel Majore Domicó.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda¹

El 4 de mayo de 2010, los señores² Guillermo Majore Domicó y Anacilda Domicó Domicó, en nombre propio y en representación de los menores Lucy Majore Domicó, José Renairo Majore Domicó, Robinson Enrique Majore Domicó y Robin David Majore Domicó; María Miriam Majore Domicó, Gloria Aleida Majore Domicó, Argemiro Domicó Domicó, quien actúa en representación de la menor Mary Luz Domicó y Aurelio Jumy Jarupia, quien actúa como representante del “*Cabildo Mayor Embera Katío del resguardo de la quebrada cañaveral río San Jorge*”³ a través de apoderado judicial⁴, en ejercicio de la acción de reparación directa, presentaron

¹ Folios 40 a 65 del cuaderno principal.

² Se advierte que los nombres de los menores se documentan tal como se encuentran en los registros civiles de nacimiento aportados, que obran de folios 13 a 18 del cuaderno principal.

³ Se advierte desde este momento que en relación con el “*Cabildo Mayor Embera Katío del resguardo de la quebrada cañaveral río San Jorge*” representado por el señor Aurelio Jumy Jarupia, el poder presentado en el proceso no cuenta con la idoneidad para acreditar a la comunidad indígena como demandante en este caso, cuestión que se analizará de manera detallada en acápite posterior.

⁴ De conformidad con los poderes que obran de folios 7 a 11 del cuaderno principal.



demanda en contra de la Nación – Fiscalía General de la Nación y contra el Instituto Nacional de Medicina Legal⁵, por la “*omisión de los demandados en la identificación y entrega del cadáver de Luis Ángel Majore Domicó*”, lo que ocasionó que el cadáver fuera entregado a una familia diferente a la cual pertenecía y, supuestamente, produjo una afectación a sus verdaderos familiares y a los miembros de la comunidad indígena Embera – Katío.

Como consecuencia de la anterior declaración, los demandantes solicitaron el reconocimiento y pago de las siguientes indemnizaciones:

Por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, en favor del “*Cabildo Mayor Embera Katío del resguardo de la quebrada cañaveral río San Jorge*” solicitó un millón de pesos (\$1'000.000) correspondiente al valor en que tuvo que incurrir la comunidad para lograr la correcta identificación y entrega del cadáver de Luis Ángel Majore Domicó.

Por concepto de perjuicios morales solicitó la suma equivalente a 100 SMLMV, para cada uno de los demandantes, con excepción del señor Aurelio Jumy Jarupia, quien actuó en representación del “*Cabildo Mayor Embera Katío del resguardo de la quebrada cañaveral río San Jorge*”.

1.1. Hechos

Los fundamentos fácticos de la demanda son, en síntesis, los siguientes:

El 14 de abril de 2008, el señor Luis Ángel Majore Domicó, quien pertenecía a la comunidad indígena de los Embera Katío, murió por disparos del Batallón de Infantería Aerotransportado N° 31 del Ejército Nacional.

El 19 de abril de 2008, la Fiscalía General de la Nación – Seccional Montería ordenó el traslado del cadáver al municipio de Tuchín y su entrega al señor Alfonso Peña Castillo, quien lo reconoció como Pedro Nel Peña Castillo y adujo que era su hermano.

⁵ Desde este momento se advierte que, a pesar de que la demanda se presentó en contra de la Nación – Fiscalía General de la Nación y el Instituto Nacional de Medicina Legal, el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante auto del 6 de octubre de 2010 admitió la demanda únicamente en contra de la Fiscalía General de la Nación y ordenó su notificación; sin que dicha decisión hubiera sido cuestionada por las partes.



El señor Aurelio Jumy Jarupia, en su calidad de gobernador del “*Cabildo Mayor Embera Katío del resguardo de la quebrada cañaveral río San Jorge*”, acudió a la Defensoría del Pueblo y denunció la entrega del cadáver a una comunidad indígena diferente a la que pertenecía el fallecido.

La Fiscalía General de la Nación, una vez advertido el error cometido, ordenó la exhumación del cadáver que había sido entregado y sepultado con el nombre de Pedro Nel Peña Castillo.

El 24 de abril de 2008, el cadáver del señor Luis Ángel Majore Domicó fue entregado a sus verdaderos familiares, quienes “*lo transportaron hasta el municipio de Puerto Libertador y allí fueron realizadas las honras fúnebres bajo los ritos propios de los Embera*”.

2. Trámite de primera instancia⁶

2.1. Admisión de la demanda y notificación

2.1.1. El Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante auto del 6 de octubre de 2010⁷, admitió la demanda, únicamente, en contra de la Fiscalía General de la Nación y ordenó notificar a la entidad demandada y al Ministerio Público.

2.1.2. La demanda se notificó en debida forma a la Nación – Fiscalía General de la Nación⁸ y al Ministerio Público⁹.

2.2. Contestación de la demanda

La Fiscalía General de la Nación no contestó la demanda.

2.3. Etapa probatoria y alegatos de conclusión

A través de providencia del 15 de junio de 2011¹⁰, el Tribunal de primera instancia decretó la mayoría de las pruebas y negó otras de las solicitadas por la parte demandante -*decisión que no fue cuestionada*-. Una vez vencido el período

⁶ Previo a la admisión de la demanda, el conocimiento del proceso le correspondió al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Montería, el que, por auto del 2 de agosto de 2010 declaró su falta de competencia para conocer del asunto y lo remitió al Tribunal Administrativo de Córdoba.

⁷ Folios 94 y 95 del cuaderno principal.

⁸ Folios 101 del cuaderno principal

⁹ Folio 95 del cuaderno principal, reverso.

¹⁰ Folios 105 a 108 del cuaderno principal.



probatorio, por auto del 17 de junio de 2016¹¹ corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo.

La parte demandante manifestó que el procedimiento de entrega del cadáver de Luis Ángel Majore Domicó estuvo rodeado de irregularidades¹². La Fiscalía General de la Nación y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 21 de junio de 2018¹³, el Tribunal Administrativo de Córdoba – Sala Primera de Decisión, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los términos indicados al inicio de esta providencia.

En primer lugar, manifestó que se encontraba acreditada la falla del servicio de la Fiscalía General de la Nación, por incumplir con sus deberes de custodia sobre el cadáver del señor Luis Ángel Majore Domicó, de conformidad con lo establecido en los artículos 214 y 216 de la Ley 906 de 2004, por haber entregado el cuerpo del fallecido a una persona distinta a sus familiares sin realizar las diligencias necesarias e idóneas para su identificación.

En esa misma línea, el Tribunal de primera instancia expresó, en relación con la demostración del daño antijurídico, lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con los posibles errores):

“En el caso que nos ocupa, salvo los gastos para la entrega y transporte del cadáver, las pretensiones de la demanda se encaminan principalmente al reconocimiento de los perjuicios morales para cada uno de los familiares y la comunidad a raíz del dolor, la aflicción, la congoja y las repercusiones (...) por la entrega tardía del cadáver del joven indígena Luis Ángel Majore Domicó.

“(…).

“En efecto, en eventos como en el que en esta oportunidad ocupa a la Sala, se puede declarar la existencia del daño moral por el ultraje a los sentimientos de duelo y luto, como ocurrió en el llamado caso Villaveces fallado por la Corte Suprema de Justicia el 21 de julio de 1922 (...).

“En ese sentido se debe considerar que conductas como las desplegadas por la Fiscalía General de la Nación al entregar erróneamente el cuerpo del joven Embera Katío Luis Ángel Majore Domicó, no solamente afectaron el derecho constitucional de sus familiares de disponer de su cadáver, sino también el

¹¹ Folio 621 del cuaderno principal.

¹² Folios 541 a 543 del cuaderno principal.

¹³ Folios 544 a 551 del del cuaderno de segunda instancia.



patrimonio cultural y simbólico de la comunidad a la que pertenecía y donde vivía según las costumbres ancestrales de su pueblo indígena (...).

“Por tal motivo, acreditada la existencia de un daño antijurídico atribuible a la Fiscalía General de la Nación a título de falla del servicio y la consecuencia jurídica es la de declarar su responsabilidad y condenarla a la reparación de los montos y modalidades que se fijaran a continuación”.

En cuanto a los perjuicios materiales, el Tribunal *a quo* consideró que no se encontraban demostrados.

Por otra parte, en relación con los perjuicios morales, la providencia indicó que debía tenerse en cuenta un enfoque diferencial por la afectación a la comunidad indígena y a sus ritos propios, por lo que, con criterios de equidad, decidió reconocer la suma equivalente a 10 SMLMV, en favor de cada uno de los demandantes, sin importar su grado de parentesco o consanguinidad con el señor Luis Ángel Majore Domicó –fallecido-, porque, según el Tribunal, por tratarse de una familia que vivía en una comunidad indígena, no era adecuado distinguir entre los demandantes de acuerdo al grado de consanguinidad con el fallecido.

Por último, el Tribunal *a quo* consideró que se evidenció la afectación a los bienes convencional y constitucionalmente protegidos del pueblo indígena Embera – Katío, por lo cual había lugar a disponer medidas de reparación no pecuniarias; con ese fundamento resolvió lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“Ordenar a la Fiscalía General de la Nación, como medida de reparación no pecuniaria, que realice, en la ciudad de Montería dentro del año siguiente a la ejecutoria de esta providencia, un acto de difusión y capacitación sobre el procedimiento de entrega digna de cadáveres dirigido a los fiscales de las unidades de vida y empleados del CTI y al que invitará a las autoridades y líderes de los pueblos indígenas Embera Katío y Zenú, principalmente a los del resguardo Quebrada Cañaveral del Río San Jorge, a quienes la Fiscalía General de la Nación les facilitará los medios necesarios para su asistencia”.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Parte demandada

La Fiscalía General de la Nación interpuso recurso de apelación¹⁴ en contra de la sentencia de primera instancia, por considerar que el daño alegado *-afectación padecida como consecuencia de la entrega errónea del cadáver-* no era imputable a sus actuaciones ni a la de sus agentes.

¹⁴ Folios 554 a 561 del cuaderno de segunda instancia.



Sobre el particular, manifestó que los argumentos de la sentencia de primera instancia no estaban relacionados con el problema jurídico, porque la decisión del Tribunal *a quo* se fundó en la supuesta vulneración de los artículos 214 y 216 de la Ley 906 de 2004, que tienen que ver con la inspección, aseguramiento y custodia del cadáver, lo cual, a su juicio, no es congruente con lo discutido en el caso que corresponde a la equivocación en la entrega de cuerpo del fallecido a sus familiares. La entidad demandada manifestó que los mecanismos para la identificación del cadáver se encuentran establecidos en el artículo 251 de la Ley 906 de 2004 y que para tal fin se permite la identificación indiciaria, según protocolo del Instituto de Medicina Legal. Con este fundamento se opuso a lo considerado en la sentencia de primera instancia, así (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

[P]ara los casos de entrega de cadáveres (...), los protocolos que se encuentran vigentes, corresponden a los elaborados por el Instituto Nacional de Medicina Legal, de tal suerte que la labor del Fiscal asignado, es una labor de carácter administrativa, pues quien realiza la necropsia y la macrodactila corresponde a dicho Instituto; por lo cual el hecho de que los agentes del Cuerpo Técnico de Investigación hayan tomado la declaración para reconocimiento indiciario, ello no quiere decir que de plano tenga responsabilidad mi representada, pues pese a que el Fiscal asignado dé la autorización por estar contemplada en los protocolos de Medicina Legal, debe entenderse que está se realiza en atención a los documentos enviados por el mismo Instituto¹⁵.

Por otra parte, cuestionó el monto de las indemnizaciones determinado por el Tribunal *a quo*. Respecto de los daños constitucional o convencionalmente protegidos expresó que la Fiscalía contaba con un protocolo para la entrega digna de cadáveres, pero estaba diseñado únicamente para las víctimas de desaparición forzada y de homicidio en el marco del conflicto armado.

En cuanto a la afectación moral por la imposibilidad de realizar los ritos de sepultura del cadáver del señor Luis Ángel Domicó, el apoderado de la parte demandada manifestó que, según la declaración del señor Luis Ángel Domicó Pernía, no se acreditó en el *sub lite*, porque, por tratarse de un homicidio, la comunidad indígena no realiza ningún acto de velación ni duelo de la persona fallecida.

Por último, manifestó que la tasación de perjuicios morales no podía corresponder al *arbitrio iuris* de los magistrados y que, por el contrario, la afectación debía ser demostrada por los demandantes.

2. Parte demandante

¹⁵ Folio 557 del cuaderno de segunda instancia.



La parte demandante presentó recurso de apelación¹⁶ en el cual manifestó su inconformidad en cuanto a la indemnización reconocida por el Tribunal *a quo*.

Al respecto, la parte actora consideró que el daño moral no fue indemnizado de manera integral, debido a que el monto de perjuicios reconocidos a cada uno de los demandantes debía ser proporcional al parentesco con la víctima directa, de acuerdo con las pautas fijadas por el Consejo de Estado en múltiples providencias. Por otra parte, el apoderado de los demandantes manifestó que la indemnización no pecuniaria por vulneración de bienes y derechos convencionalmente protegidos debía ser modificada por una “*indemnización económica*”.

2. Trámite de segunda instancia

2.1. El Tribunal Administrativo de Córdoba, después de agotar el trámite establecido en el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010¹⁷, concedió el recurso de apelación mediante auto del 17 de septiembre de 2018¹⁸; posteriormente fue admitido por esta Corporación el 4 de febrero de 2019¹⁹.

2.2. El 12 de marzo de 2019 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo²⁰. En su oportunidad la Fiscalía General de la Nación manifestó su desacuerdo con la sentencia de primera instancia y reiteró los argumentos de la apelación²¹. La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio²².

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia de la Sala

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, de conformidad con los artículos 129 y 132 numeral 6 del C.C.A.²³, por tratarse de un proceso de doble instancia en razón de la cuantía²⁴, dado que la pretensión mayor es superior

¹⁶ Folios 578 a 579 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁷ Folio 589 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁸ Folio 591 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁹ Folio 596 del cuaderno de segunda instancia.

²⁰ Folio 598 del cuaderno de segunda instancia.

²¹ Folios 599 a 602 del cuaderno de segunda instancia.

²² De conformidad con la constancia secretarial que obra a folio 618 del cuaderno de segunda instancia.

²³ Modificados por los artículos 37 y 40 de la Ley 446 de 1998.

²⁴ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 numeral 2 del Código de Procedimiento Civil, antes de la modificación efectuada por el artículo 3 de la Ley 1395 de 2010.



a 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presentación de la demanda (4 de mayo de 2010)²⁵²⁶

2. Cuestión previa: representación del Cabildo Mayor Embera Katío y la menor Ingrid Tatiana Majore Domicó

En el presente caso acudió al proceso el señor Aurelio Jumy Jarupia, quien actúa como representante del “*Cabildo Mayor Embera Katío del resguardo de la quebrada cañaveral río San Jorge*”, para lo cual aportó poder visible a folio 7 del cuaderno principal; sin embargo, la Sala considera necesario realizar las siguientes precisiones respecto de la representación de la comunidad indígena Embera Katío.

En primer lugar, se observa que el poder otorgado por el señor Aurelio Jumy Jarupia facultó al apoderado para presentar demanda en contra de la “*Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional*”, entidad que nunca fue demandada en el *sub lite*, dado que la parte pasiva del proceso es la Fiscalía General de la Nación. Asimismo, se advierte que el poder allegado al proceso fue otorgado con el fin de “*obtener la verdad, la justicia y la reparación por la muerte de los indígenas (...) Luis Ángel Majore Domicó y José Ramiro Sapia Majore*” y, por el contrario, lo debatido en este proceso guarda relación con la supuesta falla del servicio en que incurrió la Fiscalía General de la Nación por “*la omisión en la identificación y entrega del cadáver de Luis Ángel Majore Domicó*”.

Al respecto, la Sala destaca que esta situación se puso en conocimiento de las partes, a través de auto del 14 de diciembre de 2020²⁷, debido a la posible configuración de la causal de nulidad prevista en el artículo 140 numeral 7 del C.P.C.²⁸ y se dio la orden a la Secretaría de requerir al apoderado de los demandantes para que suministrara la dirección de notificación del “*Cabildo Mayor Embera Katío del resguardo de la quebrada cañaveral río San Jorge*”.

Cumplida la orden, el apoderado, a través de memorial del 5 de febrero de 2021, indicó la dirección electrónica del Cabildo²⁹, en la cual se comunicó el contenido de

²⁵ La pretensión correspondiente a perjuicios morales de la demanda corresponde a la suma equivalente a 1.000 SMLMV.

²⁶ De acuerdo con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, la competencia se fija al momento de presentación de la demanda.

²⁷ Índice 10 del historial de actuaciones del aplicativo SAMAI.

²⁸ Artículo 140: “*El proceso es nulo en todo o en parte, en los siguientes casos:*

“(…)”.

“*7. Cuando es indebida la representación de las partes. Tratándose de apoderados judiciales esta causal sólo se configurará por carencia total de poder para el respectivo proceso*”.

²⁹ Índice 14 del historial de actuaciones del aplicativo SAMAI.



la anterior providencia el 18 de febrero de 2021³⁰; no obstante, no se hizo ningún pronunciamiento.

Así las cosas, la situación puesta de presente, que consistió en la indebida representación del “*Cabildo Mayor Embera Katío del resguardo de la quebrada cañaveral río San Jorge*” se considera saneada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 del C.P.C.^{31 32}

La Sala considera que, como consecuencia del saneamiento de la nulidad puesta de presente, se ratificó el poder inicialmente otorgado por el “*Cabildo Mayor Embera Katío del resguardo de la quebrada cañaveral río San Jorge*” en los términos y facultades conferidas al apoderado³³, es decir, se le facultó para presentar una demanda en contra del Ejército Nacional y solicitar pretensiones en su favor por la muerte de los señores Luis Ángel Majore Domicó y José Ramiro Sapia Majore.

En ese orden de ideas, si bien se saneó la causal de nulidad por indebida representación del “*Cabildo Mayor Embera Katío del resguardo de la quebrada cañaveral río San Jorge*”, lo cierto es que, en los términos del poder presentado, su apoderado no se encuentra facultado para elevar pretensiones en contra de la Fiscalía General de la Nación y tampoco por la *causa petendi* debatida en el sub lite -*entrega errónea del cadáver del señor Luis Angel Majore Domicó*.

En ese orden de ideas, no era viable que el tribunal *a quo* analizara las pretensiones elevadas en favor de este demandante y, por esta razón, se impone revocar lo decidido a su favor en la sentencia de primera instancia, por no contar el apoderado con facultades para formular pretensiones en su nombre y mucho menos con fundamento en la *causa petendi* discutida en el caso *sub examine*.

Por otra parte, en relación con la menor Ingrid Tatiana Majore Domicó no se aportó poder en ningún momento para ser parte del proceso y tampoco reconoció en tal sentido en el *sub lite*, es decir, nunca estuvo legalmente vinculada a la actuación judicial. De ese modo, considera la Sala se debe abstener de analizar las

³⁰ Índice 17 del historial de actuaciones del aplicativo SAMAI.

³¹ Artículo 145: “*En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia (...), el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que observe. Si la nulidad fuere saneable ordenará ponerla en conocimiento de la parte afectada por auto que se le notificará como se indica en los numerales 1. y 2. del artículo 320. Si dentro de los tres días siguientes al de notificación dicha parte no alega la nulidad, ésta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario, el juez la declarará.*” (se destaca).

³² Criterio reiterado por la Sección Tercera, Subsección A, en sentencia del 10 de febrero de 2016, expediente 38.285.

³³ Folio 7 del cuaderno principal.



pretensiones relacionadas con su indemnización. Al respecto se aclara que no presentó demanda a nombre propio o por intermedio de su representante legal y, además, tampoco fue reconocida como demandante en ningún momento en el caso *sub examine*.

3. Oportunidad de la acción

El Código Contencioso Administrativo (norma aplicable al asunto en cuestión), en su artículo 136.8³⁴, consagraba un término de dos años, contados a partir del día siguiente al del acaecimiento del hecho que daba lugar al daño por el que se demanda la indemnización, para intentar la acción de reparación directa, período que, una vez vencido, impedía solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, por configurarse el fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción.

En el *sub lite*, el daño alegado por los demandantes consistió en la afectación patrimonial y extrapatrimonial sufrida por la errónea identificación y entrega del cadáver de Luis Ángel Majore Domicó, lo que ocasionó que fuera entregado a quienes no eran sus familiares y tampoco miembros de su comunidad indígena.

Sobre el particular, se precisa que la entrega errónea del cadáver del señor Luis Ángel Majore Domicó a personas diferentes a sus familiares se produjo el 19 de abril de 2008; sin embargo, para los demandantes dicha circunstancia solo fue conocida a partir del 24 del mismo mes y año, fecha en la que se realizó la entrega correcta del cadáver al señor Guillermo Majore Domicó³⁵, quien era padre de la víctima y miembro de la comunidad indígena Embera – Katío.

Así, el término de caducidad comenzó a correr a partir del día siguiente a la entrega del cadáver del señor Luis Ángel Majore Domicó a los miembros de su comunidad indígena, es decir, desde el 25 de abril de 2008, de modo que, en principio, el último plazo para ejercer el derecho de acción en término era el **25 de abril de 2010**; sin embargo, la parte demandante presentó solicitud de conciliación extrajudicial el **9 de abril de 2010**, cuando faltaban 17 días para que venciera el término de caducidad, momento en el cual se suspendió este término hasta el **4 de mayo de**

³⁴“Artículo 136. Caducidad de las acciones.

(...) 8. La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa. (...)”.

³⁵ Según el acta de entrega del cadáver del señor Luis Ángel Majore Domicó que obra a folios 163 y 164 del cuaderno principal.



2010, fecha en la que se expidió la constancia sobre el fracaso del trámite conciliatorio³⁶ y como ese mismo día se presentó la demanda, su presentación resultó oportuna.

4. Legitimación en la causa

Los señores Guillermo Majore Domicó y Anacilda Domicó Domicó acreditaron su parentesco como padres del fallecido Luis Ángel Majore Domicó, de acuerdo con el registro civil de nacimiento de la víctima que obra a folio 13 del cuaderno principal.

En relación con los menores Lucy Majore Domicó, José Renairo Majore Domicó, Robinson Majore Domicó y Robín David Majore Domicó, a través de los registros civiles que obran de folios 14 a 17 del cuaderno principal acreditaron su condición de hermanos del fallecido Luis Ángel Majore Domicó.

Por otra parte, las señoras María Miriam Majore Domicó y Gloria Aleida Majore Domicó alegaron acudir al proceso en su condición de hermanas del señor Luis Ángel Majore Domicó; sin embargo, no aportaron ningún documento que acreditara tal relación. Al respecto se precisa que, en la declaración de la señora María Rosalba Castrillón Zapata se adujo que las demandantes eran hermanas de la víctima, de la siguiente manera (se transcribe de forma literal, incluso con los posibles errores):

“Pregunta: ¿Conoce usted y en razón de que a las siguientes personas Guillermo Majore Domicó, Anacilda Domicó Domicó, Lucy Majore Domicó, Jose Renairo Majore Domicó, Robison Enrique Majore Domicó, Robín David Majore Domicó, Argemiro Domicó Domicó y Mary Luz Domicó y el gobernador Aurelio Jumy Jarupia? **Respuesta:** Los conozco a todos, a Guillermo Majore Domicó, en razón a que yo trabajé como asesora del resguardo quebrada Cañaveral del Alto de San Jorge (...), a Anacilda Domicó Domicó es la esposa de Guillermo; a Lucy es hija de Guillermo y Anacilda, Jose Renairo es hijo de Guillermo y Anacilda, es hijo también de Guillermo, Robín David también es hijo de ellos, **María Myriam es hija de ellos**, casada con un hermano del gobernador indígena, **Gloria Aleida también es hija de ellos**, es maestra. Argemiro era el suegro del hijo muerto de Anacilda y Guillermo, era el papá de Mary Luz, que es hija de Argemiro y nuera de Guillermo y Anacilda, esposa del muchacho muerto y al gobernador también lo conozco³⁷ (se destaca).

En cuanto a la manifestación realizada por la señora Rosalba Castrillón Zapata, si bien expresó que las señoras María Miriam y Gloria Aleida Majore Domicó son hijas de Guillermo Majore Domicó y Anacilda Domicó Domicó, quienes a su vez son padres del fallecido Luis Ángel Majore Domicó, lo cierto es que dicha manifestación

³⁶ Folios 1 y 2 del cuaderno principal.

³⁷ Folios 364 a 368 del cuaderno principal.



no se encuentra acompañada por otro medio de prueba que permita constatar la calidad de hermanas de la víctima con la cual adujeron asistir al proceso.

En esa misma línea, tampoco se evidencia en el testimonio de la señora Rosalba Castrillón Zapata que se refiera a una afectación concreta padecida por las señoras María Miriam y Gloria Aleida Majore Domicó, como consecuencia de la entrega errónea del cadáver del señor Luis Ángel Majore Domicó; del mismo modo, se advierte que en el testimonio del señor Luis Ángel Domicó Pernía no fueron mencionadas.

Por las anteriores razones, las señoras María Miriam Majore Domicó y Gloria Aleida Majore Domicó no acreditaron la calidad con la que acudieron al proceso y tampoco su condición de terceras damnificadas, lo cual debe ser tenido en cuenta por la Sala porque, si no se acreditó la condición que se adujo para exigir la reparación del supuesto daño, no es posible ordenar ningún tipo de indemnización en su favor.

En ese sentido, se observa que el Tribunal de primera instancia no realizó ningún análisis en relación con la calidad con la que las demandantes acudieron al proceso y se enfocó en considerar que, por ser miembros de la comunidad indígena Embera – Katío, tenían el derecho de acceder a una indemnización pecuniaria por la afectación moral padecida.

En cuanto a la menor Mary Luz Domicó³⁸, se tiene que acudió al proceso en calidad de “esposa” de la víctima; sin embargo, las pruebas aportadas para acreditar tal condición consistieron en los testimonios de la señora María Rosalba Castrillón Zapata³⁹ y del señor Luis Ángel Domicó Pernía.

En primer lugar, la señora María Rosalba Castrillón Zapata declaró lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con los posibles errores):

“Pregunta: ¿Conoce usted y en razón de que a las siguientes personas Guillermo Majore Domicó, Anacilda Domicó Domicó, Lucy Majore Domicó, Jose Renairo Majore Domicó, Robison Enrique Majore Domicó, Robín David Majore Domicó, Argemiro Domicó Domicó y Mary Luz Domicó y el gobernador Aurelio Jumy Jarupia? **Respuesta:** Los conozco a todos, a Guillermo Majore Domicó, en razón a que yo trabajé como asesora del resguardo quebrada Cañaveral del Alto de San Jorge (...), a Anacilda Domicó Domicó es la esposa de Guillermo; a Lucy es hija de Guillermo y Anacilda, Jose Renairo es hijo de Guillermo y Anacilda, es hijo también de Guillermo, Robín David también es hijo de ellos,

³⁸ Según el registro civil de nacimiento que obra a folio 18 del cuaderno principal, se advierte que la menor Mary Luz Domicó tenía 15 años en la fecha en que falleció el señor Luis Ángel Majore Domicó.

³⁹ Folios 364 a 368 del cuaderno principal.



María Myriam es hija de ellos, casada con un hermano del gobernador indígena, Gloria Aleida también es hija de ellos, es maestra. Argemiro era el suegro del hijo muerto de Anacilda y Guillermo, era el papá de Mary Luz, que es hija de Argemiro y nuera de Guillermo y Anacilda, esposa del muchacho muerto y al gobernador también lo conozco (...). **Pregunta.** ¿Para el día 14 de abril de 2008 trabajaba usted como antropóloga en el Cabildo Mayor Embera Katío del Resguardo Quebrada Cañaveral del Río San Jorge? **Respuesta.** Sí, trabajaba como antropóloga, mis funciones eran asesorar, acompañar a las autoridades del Resguardo también era fortalecer, recuperar las tradiciones del pueblo Embera (...). **Pregunta:** ¿Para el día 14 de abril de 2008, con quien convivía el señor Luis Ángel Majore Domicó? **Respuesta:** **Con Mary Luz Domicó, la hija de Argemiro y Virgelina de la comunidad de Narindó (...).** **Pregunta.** Díganos si usted conoce a la señora Mary Luz Domicó Domicó, madre de Ingrid Tatiana Majore Domicó. **Respuesta:** **Sí, era una niña de 14 años tenía una bebe, era la mujer de Luis Ángel Majore Domicó (...)**⁴⁰ (se destaca).

Por otra parte, Luis Ángel Domicó Pernía expresó lo siguiente (se transcribe de forma literal incluso con los posibles errores):

“Pregunta: ¿Conoce usted y en razón de que a las siguientes personas Guillermo Majore Domicó, Anacilda Domicó Domicó, Lucy Majore Domicó, Jose Renairo Majore Domicó, Robison Enrique Majore Domicó, Robin David Majore Domicó, Argemiro Domicó Domicó y Mary Luz Domicó y el gobernador Aurelio Jumy Jarupia **Respuesta:** los conozco porque son de la etnia Embera – Katío y porque en esos tiempos yo me encontraba como consejero tradicional en el mandato del gobernador Aurelio Jumy Jarupia y en la actividad que realizaba se hacían reuniones de fortalecimiento del gobierno propio y organizativo (...). **Pregunta:** ¿Para el día 14 de abril de 2008 con quien convivía el señor Luis Ángel Majore Domicó? **Respuesta:** **Él para esa época tenía una compañera de nombre Mary Luz Domicó Domicó, hija de los señores Argemiro Domicó y Virgelina Domicó, ella se encontraba embarazada. Pregunta** Díganos si usted conoce a la señora Mary Luz Domicó Domicó, madre de Ingrid Tatiana Majore Domicó. **Respuesta:** **Si la conozco desde que era una niña, ella era la compañera de Luis Ángel Majore Domicó (...)**⁴¹ (se destaca).

De conformidad con lo anterior, se tiene que los testimonios practicados en el proceso dan cuenta de la relación de la menor Mary Luz Domicó Domicó con el señor Luis Ángel Majore Domicó; la Sala no cuenta con ningún documento que acredite la condición de “esposa” del fallecido, sin embargo, los testimonios practicados dan cuenta de la relación existente entre la demandante y el señor Luis Ángel Majore Domicó; además, certifican que conviven y estaban esperando una hija, situación que no puede ser desconocida por la Sala.

En esa misma línea, si bien no se puede concluir que fueran esposos, por no haberse acreditado tal condición, sí se acreditó la configuración de una unión marital

⁴⁰ Folios 364 a 368 del cuaderno principal.

⁴¹ Folios 525 a 527 del cuaderno principal.



o la condición de compañeros permanentes⁴², pues se logró demostrar que la señora Mary Luz Domicó Domicó convivía con el fallecido Luis Ángel Majore Domicó en la época en que ocurrió su muerte.

Como consecuencia, se encuentra probada la legitimación en la causa por activa de los demandantes relacionados en este acápite, con excepción de las señoras María Miriam Majore Domicó y Gloria Aleida Majore Domicó.

Al respecto, la Sala recuerda que al momento de dictar sentencia le corresponde al juez analizar los presupuestos procesales de la acción, entre ellos, la legitimación en la causa de las partes, aspecto que no puede ni debe entenderse saneado o clausurado por virtud de las omisiones que se hubiesen presentado en el transcurso del proceso, como lo consagra el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

*“En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y **sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.***

“(…).

“El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus” (se destaca).

De igual modo, en sentencia de unificación del 6 de abril de 2018⁴³, la Sala Plena de esta Sección se pronunció en relación con la posibilidad que tiene el juez de lo contencioso administrativo de decretar excepciones de oficio (se transcribe de forma literal):

“Este entendimiento del principio de congruencia y de los límites competenciales del ad quem frente el recurso de apelación es el que la Sala acoge y reitera, de manera que si se apela un aspecto global de la sentencia,

⁴² De conformidad con el artículo 2 de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 1 de la Ley 979 de 2005, a cuyo tenor: “Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;

b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

Los compañeros permanentes que se encuentren en alguno de los casos anteriores podrán declarar la existencia de la sociedad patrimonial acudiendo a los siguientes medios:

1. Por mutuo consentimiento declarado mediante escritura pública ante Notario donde dé fe de la existencia de dicha sociedad y acrediten la unión marital de hecho y los demás presupuestos que se prevén en los literales a) y b) del presente artículo.

2. Por manifestación expresa mediante acta suscrita en un centro de conciliación legalmente reconocido demostrando la existencia de los requisitos previstos en los literales a) y b) de este artículo.

⁴³ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 6 de abril de 2018, expediente número 46.005. M.P. Danilo Rojas Betancourth.



el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada” (se destaca).

De otra parte, el error en la entrega del cadáver del señor Luis Ángel Majore Domicó por las omisiones en la labor de identificación invocadas a título de *causa petendi* en el escrito inicial permiten concluir que la Nación – Fiscalía General de la Nación se encuentra legitimada de hecho en la causa por pasiva, pues es a esta entidad a la que se le imputa el daño objeto de la controversia.

En relación con su legitimación material, 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 definir si existió o no una participación efectiva de las entidades demandadas en la producción del daño alegado por la parte actora

5. El objeto del recurso de apelación

En el caso bajo estudio, la Fiscalía General de la Nación apeló la sentencia con el fin de que sea revocada, por las siguientes razones: i) el artículo 251 de la Ley 906 de 2004 permite la identificación indiciaria del cadáver y, además, se ajustó a lo consagrado en el protocolo establecido por el Instituto Nacional de Medicina Legal; ii) las imputaciones realizadas con fundamento en la supuesta vulneración del artículo 214 y 216 del C.P.P. son ajenas a lo discutido en el *sub lite* y iii) la afectación moral sufrida por los miembros de la comunidad indígena Embera – Katío debe ser demostrada en el proceso.

Los demandantes manifestaron su desacuerdo por lo siguiente: i) el monto reconocido por concepto de perjuicios morales debía ser cuantificado de manera proporcional al grado de parentesco con el fallecido y ii) la indemnización no pecuniaria por vulneración de bienes y derechos convencionalmente protegidos debía ser modificada por una “*indemnización económica*”.

Así las cosas, le corresponde a la Sala analizar los argumentos esbozados por las partes y determinar si la supuesta afectación patrimonial y extrapatrimonial derivada de la entrega errónea del cadáver del señor Luis Ángel Majore Domicó, es imputable a la Fiscalía General de la Nación y, en caso afirmativo, analizar el monto de las indemnizaciones reconocidas.



6. El caso concreto

6.1. Hechos probados

El 14 de abril de 2008, el señor Luis Ángel Majore Domicó, quien pertenecía a la comunidad indígena de los Embera Katío, murió por un impacto de proyectil de arma de fuego⁴⁴.

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses⁴⁵ realizó el informe de necropsia N° 2008010123001000127 del 16 de abril de 2008, en el cual se expresó como opinión pericial que *“el deceso de quien en vida respondía al nombre de Luis Ángel Majore Domicó, fue consecuencia directa de shock traumático secundario a heridas múltiples por proyectil de arma de fuego”*⁴⁶.

El 19 de abril de 2008, el señor Alfonso Peña Castillo acudió a la Fiscalía General de la Nación – Grupo de Identificación de Cadáveres N.N. y Búsqueda de Desaparecidos (GIBDES), con el fin de identificar un cadáver, oportunidad en la que manifestó que se trataba de su hermano, conocido como Pedro Nel Peña Castillo⁴⁷.

El 19 de abril de 2008, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a través de un formato de entrega de cadáveres, afirmó que realizaba la entrega del cadáver reconocido como *“Pedro Nel Peña Castillo”* a sus familiares, por orden de la Fiscalía General de la Nación – Seccional Montería⁴⁸.

La Fiscalía General de la Nación, mediante oficio del 23 de abril de 2008, puso a disposición del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses el cadáver del señor Luis Ángel Majore Domicó y al respecto manifestó: *“recuperado mediante exhumación ordenada por el Fiscal 10 Seccional; el mismo había sido entregado con el nombre de Pedro Nel Peña”*⁴⁹.

⁴⁴ Según el registro civil de defunción NC-127-2008 que obran a folio 242 del cuaderno principal.

⁴⁵ Entidad de derecho público con personería jurídica propia, autonomía administrativa y financiera, adscrita a la Fiscalía General de la Nación, según lo consagrado en el artículo 31 de la Ley 270 de 1996, a cuyo tenor: *“Instituto Nacional de Medicina Legal. Adscrito a la Fiscalía General de la Nación funciona el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, como una entidad de derecho público, dotada de personería jurídica, con autonomía administrativa y patrimonial y organizado con el carácter de establecimiento público de orden nacional (...)”*.

⁴⁶ Folios 150 a 155 del cuaderno principal.

⁴⁷ Folio 156 del cuaderno principal.

⁴⁸ Folio 158 del cuaderno principal.

⁴⁹ Folio 159 del cuaderno principal.



El 24 de abril de 2008, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a través de un formato de entrega de cadáveres, realizó la entrega del cuerpo del señor Luis Ángel Majore Domicó al señor Guillermo Majore Domicó⁵⁰.

El Cabildo Mayor Embera – Katío del resguardo Quebrada Cañaveral hizo constar que el joven Luis Ángel Majore Domicó, identificado con cédula de ciudadanía 1.063'280.428, era miembro de esa comunidad indígena y se desempeñaba como secretario del cabildo local de Dochamá⁵¹.

6.2. El daño antijurídico

El primer elemento que se debe observar en el análisis de la responsabilidad estatal es la existencia del daño, el cual, además, debe ser antijurídico, dado que constituye un elemento necesario de la responsabilidad, toda vez que, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala, *“sin daño no hay responsabilidad”* y solo ante su acreditación hay lugar a explorar la posibilidad de su imputación al Estado.

En este sentido, la Sala ha discurrido así:

“[P]orque a términos del art. 90 de la Constitución Política vigente, es más adecuado que el juez aborde, en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para, en un momento posterior explorar la imputación del mismo al Estado o a una persona de derecho público.

“La objetivización del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, el juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión”⁵².

En época más reciente, sobre el mismo aspecto se señaló:

“Como lo ha señalado la Sala en ocasiones anteriores, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa, es la existencia del daño, puesto que si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos.

“En efecto, en sentencias proferidas (...) se ha señalado tal circunstancia precisándose (...) que ‘es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado...’ y, por tanto, releva al juzgador

⁵⁰ Folios 163 y 164 del cuaderno principal.

⁵¹ Folio 312 del cuaderno principal.

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de agosto de 2008, exp. 17.412 MP. Enrique Gil Botero y del 6 de junio de 2012, exp. 24.633, M.P. Hernán Andrade Rincón, entre otras.



*de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se han elaborado*⁵³.

El daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere estar cabalmente estructurado; por tal motivo, esta Sección del Consejo de Estado⁵⁴ ha establecido que resulta imprescindible acreditar los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama:

i) Que el daño es antijurídico, en tanto la persona no tiene el deber jurídico de soportarlo, *“Con ello, entonces, se excluyen las decisiones que se mueven en la esfera de lo cuestionable o las sentencias que contienen interpretaciones válidas de los hechos o derechos”*⁵⁵.

ii) Que se lesiona un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal.

iii) Que el daño es cierto, es decir, que se puede apreciar material y jurídicamente y, por ende, no se limita a una mera conjetura.

Adicionalmente, esta Subsección ha considerado que el daño debe ser cierto, real, determinado o determinable e indemnizable, *so pena* de configurarse como eventual e hipotético⁵⁶.

En el escrito de demanda, la parte actora solicitó que se condenara a la Fiscalía General de la Nación por la supuesta afectación patrimonial y extrapatrimonial derivada de la entrega errónea del cadáver del señor Luis Ángel Majore Domicó; sin embargo, en el recurso de apelación únicamente se cuestionó la decisión de primera instancia en cuanto a la afectación extrapatrimonial, específicamente, en relación

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de julio de 2015, exp. 28.389, M.P. Hernán Andrade Rincón. La Subsección, de forma pacífica, ha reiterado el criterio antes expuesto. Al respecto se pueden consultar las siguientes decisiones: i) radicado No 38.824 del 10 de noviembre de 2017; ii) radicado No 50.451 del 10 de noviembre de 2017; iii) radicado No 42.121 del 23 de octubre de 2017; iv) radicado No 44.260 del 14 de septiembre de 2017; v) radicado No 43.447 del 19 de julio de 2017; vi) radicado No 39.321 del 26 de abril de 2017, entre otras.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de agosto de 2008, exp. 16.516 MP. Enrique Gil Botero y sentencia del 6 de junio de 2012 dictada por esta Subsección en el expediente No. 24.633, M.P. Hernán Andrade Rincón, reiterada en sentencia del 24 de octubre de 2017, expediente No 32.985B, entre otras.

⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2006, expediente: 14837 y 23 de abril de 2008, expediente: 16271. Reiterada por la Subsección A, en sentencia del 1 de marzo de 2018, expediente 52.097, y por la Subsección C, en sentencia del 7 de mayo de 2018, expediente 40.610. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de enero de 2012, expediente (20.614), Consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez. Criterio reiterado por esta subsección, entre otras decisiones, en sentencia del 14 de septiembre de 2017, expediente (44260). Sentencia del 28 de septiembre de 2017, expediente (53447). Sentencia del 19 de abril de 2018, expediente (56171).



con: i) el daño moral causado como consecuencia de la entrega errónea del cadáver y ii) la tasación de una indemnización económica por la vulneración de bienes y derechos convencionalmente protegidos.

Asimismo, en relación con la solicitud del recurso de apelación de la parte actora, que consistió en tasar económicamente la indemnización por vulneración de bienes y derechos convencionalmente protegidos, se advierte que por tratarse de un reconocimiento realizado en primera instancia al “*Cabildo Mayor Embera Katío del resguardo de la quebrada cañaveral río San Jorge*”, como se aclaró en precedencia, no hay lugar a analizar las pretensiones elevadas en su favor en el *sub lite* y la Sala ya advirtió la decisión de revocar los reconocimientos realizados por este aspecto en la sentencia de primera instancia.

Como consecuencia, la Sala destaca que, en relación con la parte demandante, el análisis se debe limitar a lo decidido por el Tribunal *a quo* en relación con el daño moral padecido y el monto de perjuicios reconocido por este concepto, de acuerdo con lo manifestado en el recurso de apelación.

6.2.1. En relación con el supuesto daño moral padecido

La Subsección destaca que los señores Guillermo Majore Domicó, Anacilda Domicó Domicó, Lucy Majore Domicó, José Renairo Majore Domicó, Robinson Enrique Majore Domicó, Robín David Majore Domicó y Mary Luz Domicó manifestaron haber padecido una afectación moral causada por la errónea entrega del cadáver del señor Luis Ángel Majore Domicó que hicieron consistir en el sufrimiento y congoja padecida, como consecuencia, de la imposibilidad de realizar los rituales de velación y duelo del fallecido.

Así las cosas, con el fin de acreditar la supuesta congoja padecida por los demandantes se decretaron los testimonios de los señores Luis Ángel Domicó Pernía -*Consejero Tradicional Indígena del Cabildo Mayor Embera Katío* - y María Rosalba Castrillón Zapata -*antropóloga asesora del Cabildo Mayor Embera Katío*-.

En primer lugar, la señora María Rosalba Castrillón Zapata declaró lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con los posibles errores):

“Pregunta: ¿Usted tuvo conocimiento de la muerte del señor Luis Ángel Majore Domicó? En caso afirmativo informará las circunstancias en que perdió la vida esta persona. **Respuesta:** si tuve conocimiento. **El muchacho Luis Ángel y su primo José Ramiro fueron asesinados ese 14**, un día que ellos llevaban una ruta de Mongará hasta Dochamá (...). **Pregunta:** Explique si la comunidad



indígena Embera – Katío resguardo quebrada Cañaveral Alto San Jorge sufrió un daño comunitario en razón de que se les privó de realizar los actos ancestrales y culturales del duelo. **Respuesta: Sí, mucho daño, porque la familia se sintió truncada por no poder hacer ese duelo porque se sintieron amenazados porque se pudo haber traído espíritus de otra comunidad indígena**, porque ese muerto llegó con otros rituales, con brujería nueva que va a enfermar a la comunidad, rabia y descontento entre los jaibaná, la familia la echan a un lado porque en ella hay otros espíritus. Lo enterraron en un lugar aparte del cementerio Embera donde esos espíritus no afectan los muertos Embera”⁵⁷ (se destaca).

Por otra parte, Luis Ángel Domicó Pernía expresó lo siguiente (se transcribe de forma literal incluso con los posibles errores):

“Pregunta: ¿Usted tuvo conocimiento de la muerte del señor Luis Ángel Majore Domicó? En caso afirmativo informará las circunstancias en que perdió la vida esta persona. **Respuesta:** si tuve conocimiento. **Él fue asesinado violentamente ejército nacional entre la mina Alacrán y el corregimiento de San Juan (...).** **Pregunta:** Díganos como es el proceso de elaboración del duelo en el pueblo indígena Embera – Katío, especificando si sus costumbres ancestrales y tradicionales fueron afectadas por el error en la entrega del cadáver. **Respuesta:** **Cuando es por muerte natural, se hace velorio por tres o cuatro días, sus familiares y amigos lloran, los amigos acompañan a la familia hasta el entierro y por los días que dure el velorio, pero en este caso que fue un asesinato, nada de eso se puede hacer por temor a que se presente otro ataque**, es decir, la organización se vio debilitada para la práctica de sus creencias, usos y costumbres ancestrales. **Pregunta:** Explique si la comunidad indígena Embera – Katío resguardo quebrada Cañaveral Alto San Jorge sufrió un daño comunitario en razón de que se les privó de realizar los actos ancestrales y culturales del duelo. **Respuesta:** Si, no se pudo realizar todo lo que se acostumbra para estos casos en la comunidad, esto afectó totalmente al pueblo Embera – Katío, ya que se limitó la cacería, la confianza, la circulación para visitas entre comunidades por tierra”⁵⁸ (se destaca).

De lo anterior, se destaca que en el testimonio de la señora María Rosalba Castrillón Zapata hizo referencia a un supuesto padecimiento moral por la frustración causada como consecuencia de la entrega errónea del cadáver, porque en la concepción de los Embera – Katío el cuerpo del señor Luis Ángel Majore Domicó podía haber adquirido espíritus de la otra comunidad a la cual fue entregado en primer lugar y dicha circunstancia impidió que se realizaran los rituales propios del duelo de la comunidad.

⁵⁷ Folios 364 a 368 del cuaderno principal.

⁵⁸ Folios 525 a 527 del cuaderno principal.



Asimismo, el señor Luis Ángel Domicó Pernía también afirmó que a los demandantes se les causó un daño por la imposibilidad de realizar los ritos y velorio de la persona fallecida.

En concordancia con lo anterior, la Sala destaca que la afectación moral que los demandantes hicieron consistir en el sufrimiento y la congoja, debido de la imposibilidad de realizar los rituales de velación y duelo del señor Luis Ángel Majore Domicó se encuentra probada, de acuerdo con los testimonios aportados al proceso.

A pesar de lo anterior, la Sala advierte que en el caso *sub examine* si bien se encuentra reconocido, como un hecho probado, que existió una confusión en la entrega del cadáver de quien en vida se llamaba Luis Ángel Majore Domicó, lo cierto, es que no existen elementos que prueben de manera idónea que el error evidenciado guarde relación o pueda ser considerado la causa de la imposibilidad de velar al cadáver y que generó el sufrimiento y congoja por la cual reclaman los demandantes, como se procede a explicar.

Al respecto, la señora María Rosalba Castrillón manifestó que el sufrimiento padecido por los demandantes responde a una concepción general de la cosmovisión del pueblo Embera Katío relacionada con la posible presencia de espíritus extraños en el cadáver de la persona fallecida, lo que, a su juicio, impidió que se hubieran realizado los rituales de velación del cadáver; sin embargo no concretó el análisis en el caso de los familiares de la víctima directa y tampoco se probó que, en efecto, dicha situación hubiera ocurrido en el caso del joven Luis Ángel Majore Domicó.

Por otra parte, el señor Luis Ángel Domicó Pernía manifestó que la imposibilidad de realizar los rituales de velación del cadáver ocurrió como consecuencia de que su muerte fue violenta y con arma de fuego, por lo que existía un temor en la comunidad de recibir otro ataque similar y, por esta razón, no se realizó la velación ni duelo del fallecido.

Como consecuencia de lo señalado, la Sala concluye que existe una contradicción entre lo mencionado por los testigos; especialmente, en lo relacionado con la causa del daño moral alegado, dado que la primera testigo la imputa a la entrega errónea del cadáver y el segundo aduce que se produjo debido al miedo generado en la



comunidad por temor a recibir otro ataque violento al realizar la velación del cadáver de Luis Ángel Majore Domicó.

Aunado a lo anterior, se constata que en el *sub lite* no se allegaron otros medios probatorios para acreditar el nexo de causalidad entre los hechos endilgados a la Fiscalía General de la Nación y el sufrimiento derivado de la imposibilidad de realizar los rituales y actos propios de velación del cadáver.

De conformidad con lo anterior, no se encuentra probado que el sufrimiento y la congoja reclamada por los señores Guillermo Majore Domicó, Anacilda Domicó Domicó, Lucy Majore Domicó, José Renairo Majore Domicó, Robinson Enrique Majore Domicó, Robín David Majore Domicó y Mary Luz Domicó hubiera ocurrido como consecuencia de la entrega errónea del cadáver de Luis Ángel Majore Domicó.

En estas condiciones, la Sala se releva de analizar lo atinente a la imputación, dado que los elementos de la responsabilidad deben ser concurrentes y en el presente caso no se demostró la existencia de un nexo causal entre el daño moral reclamado –*la congoja y sufrimiento padecido por los demandantes*- y la errónea entrega del cadáver de Luis Ángel Majore Domicó –*lo que constituiría la falla del servicio*-.

Como consecuencia, la Sala revocará la sentencia de primera instancia por las razones expuestas anteriormente.

7. Cuestión adicional: reconocimiento de personería adjetiva

La Fiscalía General de la Nación, junto con el escrito de alegatos de conclusión en esta instancia, confirió poder a la abogada Sandra Patricia Lesmes Cogollo, identificada con tarjeta profesional N° 88391 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la entidad en el presente proceso⁵⁹.

Una vez analizado el poder, junto con sus anexos, el despacho concluye que se cumplen los presupuestos requeridos para reconocer a la mencionada profesional del derecho como apoderada de la entidad demandada.

8. Condena en costas

⁵⁹ Folio 603 del cuaderno de segunda instancia.



Radicación: 23001-23-31-000-2010-00257-01 (62.908)
Actor: Guillermo Majore Domicó y otros
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

En vista de que no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba – Sala Primera de Decisión, el 21 de junio de 2018 y, en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: RECONOCER personería adjetiva a la abogada Sandra Patricia Lesmes Cogollo, identificada con tarjeta profesional N° 88391 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Fiscalía General de la Nación.

CUARTO Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



V.F.



Radicación: 23001-23-31-000-2010-00257-01 (62.908)
Actor: Guillermo Majore Domicó y otros
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa