



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA
Sala de Decisión Escritural - 005**

Popayán, diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Magistrado Ponente: **JAIRO RESTREPO CÁCERES**

Expediente: **19001 33 33 003 2011 00422 01**
Demandante: **RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ Y OTROS**
Demandado: **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**
Acción: **REPARACIÓN DIRECTA**

SENTENCIA No. 154

I. OBJETO A DECIDIR

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada contra la Sentencia No. 042 del 20 de abril de 2015, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán, por la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda¹

RULI JOSÉ MÉNDEZ MÉNDEZ y OTROS, actuando a través de apoderada judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa, pretenden se declare la responsabilidad administrativa y patrimonial de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, por los perjuicios causados con ocasión de las afectaciones soportadas por LILIANA VALDÉS PENNA por la tentativa de homicidio de que fue objeto en hechos ocurridos el día 16 de diciembre de 2008 en la vía que conduce el municipio de Inzá a la ciudad de Popayán, departamento del Cauca.

Como consecuencia de la declaración anterior, solicitan se les reconozca indemnización en cuantía de 200 S.M.L.M.V. para la afectada directa, su esposo e hijos, y 100 S.M.L.M.V. para los padres y hermanas de la afectada; por concepto de violación a derechos fundamentales la suma de 400 S.M.L.M.V. para la totalidad de demandantes; por daño a la vida de relación la suma de 100 S.M.L.M.V. para la totalidad de demandantes; asimismo, por concepto de perjuicios materiales aquellos que se demuestren en el proceso; también solicitan medidas de satisfacción y garantías de no repetición.

Finalmente solicita se generen intereses moratorios y la condena en costas y gastos procesales.

2.2. Los hechos

Los argumentos fácticos de la demanda se sintetizan así:

¹ Folios 119 a 164 del Cuaderno Principal No. 1

Expediente: 19001 33 33 003 2011 00422 01
Demandante: RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Acción: REPARACIÓN DIRECTA

Para el año 2008 la señora LILIANA VALDÉS PENNA era comunera activa del Cabildo Indígena la *Reforma Alto San Miguel*, del municipio de Inzá, Cauca, desempeñándose igualmente como enfermera profesional en la IPS local y a la Asociación Indígena del Cauca – AIC.

Sostiene que el Comité Regional Indígena del Cauca había programado una reunión en zona de Tierradentro – Cauca para el día 16 de diciembre de 2008, situación que obligó al conductor del CRIC, EDWIN LEGARDA VÁSQUEZ, a llevar unos elementos de logística requeridos desde la ciudad de Popayán hasta el lugar de la reunión, por lo cual emprendió el viaje conduciendo un vehículo del comité el día 15 del mismo mes y año.

Aduce que aproximadamente a las 10 p.m. del día 15 de diciembre, la señora LILIANA VALDÉS PENNA coordinó con el señor LEGARDA VÁSQUEZ, que éste último le haría el favor de llevarla a la ciudad de Popayán en el viaje de regreso desde Inzá en el vehículo que conducía.

En razón de lo anterior, afirma que en horas de la madrugada del día 16 de diciembre de 2008, EDWIN y LILIANA emprendieron el viaje de regreso a la ciudad de Popayán en un vehículo con buenas condiciones de seguridad y luminosidad, precisando que durante el trayecto observaron un camión atravesado en la carretera sin señales de pare o ninguna persona que hiciera algún tipo de indicación, así, siendo las 4:45 a.m. recibieron unos disparos “*pero no había nada que indicara de donde provenían*” únicamente la señora VALDÉS PENNA observó desde el lado izquierdo del barranco destellos.

De manera concomitante con lo sucedido, LILIANA se percató que el señor EDWIN tenía una herida muy grave en la región precordial, el conductor avanzó al menos unos 20mts más para salir del área de la confrontación, deteniendo el vehículo pues no tenía fuerza para continuar, así, la acompañante logró tener comunicación con el Hospital Municipal de Inzá consiguiendo que enviaran una ambulancia para ser auxiliados.

Siendo aproximadamente las 5:15 a.m. los ocupantes del vehículo son auxiliados por el señor JHON JAIRO MUÑOZ, conductor de un consejero del CRIC, quienes viajaban sentido Popayán – Inzá para acudir a la reunión programada por el comité, así, luego de recorrer unos 3km se encuentran con la ambulancia que había sido enviada para prestar el servicio médico asistencial, y esta procede a trasladar al herido – EDWIN hasta un centro hospitalario, no obstante, aquel fallece siendo las 7:35 a.m. debido a un shock hipovolémico.

Posteriormente, afirma que un consejero del CRIC quien identifica como HERMES VITELIO MENZA también se desplazaba en un vehículo hasta Tierradentro – Cauca a la reunión convocada, y en un tramo de la vía fue detenido por una persona que lo apuntaba con arma de fuego indagando por su identidad, identificándolo como un militar – Sargento V. RAMIREZ VIVAS ALEXIS quien a su vez “*le pregunto que si habían visto una camioneta según ellos, la cual habían baleado...*”, a lo que éste respondió negativamente, siendo autorizado a proseguir su rumbo.

El apoderado de la parte actora destaca que la zona donde ocurrieron los hechos hace parte del Resguardo Indígena de Totoró, quienes al enterarse de lo sucedido asumieron el control de la zona, así como del lugar de los hechos, en aras de asegurar pruebas y proteger la escena del crimen donde ultimaron a EDWIN LEGARDA VÁSQUEZ, medidas que se extendieron hasta que se hizo presente una comisión del CTI de la Fiscalía General, además, pone de presente que en la

Expediente: 19001 33 33 003 2011 00422 01
Demandante: RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Acción: REPARACIÓN DIRECTA

investigación preliminar se comprobó que la unidad militar comprometida estaba conformada por 32 soldados y 3 suboficiales.

Manifiesta que la sobreviviente LILIANA VALDÉS PENNA recibió visitas sospechosas en su casa de habitación en Popayán, así como en su lugar de trabajo en Inzá, las cuales puso de presente a la Policía Nacional, lo anterior, tuvo repercusiones que obligaron a presentar su renuncia como Coordinadora del Punto de Atención en Salud de Inzá, y posteriormente a solicitar un asilo en la embajada de Suiza para Colombia, la cual fue aceptada, procediendo a viajar con toda su familia al extranjero a mediados del año 2010.

Finalmente da cuenta que por el homicidio de EDWIN LEGARDA VÁSQUEZ se abrió una investigación por parte del Fiscal 41 de la unidad de DDHH y DIH, presentándose escrito de acusación contra miembros del pelotón Galeón No. 7 del Batallón José Hilario López de Popayán – BILOP 7, procedimiento que culminó con sentencia condenatoria emanada el 16 de agosto de 2010 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Popayán.

2.3. La contestación a la demanda

La **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**² declaró su oposición a las pretensiones, expresando que no es procedente endilgar la responsabilidad a la entidad, pues los supuestos de hecho enunciados en la demanda carecen de apoyo en pruebas que permitan responsabilizar a alguno de los efectivos de la entidad por las presuntas afecciones soportadas por los demandantes.

Alegó que no existe soporte legal ni probatorio que de cuenta de la responsabilidad del Ejército por los perjuicios soportados a la parte actora por la tentativa de homicidio y desplazamiento forzado por los hechos ocurridos el 16 de diciembre de 2008, para el efecto, pone de presente los elementos de la responsabilidad que necesitan ser acreditados en aras de propender por la indemnización deprecada.

Sostiene además que una de las obligaciones de la entidad, de rango constitucional, es controlar todo aquello que atente contra la seguridad nacional y brindar la paz de sus asociados, seguidamente, afirma que no hay prueba que permita evidenciar los perjuicios presuntamente soportados, requisito indispensable para la declaratoria de responsabilidad estatal, ni mucho menos hay prueba que demuestre que miembros del Ejército Nacional atentaron contra la vida de la señora LILIANA VALDÉS PENNA, o contra el rango de derechos humanos que le asisten.

Como excepciones formuló: inexistencia de la obligación de pagar indemnización de perjuicios y la innominada o genérica.

2.4. La sentencia apelada³

El Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán, mediante Sentencia No. 042 del veinte (20) de abril de dos mil quince (2015) accedió parcialmente a las pretensiones incoadas, y resolvió:

² Folios 222 a 234 del Cuaderno Principal No. 2

³ Folios 316 a 329 del Cuaderno Principal No. 2

Expediente: 19001 33 33 003 2011 00422 01
Demandante: RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Acción: REPARACIÓN DIRECTA

“PRIMERO.- DECLARAR administrativamente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, de los perjuicios causados a LILIANA VALDES, JUAN CAMILO MÉNDEZ VALDES, MARIA JOSÉ MÉNDEZ VALDES, RULI JOSÉ MÉNDEZ MÉNDEZ, ANA LILIA PENNA DE VALDÉS y JOSÉ ANTONIO VALDÉS RIVERA, ADRIANA PATRICIA VALDÉS PENNA y ANA ISABEL VALDES PENNA, demandantes, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO.- CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, a pagar las siguientes indemnizaciones, por concepto de perjuicios morales:

<i>Demandante</i>	<i>Parentesco con la lesionada</i>	<i>Indemnización en Salarios Mínimos</i>
LILIANA VALDES PENNA	Lesionada	40
JUAN CAMILO MENDEZ VALDES	Hijo	40
MARIA JOSE MENDEZ VALDES	Hijo	40
ANA LILIA PENNA DE VALDES	Madre	40
JOSE ANTONIO VALDES RIVERA	Padre	40
ADRIANA PATRICIA VALDES PENNA	Hermana	20
ANA ISABEL VALDES PENNA	Hermana	20

TERCERO.- CONDENAR in genere a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL a pagar a favor de los demandantes, una indemnización por daño a la salud, para cuya liquidación deberá promover la parte actora en incidente en los términos establecidos en el artículo 72 del C.C.A., teniendo en cuenta los parámetros indicados en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO.- NEGAR las restantes pretensiones de la demanda.

QUINTO.- CÚMPLASE la condena en los términos de los Artículos 176 y 177 del C.C.A.”

Como fundamento de la decisión, la A quo a partir de las pruebas arrimadas al expediente, encontró acreditado que la señora LILIANA VALDÉS PENNA resultó afectada psíquicamente por los hechos ocurridos el 16 de diciembre de 2008, cuando se transportaba en un vehículo con el extinto EDWIN LEGARDA que se dirigía a la ciudad de Popayán y fue atacado por miembros del Ejército Nacional mediante disparos a la deriva que propiciaron la muerte del señor LEGARDA, las cuales clasificó en la tipología de la falla del servicio por el uso excesivo de las armas de fuego de uno o varios efectivos militares.

Destacó que no existe prueba que permita validar el supuesto exilio en Suiza de la afectada directa y su familia, no obstante, la situación de amenazas y persecución de que fue objeto, si desencadenó su renuncia al cargo que ocupaba en la localidad de Inzá.

En cuanto a la indemnización concedida, en ejercicio del arbitrio iuris, tasó el reconocimiento de perjuicios morales en la suma de 40 smlmv para la afectada directa, sus padres e hijos, y 20 smlmv para las hermanas, previniendo que no accedió a la indemnización solicitada en favor de MARIA ELVIA MENDEZ DE MENDEZ quien acudió al proceso como su suegra, considerando que no acreditó los perjuicios soportados.

Finalmente, precisó que pese a que no existe un dictamen que determine la pérdida de capacidad laboral de la señora LILIANA VALDES PENNA, accede a la condena *in genere* por daño a la salud, instando a la parte actora a que mediante incidente, realice una Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral a través de la Junta Regional de Invalidez.

Expediente: 19001 33 33 003 2011 00422 01
Demandante: RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Acción: REPARACIÓN DIRECTA

2.5. El recurso de apelación

La **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**⁴ por intermedio de apoderada judicial formuló recurso de apelación, argumentando para el efecto que no existen pruebas que lleven al convencimiento necesario para endilgar la responsabilidad de la entidad, previniendo que la actuación del personal militar se ajustó al cumplimiento de un deber legal, es decir, en protección de la población civil, ante el ataque de un grupo subversivo que sorprendió a la tropa.

Del mismo modo, considera que no hay prueba que permita afirmar que las supuestas amenazas recibidas por la actora provinieron de la entidad estatal, ni que las mismas hayan sido la razón de su supuesto desplazamiento fuera del país, reiterando que los militares reaccionaron ante un ataque subversivo, e incluso, consiguiendo la incautación de armas de fuego ilegales.

Finalmente solicita revocar la condena por concepto de perjuicios morales, aduciendo que no hay prueba que demuestra la afectación de los demandantes por las lesiones de LILIANA VALDES PENNA, a su vez, objeta las conclusiones adoptadas en cuanto al daño a la salud.

Por su parte, la **demandante**⁵ inconforme con la decisión de instancia, formula recurso de apelación contra las condenas impuestas contra la entidad demandada, así, inicialmente precisa que si bien se reconoció indemnización en favor del señor Ruli José Mendez – cónyuge de la afectada directa, la misma no se incluyó en la parte resolutive de la providencia, igualmente depreca la inclusión de la condena en favor de María Helena Valdés Penna – hermana de la afectada directa, quien pese a ser enunciada en la demanda y conferir poder respectivo, no fue objeto de pronunciamiento alguno durante la providencia objetada, así, también solicita la inclusión dentro del grupo familiar indemnizado.

Seguidamente, solicita que a la señora María Elvia Méndez de Méndez – suegra, le sea reconocida su calidad de afectada por las lesiones de LILIANA VALDES PENNA, pues considera que los testimonios recepcionados dieron cuenta de la composición del grupo familiar así como de los lazos de afecto y convivencia que permiten incluir aquella como tercera damnificada, resaltando además que aquella depende económicamente de su hijo Ruli José Méndez Méndez, cónyuge de la afectada directa.

Concluye, solicitando el reconocimiento de indemnización por daño a la salud en la cuantía de 100 S.M.L.M.V. en favor de la afectada directa, a partir de las alteraciones soportadas por aquella debido los hechos que llevaron a presenciar la muerte de su compañero de viaje, Edwin Legarda, con ocasión al ataque de los miembros de la entidad estatal demandada. También solicita el reconocimiento de perjuicios materiales, debido al abandono del cargo que ocupaba, así como la imposición de medidas de satisfacción contra el Ejército Nacional en aras de que costeen los tratamientos médicos y psicológicos que necesite la lesionada para recuperarse del episodio traumático soportado.

2.6. Las alegaciones finales

La **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**⁶ en su escrito de alegaciones finales, reitera los argumentos esgrimidos en su recurso, iterando que la actuación

⁴ Folios 332 a 335 del Cuaderno Principal No. 2

⁵ Folios 339 a 353 del Cuaderno Principal No. 2

⁶ Folios 401 a 402 del Cuaderno Principal No. 2

Expediente: 19001 33 33 003 2011 00422 01
Demandante: RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Acción: REPARACIÓN DIRECTA

de los efectivos militares se circunscribió a cumplir con el deber de protección y seguridad de la población civil, afirmando que se deben desestimar las pretensiones de la demanda exonerando de responsabilidad a la entidad demandada debido a la ausencia de prueba del nexo causal en los términos jurisprudenciales aplicables.

A su turno, la apoderada de la parte actora⁷, reitera *in extenso* los argumentos expuestos en el recurso incoado, manifestando que existe prueba del parentesco conforme a las pruebas allegadas y los parámetros normativos y jurisprudenciales aplicables, resultando entonces procedente que se reconozca indemnización a la totalidad de demandantes por las lesiones soportadas por LILIANA VALDES PENNA.

2.7. El concepto del Ministerio Público⁸

La representante del Ministerio Público luego de efectuar un recuento del trámite procesal y las pruebas recaudadas en el plenario, así como el análisis del régimen jurisprudencial aplicable, concluye que no existe prueba alguna que indique que desde el vehículo que se movilizaba el extinto Edwin Legarda con Liliana Valdes Penna se realizaron disparos, pues en la sentencia del proceso penal se concluyó que no se encontraron armas en su interior, por ende, para el caso concreto asevera que la conducta de los militares que accionaron su arma de dotación no está amparada por la causal de exoneración de legítima defensa, circunstancias que configuran la responsabilidad estatal deprecada, y del mismo modo, implican la confirmación de la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda.

III. CONSIDERACIONES

3.1. La competencia

Por la naturaleza del proceso, el lugar donde ocurrieron los hechos y la cuantía, el Tribunal es competente para decidir el asunto en **SEGUNDA INSTANCIA**, de conformidad con lo establecido por el artículo 133-1 del Código Contencioso Administrativo –D.L. 01 de 1984–.

3.2. El ejercicio oportuno de la acción

Teniendo en cuenta que los hechos demandados acaecieron el 16 de diciembre de 2008, los dos años de que trata el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, concordado con el Decreto 1716 de 2009, se extienden hasta el 17 de diciembre de 2010.

Ahora bien, la demanda se presentó el día 1 de febrero de 2011⁹, esto es dentro del término respectivo, siendo necesario tener en cuenta la suspensión de la caducidad acaecida dentro del trámite de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 39 Judicial II para asuntos administrativos de la localidad¹⁰, esto es, desde su radicación el día 26 de octubre de 2010 hasta la expedición de la constancia el día 26 de enero de 2011, así, concluye la Sala que la demanda fue impetrada oportunamente, es decir, cuando aun restaban más de 40 días para la configuración del fenómeno extintivo.

⁷ Folios 403 a 411 del Cuaderno Principal No. 2

⁸ Folios 418 a 426 del Cuaderno Principal No. 2

⁹ Folio 166 del Cuaderno Principal No. 1

¹⁰ Folio 84 del Cuaderno Principal No. 1

Expediente: 19001 33 33 003 2011 00422 01
Demandante: RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Acción: REPARACIÓN DIRECTA

3.3. El asunto materia de debate

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha reiterado que la competencia del *Ad quem* se encuentra estrictamente limitada a los argumentos que exponen las partes en el respectivo recurso de apelación; de suyo que el juez de segunda instancia no puede abarcar en la sentencia un estudio completo o total del proceso, sino circunscribir su análisis a desatar los planteamientos señalados en la alzada.¹¹

Así las cosas, le corresponde a la Sala determinar inicialmente si le asiste razón a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional en su alzada, al señalar que debe revocarse la sentencia proferida por la *A quo*, en tanto a su juicio el daño deprecado no fue ocasionado por acción u omisión de efectivos policiales según los hechos probados en el líbello demandatorio; de resultar desestimados los anteriores argumentos, se procederá a analizar el recurso de la parte demandante y demandada, exclusivamente en la estimación de perjuicios objetada.

3.4. Lo probado en el proceso

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, para la Sala se encuentran probados los siguientes hechos:

- Sobre los hechos ocurridos

- Constancia del Fiscal 38 delegado ante la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación¹², expedida el 11 de agosto de 2009, en la cual expone:

“...adelanta investigación radicada bajo partida No. 190016000602200801650 (7000), por los hechos ocurridos el 16 de diciembre de 2008 en la Vereda San Pedro del corregimiento de Gabriel López, municipio de Totoró Cauca, donde perdiera la vida el señor JOSÉ EDWIN LEGARDA VÁSQUEZ, persona que se movilizaba en compañía de la señora LILIANA VALDÉS PENNA, hacia la ciudad de Popayán...”

- Constancia del Defensor del Pueblo Regional Cauca¹³, expedida el 20 de agosto de 2009, en la cual expone:

“Que la señora LILIANA VALDÉS PENNA identificada... y que se desempeñó como funcionaria de la Empresa Social del Estado Oriente E.S.E.; es testigo y sobreviviente de los hechos acaecidos el 16 de diciembre de 2008 en la vía Inzá – Popayán, cuando en la Vereda San Pedro, corregimiento de Gabriel López, municipio de Totoró, unidades de la Fuerza Pública Colombiana, Ejército Nacional, dispararon repetidamente contra la camioneta Mazda de Placas QER-586 en la cual viajaba la señora VALDES PENNA. Hechos que son motivo de investigación en la Jurisdicción Penal Ordinaria que avocó el conocimiento al ser excluida la Justicia Penal Militar del conocimiento por la modalidad de los hechos y la connotación social del suceso, por ser el vehículo de propiedad del Consejo Regional Indígena del Cauca y haber

¹¹ Criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera en providencia de 9 de febrero de 2012, expediente 21.060, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Así mismo reiterado, entre otras, por la Sección Tercera- Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, sentencias de 11 de julio de 2013, Radicación número: 19001-23-31-000-2001-00757-01(31252) y Radicación número: 05001-23-31-000-1995-01939-01 (30.424), entre otras. En esta última se refirió que *“...Previo a decidir, debe precisarse que conforme lo ha señalado la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹¹, la competencia del juez de segunda instancia está limitada a los motivos de inconformidad que expresen los recurrentes en sus escritos de apelación, de allí que, en el asunto sub examine esta Subsección se restringirá a los argumentos señalados por las partes, en sus recursos...”*

¹² Folio 58 del Cuaderno Principal No. 1

¹³ Folio 60 del Cuaderno Principal No. 1

Expediente: 19001 33 33 003 2011 00422 01
Demandante: RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Acción: REPARACIÓN DIRECTA

resultado como víctima fatal el conductor del vehículo EDWIN LEGARDA, esposo de la Consejera Mayor del CRIC, la líder Indígena Paéz AIDA QUILCUE.

Resulta de bulto que un hecho como el que es materia de investigación genera para la víctima y testigo LILIANA VALDES PENNA y la familia de ella un riesgo para la vida y la integridad personal que es necesario mitigar acudiendo a las figuras del Derecho Internacional Público vigentes."

- Constancia del Consejo Regional Indígena del Cauca¹⁴, expedida el 24 de septiembre de 2009, en la cual expone:

"Que la compañera LILIANA VALDÉS PENNA identificada... comunera indígena del resguardo Alto San Miguel, municipio de Inzá, es testigo presencial de los hechos sucedidos el 16 de diciembre de 2008 donde fue asesinado el compañero EDWIN LEGARDA, conductor de la camioneta del Consejo Regional Indígena del Cauca, que venía de Inzá para Popayán, cuando fue sorprendidos por unos disparos por la fuerza pública, donde acabaron con su vida quedando a salvo la compañera LILIANA por lo cual en su calidad de testigo principal, estaría en grave peligro la vida de la compañera."

- Constancia del Fiscal 41 Especializado delegado ante la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación¹⁵, expedida el 23 de septiembre de 2009, en la cual expone:

"Que la señora LILIANA VALDEZ PEÑA (sic) identificada... actualmente se encuentra incorporada al programa de protección y asistencia de la Fiscalía General de la Nación, e igualmente será testigo dentro del juicio oral a realizarse en un Juzgado Especializado Penal del Circuito de Popayán, dentro de las diligencias radicadas bajo partida No. 190016000602200801650, por los hechos ocurridos en la Vereda San Pedro del municipio de Totoró, el día 16 de diciembre de 2009, donde perdiera la vida el señor JOSE EDWIN LEGARDA VÁSQUEZ."

- Certificación expedida por el gerente (e) de la Empresa Social del Estado Oriente E.S.E. suscrita el 29 de diciembre de 2009¹⁶, en la cual da cuenta de la vinculación de la señora LILIANA VALDES PENNA con la entidad, en el periodo comprendido entre el 14 de mayo de 2007 al 30 de enero de 2009. Se adjunta la Resolución No. 01 del 14 de mayo de 2007¹⁷ expedida por el Gerente de Oriente E.S.E. mediante la cual nombra en un cargo de libre nombramiento y remoción de la planta de personal de la entidad a la señora VALDES PENNA. Igualmente se allega la Resolución 000100 del 25 de enero de 2009¹⁸ por la cual se acepta la renuncia irrevocable presentada por la antes mencionada.

- Certificado de salarios de la Empresa Social del Estado Oriente E.S.E. ¹⁹ devengados por LILIANA VALDES PENNA para el mes de enero de 2009.

- Copia de la denuncia presentada por LILIANA VALDES PENNA ante el Fiscal General de la Nación, con nota de radicación del 18 de enero de 2010²⁰, por el delito de tentativa de homicidio en contra de miembros del Ejército Nacional a raíz de los hechos acaecidos el 16 de diciembre de 2008, de los cuales resultó fallecido el señor JOSE EDWIN LEGARDA VÁSQUEZ quien conducía el vehículo oficial del CRIC en que se trasladaba la denunciante.

¹⁴ Folio 64 del Cuaderno Principal No. 1

¹⁵ Folio 65 del Cuaderno Principal No. 1

¹⁶ Folio 73 del Cuaderno Principal No. 1

¹⁷ Folio 22 del Cuaderno Principal No. 1

¹⁸ Folio 38 del Cuaderno Principal No. 1

¹⁹ Folio 46 del Cuaderno Principal No. 1

²⁰ Folios 78 - 79 del Cuaderno Principal No. 1

Expediente: 19001 33 33 003 2011 00422 01
Demandante: RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Acción: REPARACIÓN DIRECTA

- **Expediente No. 190016000602200801650 – Homicidio en Persona Protegida²¹**

Al proceso fueron remitidos los audios de las diligencias de juicio oral realizadas dentro del proceso de la referencia, así como los fallos de primera y segunda instancia dictados por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Popayán y por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, respectivamente, así, de aquellas decisiones se destaca:

- Sentencia de primera instancia del 10 de septiembre de 2010 dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Popayán, dentro del proceso adelantado en contra del Sargento Viceprimero ALEXIS RAMIREZ VIVAS, el Cabo Segundo JAVIER ADOLFO OSORIO DÍAZ y los soldados campesinos NUMAR ARMIDO BUITRON CABEZAS, LISANDRO OBANDO CAICEDO, JAVIER FRANCISCO BELALCAZAR TROCHEZ, WILLIAM WEIMAR LEMECHÉ HURTADO y ANDRÉS CASSO CHATE, acusados de la conducta punible del HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, decisión de la cual se resalta:

“(…) HECHOS

JOSE EDWIN LEGARDA VÁSQUEZ y LILIANA VALDES PENA, se transportaban en un vehículo tipo camioneta de placas QER 856, el dieciséis (16) de diciembre de dos mil ocho (2008) aproximadamente, a las cinco de la mañana (5 a.m.) sobre la vía que conduce del corregimiento de Gabriel López hacia Totoró en el sector denominado San Pedro, recibieron varios disparos ocasionados por armas de fuego tipo fusil. Las evidencias físicas halladas en el lugar de los hechos indican que las armas pertenecían a soldados del Séptimo Pelotón de la compañía Galeón del batallón José Hilario López de esta ciudad, quienes se encontraban en ese sector desarrollando una misión táctica de control militar de área. Dichos disparos ocasionaron varias heridas y luego la muerte al señor LEGARDA VÁSQUEZ.

(…)

No se probó que desde el vehículo que manejaba JOSE EDWIN LEGARDA VÁSQUEZ se realizaran disparos en contra de los soldados, y no pudo haberlos porque él no portaba armas, aparte de que dadas las circunstancias es difícil inferir que una persona pueda disparar contra un objetivo y al mismo tiempo pueda conducir un vehículo. El hecho que si quedó probado, es que fueron los soldados quienes hicieron todos los disparos que se escucharon en ese sector y solo se hallaron vainillas de los fusiles que ellos poseían en dotación.

(…)

En síntesis, las vainillas encontradas en el lugar de los hechos resultaron tener correspondencia con las armas de dotación de los acusados, evidencias que fueron halladas en las zonas demarcadas con los números 1 a 7 y además se aprecia el desplazamiento de algunos soldados de una zona a otra, en donde también se hacen disparos...

En las circunstancias en las cuales se movilizaba la camioneta, a 30 kilómetros por hora, sus ocupantes no ofrecían alguna amenaza real a la integridad de la tropa, sin embargo, se optó por atacarlos, aunque el pelotón Galeón 7 no se encontraba ante un peligro real o presunto, y en cambio se precisa que hubo una agresión injusta pero en contra de quienes iban en el vehículo.

(…)

RESUELVE

PRIMERO.- CONDENAR a ALEXIS RAMIREZ VIVAS, JAVIER ADOLFO OSORIO DÍAZ, NUMAR ARMIDO BUITRON CABEZAS, LISANDRO OBANDO CAICEDO, JAVIER FRANCISCO BELALCAZAR TROCHEZ y WILLIAM WEIMAR LEMECHÉ HURTADO, de condiciones civiles y personales indicadas en este fallo, como autores de la conducta punible del HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, descrito y sancionado en el artículo 135 del Código Penal a: La pena principal de CUATROCIENTOS OCHENTA (480) meses de prisión.”

²¹ Folios 65 – 193 Cuaderno de Pruebas No. 1

Expediente: 19001 33 33 003 2011 00422 01
Demandante: RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Acción: REPARACIÓN DIRECTA

- Sentencia de segunda instancia del 8 de marzo de 2011 expedida por la Sala Primera Penal del Tribunal Superior de Popayán, de la cual se extrae:

"(...) Los militares capacitados para el combate, como los aquí enjuiciados, tienen pleno conocimiento de que el uso de armas de fuego se ha considerado como una medida extrema, y en consecuencia debe hacerse todo lo posible por excluir su uso, excepto en aquellos casos en que un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro de algún modo, la vida de otras personas..."

Atendiendo a estos preceptos, puede apreciarse palmariamente el exceso en que incurrieron los uniformados, toda vez que al momento de accionar sus armas no se estaba presentando algún tipo de agresión o resistencia armada por parte de las víctimas, quienes formaban parte de la población civil, y simplemente se transportaban por la vía en que se encontraban los militares, resultando agredidos sin que hubiere existido motivo alguno que propiciara la arremetida como pretenden ellos demostrar; y peor aún, sin atender a los protocolos que deben seguir frente a una eventualidad de este tipo...

(...)

No hay error de tipo sino dolo eventual, en el entendido de que los justiciables pensaban que en el vehículo podían ir guerrilleros o civiles, o guerrilleros y civiles, y sin embargo decidieron disparar, dejando al azar el resultado de infringir el DIH que trata sobre la humanización del conflicto y donde los civiles no tienen porqué quedar entre dos fuegos o ser víctimas de acciones militares contra el enemigo armado.

No cabe el error puesto que los soldados sabían que veía un vehículo y no les importó cerciorarse si allí se transportaban guerrilleros o civiles, puesto que procedieron a disparar, porque asumieron como probable la realización del tipo aquí imputado...

Afirmar que escucharon un disparo antes de ellos accionar sus armas constituye un recurso pueril porque la testigo sería, ponderada y creíble LILIANA VALDÉS PENNA, afirma que eso no sucedió, y no se puede alegar miedo insuperable dado que los justiciables que bajaron a hacer el retén sabían que estaban protegidos por un anillo de seguridad brindado por sus demás compañeros plantados en la retaguardia, a órdenes de un Sargento experto en contraguerrilla.

(...)

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2010, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Popayán (C), en el sentido de que se **CONDENA AL SARGENTO ALEXIS RAMIREZ VIVAS, POR EL DELITO DE HOMICIDIO CULPOSO**, motivo por el cual se le impone una pena de **SESTA Y UN (61) MESES DE PRISION Y MULTA DE CINCUENTA (50) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. Se confirma lo demás."

- **Testimonio recepcionados en primera instancia**²²

- Declaración del señor FERNANDO CARVAJAL DIAZ sobre los hechos demandados, en diligencia del 2 de diciembre de 2013, quien era vecino de la casa de habitación de la señora LILIANA VALDES PENNA y su núcleo familiar en la ciudad de Popayán, de la cual se resalta:

"En la casa vivían doña Elvia, Ruli José, su esposa Lilibian y sus dos hijos... Lilibian su esposo y sus hijos debieron salir del país, en calidad de exiliados, supe que debieron irse por amenazas y doña Elvia prácticamente se quedó sola... El solo hecho de haber sido víctima de ese ataque, ya le debió generar una afectación psicológica, si a esto le suma las amenazas y tener que salir del país exiliada con su esposo y sus hijos,

²² Folios 50 – 59 Cuaderno de Pruebas No. 1

Expediente: 19001 33 33 003 2011 00422 01
Demandante: RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Acción: REPARACIÓN DIRECTA

dejando su familia aquí, debe tener consecuencias psicológicas...”

- Declaración del señor GERARDO ALBERTO SÁNCHEZ HOLGÚIN sobre los hechos demandados, en diligencia del 2 de diciembre de 2013, quien era vecino de la casa de habitación de la señora LILIANA VALDES PENNA y su núcleo familiar en la ciudad de Popayán, de la cual se resalta:

“Yo los conozco hace unos 14 o 15 años, ellos viven enseguida de mi casa, se crio con ellos mi hijo y con mi esposa trabajábamos entonces doña Liliana nos colaboraba cuidando a mi hijo o sino también nos colaboraba el señor Ruli. Conozco también a su hijo se crió con mi hijo que se llama Camilo, la niña se llama María José, la mamá de Ruli se llama Elvia, el papá de doña Liliana se llama José Antonio y la mamá se llama doña Ana... Yo hablo mucho con la señora Elvia y ella quedó desamparada porque los que los ayudaban eran ellos, la situación para ellos ha sido difícil porque de un momento a otro tener que salir del país y amoldarse a otras costumbres, tanto la dificultad con el idioma y yo hablé con Ruli y me dijo que a la niña le costó amoldarse allá, el niño se amoldó mejor pero han tenido inconvenientes y para ellos ha sido muy duro... Ellos están viviendo en Suiza (sic)...”

- Declaración de la señora MARÍA ETELVINA CORTES DE VALDES sobre los hechos demandados, en diligencia del 2 de diciembre de 2013, quien conoce a la señora LILIANA VALDES PENNA porque es hija de su cuñado Antonio Valdés, de la cual se resalta:

“A Liliana la conozco desde niña, no se hace cuanto tiempo, a las hermas de ella María Isabel, Martha, Adriana, no me acuerdo de las otras niñas... a Ruli el esposo de Liliana, a sus hijos María José, Camilo, y a Elvia su suegra... A Liliana la conozco porque es hija de mi cuñado, y también porque en las fechas importantes nos reunimos como es en diciembre, para los cumpleaños, para un día de padre, para mayo el día de la madre, porque nuestra familia ha sido bastante unida... el cambio que yo vi en Liliana fue sentirse afectada psicológicamente, tremendamente y los niños afectados psicológicamente porque ellos de ver a su mamá con ese estrés de pensar a que horas vienen por mí, estaba todo el tiempo estresada porque estaba su vida en juego y también la de su familia... En el momento ella vive en Suiza con Ruli José, con María José su hija y Camilo su hijo...”

3.5. El régimen de responsabilidad aplicable

Conforme a lo consagrado por el artículo 90 Superior, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, lo que significa que son requisitos indispensables para deducir la responsabilidad a cargo de la entidad demandada, tres elementos: el daño antijurídico, es decir aquel que no se está en el deber legal de soportar; la falla propiamente dicha, consistente en que el servicio no funcionó, o funcionó en forma tardía o deficiente, y el nexo de causalidad entre éste y la actividad de la Administración, es decir, la comprobación de que fue por una acción u omisión suya, que se produjo el hecho dañoso.

Debe entenderse el daño antijurídico como el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extra patrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación.²³

²³ Consejo de Estado – Sección Tercera, Sent. del 27 de enero del 2000, M.P: Alier E. Hernández Enríquez.

Expediente: 19001 33 33 003 2011 00422 01
Demandante: RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Acción: REPARACIÓN DIRECTA

La Sala Plena de la Sección Tercera, en sentencia de 19 de abril 2012²⁴, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.

Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación para la solución de los casos sometidos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.

En este sentido, en aplicación del principio *iura novit curia*, la Sala puede analizar el caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable, de cara a los hechos probados en el proceso, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa *petendi*, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso o que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria²⁵.

Como se indicó, en el presente asunto se debate la responsabilidad de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, con ocasión de los perjuicios causados a los demandantes por la afectación padecidas por LILIANA VALDES PENNA para el día 16 de diciembre de 2008 producto de la presunta utilización de armas de fuego de dotación contra el vehículo en que se movilizaba la actora, en vista de ello, la Sala comprende que para resolver el presente asunto es necesario efectuar inicialmente el análisis de la atribución de la responsabilidad de la accionada bajo el título objetivo de riesgo excepcional, atribuida por el tratamiento jurisprudencial otorgado por los daños causados con el uso accidental de armas de fuego oficiales.

Se analizan entonces los requisitos exigidos para eventualmente dar aplicación al régimen objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional por la actividad peligrosa del uso de armas de dotación oficial, de conformidad con las previsiones jurisprudenciales emanadas del Consejo de Estado²⁶:

*“En la actualidad, cuando se debate la responsabilidad del Estado por daños causados accidentalmente con el uso de armas de fuego, por regla general se aplica la teoría del riesgo excepcional; en efecto, la Administración debe responder siempre que produzca un daño con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, como lo es la manipulación de las armas de fuego de las cuales están dotadas algunas autoridades por razón de las funciones a ellas encomendadas, tales como la Policía Nacional, el D.A.S., o el Ejército Nacional, pues el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos peligrosos. En virtud de ese título de imputación objetivo, el demandante tiene el **deber de probar la existencia del daño y el nexo causal entre éste y una acción u omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial, sin entrar a analizar la licitud o ilicitud de la conducta del agente, la cual resulta irrelevante.**”*

²⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012. Expediente: 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de mayo de 2015, expediente 50001 23 31 000 1994 04485 01 (17037), C.P. Hernán Andrade Rincón.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de septiembre de 2011, expediente 15001-23-31-000-1997-17044-01(20226), C.P. Hernán Andrade Rincón.

Expediente: 19001 33 33 003 2011 00422 01
Demandante: RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Acción: REPARACIÓN DIRECTA

Al respecto, se encuentra que en casos similares²⁷ la Sección Tercera del Consejo de Estado ha convenido el estudio de la responsabilidad derivada de daños producidos por accidentes con armas de fuego de dotación oficial bajo esa orientación, afirmando que sólo hay lugar a declarar responsabilidad a título de falla en el servicio, siempre que se demuestre que el daño no se produjo accidentalmente sino por un mal funcionamiento de la Administración.

3.6. El caso concreto

El artículo 90 Constitucional consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado al señalar que éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, de lo cual se desprende que para que se configure dicha responsabilidad se requiere la concurrencia de dos presupuestos: **(i)** la existencia de un daño antijurídico, y **(ii)** que ese daño le sea imputable a la entidad pública, bajo cualquiera de los títulos de atribución de responsabilidad: la falla del servicio, el daño especial, el riesgo excepcional.

3.6.1. El daño

De conformidad con el conjunto probatorio antes descrito, y teniendo en cuenta que este elemento de la responsabilidad no ha sido objeto de debate, la Sala refrenda que se encuentra probado el daño soportado por los demandantes, esto es, la afectación y trauma soportado por la señora LILIANA VALDES PENNA al ser una testigo y sobreviviente de los hechos acaecidos el 16 de diciembre de 2008 en la vía Inzá – Popayán, cuando en la Vereda San Pedro, corregimiento de Gabriel López, municipio de Totoró, fue atacada la camioneta en que se movilizaba con múltiples disparos de arma de fuego, vehículo conducido por el señor JOSÉ EDWIN LEGARDA VÁSQUEZ quien falleció a raíz de un shock hipovolémico producido por heridas con proyectil de arma de fuego.

En ese sentido, se tiene por demostrado que la antes mencionada sobrevivió al ataque recibido por el vehículo en que se desplazaba hacia la ciudad de Popayán, el mismo que dejó como saldo un fallecido, además, de conformidad con la certificación del Fiscal 41 Especializado delegado ante la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación²⁸, se pudo comprobar que la señora VALDES PENNA fue objeto de incorporación al programa de protección y asistencia de la entidad persecutora, con la finalidad de garantizar comparecencia como testigo dentro del procedimiento adelantado en contra de los responsables del ataque donde se ultimó al señor LEGARDA VÁSQUEZ; así, aquellas circunstancias permiten tener acreditado, en un primer momento, el daño como elemento de la responsabilidad.

3.6.2. La imputación

La entidad demandada, en su recurso de apelación, sostuvo que en el proceso no se acreditó la existencia del nexo causal entre el daño y el actuar de los agentes de la Ejército Nacional, previniendo que la actuación del personal militar se ajustó al cumplimiento de un deber legal, es decir, en protección de la población civil,

²⁷ Ver entre otros, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, Exp. 19289, C.P. Enrique Gil Botero; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de septiembre de 2011, Exp. 20226, C.P. Hernán Andrade Rincón; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de junio de 2013, Exp. 27626, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁸ Folio 65 del Cuaderno Principal No. 1

Expediente: 19001 33 33 003 2011 00422 01
Demandante: RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Acción: REPARACIÓN DIRECTA

ante el ataque de un grupo subversivo que sorprendió a la tropa, solicitando desestimar las pretensiones de la demanda.

En razón de lo expuesto en el acápite precedente, no es suficiente constatar la existencia del daño, pues es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación que permita determinar si puede ser atribuido fáctica y jurídicamente a la entidad demandada, si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño.

De conformidad con las pruebas obrantes en el legajo, en especial, las resultas del proceso penal identificado con el consecutivo No. 190016000602200801650 impulsado por parte de la Fiscalía 41 Especializada delegada ante la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, la Sala encuentra demostrado que el homicidio del señor JOSÉ EDWIN LEGARDA VÁSQUEZ el día 16 de diciembre de 2008, cuando conducía un vehículo acompañado de LILIANA VALDES PENNA que se desplazaba por la Vereda San Pedro, corregimiento de Gabriel López, municipio de Totoró, hacia la ciudad de Popayán, fue perpetrado por soldados del Séptimo Pelotón de la compañía Galeón del batallón José Hilario López del Ejército Nacional, mediante el uso de sus armas de dotación.

Se destaca que, el juez de conocimiento de la jurisdicción Penal en primera y segunda instancia, verificó que, contrario a lo aducido por la apoderada del Ejército Nacional en su alzada, en ningún momento se propinaron disparos en contra del personal militar desde el vehículo en que se movilizaban el extinto señor LEGARDA VÁSQUEZ en compañía de la señora VALDES PENNA, acorde la experticia técnica elaborada por miembros del CTI de la fiscalía, es decir, resultó injustificada la reacción en contra de los civiles que transitaban el sector, igualmente consideró que los soldados actuaron deliberadamente, sin cerciorarse sobre los ocupantes del vehículo pues procedieron a accionar sus armas de fuego de dotación oficial con conocimiento del nefasto resultado que podían ocasionar.

Asimismo, se tuvo en cuenta el testimonio de la señora LILIANA VALDES PENNA, el cual calificaron de *“serio, ponderado y creíble”* al manifestar que en ningún momento los ocupantes del vehículo se percataron de una señal que obligase a detener la marcha del mismo, por el contrario, a su paso por el sector donde se ubicaban los militares resultaron *“agredidos sin que hubiere existido motivo alguno que propiciara la arremetida como pretenden ellos demostrar; y peor aún, sin atender a los protocolos que deben seguir frente a una eventualidad de este tipo...”* acorde lo explicó la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán.

De conformidad con lo expuesto y las consideraciones adoptadas en las sentencias que concluyeron el proceso penal referido, es dable extraer que la actuación de los miembros del Ejército Nacional para el día 16 de diciembre de 2008 desconoció los protocolos previstos para ese tipo de situaciones de control del territorio como el que desempeñaban en el sector donde finalmente atacaron indiscriminadamente al vehículo en que se transportaba la ahora demandante junto con el extinto señor LEGARDA VÁSQUEZ, situación que desdibuja el título de imputación objetivo, y permite concluir, conforme lo hizo la A quo, que el presente asunto se debe valorar desde la perspectiva de la falla del servicio²⁹ por el uso excesivo y desmedido de las armas de fuego de dotación oficial tipo fusil.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de marzo de 2013, Exp. 24550, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz. *No obstante lo anterior, también se ha considerado que en aquellas ocasiones en las que la actividad peligrosa hubiere sido desplegada de manera negligente o imprudente, el régimen de responsabilidad aplicable ya no sería objetivo por riesgo excepcional, sino subjetivo por falla en el servicio.”*

Expediente: 19001 33 33 003 2011 00422 01
Demandante: RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Acción: REPARACIÓN DIRECTA

En este punto de la digresión, también se destaca que se produjo un actuar irregular en los militares vinculados al Séptimo Pelotón de la compañía Galeón del batallón José Hilario López del Ejército Nacional, pues no existe prueba alguna que permita aseverar siquiera que dentro del vehículo en que se movilizaba la hoy demandante se realizaron disparos contra los efectivos militares, o se transportaban elementos prohibidos o ilegales que permitan configurar algún eximente de responsabilidad o justificación para el imprudente proceder de los militares.

De conformidad con lo enunciado y el análisis probatorio, la Sala comparte la atribución de responsabilidad efectuada por la A quo, pues se demuestra fehacientemente la falla del servicio por parte de los efectivos del Ejército Nacional que participaron en los hechos del 16 de diciembre de 2008, siendo entonces imputable a la entidad, la afectación y trauma soportado por la señora LILIANA VALDES PENNA al ser una testigo y sobreviviente del ataque con disparos de armas fuego de dotación oficial tipo fusil propiciados en contra del vehículo en que aquella se movilizaba junto con el señor JOSÉ EDWIN LEGARDA VÁSQUEZ, quien lo conducía y fue ultimado en dichas circunstancias injustificables para el accionar de miembros de las fuerzas militares y que a su vez desdibujan las obligaciones de rango constitucional a su cargo para con la población civil.

Corolario de lo anterior, la Sala procederá a confirmar la imputación de responsabilidad de la sentencia de primera instancia, por lo cual ahora se procederá a analizar los términos de la indemnización de perjuicios, acorde las objeciones presentadas por los apelantes.

3.7. Reconocimiento de perjuicios

3.7.1. La legitimación en la causa por activa

En relación con este ítem de análisis, se itera que la parte actora expone que en la sentencia de primera instancia se omitió la inclusión de RULI JOSÉ MENDEZ MÉNDEZ y MARÍA HELENA VALDES PENNA, frente al reconocimiento de perjuicios morales, precisando que pese a que se incluyeron en la demanda y comparecieron a través de apoderada, la A quo no los incluyó en el grupo familiar indemnizado por los hechos acaecidos.

Descendiendo lo antes enunciado al objeto de la decisión, la Sala encuentra necesario, a partir de las pruebas documentales que reposan en el expediente, precisar la composición del grupo familiar, y la acreditación de la calidad en que comparecen al presente asunto, así:

- Registro civil de matrimonio (Fl. 8 C. Ppal) de Ruli José Méndez Méndez con Lilibiana Valdés Penna (afectada directa).
- Registro civil de nacimiento de Lilibiana Valdés Penna (Fl. 9 C. Ppal), el cual da cuenta que es hija de Ana Lilibiana Penna Sánchez y José Antonio Valdés Rivera.
- Registro civil de nacimiento de María José Méndez Valdés (Fl. 10 C. Ppal) y Juan Camilo Méndez Valdés (Fl. 11 C. Ppal), los cuales dan cuenta que son hijos de Ruli José Méndez Méndez y Lilibiana Valdés Penna (afectada directa).
- Registro civil de nacimiento de María Helena Valdés Penna (Fl. 14 C. Ppal), Ana Isabel Valdés Penna (Fl. 15 C. Ppal) y Adriana Patricia Valdés Penna (Fl. 16 C. Ppal), los cuales dan cuenta que son hijos de Ana Lilibiana Penna Sánchez y José Antonio Valdés Rivera, por tanto, hermanas de la afectada directa.

Del análisis de los documentos arriba relacionados, la Sala advierte con claridad que los demandantes RULI JOSÉ MENDEZ MÉNDEZ y MARÍA HELENA VALDES PENNA

Expediente: 19001 33 33 003 2011 00422 01
 Demandante: RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ Y OTROS
 Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
 Acción: REPARACIÓN DIRECTA

se encuentran plenamente acreditados como cónyuge y hermana de la afectada directa, respectivamente, por lo tanto, es procedente su inclusión en el grupo familiar indemnizado por concepto de perjuicios morales, los cuales se analizarán seguidamente.

3.7.2. La acreditación de perjuicios

El Ejército Nacional controvierte la condena por concepto de perjuicios morales y daño a la salud, argumentando que no se encuentra acreditada la afectación de los demandantes por las lesiones de LILIANA VALDES PENNA.

3.7.2.1. Sobre el daño moral reconocido

Es del caso mencionar que el H. Consejo de Estado ha señalado que la indemnización que se reconoce a quienes sufren un daño antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria³⁰ y no reparatoria del daño causado y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo que corresponde al juez tasar discretionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado y la magnitud del dolor que puede ser apreciada por sus manifestaciones externas, admitiendo para su demostración cualquier tipo de prueba³¹.

En relación con el reconocimiento de perjuicios morales, se tiene decantado por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado que resulta procedente el reconocimiento de aquellos en favor de quien sufrió lesiones físicas y de su núcleo familiar, en compensación al dolor, la angustia, aflicción y congoja que se presume se producen como resultado de tal circunstancia.

Al respecto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, en sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz, ha establecido la tasación de los perjuicios morales por lesiones personales a favor del lesionado y víctimas indirectas, en seis niveles diferentes³² teniendo en cuenta la gravedad porcentual de la lesión.

³⁰ RENATO SCOGNAMIGLIO. *El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual*. traducción de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Edit. Antares, 1962, pág. 46.

³¹ Ver, por ejemplo, sentencia de 2 de junio de 2004, exp: 14.950.

³²

GRAFICO No. 2					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

"Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso."

Expediente: 19001 33 33 003 2011 00422 01
Demandante: RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Acción: REPARACIÓN DIRECTA

Así las cosas, descendiendo al cargo de apelación, se comprueba inicialmente que la A quo tasó discrecionalmente esta tipología de perjuicio, ubicándola en la tercera escala de gravedad de la lesión, aduciendo para el efecto que *“considerando las lesiones presentadas consistentes en su afectación psíquica y dada la gravedad de ella pues de una u otra forma existe violación a los derechos humanos de los civiles, considera el Despacho que la lesión amerita reconocimiento...”*

De lo anterior, evidencia la Sala que efectivamente la señora LILIANA VALDÉS PENNA para el día 16 de diciembre de 2008 fue víctima de un ataque con disparos de arma de fuego de dotación oficial perpetrados por miembros del Ejército Nacional, contra el vehículo en que se desplazaba, ataque del cual resultó fallecido el conductor del automotor, sin que obre en el plenario prueba que evidencie que la ahora demandante soportó lesiones físicas en su humanidad luego de los hechos sucedidos, no obstante, es menester iterar que el daño se puede presentar en varias esferas del individuo³³, pues no es indispensable que se cause una afección física derivada de los hechos, sino que se presente una alteración a sus actividades cotidianas que tengan la potencialidad de causar temor por la existencia misma, los cuales no está en la obligación de soportar y que generan un menoscabo en las condiciones de vida.

Aunado a lo expuesto, es dable refrendar que la señora VALDÉS PENNA fue objeto de medida de protección de testigos por parte del Fiscal 41 Especializado delegado ante la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación³⁴, en aras de garantizar su comparecencia como testigo directo al proceso penal que finalmente dictó sentencia condenatoria contra los efectivos militares involucrados en el homicidio de JOSÉ EDWIN LEGARDA VÁSQUEZ, iterando, que conducía el vehículo en que se movilizaba la ahora demandante en el instante en que fueron baleados por efectivos militares.

En ese orden de ideas, la Sala verifica que si bien en el expediente no existe prueba de la magnitud de la afección soportada por la señora LILIANA VALDÉS PENNA por los hechos del día 16 de diciembre de 2008, de la foliatura es dable extraer que aquella fue sometida a una experiencia de peligro inminente por su vida a raíz del ataque con disparos de arma de fuego en el vehículo que se movilizaba, suceso que a partir de la sana crítica y las máximas de la experiencia, un civil no está en la capacidad y obligación de soportar, y que a su vez, el Estado como garante de la seguridad de sus asociados está en el deber de evitar, lo cual en el presente caso se desdibuja pues la entidad estatal se encargó de poner en riesgo la vida de la actora con el actuar irregular de sus efectivos militares.

Del mismo modo, los testimonios recepcionados en primera instancia, evidencian las afecciones soportadas por la señora LILIANA VALDES PENNA y su núcleo familiar debido a la nefasta experiencia soportada, además de supuestas amenazas contra su integridad que ocasionaron un presunto exilio en Suiza, circunstancia de la cual únicamente se tiene referencia a partir de la prueba testimonial recaudada, no obstante, resulta plenamente comprobadas las afecciones morales del grupo familiar demandante, por lo tanto, la Sala comparte la estimación de perjuicios realizada por la A quo, de conformidad con las pruebas relacionadas previamente.

³³ HENAO, Juan Carlos. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*. Bogotá, Edit. Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 79.

³⁴ Folio 65 del Cuaderno Principal No. 1

Expediente: 19001 33 33 003 2011 00422 01
 Demandante: RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ Y OTROS
 Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
 Acción: REPARACIÓN DIRECTA

Finalmente, se tiene que la parte demandante solicita que se reconozca indemnización en favor de la señora MARÍA ELVIA MÉNDEZ DE MÉNDEZ, denegada en primera instancia al no encontrar demostrada la calidad con que comparece al proceso.

Para resolver dicho cargo de apelación, la Sala encuentra que las declaraciones de los señores GERARDO ALBERTO SÁNCHEZ HOLGÚIN, MARÍA ETELVINA CORTES DE VALDES y FERNANDO CARVAJAL DIAZ, coinciden al momento de reconocer a la señora MARÍA ELVIA como madre de RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ – cónyuge de la afectada directa, y a su vez, como parte del núcleo familiar afectado con los hechos acaecidos en contra de LILIANA VALDES PENNA, por lo expuesto, se incluirá a la señora MARIA ELVIA MÉNDEZ DE MÉNDEZ como beneficiaria de indemnización por concepto de perjuicio moral, pero en calidad de tercera afectada de conformidad con los parámetros de unificación decantados por el Consejo de Estado, pues no existe prueba documental que de cuenta del lazo de consanguinidad de aquella con el señor RULI JOSÉ MÉNDEZ MÉNDEZ.

Corolario de lo anterior, se modificará el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en aras de ajustarla a las conclusiones antes denotadas, y acceder al reconocimiento de indemnización por perjuicios morales, así:

<i>Demandante</i>	<i>Parentesco con la lesionada</i>	<i>Indemnización en Salarios Mínimos</i>
LILIANA VALDES PENNA	Lesionada	40
RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ	Cónyuge	40
JUAN CAMILO MENDEZ VALDES	Hijo	40
MARIA JOSE MENDEZ VALDES	Hijo	40
ANA LILIA PENNA DE VALDES	Madre	40
JOSE ANTONIO VALDES RIVERA	Padre	40
ADRIANA PATRICIA VALDES PENNA	Hermana	20
ANA ISABEL VALDES PENNA	Hermana	20
MARÍA HELENA VALDES PENNA	Hermana	20
MARÍA ELVIA MÉNDEZ	Tercera damnificada	6

3.7.2.2. Sobre el daño a la salud reconocido

En cuanto a la manera en la que el Estado debe reparar el perjuicio no pecuniario diferente al moral ocasionado por una afectación sicofísica en razón al principio de reparación integral, la jurisprudencia no ha sido pacífica, al punto de variar el enfoque de reparación, pues del simple daño a la vida de relación, pasó al de alteración grave de las condiciones de existencia, para finalmente concretarse el denominado “daño a la salud”, el cual abarcaría los reclamados “Daño a la vida de relación” y “perjuicio estético”.

Mediante sentencia del 14 de septiembre de 2011 con ponencia del Dr. Enrique Gil Botero, el Consejo de Estado dispuso que el daño a la salud desplaza a las demás categorías de daño inmaterial, ya que no es procedente referirse al perjuicio fisiológico, o al daño a la vida de relación, o incluso a las alteraciones graves en las condiciones de existencia, precisamente porque cuando la lesión antijurídica tenga su génesis en una afectación negativa del estado de salud del directo afectado, es en esta nueva denominación de perjuicio que se condensan diversas esferas de la persona, no sólo la interna del sujeto, sino que abarca también los aspectos físicos y psíquicos, atendiendo con ello a un criterio más

Expediente: 19001 33 33 003 2011 00422 01
Demandante: RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Acción: REPARACIÓN DIRECTA

objetivo y de igualdad.³⁵

Así, además de los perjuicios morales a que tendría derecho quien sufra una afectación física imputable a la administración, se puede reconocer el daño a la salud, el cual busca indemnizar las consecuencias funcionales de la afectación a la salud y, en general, a la integridad corporal del perjudicado.

Con base en el nuevo criterio jurisprudencial, el perjuicio inmaterial por fuera del moral en el caso de lesiones sicofísicas, solamente se reconoce cuando se acredita el daño producido a la salud, con el cual “...se catalogó a la salud como un derecho fundamental que cuenta con reconocimiento autónomo y cuya finalidad es servir de contenedor de categorías del daño inmaterial, en aras de evitar la dispersión de varias nociones abiertas que hacían compleja la aplicación efectiva del principio de igualdad y de reparación integral (v.gr. daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia)”³⁶.

Emerge entonces, como necesaria -para el Juez- la verificación de la existencia de la lesión, las consecuencias y las limitaciones que genera en el estado de bienestar del individuo, esto es, la afectación que hacia futuro trae la lesión en la salud y desarrollo normal del administrado, para que con apoyo en las pruebas técnicas o científicas relativas al porcentaje de incapacidad temporal o permanente derivado del daño, se arribe a una conclusión que atienda a la objetividad e igualdad.

Ahora bien, en lo que a la tasación de dicha tipología de perjuicio se refiere, de igual forma, en Sentencia de Unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2014, se precisó la utilización de una tabla en la que se pudieran enmarcar las correspondientes indemnizaciones de acuerdo con la gravedad de la lesión.

En ese mismo sentido, jurisprudencialmente se ha entendido que en determinados y específicos casos, en donde de los medios probatorios allegados al expediente pueda el Juez entrever una afectación de mayor intensidad y gravedad que requiera ser indemnizada en un monto superior al establecido en la tabla citada, la misma debe estar debidamente motivada y no podrá superar la cuantía equivalente a 400 SMLMV.³⁷

³⁵En la referida sentencia, se indicó lo siguiente: “[D]esde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo e desigualitario –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño–, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro.
(...).

Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso –:

i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;
ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal³⁵.
(...).

Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad materia” (Resalta el Tribunal).

³⁶ Consejo de estado, Sección tercera, Subsección C, sentencia de 28 de marzo de 2012, expediente 22163.

³⁷ En sentencia de 28 de agosto de 2014, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala plena de la Sección Tercera, Expediente nº 31172, MP: Olga Mérida Valle de De la Hoz, explicó que:

Expediente: 19001 33 33 003 2011 00422 01
Demandante: RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Acción: REPARACIÓN DIRECTA

Sobre el particular, se evidencia que la A quo dispuso condenar *in genere* por este concepto al Ejército Nacional, previendo que la señora LILIANA VALDES PENNA debería acudir ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez en aras de determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral o lesiones psicológicas derivadas de los hechos acaecidos el 16 de diciembre de 2008.

En relación con lo anterior, la entidad demandada en su alzada objetó las conclusiones adoptadas en primera instancia por dicho concepto, por su parte, la demandante solicitó el reconocimiento de indemnización por daño a la salud en la cuantía de 100 S.M.L.M.V. en favor de la afectada directa, a partir de las alteraciones soportadas por aquella debido los hechos que llevaron a presenciar la muerte de su compañero de viaje, Edwin Legarda.

Ahora bien, para la Sala, es necesario hacer referencia a las conclusiones adoptadas en relación con el daño moral, pues se advierte que, en efecto, como se comprobó durante el trámite procesal, la señora LILIANA VALDES PENNA padeció un evento traumático el 16 de diciembre de 2008 cuando se movilizaba en un vehículo atacado con ráfagas de fusil de las armas de dotación oficial de miembros del Ejército Nacional, hechos respecto de los cuales si bien no se comprobó que hayan producido una lesión física, si tuvo la potencialidad de poner en riesgo su vida experimentando una situación que no estaba en la obligación de soportar, como fue el actuar irregular de los miembros de la entidad estatal.

Según lo expuesto, teniendo en cuenta las consideraciones reseñadas en las sentencias de unificación proferidas por la Alta Corporación Contenciosa en el año 2014³⁸, pese a la situación soportada por la señora VALDES PEÑA, la cual se encuentra comprobada con el material probatorio arrimado al plenario, para la Sala no son de recibo las conclusiones adoptadas por la A quo en relación con la condena *in genere* por concepto de daño a la salud, pues no existe prueba e indicio que permita siquiera considerar que con posterioridad a los hechos acaecidos el 16 de diciembre de 2008, la afectada directa presentara complicaciones en su salud psíquica, es decir, no se acreditó con ningún medio probatorio que la afectada tuviese que afrontar atenciones médicas especializadas en aras de reestablecer su estado de salud, por ende, al no acreditar ese daño hacia futuro en la salud de la señora LILIANA VALDÉS PENNA, no resulta procedente condenar por este concepto a la entidad demandada, siendo importante advertir que no existen parámetros que eventualmente posibiliten la aplicación del *arbitrio iuris* para tasar esta clase de perjuicios.

"Sin embargo, en casos excepcionales, cuando, conforme al acervo probatorio se encuentre probado que el daño a la salud se presenta en una mayor intensidad y gravedad, podrá otorgarse una indemnización mayor, la cual debe estar debidamente motivada y no podrá superar la cuantía equivalente a 400 SMLMV.

Así, el operador judicial debe tener en cuenta las siguientes variables conforme a lo que se encuentre probado en cada caso concreto:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)
 - La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
 - La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
 - La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
 - La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
 - Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
 - Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
 - Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
 - La edad.
 - El sexo.
 - Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso. (...)"***

³⁸ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31170, M.P. Enrique Gil Botero. También lo dispuesto en En sentencia de 28 de agosto de 2014, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala plena de la Sección Tercera, Expediente n° 31172, MP: Olga Mérida Valle de De la Hoz.

Expediente: 19001 33 33 003 2011 00422 01
Demandante: RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Acción: REPARACIÓN DIRECTA

Así las cosas, se revocará la sentencia de primera instancia en este aspecto, para en su lugar denegar al reconocimiento de esta clase de perjuicio inmaterial, iterando que en todo caso, de las pruebas arimadas al expediente, no se encuentra probado una alteración sicofísica en la persona de LILIANA VALDES PENNA, susceptible de indemnización más allá del reconocimiento hecho por daños morales.

3.7.2.3. Sobre el perjuicio material

En relación con este aspecto, la parte demandante solicita que se reconozca indemnización por esta clase de perjuicio, refrendando que en la demanda deprecó su tasación conforme se demuestre en el curso procesal.

Al respecto, precisa esta Sala que si bien la A quo no hizo referencia en su providencia a esta clase de perjuicios, dentro del plenario no se observa ninguna prueba que permita tasar la eventual causación de este perjuicio a la señora LILIANA VALDES PENNA, aunado a que en el líbello demandatorio se solicitó su reconocimiento sin estimar algún valor o señalar los conceptos que deberían tenerse en cuenta para el efecto, circunstancia que impide la prosperidad de esta pretensión.

3.7.2.4. Perjuicios por daños inmateriales como consecuencia de la vulneración a derechos fundamentales, o medidas resarcitorias.

La parte actora solicita el reconocimiento de esta tipología de perjuicio inmaterial en favor de cada uno de los demandantes en el equivalente a 400 s.m.l.m.v., considerando que cada derecho fundamental vulnerado, esto es, la vida, la integridad, la tranquilidad y la familia se tasa en 100 s.m.l.m.v., por lo tanto, solicita su reconocimiento en sede de apelación.

Según lo expuesto, y revisado el líbello demandatorio, se encuentra que esta tipología de indemnización no se encuentra sustentada por ningún medio probatorio, aunado a que a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado que decanta los requisitos necesarios para la prosperidad de la indemnización pretendida³⁹, no se evidencia que se hayan vulnerado derechos constitucional o convencionalmente protegidos en los hechos del 16 de diciembre de 2008, los cuales fueron investigados y juzgados ante la justicia ordinaria, que condenó por homicidio culposo al efectivo militar a cargo del Séptimo Pelotón de la compañía Galeón del batallón José Hilario López de Popayán, sin evidenciar que las circunstancias acaecidas comportaron la vulneración a dicha tipología de garantías especiales, por ende, la Sala desestima la petición.

3.8. De las costas

Estima esta Sala que en el asunto Sub judice no hay lugar a la imposición de la condena costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto una actuación temeraria de parte de la parte demandante o de la entidad demandada, en los términos establecidos por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que dispone:

“ART. 55.- *Condena en costas. El artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:*

³⁹ En relación con el reconocimiento de perjuicios inmateriales como un daño inmaterial autónomo en caso de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucional o convencionalmente afectados ver la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222.

Expediente: 19001 33 33 003 2011 00422 01
Demandante: RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Acción: REPARACIÓN DIRECTA

Artículo 171. Condena en costas. En todos los procesos con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil."

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- REVOCAR el numeral **TERCERO** y **MODIFICAR** el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia No. 042 del veinte (20) de abril de dos mil quince (2015) proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán, al tenor de las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia, el cual quedará así:

"SEGUNDO.- CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, a pagar las siguientes indemnizaciones, por concepto de perjuicios morales:

Demandante	Parentesco	Indemnización en Salarios Mínimos
LILIANA VALDES PENNA	Lesionada	40
RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ	Cónyuge	40
JUAN CAMILO MENDEZ VALDES	Hijo	40
MARIA JOSE MENDEZ VALDES	Hija	40
ANA LILIA PENNA DE VALDES	Madre	40
JOSE ANTONIO VALDES RIVERA	Padre	40
ADRIANA PATRICIA VALDES PENNA	Hermana	20
ANA ISABEL VALDES PENNA	Hermana	20
MARÍA HELENA VALDES PENNA	Hermana	20
MARÍA ELVIA MÉNDEZ	Tercera damnificada	6

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO.- Sin costas, por no haberse causado.

CUARTO.- ENVÍESE el expediente al Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Popayán, con competencia en el sistema escritural para continuar conociendo del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

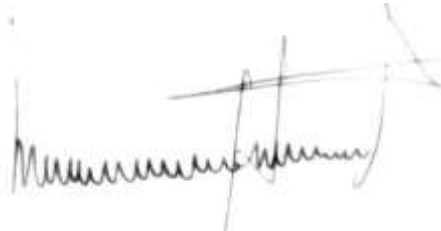
Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión de la fecha.

Los Magistrados,



JAIRO RESTREPO CÁCERES

Expediente: 19001 33 33 003 2011 00422 01
Demandante: RULI JOSÉ MENDEZ MENDEZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Acción: REPARACIÓN DIRECTA



CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO



CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ

Firmado Por:

**Jairo Restrepo Caceres
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
División De Sistemas De Ingenieria
Bogotá D.C., - Bogotá, D.C.**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

348b2729e2ad17dd0cdb4379e175ab5d677cddc1d9f0385223c9cd6457192372

Documento generado en 30/08/2021 10:04:12 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**