

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN B

Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero

Bogotá, D.C., cinco (05) de marzo del dos mil quince (2015)

Expediente: 37310

Radicación: 050012331000200403617-01

Actor: Luis Enrique Zapata Castrillón y otros

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Naturaleza: Acción de reparación directa

Temas: Régimen de responsabilidad del Estado por daños causados con armas de dotación oficial. El juez contencioso administrativo, juez interno de convencionalidad. El alcance del concepto de víctima en la sentencia de unificación del 28 de agosto del 2014 sobre reparación de los perjuicios inmateriales derivados de vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

Procede la Sala a resolver, de conformidad con el auto de prelación de fallo, fechado marzo 27 del 2014 (fl. 342 a 345, c.p), el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 25 de septiembre del 2008, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda. La sentencia recurrida será modificada.

SÍNTESIS DEL CASO

El 21 de noviembre del 2002, el señor Luis Enrique Zapata Castrillón murió cuando un oficial del Ejército Nacional le disparó con su arma de dotación, en cumplimiento de la orden de operaciones fragmentaria n.º 096 -“Nocturno”- del Grupo Antisecuestro y Antiextorsión (GAULA) del Ejército Nacional -Antioquia-, la

cual tenía por objeto capturar una banda de extorsionistas y malhechores de entidades bancarias que acechaban un sector de la ciudad de Medellín.

I. ANTECEDENTES

A. Lo que se demanda

1. Mediante escrito presentado el 12 de marzo de 2004 ante el Tribunal Administrativo de Antioquia (fl. 1 a 8, c.1), los señores **LUIS ENRIQUE ZAPATA CASTRILLÓN, MARIELA CASTRILLÓN GIL, DEISY JOHANNA ZAPATA CASTRILLÓN y FRANK ALEXÁNDER MONTOYA MORALES**, todos mayores de edad, con domicilio en la ciudad de Medellín, Antioquia, actuando en nombre propio, mediante apoderado debidamente constituido (fl. 9 a 10, c.1), formularon demanda de reparación directa consagrada en el art. 86 del C.C.A., contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, por los perjuicios morales y materiales derivados de la muerte del joven **LUIS ENRIQUE ZAPATA CASTRILLÓN**, ocurrida el 21 de noviembre del 2002 en la ciudad de Medellín, como consecuencia de los disparos recibidos del capitán del Ejército Nacional Colombiano, Carlos Mauricio Rojas Martínez.

1.1. Como consecuencia de lo anterior, se solicita se hagan las siguientes **declaraciones y condenas:**

PRIMERO: Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a LA NACIÓN COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - [EJÉRCITO NACIONAL], de los perjuicios causados a los demandantes con motivo de la muerte del joven LUIS ENRIQUE ZAPATA CASTRILLÓN, ocurrida el 21 de noviembre de 2002, en la calle 50 n.º 65-161 de la ciudad de Medellín. Como consecuencia de los disparos recibidos del capitán del Ejército Nacional Colombiano señor CARLOS MAURICIO ROJAS MARTÍNEZ.

SEGUNDO: Condenar a la NACIÓN COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - [Ejército Nacional], a pagar a cada uno de los demandantes esto es a los señores LUIS ENRIQUE ZAPATA CASTRILLÓN (padre), MARIELA CASTRILLÓN GIL, DEISI JHOJANA (sic) ZAPATA CASTRILLÓN Y FRANK ALEXANDER MONTOYA MORALES El (sic) equivalente a 1.000 salarios mínimos legales mensuales. (sic) Por perjuicios morales.

TERCERO: Condenar a LA NACIÓN COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- [Ejército Nacional], a pagar a favor de los señores LUIS ENRIQUE ZAPATA CASTRILLÓN, MARIELA CASTRILLÓN GIL, DEISI JHOJANA (sic) ZAPATA CASTRILLÓN Y FRANK ALEXANDER MONTOYA MORALES, los perjuicios materiales sufridos con motivo de la muerte de su hijo, hermano y cuñado. Teniendo en cuenta como base de liquidación:

- 1) El salario mínimo legal vigente al 21 de noviembre del 2002, más un 25% de prestaciones sociales.*
- 2) La vida probable de la víctima teniendo en cuenta que apenas contaba con 28 años de edad, y que según el Instituto de Medicina Legal de la ciudad de Medellín, la esperanza de vida era de 40 años más (...)*
- 3) Actualizar dicha cantidad según la variación porcentual del índice de precios al consumidor existente entre el 21 de noviembre de 2002 y el que exista cuando se produzca el fallo de primera o segunda instancia o el auto que liquide los perjuicios materiales. Todo esto indexados (sic).*
- 4) Los **PERJUICIOS MATERIALES** (lucro cesante vencido y futuro), derivados de la muerte de su hijo, hermano y cuñado, toda vez que el joven LUIS ENRIQUE ZAPATA CASTRILLÓN, era quien velaba por el sostenimiento económico de sus señores padre y madre, al momento de hacer el respectivo cálculo se deberá tener en cuenta la edad del fallecido, además a la proyección económica se le debe incrementar un porcentaje del 25% (veinticinco por ciento) por concepto de prestaciones sociales. Teniendo en cuenta que la expectativa de vida del joven ZAPATA CASTRILLÓN, era de 40 años más de vida. (...)*

1.2. En respaldo de sus pretensiones, la parte actora adujo los siguientes **hechos** que se resumen a continuación:

1.2.1. El joven Luis Enrique Zapata Castrillón fue asesinado por el capitán del Ejército Nacional Carlos Mauricio Rojas Martínez, cuando este último se encontraba en cumplimiento de un operativo tendiente a capturar una banda de extorsionistas y atracadores de entidades bancarias en la ciudad de Medellín.

1.2.2. Manifiesta que el militar en su primera declaración rendida ante el Fiscal 159 Seccional precisó que había visto en un sector de la ciudad de Medellín cuatro sujetos transportándose en dos motocicletas pequeñas que estaban atracando a un señor, ante lo cual procedieron a hacer notoria su presencia como integrantes del GAULA, y uno de ellos se bajó y lo apunto con un arma de fuego, agresión que

fue contenida anticipadamente por el militar cuando disparó su arma de dotación oficial y le causó la muerte.

1.2.3. Afirma que los señores Luis Alberto Vásquez Rodríguez y Denys Rodrigo Zapata Correa, testigos que presenciaron los hechos, en sus declaraciones vertidas en la investigación adelantada en contra de dicho capitán por el delito de homicidio en el Juzgado 22 Penal Militar de la ciudad de Medellín, manifestaron que el joven Luis Enrique fue ejecutado públicamente, luego de haber sido neutralizado.

1.2.4. Sostiene que dentro del expediente radicado con el n. ° 2973 del Juzgado 22 Penal Militar de la ciudad de Medellín se certificó y se concluyó por parte del Instituto de Medicina Legal que la muerte de quien en vida respondió al nombre de Luis Enrique Zapata Castrillón fue consecuencia natural y directa de shock neurogénico por laceración encefálica producida por proyectil de arma de fuego de naturaleza esencialmente mortal cuya dirección de desplazamiento fue de atrás-adelante, derecha-izquierda.

1.2.5. La muerte del joven Luis Enrique Zapata Castrillón constituye una falla en la prestación del servicio público porque fue ocasionada con un arma de dotación oficial, disparada en forma negligente, imprudente e irresponsable por un oficial del Ejército Nacional de Colombia.

1.2.6. La entidad demandada es responsable de la muerte del joven Luis Enrique, toda vez que ocurrió como consecuencia de una ejecución arbitraria, brutal y sumaria, sin que se le hubieran garantizado a la víctima la oportunidad de defenderse ante un estrado judicial con desconocimiento de las ritualidades que rigen el debido proceso y la defensa técnica.

B. Trámite procesal

2. En escrito presentado el 27 de octubre de 2004, la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, en su calidad de demandada, por intermedio de apoderado debidamente constituido, presentó escrito de **contestación de**

demanda (fl. 78 a 80, c.1) en el que se opuso a las pretensiones de la misma, con fundamento en el hecho exclusivo y determinante de la víctima, causal de exoneración de responsabilidad de la demandada, toda vez que, de las pruebas allegadas al proceso provenientes de la investigación penal, se colige que el capitán Rojas, sindicado de los hechos, actuó en legítima defensa y protegió, ante todo, su integridad física.

3. La entidad demandada presentó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia solicitud de **llamamiento en garantía** (fl. 86 a 87, c.1) en contra del capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez, autor de la muerte del señor Luis Enrique Zapata Castrillón, para que, en caso de que la sentencia definitiva declare que el mencionado oficial es responsable de los daños y perjuicios deprecados por el demandante, por haber actuado con dolo o culpa grave, se le ordene el pago de la totalidad de los perjuicios que llegare a pagar la entidad demandada.

3.1. Mediante auto del 2 febrero del 2005, el Tribunal Administrativo de Antioquia resolvió admitir el llamamiento en garantía (fl. 88 a 90, c.1) solicitado por la entidad demandada, contra el capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez.

3.2. Mediante escrito radicado el 22 de abril del 2005 (fl. 98 a 104, c.1), el capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez, mediante apoderado debidamente constituido (fl. 97, c.1), presentó **contestación al llamamiento en garantía** solicitado por la entidad demandada, y se opuso a las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos: *i)* actuó y obró en legítima defensa y en protección de su integridad física; *ii)* se configuró una excepción de mérito, hecho exclusivo y determinante de la víctima, habida cuenta que la persona que falleció, con su actitud antijurídica, provocó la reacción legítima del oficial del Ejército, quien actuó para defender su vida y en estricto cumplimiento de un deber legal, ante un riesgo real e inminente, y con la debida proporcionalidad entre la acción y la reacción; *iii)* finalmente, solicitó al Tribunal decretar la prejudicialidad del proceso hasta tanto no se decidiera el asunto en la jurisdicción penal militar de conformidad con lo reglado por el numeral 2º del artículo 170 del C.P.C., en concordancia con el artículo 267 del C.C.A.

4. Mediante auto del 7 de febrero del 2008, el Tribunal Administrativo de Antioquia corrió traslado a las partes por diez (10) días para que presentaran sus **alegatos de conclusión** (fl. 156, c.1) y al Agente del Ministerio Público para lo de su competencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 210 del C.C.A., reformado por el artículo 59 de la ley 446 de 1998.

4.1. **La parte demandante** (fl. 157 a 198, c.1), a través de su apoderado, luego de realizar un análisis detallado de las pruebas recaudadas en el proceso, manifestó que: *i)* en el presente caso se evidencia claramente el abuso de la fuerza y la violación de los derechos humanos por parte de un oficial activo del Ejército; *ii)* se encuentra probada la muerte del joven Luis Enrique Zapata Castrillón a manos de miembros del grupo GAULA perteneciente al Ejército Nacional con arma de dotación oficial, cuando la víctima estaba en completo estado de indefensión.

4.2. **La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional** (fl. 199 a 207, c.1), a través de su apoderado, manifestó como argumento de defensa que: *i)* se encuentra, según las pruebas arrimadas al proceso, configurada la causal de exoneración de responsabilidad, hecho exclusivo y determinante de la víctima, pues se demostró que el joven Zapata Castrillón falleció en momentos en que incurrió en una conducta punible y fue sorprendido en flagrancia por unidades militares que lo requirieron; no obstante, hizo caso omiso y procedió a desenfundar un arma de fuego, ante lo cual el capitán del Ejército reaccionó con su arma de dotación y lo impactó en el cráneo; *ii)* el mencionado capitán de la institución militar no ha sido condenado por dicho homicidio ni sancionado disciplinariamente por esos hechos; *iii)* la parte actora no demostró la falla en el servicio ni la conducta exigible de la administración, ni las circunstancias constitutivas de violación de derechos humanos, por lo que se debe exonerar a la entidad demandada de cualquier cargo enrostrado en su contra.

4.3. El llamado en garantía no presentó escrito de alegatos de conclusión.

5. El 25 de septiembre del 2008, el Tribunal Administrativo de Antioquia dictó **sentencia de primera instancia** (fl. 209 a 241, c.p), mediante la cual resolvió:

1. DECLARAR ADMINISTRATIVAMENTE RESPONSABLE a LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, por los daños inferidos a LUIS ENRIQUE ZAPATA CASTRILLÓN, MARIELA CASTRILLÓN GIL, DEISY JOHANNA ZAPATA CASTRILLÓN Y FRANK ALEXANDER MONTOYA, con ocasión de la muerte del joven LUIS ENRIQUE ZAPATA CASTRILLÓN, en hechos sucedidos el 21 de noviembre de 2002 en la ciudad de Medellín, en operación efectuada por miembros del Ejército Nacional.

2. CONDENAR a LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – [EJÉRCITO NACIONAL] a pagar a título de indemnización:

2.1. Por concepto de perjuicios morales:

A) A Luis Enrique Zapata Castrillón, Mariela Castrillón Gil el equivalente a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES (100 S.M.L.M.V.), para cada uno de ellos.

B) A DEISY JOHANNA ZAPATA CASTRILLON Y FRANK ALEXANDER MONTOYA MORALES el equivalente a CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (50 S.M.L.M.V.) para cada uno de ellos.

2.2. Por concepto de perjuicios materiales

2.2.1. Modalidad de lucro cesante a LUIS ENRIQUE ZAPATA CASTRILLON, MARIELA CASTRILLÓN GIL la condena se efectúa en abstracto, debiendo la parte demandante proponer el incidente respectivo dentro de los términos del artículo 172 del Código Contencioso Administrativo.

3. SE NIEGAN LAS DEMÁS PRETENSIONES.

4. CONDÉNASE al entonces capitán del ejército CARLOS MAURICIO ROJAS MARTÍNEZ identificado con cédula de ciudadanía No. 79.801.788 de Armenia a reintegrar al MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, el valor de la condena impuesta a dicho ente estatal en los numerales que anteceden. El reintegro será exigible solo después que se haya hecho efectivo el pago de los perjuicios reconocidos a los demandantes (énfasis original) (...)

5.1. Los argumentos que expuso el juez de primer grado fueron los siguientes: i) se estableció que se trató de una ejecución sumaria, por lo que las afirmaciones y argumentos de justificación a través de testimonios e indagatorias de los militares no fueron lo suficientemente contundentes; ii) se comprueba que los hechos son

consecuencia de la ejecución de una operación efectuada por miembros del Ejército Nacional, cuyo daño se produjo con arma de dotación oficial; *iii*) se trató de un indebido uso de la fuerza letal, lo que configura una conducta ilícita dentro de la teoría de la falla en el servicio que genera una responsabilidad subjetiva estatal; *iv*) se concluyó que la acción ejecutada por el oficial autor del homicidio se desarrolló más allá de lo normal, sin precaución ni reflexión, pues, además, se efectuó en una zona céntrica de la ciudad de Medellín en horas de alta movilidad vehicular y peatonal; *v*) no se configuró la causal de exoneración de responsabilidad consistente en el hecho exclusivo y determinante de la víctima alegada por la demandada.

6. Contra la anterior decisión, la entidad demandada interpuso oportunamente **recurso de apelación** (fl. 243, c.p), el cual fue sustentado mediante escrito presentado el 3 de julio del 2009 (fl. 245 a 250, c.p), a fin de que se revocara la decisión de primera instancia y, en su lugar, se despachara negativamente las súplicas de la demanda. Lo anterior, con base en los alegatos allegados en primera instancia y en los siguientes argumentos: *i*) el *a quo* incurrió en una apreciación subjetiva de los hechos, pues solo extrajo aquellas circunstancias fácticas de tiempo, modo y lugar que de alguna manera se adecuaron a su interpretación; *ii*) para el *a quo* se encuentra acreditada la inexistencia de enfrentamiento entre la víctima y la autoridad legítimamente constituida, quien en su obrar actuó no solo en cumplimiento de un deber legal sino también en defensa de su integridad física, pues minutos antes los delincuentes, entre los cuales se encontraba la víctima, habían asesinado y hurtado a un adulto mayor; *iii*) el material probatorio da cuenta de la estructuración del eximente de responsabilidad del hecho exclusivo y determinante de la víctima, pues esta última, con su actuar ilegal sufrió las consecuencias negativas que ello conllevaba, no solo por el hecho del delito sino por la consecuencia misma de enfrentar a la fuerza pública; *iv*) se demuestra, igualmente, el eximente de responsabilidad de la institución, en el hecho de que el oficial investigado por la operación tras la que falleció el joven Luis Enrique Zapata Castrillón, no fue sancionado ni penal ni disciplinariamente; *v*) el *a quo* condenó por perjuicio materiales de lucro cesante a favor de los padres, cuando la víctima era soltera, mayor de 25 años y sin hijos; además, se probó que

los padres no eran ancianos minusválidos o desprovistos de recursos económicos, todo lo contrario, se demostró que los padres del difunto eran pudientes y, en todo caso, no dependían económicamente del hijo fallecido, por lo que no es comprensible que se haya condenado en abstracto, para que por esta vía la parte demandantes pueda adecuar el material probatorio que debió aportar oportunamente con la demanda.

7. Mediante auto del 28 de agosto del 2009, la Sección Tercera del Consejo de Estado admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada (fl. 254, c.p) y mediante auto del 12 de febrero del 2010 (fl. 266, c.p) corrió traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran **alegatos de conclusión**, y al Agente del Ministerio Público para lo de su competencia de conformidad con el artículo 210 del C.C.A., modificado por el artículo 59 inc. 2 de la Ley 446 de 1998 (fl. 266, c.p).

7.1. **La parte actora** (fl. 268 a 269, c.p) reiteró los argumentos señalados en la sentencia de primera instancia en los cuales se fundó el *a quo* para emitir fallo estimatorio de las pretensiones formuladas en el libelo de la demanda.

7.2. **El agente del Ministerio Público** (fl. 271 a 279, c.p) presentó concepto en el que solicitó se declarara la responsabilidad del Ejército Nacional frente a la muerte de Luis Enrique Zapata Castrillón, por las siguientes razones: *i)* las declaraciones de los testigos presenciales resultan contestes en cuanto a la forma en la cual se narraron los hechos de la demanda; *ii)* los testimonios son convergentes cuando se relata los hechos que precedieron al momento en que el señor Zapata Castrillón fue reducido y, posteriormente, muerto, y, sobretodo, son categóricos en afirmar que quien disparó fue uno de los hombres que lo había interceptado en una camioneta roja, lo cual denota, sin mayor esfuerzo, que la acción de los miembros del ejército fue irresponsable y negligente; *iii)* el joven Zapata Castrillón, de acuerdo con las declaraciones referidas, en ningún momento suscitó un escenario de confrontación con la fuerza pública ni disparó el arma que portaba y fue evidente su estado de indefensión e inferioridad, pues el impacto de proyectil que le causó la muerte lo recibió estando de espaldas al victimario; *iv)* no había

razón alguna para que un miembro del Ejército disparara su arma contra una persona reducida al piso y en estado de indefensión, hecho que denota la conducta anormal y censurable de los miembros del Ejército Nacional.

7.3. La parte demandada y el llamado en garantía guardaron silencio en esta oportunidad procesal (fl. 280, c.p)

II. CONSIDERACIONES

A. Presupuestos procesales de la acción

6. Previo a analizar el fondo del presente asunto, resulta pertinente pronunciarse sobre la jurisdicción y competencia de esta Corporación, la procedencia de la acción, la legitimación en la causa y la caducidad.

6.1. Por ser la demandada una entidad estatal, el asunto es de conocimiento de esta jurisdicción (art. 82 C.C.A). Además, el Consejo de Estado es competente para conocer del caso de autos, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 25 de septiembre del 2008, en un proceso con vocación de segunda instancia, en los términos de la Ley 446 de 1998, teniendo en consideración que la cuantía de la demanda, determinada por el valor de la mayor de las pretensiones que corresponde a la indemnización por perjuicios morales, supera la exigida por la norma para tal efecto¹.

6.2. Considera la Sala que la acción de reparación directa instaurada (art. 86, C.C.A.) es la procedente, toda vez que por esta vía se pretende el resarcimiento patrimonial del presunto daño irrogado a la parte actora derivado de la muerte del

¹ Las pretensiones de la demanda se estimaron por perjuicios morales en 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes, es decir, \$358.000.000, valor que supera la cuantía requerida para el año 2004 -\$ 179.000.000-, año de presentación de la demanda, requisito exigido para que un proceso adelantado en acción de reparación directa, fuera considerado de doble instancia.

señor Luis Enrique Zapata Castrillón, ocurrida el día 21 de noviembre del 2002 en el municipio de Medellín, Antioquia, el cual se le imputa a la entidad demandada.

6.3. La legitimación en la causa por activa aparece demostrada en el plenario por los señores Luis Enrique Zapata Castrillón y Mariela Castrillón Gil, en su calidad de padres del difunto; por la señora Deisy Zapata Castrillón, en su calidad de hermana del difunto; y por el señor Frank Alexánder Montoya Morales, en su calidad de tercero damnificado.

6.3.1. La legitimación en la causa por pasiva se encuentra acreditada en cabeza de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, ya que es la entidad a la cual se le imputa el daño sufrido por los demandantes, por haber sido uno de sus integrantes el que abrió fuego en contra del ciudadano.

6.4. El ordenamiento jurídico consagra la figura de la caducidad como una sanción por el no ejercicio oportuno de las acciones judiciales, para lo cual la ley establece taxativamente unos términos dentro de los cuales el interesado tendrá la carga de promover el litigio a través de demanda. Si el recurso judicial se ejerce por fuera de este lapso temporal, aquel perderá la posibilidad de hacer efectivo el derecho sustancial que intenta deprecar ante la administración de justicia. En ese orden de ideas, el numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en lo relativo a la acción de reparación directa, instituye un término de dos años para que sea impetrada, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia del daño (hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente), vencido el cual ya no será posible solicitar que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado.

6.4.1. Así pues, en el presente caso los hechos que dieron lugar a la presente acción datan del 21 de noviembre del 2002 y la demanda se presentó el 12 de marzo del 2004, razón por la que se concluye que no operó el fenómeno de la caducidad.

B. Sobre la validez de los medios de prueba

7. En relación con algunos medios de prueba que se relacionarán en el acápite de hechos probados, la Sala los valorará conforme a las siguientes consideraciones: primero, se referirá a las pruebas documentales aportadas en copia simple; segundo, a las declaraciones testimoniales practicadas en procesos foráneos; tercero, a los interrogatorios de parte; y cuarto, a las declaraciones extrajuicio.

7.1. Validez de los documentos aportados en copia simple. Con la demanda y la contestación de la demanda se allegaron algunos documentos en copia simple. Con relación a estos documentos, la Sala se sujetará al criterio de unificación recientemente establecido por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación² en cuanto al valor probatorio de las copias simples, según el cual es preciso tener en cuenta que las partes en el curso procesal aceptaron que los documentos fueran tenidos en cuenta y coincidieron en la valoración de los mismos en forma recíproca, pues no fueron tachados ni al momento de arrimarlos al plenario probatorio ni durante el transcurso del debate procesal; por tanto, dichas copias tienen vocación de ser valoradas a fin de determinar el grado de convicción del juez frente a los hechos materia de litigio, pues de lo contrario se desconocería el principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

7.1.1. Por lo anterior, en aras de darle aplicación al criterio de unificación jurisprudencial en lo concerniente a las copias simples, la Sala considera que los sujetos procesales han conocido el contenido de los documentos allegados, lo que permite tenerlos en cuenta para fallar el fondo del sub lite.

² Consejo de Estado, Sección Tercera –en pleno–, sentencia del 28 de agosto del 2013, rad. 25022, M.P. Enrique Gil Botero. *“En otros términos, a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P) (...) Entonces, la formalidad o solemnidad vinculantes en el tema y el objeto de la prueba se mantienen incólumes, sin que se pretenda desconocer en esta ocasión su carácter obligatorio en virtud de la respectiva exigencia legal. La unificación consiste, por lo tanto, en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido. Por consiguiente, la Sala valorará los documentos allegados en copia simple contentivos de las actuaciones penales surtidas en el proceso adelantado contra Rubén Darío Silva Alzate”.*

7.2. De las declaraciones testimoniales practicadas en la investigación penal.

La mayoría de documentos y testimonios fueron allegados al *sub lite*, por solicitud de la parte actora (fl. 148, c.1) y del llamado en garantía (fl. 102, c.1), provenientes de una investigación penal adelantada por la jurisdicción penal militar en contra del capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez, uniformado que participó en la operación militar "NOCTURNO" y quien dio muerte al señor Luis Enrique Zapata Castrillón, los cuales se pusieron oportunamente en conocimiento de la entidad demandada (fl. 136 y 150, c.1).

7.2.1. Cabe recordar que el art. 185 del C.P.C., aplicable al procedimiento contencioso administrativo en virtud de lo señalado en el art. 267 del C.C.A., dispone que las pruebas practicadas válidamente en un proceso foráneo podrán trasladarse a otro en copia auténtica y serán apreciables, sin más formalidades, *“siempre que en el proceso primitivo se hubieran practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”*.

7.2.2. Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con la jurisprudencia unificada por esta Corporación, las pruebas recaudadas en un proceso distinto pueden ser valoradas dentro del proceso contencioso administrativo, aunque no hayan sido practicadas a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, ni hayan sido objeto de ratificación, si las dos partes solicitan su traslado o el mismo, se da con la anuencia de ellas, pues se ha entendido que es contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que dichas pruebas hagan parte del acervo probatorio, pero que luego de resultar desfavorables a sus intereses, invoque formalidades legales para su inadmisión³.

7.2.3. De esta manera, toda vez que las copias del proceso penal n.º D079 adelantado en contra del capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez por el delito de homicidio del señor Luis Enrique Zapata Castrillón (fl. 300, anexo 1) fueron allegadas mediante oficio del 3 de diciembre del 2007 por el Juzgado 11 de

³ Se remite al siguiente pronunciamiento que permite evidenciar la evolución de la jurisprudencia en este sentido: Consejo de Estado, sentencia de septiembre 11 de 2013, rad. 20601, Sala Plena de la Sección Tercera, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

Instrucción Penal Militar, en virtud de la solicitud elevada en el libelo de la demanda por el actor y en la contestación del llamado en garantía, y puestas en conocimiento de la entidad demandada, la Sala considera que serán susceptibles de valoración sin formalidad adicional alguna.

7.2.4. Es oportuno también precisar, además, que de acuerdo con la sentencia de unificación referenciada anteriormente (v. subregla n.º 5), cuando se dirige la acción contra una entidad que ejerce la representación de la Nación como persona jurídica demandada y contra ella se hacen valer pruebas testimoniales que han sido practicadas por otra entidad donde igualmente es parte la Nación, se las valora por cuanto es la misma persona jurídica demandada -la Nación- la que recaudó las pruebas en una sede procesal diferente, lo que implica que, por tratarse de testimonios recopilados con la audiencia de la parte contra la que se pretenden hacer valer en proceso posterior, son plenamente admisibles y susceptibles de valoración⁴.

7.3. De los interrogatorios de parte. La Sala apreciara las declaraciones juramentadas rendidas dentro del presente proceso por los señores Luis Enrique Zapata Castrillón, Mariela Castrillón Gil y Deisy Johanna Castrillón Zapata, el 7 de septiembre del 2007 (fl. 125 a 131, c.1), pues si bien, aunque se trata de personas que son demandantes dentro del presente litigio y, por tanto, obviamente les asiste interés en la conclusión del mismo, debe ponerse de presente que las aludidas declaraciones fueron decretadas y practicadas con el cumplimiento de las formalidades que, para la recepción de interrogatorios de parte, establecen los artículos 202 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. En esa medida se trata de declaraciones de parte, medio de prueba cuya finalidad es la obtención de

⁴ Al respecto, se precisó: “se unifican en el sentido de que cuando la demandada es la Nación, y es una entidad del orden nacional quien recaudó los testimonios con plena observancia del debido proceso, entonces puede afirmarse que la persona contra la que pretenden hacerse valer dichas pruebas, por ser la misma, tuvo audiencia y contradicción sobre ellas. En este caso, se entiende que la Nación es la persona jurídica en cuya cabeza radican las garantías que se pretenden preservar con las previsiones del artículo 229 del Código de Procedimiento Civil y, por lo tanto, también es plausible afirmar que tales prerrogativas no se transgreden cuando se aprecia el testimonio trasladado en las condiciones aludidas”. Consejo de Estado, sentencia de septiembre 11 de 2013, rad. 20601, Sala Plena de la Sección Tercera, C.P. Danilo Rojas Betancourth (considerando n.º 12.2.23.3).

una confesión, y que pueden ser valoradas únicamente en aquello que les produzca consecuencias jurídicas adversas o que favorezca a la parte contraria⁵.

7.3.1. Estas advertencias igualmente son pertinentes y se pueden aplicar a los testimonios vertidos al proceso penal y rendidos bajo la gravedad de juramento por el capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez, teniendo en consideración que se lo vinculó al presente proceso como llamado en garantía de la entidad demandada, y si bien es cierto que no tiene la calidad de parte a la luz de lo señalado en las normas contenidas en el título VI, capítulo III del C.P.C., también lo es que se lo considera como litisconsorte de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 57 *ibídem*, con lo que se entiende que tiene también los mismos derechos y deberes de los extremos procesales. En consecuencia, su testimonio no podrá ser tenido como una declaración desprovista de parcialidad, en atención a que con las results del

⁵ Frente a este aspecto, la Subsección B ha precisado: “8.2.3 Cabe destacar que en relación con los medios probatorios que fueron trasladados de los procedimientos aludidos, las declaraciones que hubieran sido recepcionadas bajo la gravedad de juramento podrán ser apreciadas libremente por esta Corporación, toda vez que se tratan de pruebas testimoniales recogidas con la rigurosidad exigida por los artículos 213 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, con excepción de aquella rendida por la señora Lucía Blanquiceth Ricard, comoquiera que al ser integrante de la parte demandante en el presente asunto, no es factible tener su dicho como una declaración de tercero sino como una declaración de parte, cuya finalidad es la obtención de una confesión y en esta medida, en caso de resultar relevante, sólo podrá ser apreciada en aquello que produzca consecuencias jurídicas adversas a la confesante o que favorezcan a la parte contraria en este asunto contencioso administrativo, de acuerdo a lo establecido por el artículo 195 del C.P.C. // 8.3 Se debe precisar que la valoración descrita impone ser aplicada a su vez al interrogatorio de parte resuelto por la mencionada demandante durante el iter de este proceso contencioso administrativo, el cual si bien fue indebidamente decretado en consideración a que fue la misma parte actora la que solicitó su práctica en contravención de lo dispuesto por el artículo 203 del C.P.C., disposición que al prever tal medio de convicción a instancia de las partes señaló que la correspondiente petición probatoria debía ser elevada por quien conforma el extremo contrario de la litis del que es citado para comparecer a responder los cuestionamientos respectivos de quien solicita la prueba, los cuales en todo caso deben ser formuladas para efectos de que se derive una confesión -lo que justifica que el legislador haya establecido que dicha prueba sea pedida únicamente por la parte que propende por que se dé una confesión de su contraparte, con observancia de que cualquier otra manifestación que no se constituya en tal medio de prueba no puede ser tomada en cuenta como si se tratara de la apreciación imparcial que tiene un tercero sobre la ocurrencia de los hechos, la cual debe ser vertida al proceso a través de una declaración testimonial cuya naturaleza difiere en este sentido de la declaración de parte -, lo cierto es que al habérsele realizado a la demandante aludida preguntas por el apoderado de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional-parte a la que le correspondía solicitar dicho elemento probatorio y que como se refirió, se adhirió a las pruebas pedidas por la parte demandante; ver nota n.º 5-, se valorará su contenido de la forma descrita de acuerdo a lo que dispone la ley, es decir, en lo que genere efectos adversos para la confesante y los demás integrantes de la parte demandante, o según lo que resulte beneficioso para la entidad demandada en el presente asunto”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de junio del 2014, rad. 29408, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

presente proceso podría llegar a beneficiarse en caso de que se estudie lo relativo a la indemnización o reembolso de la condena que se le imponga eventualmente a la entidad demandada.

7.4. De las declaraciones extrajuicio. El demandante señor Frank Alexánder Montoya Morales, para acreditar la unión marital de hecho con Deisy Johanna Zapata Castrillón, aportó una declaración extraproceso suscrita el 10 de junio del 2003 que obra a folio 17 del cuaderno 1 del expediente. La Corporación⁶ ha precisado respecto a la validez de estas declaraciones allegadas a un proceso judicial que se debe surtir el trámite previsto para la ratificación en los términos de los artículos 229, 298 y 299 del Código de Procedimiento Civil y cuando no se surte este trámite dentro del proceso en el que se intenta hacer valer, no pueden ni siquiera tenerse las declaraciones extrajuicio como indicio, en la medida que no se garantizaría el principio de contradicción y de defensa de la parte contraria. En todo caso, las mismas solo pueden ser tenidas en cuenta como prueba sumaria, a la luz del artículo 299 del C.P.C, en los eventos en que hayan sido de pleno conocimiento de la parte demandada, durante el debate procesal.

7.4.1. En lo concerniente al caso concreto, se observa que la declaración rendida por el señor Frank Alexánder Montoya Morales, quien manifiesta que convive con la señora Deisy Johanna Zapata Castrillón desde hace más de dos años y que de dicha unión no se ha procreado ningún hijo, no surtió el trámite de la ratificación. Por esta razón, la Sala no aceptara como medio probatorio de la calidad de compañero permanente, una declaración extraprocesal que no fue ratificada en el curso del presente proceso judicial.

C. Los hechos probados

8. Con base en las pruebas recaudadas válidamente en el proceso contencioso administrativo y una vez valoradas en su conjunto, se tienen como ciertas las siguientes circunstancias fácticas relevantes:

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 15 de febrero del 2012, n. ° 11001-03-15-000-2012-00035-00(AC), M.P. Gustavo Gómez Aranguren; Sección Tercera, sentencia del 10 de diciembre del 2014, rad. 34270, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

8.1. El señor Luis Enrique Zapata Castrillón -occiso- nació el 22 de enero de 1974 en el municipio de Medellín, Departamento de Antioquia, era hijo de la señora Mariela Castrillón Gil y del señor Luis Enrique Zapata Castrillón⁷; también era hermano de los señores Bienvenido de Jesús Zapata Castrillón⁸ y Deisy Johanna Zapata Castrillón⁹; está última, con unión marital de hecho con el señor Frank Alexánder Montoya Morales¹⁰.

8.2. Luis Enrique Zapata Castrillón trabajaba ocasionalmente en la plaza de mercado conocida como “Minorista José María Villa de Medellín”, específicamente en la carnicería llamada “Varias”, y desempeñaba labores propias de carnicero. Así se puede extraer de la declaración juramentada que fue rendida ante la

⁷ Así consta en el registro civil n.º 416713, folio 0646091, que obra a folio 16 del cuaderno 1. Igualmente obra en el plenario folio 346 del libro 10 en el que aparece la partida de los cónyuges Luis Enrique Zapata Castrillón y Mariela Castrillón Gil (fl. 15, c.1).

⁸ Esta persona no figura como demandante en el presente proceso.

⁹ Véase los registros civiles obrantes a folios 14 y 18 del cuaderno 1 del expediente.

¹⁰ Véase testimonio del señor Oscar de Jesús Mona Castañeda que obra a folio 112 del cuaderno 1 del expediente, en el que se sostiene: “*Preguntado: informe al despacho si lo sabe, que personas conformaban el núcleo familiar del joven Luis Enrique Zapata y cómo eran sus relaciones familiares. Contestó: la familia la conformaba Frank Montoya que es el cuñado, la señora de Frank que es Deisy Castillón hermana, Doña Mariela que es la mamá, Don Enrique Zapata Castrillón que es el papá*”. En el mismo sentido, la declaración vertida en el proceso por la señora Gloria Elena Villa Alzata, vecina del difunto, y que obra en el folio 116 del cuaderno 1, destacó: “*Preguntado: informe si lo sabe, que personas conformaban el núcleo familiar de Luis Enrique Zapata Castrillón y como eran sus relaciones interpersonales. Contestó: Doña Mariela Castrillón era la mamá y don Enrique Zapata Castrillón era el papá, la hermanita Deisy Johana y el esposo Frank Montoya y Bienvenido Zapata un hermano, pero él no está en este momento. En el momento en que faltó el muchacho todos vivían junticos, la relación era muy buena y era muy alegre, del momento en que lo mataron a él decayeron mucho, muy tristes. Preguntado: Informe si los padres, hermana y cuñado de Luis Enrique se afectaron con su muerte. De ser así, indique de qué forma. Contestó: sí se afectaron mucho porque lloraron mucho, muy tristes y ya el núcleo familiar no es el mismo decayeron mucho, ellos eran muy unidos y después de la muerte de él se desintegraron, cayeron como en una crisis. Don Enrique inclusive con la muerte de su hijo lo tuvieron que operar a corazón abierto*”. En el mismo sentido, Rodrigo de Jesús Castrillón López afirmó (fl. 117, c.1): “*las relaciones en el hogar eran muy buenas, bajo el techo vivían Frank Alexander Montoya que era cuñado de Luis Enrique, Deisy Johanna Zapata, hermana, vivían también Luis Enrique y Mariela Castrillón que eran sus padres*”. Finalmente, el señor Juan Pablo Escobar Restrepo, allegado a la familia, afirmó (fl. 120, c.1): “*Preguntado: informe si lo sabe, qué personas conformaban el núcleo familiar de Luis Enrique y cómo eran sus relaciones familiares. Contestó: la mamá doña Mariela, Don Enrique el papá, Deisy una hermana. Alexander un cuñado, conozco otro hermano. Ellos vivían en la misma casa, el cuñado lo conoció (sic) dos o tres años viviendo bajo el mismo techo, por lo menos veía que él llegaba y se mantenía en esa casa. A mí me parece que la relación era muy buena, porque uno veía que Quique se manejaba muy bien con el papá y la mamá, con la hermana, con los que vivían hay (sic) (...)*”.

Fiscalía General de la Nación por el señor Oscar de Jesús Mona Castañeda, vecino del difunto¹¹:

A Luis Enrique si lo conoció (sic), él era carnicero en la minorista, en la carnicería llamada Varias, lo conozco hace unos ocho años y no era de mi familia, yo vivo al frente de la casa de ellos.

8.3. El 21 de noviembre del 2002, el Comandante del Grupo Antisecuestro y Antiextorsión (GAULA), Antioquia, capitán Hernando Garzón Rey, expidió la orden fragmentaria de operaciones n.º 66 denominada “*Nocturno*”, con el propósito de “*desarrollar operación anti-extorsión y secuestros a cubierta en labores de inteligencia y control*”. La operación consistía en “*efectuar labores de inteligencia a cubierta y control, exactamente en establecimientos públicos y personal de comerciantes del sector de estadio, centros comerciales y zonas bancarias de ese sector de la ciudad de Medellín, Antioquia*”. Las razones que fundamentaron la expedición de la orden de operaciones n.º 66, fueron las siguientes:

Situación: a. Enemigo: Milicias Bolivarianas FARC, ELN, ADI, bandas de extorsionistas, delincuencia organizada y delincuencia común vienen adelantando acciones delictivas como la extorsión, el secuestro, robo de vehículos, para adelantar atentado contra la fuerza pública, así como asesinatos selectivos de personas especialmente en el área metropolitana de la ciudad de Medellín y el área rural del departamento de Antioquia. (...) 2. Últimas actividades. Por informaciones de llamadas recibidas a la línea de emergencia 147, línea de la Unidad y Labores de Inteligencia Humana, se tuvo conocimiento que una banda de extorsionistas, delincuencia organizada y delincuencia común vienen extorsionando a establecimientos públicos y al personal de comerciantes de la calle 50, sector estadio, centros Comerciales Obelisco, Los Auces y sectores bancarios y de un posible pago de extorsión en ese sector, de la ciudad de Medellín – Departamento de Antioquia. (...)

a. Maniobra: La operación consiste en efectuar labores de inteligencia a cubierta y control exactamente en establecimientos públicos y personal de comerciantes del sector de estadio, centros comerciales y zonas bancarias de ese sector de la ciudad de Medellín, Antioquia. La operación se desarrollara en cuatro fases, así:

Primera fase. Planeación y alistamiento: La unidad comprometida en la operación se reunirá en las instalaciones del GAULA, Antioquia, con el fin de hacer coordinaciones directas entre los comandantes, efectuar ensayos y verificar el procedimiento de comando.

¹¹ Folios 112 a 114 del cuaderno 1 del expediente. Este testigo era vecino del difunto.

Segunda fase. Movimiento motorizado: se trata de movimiento motorizado a cubierta, desde las instalaciones del GAULA, Antioquia, Cuarta Brigada, hasta el sitio conocido como la calle 50, sectores del estadio, centro comercial los Auces, Obelisco y zonas bancarias de ese sector de la ciudad de Medellín, Antioquia.

Tercera Fase. Acción en el objetivo: Instalación de puestos de observancia y vigilancia a cubierta con el fin de informar al grupo de asalto. Los vehículos quedan con su personal de conductores donde se va desarrollar la operación como seguridad.

Cuarta fase. Extracción de la unidad. Esta se realiza a órdenes del comando del Gaula, Antioquia.

Misiones a unidades Subordinadas:

a. Equipo de cierre: conformado por cuatro soldados en (ilegible) con arma corta y vestidos de civil. Su misión evitar la fuga de los bandidos. Así como alertar la presencia y el de apoyo de estos bandidos.

b. Equipo de vigilancia a cubierta: observa e informa la presencia de los bandidos (...)

Instrucciones de coordinación

1. En casos de presentarse la retención en flagrancia de alguna persona se debe informar inmediatamente al comando del Gaula Antioquia, para realizar las diligencias jurídicas con las unidades de investigación.

2. Con anticipación al inicio de la presente orden de operaciones se debe desarrollar el procedimiento de comando.

3. Se debe dar cumplimiento a las normas y ordenes emitidas en el sop operacional (...).

8. Se debe mantener la disciplina de fuego

9. En todos los procedimientos se debe aplicar las normas y procedimientos legales vigentes.

10. Se debe cumplir con los procesos legales ordenados¹².

¹² Oficio 01571/MD-CE-DIV7-BR4 -DDHH-725 suscrito por el Brigadier General Juan Pablo Rodríguez Barragan, Comandante Cuarta Brigada de la séptima división del Ejército Nacional, en el que se dice :“*en atención a lo solicitado mediante exhorto de la referencia, que obra bajo radicado n.º 04-3617, que trata sobre información por hechos registrados el 21 de noviembre de 2002 en el municipio de Medellín, donde perdió la vida Luis Enrique Zapata Castrillón, comedidamente me permito enviar copia de la siguiente documentación: - Copia de la orden de operaciones emitida para mencionada fecha. - En cuanto a la copia de la Orden del Día, por competencia se remitió al Grupo de Archivo General del Ministerio de Defensa Nacional*” (fl. 151, c.1).

8.4. En declaración juramentada rendida ante el Juzgado 22 de Instrucción Penal Militar, por quien en ese entonces era Comandante del Grupo Antisecuestro y Antiextorsión (GAULA), Antioquia, señor Hernando Garzón Rey, se señaló que el GAULA Antioquia contaba con la línea gratuita n.º 147 de lucha contra la extorsión y el secuestro, a nivel nacional, cuyo objetivo era el de canalizar información a fin de desplegar actividades de inteligencia abierta y a cubierta tendientes a restablecer la seguridad y la tranquilidad en la calle 50, sectores del estadio, centro comercial los Auces, Obelisco y zonas bancarias de la ciudad de Medellín (fl. 141 a 144, c.2).

8.5. En la tarde del día miércoles 21 de noviembre de 2001, las unidades del Ejército del GAULA, adscritas a la cuarta brigada, desplegadas en la calle 50, sector estadio, centros comerciales, obelisco, los Auces y zonas bancarias del municipio de Medellín, en virtud de la orden de operaciones n.º 096 “Nocturno” expedida por el comandante del Grupo Antisecuestro y Antiextorsión (GAULA), reportaron el desarrollo y ejecución de una maniobra militar a cubierta -golpe de mano- en la que, según información de los militares, el capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez¹³ impactó con proyectil de arma de fuego al joven Luis Enrique Zapata Castrillón, evento que le produjo instantáneamente la muerte. La Unidad Única de Reacción Inmediata de la Fiscalía Seccional n.º 150 practicó inspección judicial con levantamiento de cadáver e hizo constar la descripción física del lugar, los materiales incautados y la posición del cadáver. Se registró en el acta los siguientes datos relevantes para el proceso:

Siendo las cinco de la tarde, el suscrito Fiscal en asocio de su auxiliar y personal del CTI, centurión 14-38 se desplaza a la calle 50 n.º 65-161 al frente de almacenes Éxito de Colombia, con el fin de realizar diligencia de inspección judicial con levantamiento de cadáver (...) Una vez allí y

¹³ Constancia expedida por el Jefe de Personal, GAULA, Antioquia, SS. Carlos Hervey Mesa Rueda en la que precisó “que el señor CT Carlos Mauricio Rojas Martínez, identificado con la CC (...) es miembro activo del Ejército Nacional, actualmente es oficial orgánico del Gaula Antioquia y se desempeña como Jefe de la Unidad de Inteligencia. Anotación: Para el día 21 de noviembre del 2002 el señor CT. Carlos Mauricio Rojas Martínez desempeñaba el cargo de Jefe de la Unidad de Inteligencia y Evaluación del GAULA Antioquia, mencionado oficial se encontraba a partir de las 14:00 horas del mismo día en el desarrollo de la orden de operaciones n.º 096 “Nocturno”, operación antisecuestro y extorsión a cubierta en labores de inteligencia y control sobre los establecimientos públicos y al persona de comerciantes de la calle 50, sector del estadio, centros comerciales, obelisco, los Sauces y Zonas Bancarias del sector” (fl. 49, anexo 2).

siendo las 17:00 horas se inició la diligencia así: Descripción del lugar de la diligencia: la diligencia se realiza en vía pública calle 50 n.º 65-161 en la entrada del Parqueadero Lavadero y restaurante, sobre lado derecho entrando se encuentra el cadáver sobre charca de sangre, en piso de cemento seco, junto al cadáver lado derecho se observa una bolsa negra de plástico que contiene un dinero, una arma tipo revolver, un casco para moto, el sitio estaba acordonado por personal del Ejército adscrito al Gaula de la Cuarta Brigada (...) Descripción de las heridas o signos exteriores de violencia: presenta heridas ocasionadas con arma de fuego así: un orificio de bordes regulares en occipital derecho con exposición de masa encefálica, un orificio en región retro auricular izquierda de bordes irregulares. Se deja constancia que las heridas son observadas a simple vista sin desvestir el cadáver (...) Pertenencias: al lado derecho del occiso fueron encontrados: un revolver 38 special pavonado, cachas anti huellas ortopédicas, número interno IM 8453, con capacidad para seis cartuchos y con los mismos sin percutir, una bolsa de plástico negra contentiva de un celular marca ericson, serie 03218925CTDANF azul y negro y otro celular marca ericson, SN2400014780, uno en el bolsillo derecho delantero y otro en el bolsillo izquierdo delantero, la suma de seis millones cuatrocientos diez mil pesos (\$6.410.000). (...) Versiones acerca de los hechos: Entrevistado el capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez, identificado con la cédula de ciudadanía n.º 79.801.788 de Bogotá con teléfono 4365565 adscrito a la Cuarta Brigada narró al despacho lo siguiente: yo me desplazaba por la calle Colombia con el Soldado Gutiérrez de quien en este momento no recuerdo el nombre iba de civil y en el puente del Rio observamos cuando unos sujetos (cuatro) estaban atracando a un señor al ver eso nos devolvimos y los cuatro tipos iban en dos motos pequeñas RX, les pitamos y les mostrábamos las gorras y ellos se metían por entre los carros, aquí al frente del parqueadero se bajó uno de ellos y les decíamos GAULA GAULA, y no paró, el sujeto me apuntó a mí y yo le dispare con los resultados conocidos. Dice no saber el rumbo que tomaron los otros tres ocupantes de las motos y tampoco supo la identidad de la persona a la cual estaba despojando del dinero. En el lugar también se encontraba personal de la Policía de la Estación Laureles, Z-3-4 lo único que manifestaron a la fiscalía fue que los hechos en que perdiera la vida este ciudadano sucedieron a eso de las cuatro de la tarde y que el Ejército le había dado de baja. Seguidamente el despacho ordena conducir el cuerpo hasta las instalaciones de medicina legal con el fin de que le sea practicada la necropsia de rigor. (...) El arma en mención fue enviada al armerillo de la Sijin Meval y el dinero fue consignado en la cuenta de depósitos judiciales de la URI (...) (subrayado original)¹⁴.

¹⁴ Copia de la Inspección Judicial con levantamiento de un cadáver reseñada en el acta n.º 4066, occiso: Luis Enrique Zapata Castrillón; lugar de los hechos: calle 50 n.º 65-161 (al frente del éxito); fecha de hechos: noviembre 21 de 2002, imputado: capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez, radicación n.º 63215 (fl. 25 a 28, c.1).

8.6. Así mismo el Jefe Unidad Única de Reacción Inmediata, Adel Navarro Becerra, suscribió el informe de los hechos bajo la gravedad de juramento, en el que consignó:

De conformidad a lo establecido en el artículo 319 del Código de Procedimiento Penal colombiano, comedidamente me permito rendir el presente informe manifestando que participé en las actividades realizadas. (...).

Posición del cadáver: Decúbito dorsal.

Causa aparente de la muerte: al parecer heridas causadas por arma de fuego de corto alcance. Datos de la inspección: fecha de los hechos: 20021121, hora aproximada de los hechos: 15:40, fecha de la diligencia: 20021121, hora de aviso: 16: 15, hora de la diligencia: 17:00, lugar en donde se practicó la inspección: calle 50 frente al n.º 65-160, parqueadero PANINI, dirección de los hechos: la misma Barrio. Estadio. Municipio: Medellín. Departamento de Antioquia.

Descripción de la escena: vía pública, buena iluminación, tiempo seco (...)

Evidencias recolectadas. Un (01) revólver pavonado, cacha ortopédica, marca SCORPIO, capacidad seis cartuchos calibre 38, con seis cartuchos calibre 38 sin percutir en su tambor. Una (01) pistola Prieto Beretta calibre 9mm, serie n.º 1107331, la cual quedó en poder del capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez¹⁵ (se subraya).

8.6.1. En el álbum fotográfico digital tomado por el Fiscal Único de la Unidad de Reacción Inmediata, cuando se realizó el levantamiento de cadáver se constató, entre otras cosas, las siguientes circunstancias:

[S]e observa cadáver de sexo masculino en posición dorsal con las extremidades superiores formando ángulo con el tórax y en extensión las inferiores en la Calle 50 con calle 65. (...) primer plano 08: se observa orificio de bordes regulares en la región occipital lado derecho al parecer causado por arma de fuego. Primer Plano 09: orificio de bordes irregulares en la región retro auricular lado derecho al parecer causado por arma de fuego¹⁶.

¹⁵ Copia del oficio n. 4270, acta n.º 4066, radicado n.º 63215 suscrito el 26 de noviembre del 2002, suscrito por el Jefe Unidad Única de Reacción Inmediata, señor Adel Navarro Becerra (fl. 90-95, anexo 2).

¹⁶ Copia del oficio n.º 2543 del 16 de marzo del 2003 suscrito por la Jefe de Secretaría Común URI y remitido al Juez 154 Penal militar en el que se dice: “me permito remitirle el álbum fotográfico digital, tomado a la inspección judicial al cadáver de Luis Enrique Zapata Castrillón, según acta de levantamiento n.º 4066” (fl. 236 a 241, anexo 2).

8.7. El señor Luis Enrique Zapata Castrillón falleció el 21 de noviembre del 2002 en el municipio de Medellín, Antioquia¹⁷.

8.8. En el informe de patrullaje correspondiente a la orden de operaciones n.º 096 “Nocturno” del 21 de noviembre del 2002, suscrito por el Jefe Unidad de Inteligencia y Evaluación, capitán Mauricio Rojas Martínez, militar que disparó en contra de la humanidad de Luis Enrique Zapata Castrillón, se describió el desenlace fáctico en los siguientes términos:

(...) La operación militar consistió en desarrollar una maniobra a cubierta por las constantes quejas de los comerciantes y banqueros del sector, a raíz de extorsiones y hurtos de que vienen siendo víctimas. Fue así como se organizaron unos equipos de responsabilidad. Un equipo se ubicó por el sector del obelisco, otro por el sector de la calle Colombia con calle 80, una unidad de reserva en la brigada y una patrulla en un vehículo en movimiento pasando revista de la ruta. Una vez la patrulla estaba pasando revista de la ruta, se observó que en el puente de Colombia con el río Medellín, cuatro sujetos despojaban de sus haberes a un señor, en ese instante la patrulla reaccionó y les pitó, manifestándoles que hicieran alto. Cabe anotar, que la patrulla les mostró los brazaletes, de identificación a lo que hacían caso omiso y emprendieron la huida en dos motos R-15. La patrulla dio aviso a los otros grupos para ubicar los apoyos y realizar correctamente los cierres. La patrulla insistía para que hicieran alto pero continuaban en la huida. Uno de los sujetos se bajó de la moto con una bolsa negra al parecer con parte del dinero hurtado (confirmado una vez se realizó la diligencia de inspección del cadáver). La patrulla que venía en su persecución lo observó y se detuvo para poder efectuar su identificación, el mencionado sujeto desenfundó un revolver e intento disparar, cuando un miembro de la patrulla reaccionó utilizando el principio de la defensa propia propinándole un disparo en la cabeza, dándole de baja. Una vez sucedido los hechos llegó la Unidad de Reserva y ayudó a que la escena del delito permaneciera intacta para la inspección del cadáver. (...) 16. Conclusiones: La operación Nocturno logró dar de baja miembro de un bando de extorsionistas, la incautación de un arma y la recuperación de un dinero producto de una extorsión. 17. Resultado operacionales: Fue dado de baja el particular Luis Enrique Zapata Castrillón¹⁸ (se subraya).

8.9. El cadáver del señor Luis Enrique Zapata Castrillón fue remitido al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Noroccidente, Medellín, donde se le

¹⁷ V. registro civil de defunción n.º 03738786 -fl. 82, anexo 2).

¹⁸ Copia del informe de patrullaje correspondiente a la orden de operaciones n.º 096 “NOCTURNO” del 21 de noviembre del 2002 suscrito por el capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez, Jefe Unidad de Inteligencia y Evaluación (fl. 49 a 51, c.1).

practicó estudio de necropsia el 22 de noviembre del 2002. En relación con los hallazgos encontrados al cadáver del señor Luis Enrique Zapata Castrillón, se dejó constancia en el acta de necropsia de la siguiente información interesante para el presente proceso:

Necropsia NC 02.4459, nombre: Luis Enrique Zapata Castrillón, Fecha de la muerte: 21 de noviembre de 2002, fecha y hora de la necropsia: 22 de noviembre de 2002 hora 7:00 (...) Circunstancias de la muerte: heridas producida por proyectil de arma de fuego en la calle 50 n.º 65-161 (...) Signos de violencia: presenta orificio de entrada de bordes invertidos con bandaleta contusiva de 5 mms de diámetro en: 1. Región occipital derecha. Orificio de salida bordes evertidos de 7mms de diámetro (...) Examen interior: i) sistema óseo y articulaciones: fractura de huesos de la base y bóveda del cráneo; ii) Sistema muscular: hemorragia en el trayecto de las heridas; iii) Sistema Nervioso central: (...) laceración cerebral inter hemisférica, cerebelo y tallo encefálico, hemorragia subaranoidea e intraventricular, desgarró de meninges. (...) Exámenes especiales: balística: no se recuperaron proyectiles. (...) Conclusión: La muerte de quien en vida respondió al nombre de Luis Enrique Zapata Castrillón fue consecuencia natural y directa de shock neurogénico por laceración encefálica. Lesiones producidas por proyectil de arma de fuego, la cuales tuvieron un efecto de naturaleza esencialmente mortal y la dirección fue de atrás-adelante, derecha-izquierda¹⁹.

8.9.1. En respuesta complementaria a la peritación rendida por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se agregó el 24 de diciembre del 2003:

(...) A fin de que se emita concepto aclaratorio respecto del acápite signos de violencia en los siguientes aspectos: cuando se manifiesta que presenta el occiso orificio de entrada de bordes invertidos con BANDELETA CONTUSIVA de 5 mms de diámetro en región occipital derecho. 1. Qué se quiso decir con “bandeleta” es igual o se podría equiparar a tatuaje por arma de fuego (...) Respuesta: El anillo o bandeleta de contusión conformado por una zona de color negro grisáceo a su alrededor y producido por la presión del proyectil sobre la piel al romperla y también por el limpiamiento de la pólvora, tizne y mugre que lleva el proyectil y que quedan alojados alrededor de este, esta característica es independiente de la distancia²⁰.

¹⁹ Copia de la necropsia NC. 02.4459 del 22 de noviembre del 2002 practicada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional-Nor-occidente, Medellín (fl. 99 a 102, anexo 2).

²⁰ Respuesta de aclaración del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Noroccidente Medellín, NC. 02.4459-a.dnc, del 24 de diciembre del 2003 (fl. 147, anexo 2).

8.9.2. Por su parte, el estudio de balística, una vez realizada la inspección judicial al sitio de los hechos, la trayectoria del proyectil y las posiciones de víctima y victimario, consignó lo siguiente:

(...) En la inspección al lugar de los hechos y con la versión del sindicado capitán Carlos Mauricio Martínez se ubicó la posición de este y la del occiso, movimientos y desplazamientos de estos, los que se registraron topografía y fotográficamente. 4. Estudio de trayectorias. 4.1. Fundamentos: El planteamiento de una hipótesis eficaz y confiable para un estudio de reconstrucción de los hechos, es el resultado de un análisis cuidadoso y detallado de todos los elementos involucrados de lo que se busca resolver, estos es posible mediante la relación entre la teoría y su aplicación a través de la investigación desarrollada, en la búsqueda de la interrelación entre los fenómenos o variables, basándose en un conjunto de conocimientos bien definidos. 6. Respuestas a lo solicitado. (...) Con el fin de asesorar al despacho en la forma más certera, técnica y científicamente posible, se tuvo en cuenta elementos de juicio de (sic) índole médico legal y balístico, así como también elementos de prueba surgidos en la diligencia de inspección a cadáver entre otros, pudiéndose dilucidar las siguientes anotaciones:

*Protocolo de necropsia 02 – 4459 de Luis Enrique Zapata Castrillón
OE 1 orificio de entrada de bordes invertidos, con bandaleta contuvisa de 5 mm de diámetro en Región occipital derecha.
OS1 Orificio de salida de borde evertido de 7mm de diámetro en pabellón auricular izquierdo.*

De acuerdo a lo anterior expuesto la posible trayectoria sería la siguiente:

*Postero – anterior
Derecha – izquierda (...)*

7. Posibles posiciones víctima-victimario

Conforme al estudio de trayectorias en el cuerpo humano determinado por los protocolos de necropsia y la inspección realizada al lugar de los hechos, la versión del sindicado y testigo, no hay una relación concordante entre lo dicho por el agresor y la herida que le causó la muerte al hoy occiso, por cuanto los movimientos y desplazamientos que realizaron los dos implicados no dan para determinar la posición aproximada que tenía el occiso y el agresor al momento de producirse el disparo (se subraya)

Conclusiones:

(...) Al no reportarse tatuaje en el sector donde se encuentran la herida del orificio de entrada según el protocolo de necropsia, esta lesión fue producida a larga distancia, esto es, a más de 1.20 metros, distancia máxima a la cual quedarían impregnado residuos de pólvora

combustionada o sin combustionar (elementos constitutivos llamados tatuaje), que en este caso no se dieron²¹.

8.10. Para efectos de valorar de manera integral las pruebas recaudadas en el expediente en relación con las afirmaciones antes enumeradas, la Sala considera indispensable hacer una cita *in extenso* de las declaraciones juramentadas que obraron en la investigación penal militar, a saber:

8.10.1. Declaración juramentada rendida por el soldado profesional Luis Gutiérrez Villa²² (persona que acompañaba el día de los hechos al capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez), del 18 de diciembre del año 2003:

Nosotros salimos de la Brigada por un Plan Cabina, consiste en coger al extorsionista o al secuestrador en la línea telefónica, nos bajamos por la Colombia en un vehículo Toyota HILUX Placas SHI 282, color rojo, bajamos por la Colombia a la altura del éxito de la Colombia, se llama los Sauces esa parte, vimos el alboroto de mucha gente gritando y corriendo, yo como conductor que era vi que varía gente corría y otros gritaban, algo pasaba no era normal, alcance [sic] que dos muchachos iban con arma en mano, de la ropa sinceramente no me acuerdo, corrían hacia dos motos que estaban parqueadas en la Calle Colombia, los dos muchachos prendieron la moto y arrancaron a la huida rápido, de salida, yo les dije para los que iban en el carro, íbamos tres personas, mi capitán y otro muchacho, él es de la RIME, a él conocía porque varias veces lo vi en la Brigada, es de la RIME de la Brigada, yo les pide [sic] a ver si los sujetos paraban y ellos siguieron arrancaron por la Colombia, bajando, bajamos la Colombia, hasta el puente, pitándoles a ver si paraban, hicimos la oreja en el puente, cogimos la autopista y volvieron a hacer la oreja subiendo por la Colombia nuevamente, cuando veníamos subiendo la avenida 65 ellos pasaron el semáforo en rojo, ellos vinieron para atrás y vieron que nosotros quedamos en el semáforo y voltearon y miraron y se rieron, porque habíamos quedado ahí en el semáforo, yo pasé el semáforo pitando, los carros me dieron vía, más adelante a la altura del éxito en donde los habíamos visto, vimos desde atrás que uno de los parrilleros se bajó de la moto, ellos dieron una vuelta y llegaron más arriba, yo entonces llegué al sitio, cuando yo llegué a ese sitio, el de la moto arrancó, como ya se había bajado uno de la moto, mi Capitán se bajó del carro rápido, yo iba a seguir el que había arrancado en la moto, metí cambio y arranque, metí el cambio para arrancar, escuché los tiros, yo me encontraba dentro del carro, cuando

²¹ Informe G.B 999 del 25 de agosto del 2006 de la Fiscalía General de la Nación. Asunto: estudio de trayectorias, con destino al Juzgado 122 de Instrucción Penal Militar, Comando aéreo de combate n.º 5, Río Negro – Antioquia (fl. 397 a 402, anexo 1).

²² Diligencia de declaración del soldado Luis Enrique Gutiérrez Villa, soldado profesional, orgánico del Gaula de Antioquia, rendida ante el juzgado 22 de Instrucción Penal Militar, el día 18 de diciembre del año 2003 (fl. 120 a 124, anexo 2).

eso que iba a arrancar, escuché dos tiros, me asusté y paré, me tiré del carro y me dirigí a donde escuche los tiros, vi que mi capitán estaba detrás de un muro al lado de un parqueadero y estaba el muchacho muerto en el suelo, de ahí hasta ahí ya no me acerque, cuando sonó el tiro, el muchacho que iba con nosotros se bajó conmigo y ahí fue cuando los dos vimos que el sujeto estaba en el suelo, tenía una tula el muchacho, tenía el revolver en la mano y en la tula tenía como 6.000.000.000 pesos. Yo hasta lo cogí y miramos la parte del tiro era en la parte de la cabeza, mientras que ellos miraban el muchacho yo cogí la tula y mi capitán estaba asustado, mi capitán me dijo que hay yo le dije que una plata, me dijo que dejara eso ahí y ya esperamos que llegara el apoyo. (...) Nosotros portábamos pistolas calibre 9mm, mi capitán y yo, él no me contó él se bajó del carro y por medio de la gente, cuando yo acelere para arrancar el carro, fue cuando escuche el disparo, paré el carro y me cubrí al lado de la cola del carro, miré y vi a mi Capitán con la pistola en la mano, corrí para donde él, cuando ya después miré al frente y el muchacho estaba en el suelo, él estaba boca abajo, él estaba estirado completamente. (...). Preguntado. Informe al despacho, si usted vio cuando atracaban a esta persona Contestó. No, solo vi que la gente corría y estaba asustada, salía (sic) rápida, a los sujetos tenían arma (sic), el otro la tenía en el amague de la camisa, la gente todas asustada (sic) (se subraya).

8.10.2. El mismo soldado, el 8 de marzo del 2005 declaró²³:

Preguntado. Informe al despacho si el cadáver del particular Luis Enrique Zapata Castrillón para el día de los hechos fue manipulado por usted por el (sic) o por señor CT Rojas Martínez, en caso positivo porque motivos y por orden de quien. Contestó. Mi capitán y yo lo movimos para quitarle el celular que replicaba mucho. Preguntado. Informe al despacho si el cadáver fue movido del sitio donde cayó. Contestó. El cadáver si se movió debido a que tenía un celular que replicaba mucho, también para verificar si de pronto tenía otras armas. Preguntado. Porque afirma usted en declaración de fecha 17 de febrero de 2004 que el cadáver se encontraba boca abajo y en el álbum fotográfico el cadáver aparece boca arriba, que nos puede usted referir al respecto. Contestó. Aclaro que él se movió para quitarle el celular que sonaba mucho. Preguntado. Informe al despacho a que distancia del sitio donde quedó el cadáver fue motivo. Contestó. Eso fue el mismo sitio. Informe al despacho a que distancia se encontraba usted del señor CT. Rojas Martínez al momento en que ocurre el deceso del sujeto. Contestó. A unos diez metros. Preguntado. Informe al despacho si usted tuvo contacto directo con el occiso. Contestó. El contacto fue cuando nosotros le decíamos del carro alto, alto y ellos seguían en las motos, ellos más adelante y como quedamos en un semáforo este cambió en rojo y ellos en la moto lo pasaron en amarillo, habían dos carros delante de nosotros que nos tapaban para hacer la persecución, yo me monté por la acerca de Agua Marina de la calle 50 con carrera 65 y me pegué del pito los carros que venían sobre la 65 les decía alto, me dieron espacio y pasé derecho, ya más adelante como ellos vieron que nos

²³ Declaración rendida por el Soldado profesional Luis Enrique Villa Gutiérrez el 8 de marzo del 2005 ante el juzgado 22 de Instrucción Penal Militar (fl. 307, anexo 1).

quedamos en semáforo nos hicieron la señal de pistola con la mano (sic) y siguieron sobre la Colombia al lado del puente peatonal de la Colombia se orillaron los dos parrilleros, se mezclaron con la gente, cuando las dos motocicletas vieron que el carro venía volvieron arrancar sin los dos parrilleros, los teníamos ubicados por la ropa, mi CT Rojas se bajó del carro, cuando él se bajó del carro yo iba en persecución de las motos en el carro, cuando escuche el tiro frené en seco y me tiré de la camioneta a ver qué había pasado, a darle apoyo a mi capitán, cuando vi que el muchacho estaba en el suelo, mi capitán estaba a unos cuatro o cinco metros del cadáver. (...) Informe al despacho si el sujeto alcanzó a accionar el arma en contra del señor CT. Rojas Contestó. No. (...) Preguntado. De las diligencias se desprende que un señor lo estrujó y lo tiró al suelo y otro llegó y le metió un tiro, que nos puede usted decir al respecto. Contestó. No, cuando yo frené y llegué donde estaba mi capitán ya estaba el muchacho en el suelo y mi capitán con la pistola de él en la mano. Preguntado. En qué momento se baja el señor CT. Rojas Martínez del carro. Contestó. Cuando vimos que las dos motos se orillaron. Preguntado. Hacia donde se dirigió el capitán. Contestó. A detener los parrilleros que se habían quedado de la moto (...). Preguntado. Informe al despacho si ustedes se encontraban en alguna actividad del servicio. Contestó. Si, íbamos a verificar unos teléfonos, cuando vimos que la gente corría, un señor gritaba, las dos motos estaban sobre la Colombia bajando, vimos que los dos parrilleros salían corriendo con una arma en la mano y un paquete, como bajábamos en la camioneta iniciamos la persecución en contra de ellos. (...) Preguntado. Informe al despacho como venía desplazándose el sujeto Luis Enrique Zapata Castrillón por el sitio de los hechos. Contestó. A pie, corriendo y con una mano empuñada. Preguntado. Informe si para el día de los hechos este sujeto portaba una bolsa o un sobre amarillo. Contestó. Era una bolsa negra, que contenía la plata. Preguntado. Informe al despacho en que mano llevaba el occiso la bolsa negra con la plata. Contestó. No sé porque vi la bolsa en el suelo. Preguntado. Cuando el sujeto iba corriendo usted le observó la bolsa negra en la mano. Contestó. No, un bolsito a otro que iba con él en la moto haciéndole la oreja sobre la Colombia bajando pararon las dos motos, los dos parrilleros se bajaron, partieron paquetes y como vieron que frene la camioneta en seco y metí reversa porque me había pasado el carril para hacerles persecución ellos volvieron a correr a pie y se tiraron para las motos, las motos ya habían arrancado y los parrilleros se tiraron rápido a las motos (se subraya).

8.10.3. Posteriormente, el mismo militar en diligencia de ampliación de declaración rendida el 24 de octubre del 2007²⁴, afirmó:

Pregunta. Explique al despacho la contradicción presentada en los infolios con relación a lo manifestado por usted durante su testimonio, respecto a que el cuerpo del occiso fue movido por usted y el CT. Rojas Martínez Carlos Mauricio con el fin de verificar que no llevara más armamento y en atención a uno de sus celulares no paraba de sonar y

²⁴ Diligencia de ampliación de declaración que rindió el soldado profesional Luis Enrique Gutiérrez Villa ante el juzgado 11 de instrucción penal militar el 24 de octubre del 2007 (fl. 498 a 499, anexo 1)

en diligencia de indagatoria el CT Rojas Martínez dice que ni el cuerpo, ni los elementos fueron movidos hasta que llegó la Fiscalía a realizar el correspondiente levantamiento Contestó. El cuerpo no se movió, yo lo toqué a ver si tenía más armas, y el celular no me acuerdo si él lo tenía a un lado o en el bolsillo, yo lo volteé (sic), ni nada de eso, solo lo toque. Pregunta Manifieste al despacho cuál fue la posición original del cuerpo de Luis Enrique Zapata Castrillón, una vez se produjeron los hechos. Contestó: Tuvo que haber sido boca arriba porque yo lo toque en la parte del estómago (...) Pregunta: Por qué motivo en su declaración inicial usted señaló que el cadáver se encuentra boca abajo, sin embargo hoy manifestó haberlo hallado boca arriba. Explique esta contradicción. Contestó: no me acuerdo, es que yo a esto nunca le he puesto atención, eso fue legal, tengo un folio de esos en la casa y no ni siquiera lo he mirado. (...) Pregunta: Aclare al despacho la situación puest[a] de presente en el estudio de trayectorias visible a folio 397 del C.O. n.º 2 (el despacho dejara constancia que se le pone de presente copia del estudio de trayectorias que se anexa en 6 folios y que obran en el C.O n.º 2 folios 397-402 y se deberá leerle el numeral 7. Posibles posiciones víctima victimario. Qué puede decir al respecto. Contestó: No, yo no vi cuando mi Capitán disparó, porque cuando mi capitán se bajó la puerta quedó abierta y el muchacho que estaba en la moto, yo vi que iba arrancar, el muchacho de la moto aceleró yo también aceleré, cuando yo aceleré fue que escuché el tiro, saqué el freno de emergencia y me tire por un lado de la camioneta y me dirigí hacia donde estaba mi capitán y fue que vi a mi capitán y vi al muerto en el suelo (...) Pregunta: sabe usted si el hoy occiso Luis Enrique disparó contra el CT. Rojas Martínez. Contestó: No, no disparó porque escuché un solo disparo.

8.10.4. Declaración juramentada del señor Luis Alberto Vásquez Rodríguez, transeúnte y testigo directo de los hechos, y que afirma, en relación con el desarrollo de la situación fáctica en que ocurrió la muerte del joven, lo que se cita a continuación:

Pues vea, yo venía de la empresa en la bicicleta, entonces vengo yo por la sesenta y cinco e iba a subir por Colombia, entonces yo subo por Colombia, por la 65 cojo Colombia hacia arriba entonces ya cuando venía al frente del Éxito veo una camioneta roja que se aorilla hacia el lado derecho, veo que se arrima como brusco y subo casi hasta kokorico y freno y miró, entonces veo que viene un muchacho con una bolsa y para y levanta las manos, él venía caminando por la cera por el frente del éxito, entonces yo veo que una persona se bajó del carro y lo tiró al suelo, cuando él cae al suelo entonces se baja otro, o sea él esta boca abajo y yo veo que el segundo señor que se bajó sacó un arma y se la pone en la cabeza, entonces yo cuando siento un disparo, yo ahí mismo arranque, yo seguí subiendo, ya eso fue lo único que yo vi (...) Pregunta: Sírvase manifestarnos si una vez el señor que usted nos ha manifestado iba caminado con una bosa y suelta esta, trata de alguna manera de oponer resistencia a su retención? Contestó: No señor (...)²⁵.

²⁵ Diligencia de declaración que rinde el señor Luis Alberto Vásquez Rodríguez ante el juzgado 25 de instrucción penal militar de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional el 7 de junio del 2003, transeúnte (fl. 52 a 53, c.1).

8.10.5. Declaración juramentada rendida por el señor Denys Rodrigo Zapata Correa, transeúnte y quien narró las circunstancias en las que yació el cadáver después de recibir el impacto de bala por parte del capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez:

Yo me encontraba en el éxito de Colombia en hora de la tarde, en el momento iba subiendo el puente peatonal, cuando vi que diagonal frenó una camioneta roja, por esa cera iba caminando un muchacho, en el momento en que yo iba pasando de la camioneta roja se bajaron dos tipos y ahí mismo le dijeron al muchacho alto, el muchacho, paró, alzó las manos y soltó un paquete que tenía, entonces en ese momento que él soltó el paquete uno de ellos lo estrujó y lo tiró al suelo y el otro llegó y le metió un tiro en la parte trasera de la cabeza, cuando le metió el tiro lo voltio boca arriba, eso fue todo lo que yo presencié en ese momento. Preguntado: Sírvase indicar al despacho, se dio cuenta usted que el señor que fuera interceptado por las personas que viajaban en la camioneta roja, además del paquete que dice llevaba y soltó, llevaba algún otro elemento, en caso afirmativo qué. Contestó: No señor, yo no vi que llevara otra cosa, vi que él soltó el paquete no más. Preguntado. Sírvase indicarnos si los dos individuos que se bajan de la camioneta roja, se identifican como miembros de alguna institución cuando le gritan alto al señor que caminaba por la calle. Contestó: No. Yo no vi nada, porque tampoco vi que era ley, estaba un poco retirado, vi que eran dos tipos de civil. Preguntado. Sírvase manifestar si usted se dio cuenta que el señor que es interceptado por los dos tipos, se transportaba con anterioridad en algún vehículo automotor, en caso afirmativo, cuál. Contestó: No, él venía a pie, yo lo vi a pie y venía caminando normal (...) Preguntado: Sírvase indicarnos en qué posición queda el cadáver y en que sitio. Contestó: Queda en el parqueadero, quedó boca arriba, con la cabeza hacia adentro y los pies hacia afuera. Preguntado: Sírvase manifestar si tiene usted conocimiento que el señor que resultara muerto portaba algún arma de fuego y si hizo o trató de hacer uso de la misma, cuando le gritaron alto. Contestó: No, en el momento que yo vi que lo pararon, él no hizo ninguna repulsa, él lo que hizo fue soltar el paquete y alzó las manos (...)²⁶

8.11. El inventario del armamento incautado durante la ejecución de la operación militar llevada a cabo con ocasión de la orden fragmentaria de operaciones n.º 66 denominada “Nocturno” quedó registrado en el acta n.º 4066 del 21 de noviembre

²⁶ Declaración que rindió el señor Denys Rodrigo Zapata Correa el 9 de junio del 2003 ante el juzgado 25 de Instrucción Penal Militar de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional (fl. 54 a 55, c.1).

del 2002, suscrito por el Fiscal 150 Seccional, y se hizo la siguiente relación de elementos²⁷:

Evidencia n.º 1: 100 billetes de 20.000 más 50 de 20.000 más 68 de 20.000 más 41 de 50.000, cantidad 159 billetes de diferentes denominaciones. Sitio del hallazgo: bolsa negra cerca al cuerpo.

Evidencia n.º 2: Revolver 38 recortado MRCA SCORPION LLAMA, 6 cartuchos sin percutir (...).

Evidencia n.º 3. Un celular marca ericsson serie n.º 03218925CTDANF y celular ericsson n.º 03910603, ambos color azul y negro.

Evidencia n.º 4. Un proyectil encamisado deformado. Sitio del hallazgo: sitio de los hechos en una bolsa negra²⁸.

8.11.1 En relación con el revolver -marca Llama Indumil; calibre: 38 largo; modelo: scorpio; número de serie: IM8425R; capacidad de carga: seis cartuchos alojados en los alvéolos del tambor-, el juzgado penal militar que conoció de la investigación adelantada por la muerte del señor Zapata Castrillón solicitó a la Fiscalía General de la Nación un estudio hoplológico y balístico, en el que se establezca que el arma incautada al occiso era apta para disparar y, en lo concerniente al porte o tenencia, que debía tener permiso emitido por autoridad militar competente²⁹.

²⁷ Registro de evidencias y otras actividades en la escena, inspección a cadáver, n.º 4066, fecha y hora: 21-11-02 (fl. 29, c.1).

²⁸ Oficio n.º 3422/J154 de I.P.M. del 9 de diciembre del 2002, dirigido al Juez de Instrucción Penal Militar (reparto) por el Juzgado 154 de Instrucción Penal Militar, asunto envió diligencias n.º 63215: *“Adjunto al presente me permito enviar las diligencias de la radicación de la referencia, adelantadas contra el señor Capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez, por el delito de Homicidio en el particular Luis Enrique Zapata Castrillón, hechos ocurridos el día 21 de noviembre del 2002, en atención a que el oficial sindicado está adscrito al Grupo Aula de esta unidad. // Va un cuaderno con 19 y 20 folios, sin detenidos y como elementos: dos celulares marca ericson, números SN 03218925 CTDANP. SN 240-00141780 y 240-00138110/03910603, una contraseña de la cédula n.º 71.743.446 a nombre del occiso, un plomo deformado, un permiso para porte de arma n.º PO 863149 a nombre de Luis Enrique Zapata, un carné de un celular ericson serial 24000138110, modelo A1228 y un recibo de incautación de arma de fuego arma revólver llama Scorpio, papeles con anotaciones telefónicas, a folio 19 un título de depósito judicial, n.º 2003557 por valor de seis millones cuatrocientos diez mil pesos”* (fl. 20, c.1).

²⁹ Véase el folio 256, anexo 2, el cual contiene la diligencia de inspección judicial practicada en las instalaciones de la Cuarta Brigada al revolver, marca Llama Indumil, calibre: 38 largo, modelo: scorpio, número de serie: IM8425R, capacidad de carga: seis cartuchos alojados en los alvéolos del tambor. En este documento se registró que el arma presentaba buen funcionamiento y era apta para cumplir con los fines para los cuales fue fabricada. En lo concerniente al porte o tenencia se advirtió que debía tener permiso emitido por autoridad militar competente, aspecto frente al cual en el proceso se acreditó que el occiso cumplía con el requerimiento exigido por ley.

8.12. El Juzgado 22 de Instrucción Penal Militar mediante decisión proferida el 9 de agosto del 2004 decidió abstenerse de imponer medida precautelativa contra el señor capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez por el punible de homicidio en la humanidad del joven Luis Enrique Zapata Castrillón, en razón a que obró en estricto cumplimiento de un deber legal y en protección de su integridad física. Se consignó lo siguiente en dicha decisión:

Cuando el oficial advierte en su injuriada que actuó de esta forma, al ver que el particular sacó su arma y le apuntó, al parecer estaríamos frente a un posible caso de defensa subjetiva que no es más cuando el sujeto reacciona defensivamente contra una agresión que no existe o que no es actual o que no es injusta. La defensa subjetiva es la reacción ante una agresión inexistente pero que por error fundamental en la apreciación de los hechos o del derecho, el sujeto supone existente y considera esté en situación de obrar legítimamente, es la equivocada apreciación de la realidad lo que lleva al individuo a creerse en peligro y “defenderse” del supuesto ataque.

La defensa subjetiva, o más propiamente, el error sobre la existencia de condiciones para la defensa, no es una legítima defensa. No es en primer lugar una defensa, porque al no existir agresión, o no ser ya actual el peligro, no se representa que rechazar, y si el individuo reacciona contra el imaginario ataque, no se defiende sino que ataca, la palabra defensa implica necesariamente la idea de que la acción rechaza o detiene algo, y este algo es el ataque que propicia el surgimiento del derecho de defensa. (...)

En cuanto a la antijuridicidad formal observamos como el comportamiento imputado aunque están prohibidos por la ley, existen en autos elementos de juicio que permiten predicar la existencia de casuales de justificación consagrada por el legislador, llamada “estricto cumplimiento de un deber legal” (art. 34 numeral 1º del C.P.M) y la cual tiene estrecha relación a la misión que cumplían los militares en el lugar de los hechos.

Es importante manifestar que el máximo organismo en materia judicial del estamento militar como lo es [el] Honorable Tribunal Superior Militar, en diversos pronunciamientos ha reiterado que no todas las operaciones que realiza la fuerza pública contra los diferentes grupos al margen de la ley, son factor fundamental por el hecho de producirse bajas de esos grupos para la puesta en marcha del aparato jurisdiccional; es de aclarar que toda actividad militar como la que se ha mencionado está amparada, bajo el principio de legalidad que los autoriza a usar las armas cuando se trata de cumplir la misión para la cual fueron creadas y que si se actuó bajo estas la defensa subjetiva elimina la culpabilidad y las causales de justificación la antijuridicidad (sic)³⁰.

³⁰ Decisión proferida el 9 de agosto del 2004 por el Juzgado 22 de Instrucción Penal Militar, sumario n.º 2973, sindicado: CT. Carlos Mauricio Rojas Martínez, por medio de la cual se resuelve la situación jurídica provisional de dicho capitán (fl. 204 a 218, anexo 2).

8.13. De conformidad con los testimonios practicados dentro del proceso, la muerte del señor Luis Enrique Zapata Castrillón produjo a sus familiares una grave situación de congoja, tristeza y dolor. La prueba testimonial da cuenta de la cercanía y el grado de afecto que subsistía entre el difunto y sus padres, Luis Enrique Zapata Castrillón y Mariela Castrillón Gil, su hermana Deisy Johanna Zapata Castrillón, y su cuñado, Frank Alexander Montoya Morales (tercero damnificado). Al respecto, en la declaración del testigo Oscar de Jesús Moná Castañeda³¹ se dijo lo siguiente:

[L]a familia la conformaba Frank Montoya que es el cuñado, la señora de Frank que es Deisy Castrillón hermana, Doña Mariela que es la mamá, Don Enrique Zapata Castrillón que es el papá. Él veía por esa obligación, él trabajaba y veía por esa casa. Las relaciones eran muy bien (sic), eran muy unidos, muy de acuerdo todos, vivían en la misma casa. Preguntado: Infórmele al despacho si los padres, hermana y cuñado de Luis Enrique Zapata Castrillón hijo sintieron su muerte, de ser así indique de qué forma. Contestó: Sí, porque después de la muerte de Luis Enrique el padre ha venido muy enfermo de ahí para acá le hicieron una cirugía de corazón abierto en la cardiovascular y la familia ha estado muy decaída, entre más días más decaídos y más enfermos los dos viejos, no hay alegría para nada. Preguntado: Informe al despacho, si la familia al enterarse de la muerte de Luis Enrique expresó manifestaciones de dolor, muy de ser así explique de qué forma. Contestó: La familia estuvo muy triste, decaída, porque era la muerte de un hijo muy querido por ellos, él era muy colaborador con la casa, con la obligación, muy al pie de ellos y muy cumplido con su obligación. Preguntado. Informe si lo sabe, en que trabajaba Luis Enrique Zapata, cuanto ganaba y a que lo destinaba. Contestó: Trabajaba en la carnicería en la Minorista llamada Carnicería Varias, él era picador o arreglador de ganado y trabajó algún tiempo ahí, le iba muy bien, de ahí se retiró y se fue por los lados del SENA – Pedregal y montó una carnicería ahí y le estaba yendo bien al hombre para seguir su obligación que lleva a la familia, a los padres. Preguntado: Informe si la falta de la ayuda económica que brindaba Luis Enrique a su familia la ha afectado económicamente de ser [así] indique en [qué] sentido. Contestó: Sí, uno ve el desfaldo, las mermas. En cuestiones económicas uno ve las mermas, no se ve ya la movención (sic) antes entraban comida y cosas y ya ahora es muy distinto.

³¹ Declaración rendida ante el Tribunal Administrativo de Antioquia el 6 de septiembre del 2007 (fl. 112 a 114, c.1).

8.13.1. En similar sentido, la declaración de la señora Gloria Elena Villa Alzate³², vecina de los difuntos, afirmó:

Preguntado: Sírvase informar si conoció al joven Luis Enrique Zapata Castrillón, de ser así, indique cuanto tiempo lo conoció porque razón y si es de su familia. Contestó: Pues toda la vida, desde niñitos éramos vecinos, yo no tengo nada que ver con la familia de ello. Preguntado: Informe si lo sabe, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que perdió la vida el joven Luis Enrique Zapata Castrillón. Contestó: como somos vecinos yo me di cuenta del fallecimiento de él, va hacer como años (sic), por los comentarios de ellos en el velorio que decían que fue un general del Gaula. Preguntado: Informe si lo sabe, que personas conformaban e núcleo familiar de Luis Enrique Zapata Castrillón y como eran sus relaciones interpersonales. Contestó: Doña Mariela Castillón Zapata era la mamá y don Enrique Zapata Castillón era el papá, la hermanita Deisy Johana y el esposo Frank Montoya y Bienvenido Zapata un hermano pero él no está en este momento. En el momento en el que faltó el muchacho todos vivían junticos, la relación era muy buena y era muy alegre, del momento en que lo mataron a él decayeron mucho, muy triste. Preguntado: Informe si los padres, hermano y cuñado de Luis Enrique [se] afectaron con su muerte. De ser así, indique de qué forma. Contestó: Si se afectaron mucho porque lloraron mucho, muy triste y ya el núcleo familiar no es el mismo, decayeron mucho, ellos eran muy unidos y después de la muerte de él se desintegraron, cayeron como en una crisis. Don Enrique inclusive con la muerte de su hijo lo tuvieron que operar a corazón abierto. Preguntado: Informa si lo sabe, en que laboraba Luis Enrique Zapata, cuanto ganaba y en que lo destinaba. Contestó: él trabajaba en la minorista en una carnicería, tenía buenos ingresos y colaboraba mucho en la casa. El ganaba como dos salarios mínimos, lo que se porque él lo comentaba, a él le iba bien. Preguntado: Informe si la falta de esa ayuda económica que brindaba Luis Enrique ha afectado la economía familiar. Contestó: si la ha afectado mucho económicamente, el colaboraba con el mercado y si los ha afectado muchísimo, porque es que en cuanto a los ingresos ellos no se han podido levantar y él colaboraba mucho, ya no viven todos bajo el mismo techo, porque Deisy y el esposo ya se fueron, en la casa quedaron don Enrique y doña Mariela.

D. Problema jurídico

9. Previa acreditación de la existencia del daño que alegan los demandantes, compete a la Sala establecer si se encuentran acreditados los elementos que estructuran un juicio de responsabilidad en contra de la entidad demandada por la muerte del señor Luis Enrique Zapata Castrillón a manos de un oficial del Ejército

³² Declaración rendida por la señora Gloria Elena Villa Alzate ante el Tribunal Administrativo de Antioquia el 5 de septiembre del 2007 (fl. 115 a 116, c.1).

Nacional, o si por el contrario se demostró el hecho exclusivo y determinante de la víctima, eximente de responsabilidad que alega la recurrente.

9.1. En efecto, de conformidad con los hechos probados, la Sala tiene por demostrado **el daño** invocado por la parte actora, es decir, está debidamente acreditada la muerte del señor Luis Enrique Zapata Castrillón como consecuencia de heridas producidas por proyectil de arma de fuego, en hechos ocurridos el 21 de noviembre del 2002 en la ciudad de Medellín (v. párr. 8.5 y 8.7).

9.2. La Sala observa que dentro del expediente se acreditó que el señor Luis Enrique Zapata Castrillón fue herido de muerte por un miembro del Ejército Nacional, con su arma de dotación oficial³³. Al respecto, se tiene, *i*) informe de patrullaje correspondiente a la orden de operaciones n.º 096 “*Nocturno*” del 21 de noviembre del 2002, suscrito por el Jefe Unidad de Inteligencia y Evaluación, capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez (v. párr. 8.8); *ii*) inspección judicial con levantamiento de cadáver practicada por la Unidad Única de Reacción Inmediata de la Fiscalía Seccional 150 (v. párr. 8.5); *iii*) declaración vertida en el *sub lite* por el soldado profesional Luis Gutiérrez Villa, militar que participó en el desarrollo de la operación (v. párr. 8.10.1).

III. Análisis de la Sala

10. Teniendo en cuenta los argumentos aludidos por el apelante en el recurso interpuesto ante esta Corporación, la Sala entrará a revisar, en primer lugar, si en el presente caso se encuentra acreditada la falla en el servicio y, posteriormente, verificar si se encuentran fundados los elementos constitutivos de la causal de exoneración de responsabilidad, esto es, el hecho exclusivo y determinante de la víctima, alegados por la entidad demandada.

³³ Si bien no se allegó al presente proceso el estudio de balística del arma de dotación oficial que portaba el día de los hechos el capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez, la Sala se percató que del informe de patrullaje y del acta de levantamiento de cadáver el proyectil del arma de fuego percutido en la humanidad del señor Zapata Castrillón corresponde al arma de este oficial del Ejército Nacional.

A. Régimen de responsabilidad del Estado por daños causados con armas de dotación oficial

11. Al respecto, la sala considera indispensable hacer un breve recuento del tratamiento que le ha dado la jurisprudencia de la Corporación al régimen de responsabilidad del Estado por los daños causados con armas de dotación oficial. En este orden, es necesario referirse al título de imputación objetivo de riesgo excepcional³⁴, que ha sido por antonomasia el aplicable a este tipo de casos. Bajo la égida de este título de imputación, se tiene que le es suficiente al demandante

³⁴ El lineamiento jurisprudencial consolidado desde la sentencia de julio 14 de 2001 define que el régimen de responsabilidad del Estado por los daños causados con armas de dotación oficial es el de riesgo excepcional, juicio que permite inferir que este tipo de actividades entrañan una magnitud de peligro y riesgo que pueden lesionar los bienes jurídicamente tutelados de un sujeto de derecho (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 14 de 2001, rad. 12696, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez). Esta línea consolidada en 2001 fue ratificada por la sentencia del 22 de abril del 2004 (Sección Tercera, sentencia de abril 22 de 2004, rad. 15088, M.P. María Elena Giraldo Gómez). En esta decisión se sostuvo: “*arma de dotación oficial o afectas al servicio (actividad peligrosa por la potencialidad del daño) y por agente, entendido en su concepto amplio, el título jurídico bajo el cual debe estudiarse la responsabilidad patrimonial es el objetivo por riesgo. Ha expresado que bajo este título jurídico quien pretende la declaratoria de responsabilidad y la consecuencial indemnización de perjuicios está obligado a probar el hecho de la administración (sin cualificación de conducta), el daño antijurídico y el nexo de causalidad con el riesgo creado por el artefacto peligroso; y que al Estado le corresponde para exonerarse demostrar una causa extraña: hecho exclusivo de la víctima o del tercero y/o fuerza mayor (...)* En tal título jurídico el demandante no tiene que probar la calificación de la conducta subjetiva del proceder del demandado, sino sólo y concurrentemente el hecho dañoso vinculado o afecto al manejo de las armas; el daño y el nexo de causalidad, eficiente y determinante en la producción del daño”. En este mismo sentido, la decisión del 10 de agosto del 2005 (Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto del 2005, rad.15127, M.P. María Elena Giraldo Gómez) reiteró lo siguiente: “*En la actualidad, cuando se trata de daños causados con armas peligrosas, el título de la falla presunta lo revaluó la jurisprudencia de esta Sección, enfocándose en el título de riesgo por la actividad peligrosa (...)* El tratamiento de la responsabilidad desde el título objetivo de imputación jurídica, parte respecto de la conducta de su no evaluación o calificación, “*tan sólo de la peligrosidad (la relación que existe entre el nexo causal de la actividad peligrosa y el daño)*”; dicho título se deriva en el origen del riesgo que asume quien, por voluntad o deber, se atreve a manejar elementos que en su estructura y/o en su actividad conllevan peligro”. El precedente trazado se ha confirmado con la sentencia del 11 de agosto del 2010 (Sección Tercera, Sentencia del 11 de agosto del 2010, rad.19289, M.P. Enrique Gil Botero) la cual sostiene claramente que debe aplicarse el título de imputación objetiva por riesgo excepcional cuando se trata de daños por armas de dotación oficial. Al respecto, esta decisión, reza lo siguiente: “*Ahora bien, la Sala ha estimado que en aquellos casos en los que se debate la obligación del Estado de indemnizar el perjuicio generado por la utilización de armas de dotación oficial, se debe aplicar el sistema objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional, toda vez que el Estado asume los riesgos a que expone a la sociedad con ocasión de la utilización de artefactos peligrosos o por el desarrollo de actividades de igual naturaleza. En tal sentido, para efectos de determinar la responsabilidad, resulta irrelevante el análisis de la licitud o ilicitud de la conducta asumida por los agentes estatales, como quiera que es suficiente para imputar el daño antijurídico, a título de riesgo excepcional, la demostración de que este fue causado por el artefacto o por la realización de la actividad peligrosa cuya guarda se encontraba a cargo del Estado. Sin embargo, éste podrá ser exonerado de responsabilidad demostrando que la imputación no existe o es apenas aparente, cuando el hecho ha tenido ocurrencia por la intervención de un elemento extraño: fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima*”.

probar la existencia del daño, del hecho dañoso y del nexo causal entre el primero y el segundo. Una vez configurados estos elementos, la entidad demandada debe acreditar, a efectos de exonerarse de responsabilidad, la ocurrencia de una de las causales eximentes de responsabilidad establecidas por el ordenamiento jurídico, a saber, el hecho de un tercero, el hecho de la víctima y la fuerza mayor.

11.1. En consecuencia, tratándose de actividades peligrosas, en principio, no es necesario hacer un análisis subjetivo para estructurar el juicio de responsabilidad del Estado, sino determinar si la actividad peligrosa implicó la concreción de una lesión para los bienes, derechos y/o intereses de un sujeto de derecho³⁵.

³⁵ La Corte Suprema de Justicia en decisión del 24 de agosto de 2009, después de trazar una interesante línea de evolución del art. 2356 del Código Civil, concluyó que de esta disposición dimana un régimen objetivo de responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, y abandonó las interpretaciones anteriores sentadas en las decisiones del 18 de noviembre de 1940, 22 de febrero de 1995 y 23 de octubre de 2001, que entendían que el art. 2356 del Código Civil consagraba una presunción de culpa. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia puntualizó:

“En este contexto, para algunos comentaristas, entendidas las expresiones “malicia o negligencia” como sinónimas de dolo o culpa, el artículo 2356 del Código Civil, dispone “por regla general” la reparación del daño “que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona”, y por excepción, la del daño que no “pueda imputarse a malicia o negligencia”, bastando su imputación a la conducta de quien ejerce la actividad peligrosa y el nexo de causalidad. Tal sería, en dicha orientación, el sentido genuino, racional y lógico del artículo 2356 del Código Civil en armonía con el artículo 2341 ibídem, donde el legislador patrio quiso consagrar un régimen jurídico singular de responsabilidad por los daños causados en el ejercicio de una actividad peligrosa. En rigor, en estas hipótesis, no se trata de una responsabilidad subjetiva, por culpa presunta o probada, ni opera una presunción iuris tantum o iuris et de iuris, de culpabilidad, responsabilidad o peligrosidad, pues la norma en su estructura legis no establece expressis verbis (art. 66 C.C.) presunción alguna, exigiendo tan solo la probanza plena de una actividad peligrosa, el daño y el nexo causal, desde luego que, en afán de exactitud, una actividad peligrosa puede desarrollarse con la adopción de toda la diligencia o sin ésta, de donde, no es coherente, deducir en todo caso, per se y de suyo, una culpa por el simple ejercicio de una actividad de esta clase y, análogamente, tal postura encuentra un escollo insalvable en la exigencia del elemento extraño para la exoneración y envuelve una contradicción entre autoría y la calificación subjetiva de la conducta, porque presumida la culpa, la responsabilidad o peligrosidad, en términos lógicos, la prueba contraria eximiría de responsabilidad, pero la jurisprudencia con acierto, no la admite. Consecuentemente, la culpa, no estructura esta responsabilidad, tampoco su ausencia demostrada la excluye ni exime del deber de reparar el daño, esto es, no es que el legislador la presuma, sino que carece de relevancia para estructurarla o excluirla, en cuanto, el deber resarcitorio surge aún sin culpa y por el solo daño causado en ejercicio de una actividad peligrosa en consideración a ésta, a los riesgos y peligros que comporta, a la lesión inferida y a pesar de la diligencia empleada”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de agosto 24 de 2009, rad.11001-3103-038-2001-01054-01, M.P. William Namén Vargas.

La Corte Suprema de Justicia varió su posición en la decisión de agosto 26 de 2010 al afirmar que el art. 2356 del C.C no contempla una responsabilidad objetiva, sino una presunción de culpa que obra en cabeza del ejecutor de la actividad riesgosa (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de agosto 26 de 2010, rad. 4700131030032005-00611-01, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda). Se observa que no se advierte un cambio radical frente a la anterior postura, pues la decisión de 2010 consagró una presunción de culpa que no admite prueba de diligencia y cuidado por parte del ejecutor de la actividad peligrosa para que opere la causal de exoneración de responsabilidad; por tanto, solo procede la causa extraña, figura propia de la responsabilidad

11.2. En suma, para que proceda la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado a título de riesgo excepcional en relación con las armas de fuego oficiales, se deben cumplir tres requisitos a saber: i) la existencia del daño; ii) que se trate de la utilización de un arma de dotación oficial por parte de un agente de alguno de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, en ejercicio de sus funciones; y, iii) la relación de causalidad entre esta y el daño producido como consecuencia directa de la utilización del arma.

11.3. No obstante, frente a casos de responsabilidad por daños ocasionados con arma de dotación oficial donde la falla sea evidente, procede el análisis desde el punto de vista de la responsabilidad subjetiva, bajo el clásico **título de falla probada del servicio**, así pues, cuando se demuestra probatoriamente que se empleó el uso de la fuerza letal de manera desproporcionada, excesiva o ilegítima³⁶, resulta procedente la aplicación de dicho título de imputación de responsabilidad.

objetiva, ya que la culpa no obra como factor de imputación, ni de exoneración. La Corte Suprema de Justicia sostuvo: “La exoneración de responsabilidad en tratándose de la “culpa presunta” tiene un escenario restringido que queda circunscrito a la ruptura de la relación de causalidad por ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor o “culpa exclusiva de la víctima”; mientras la que se origina en la “culpa probada” tiene un campo de acción mayor, ya que la demandada tiene a su alcance para liberarse la posibilidad adicional de aducir y comprobar que obró sin negligencia, descuido o incuria”.

³⁶ A este respecto, el precedente de esta Corporación ha sostenido lo siguiente: “[E]n todo caso, la falla probada del servicio constituye el régimen de responsabilidad general, y en los casos en que el asunto no pueda gobernarse bajo dicho título de imputación, se potenciará uno de responsabilidad distinta, y como quiera que en este caso, estamos en presencia de una actividad peligrosa en tratándose de la manipulación de armas de fuego, podría privilegiarse también la tesis del riesgo excepcional en caso de ser procedente. En este marco de referencia, sin duda, será el juzgador en presencia de todos los elementos existentes el que determinará si finalmente se dan o no los presupuestos para resolver el asunto sometido a su conocimiento con fundamento en la teoría de la falla probada del servicio, tal y como sucedió en el caso concreto, pues, las distintas pruebas incorporadas y practicadas conducen a inferir la falla imputada a la administración”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre del 2008, rad. 16741, M.P. Myriam Guerrero de Escobar. La sentencia del 11 de noviembre de 2009 ha sostenido que: “[E]n 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. Sin embargo, cuando se advierte que el daño no se produjo accidentalmente sino por un mal funcionamiento de la Administración, ello se debe poner de presente y el título de imputación bajo el cual se definirá el litigio será el de falla del servicio, en

11.4. De conformidad con lo anterior, se tiene que si en la producción del daño antijurídico intervino el concurso de una actividad peligrosa, como lo es la manipulación de armas de fuego, el régimen de responsabilidad es de tipo objetivo; sin embargo, si se observa el incumplimiento de las normas que regulan el uso de fuerza, el fundamento basilar es el aspecto subjetivo de la conducta, la cual se convierte en la causa idónea del perjuicio, y, por ende, se debe enmarcar en el título de imputación de falla en la prestación del servicio.

11.5. En este orden, de acuerdo con las pruebas que obran en el plenario, la Sala encuentra que en el caso de autos, el daño sufrido por los demandantes con ocasión de la muerte del señor Zapata Castrillón, le es imputable a la entidad demandada a título de falla del servicio, ya que se encuentra demostrado con pruebas allegadas al expediente que dicha muerte ocurrió como consecuencia de una ejecución extrajudicial o sumaria, según pasa a explicarse.

B. Juicio de imputación

12. Teniendo en cuenta que el presente caso se trata de una grave violación de derechos humanos, cometida en el marco de un operativo militar ejecutado en zona urbana, las víctimas, en muchos casos, se encuentran ante una imposibilidad fáctica de acreditar los hechos por los cuales se imputa responsabilidad. Por tal razón, el juez administrativo, consciente de esa inexorable realidad, debe acudir a estándares flexibles y criterios razonables, y privilegiar la valoración de medios de prueba indirectos e inferencias lógicas guiadas por las máximas de la experiencia, a efectos de reconstruir la verdad de los hechos y lograr garantizar los derechos

aras del cumplimiento del deber de diagnóstico y pedagogía que tiene el juez al definir la responsabilidad del Estado y con el fin de que éste pueda repetir contra el agente que dolosa o culposamente hubiere producido el daño, en caso de ser condenado a la correspondiente reparación. En términos generales, la falla del servicio probada surge a partir de la comprobación de que el daño se ha producido como consecuencia de una violación -conducta activa u omisiva- del contenido obligatorio, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual resulta de la labor de diagnóstico que adelanta el juez en relación con las falencias en las cuales incurrió la Administración y se constituye en un juicio de reproche". Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009, rad. 17927, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

fundamentales a la verdad, justicia y reparación integral de las personas afectadas.

12.1. Lo anterior, resulta razonable y justificado, ya que en graves violaciones de derechos humanos, se rompe el principio de la dogmática jurídico procesal tradicional, según la cual, las partes acceden al proceso en igualdad de condiciones y armas, pues en estos eventos las víctimas quedan en una relación diametralmente asimétrica de cara a la prueba; estas circunstancias imponen al juez de reparación la necesidad de ponderar la situación fáctica concreta y flexibilizar los estándares probatorios en aras de contribuir en la búsqueda de la verdad procesal.

12.2. La referida postura acogida por esta Corporación³⁷ resulta acorde con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos, que al respecto ha señalado que en casos de responsabilidad por violación de derechos humanos, el juez goza de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba:

[L]os tribunales internacionales tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, [y] han evitado siempre adoptar una rígida determinación del quantum de la prueba necesaria para fundar un fallo. Este criterio es especialmente válido en relación con los tribunales internacionales de derechos humanos, los cuales disponen, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona, de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia³⁸.

12.3. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que en casos de violaciones a derechos humanos es el Estado quien tiene el control de los medios para desvirtuar una situación fáctica: “a diferencia del derecho penal

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera-Sala Plena, sentencia de unificación del 28 de agosto del 2014, rad. 32988, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

³⁸ Esta postura de flexibilización de los medios de prueba ante graves violaciones a los derechos humanos fue adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las siguientes sentencias: 15 de septiembre del 2005, caso Mapiripán vs. Colombia, párr. 73; sentencia del 24 de junio del 2005, caso Acosta Calderón vs. Ecuador, párr. 41; sentencia del 23 de junio del 2005, caso Yatama vs. Nicaragua, párr. 108; sentencia del 20 de junio del 2005, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, 45; sentencia del 2 de julio del 2004, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párr. 57.

interno en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas, cuando es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio”³⁹.

12.4. Bajo esos mismos presupuestos, en tratándose de casos de ejecuciones sumarias, supuestos comprendidos como violaciones a los derechos humanos, la Corte Interamericana ha manifestado que, por el hecho de que el Estado haya consentido tales eventos, el estándar probatorio le es más exigente y, por ello, le asiste una carga probatoria mayor: *“La Corte no puede ignorar la gravedad especial que tiene la atribución a un Estado Parte en la Convención del cargo de haber ejecutado o tolerado en su territorio una práctica de desapariciones. Ello obliga a la Corte a aplicar una valoración de la prueba que tenga en cuenta este extremo y que, sin perjuicio de lo ya dicho, sea capaz de crear la convicción de la verdad de los hechos alegados”⁴⁰.*

12.5. Por otro lado, es importante señalar que el Código de Procedimiento Civil en su artículo 175 permite que *“cualesquiera otros medios de prueba que sean útiles para el convencimiento del juez”* tengan la capacidad de acreditar los hechos objeto del proceso y, por lo tanto, el juez sin tener una tarifa legal⁴¹ podrá acudir a los medios de prueba que crea pertinentes para establecer los hechos de relevancia jurídica del proceso.

³⁹ Se remite a los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales: sentencia del 6 de julio del 2009, caso Escher y otros vs. Brasil, párr. 127; sentencia del 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 135; sentencia del 28 de enero del 2009, caso Ríos y otros vs. Venezuela, párr. 98; sentencia del 3 de abril del 2009, caso Kaway Fernández vs. Honduras, párr. 95.

⁴⁰ Sentencia del 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 135.

⁴¹ Según Taruffo *“El juzgador ya no está obligado a seguir reglas abstractas: tiene que determinar el valor de cada medio de prueba específico mediante una valoración libre y discrecional. Esa valoración tiene que hacerse caso por caso, conforme a estándares flexibles y criterios razonables. La idea básica es que esta clase de valoración debe conducir al juzgador a descubrir la verdad empírica de los hechos objeto del litigio sobre la única base del apoyo cognitivo y racional que ofrecen los medios de prueba disponibles”*. TARUFFO, Michele, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, p. 135.

12.6. De acuerdo a lo anterior, la Sala adecuará los criterios de valoración probatoria a los estándares establecidos por los instrumentos internacionales en aras de garantizar una justicia real y efectiva consonante con el caso de autos.

13. El juez de primer grado, después de valorar el acervo probatorio en su conjunto, llegó a la conclusión de que en el presente caso la muerte del señor Luis Enrique Zapata Castrillón se trató de una ejecución extrajudicial o sumaria, y consideró que las afirmaciones y argumentos de justificación a través de testimonios e indagatorias de los militares vertidos en el proceso adelantado por la justicia penal militar no eran lo suficientemente serios y susceptibles de recibo. Al respecto, la Sala manifiesta su anuencia con lo concluido por el a quo, pues en el expediente reposan elementos probatorios idóneos y no simplemente indiciarios⁴², que estructuran claramente los hechos probados de este caso y que permiten establecer que la muerte del señor Luis Enrique Zapata Castrillón ocurrió como consecuencia de una ejecución sumaria cometida por la entidad demandada. Este

⁴² Sobre esta clase de pruebas la Sala ha sostenido lo siguiente: “Los indicios son medios de prueba indirectos y no representativos, como sí lo son el testimonio y la prueba documental, y no pueden ser observados directamente por el juez, como por ejemplo sucede en la inspección judicial. En la prueba indiciaria el juez tiene ante sí unos hechos probados a partir de los cuales debe establecer otros hechos, a través de la aplicación de reglas de la experiencia, o principios técnicos o científicos. En pocos términos, el indicio es una prueba que construye el juez con apoyo en la lógica, partiendo de la existencia de unos hechos debidamente acreditados en el proceso. Por eso, al margen de las controversias que se suscitan en la doctrina en relación con este aspecto, puede afirmarse que el indicio se integra con los siguientes elementos: i) Los hechos indicadores, o indicantes: son los hechos conocidos: los rastros o huellas que se dejan al actuar, la motivación previa, etc., son las partes circunstanciales de un suceso, el cual debe estar debidamente probado en el proceso; ii) Una regla de experiencia, de la técnica o de la lógica, es el instrumento que se utiliza para la elaboración del razonamiento; iii) Una inferencia mental: el razonamiento, la operación mental, el juicio lógico crítico que hace el juzgador; la relación de causalidad entre el hecho indicador y el hecho desconocido que se pretende probar; iv) El hecho que aparece indicado, esto es, el resultado de esa operación mental (...) Una vez construida la prueba indiciaria, el juez deberá valorarla teniendo en cuenta su gravedad, concordancia, convergencia y relación con los demás medios prueba que obren en el proceso. Para efecto de establecer su gravedad, la doctrina ha señalado algunos derroteros que pueden resultar de ayuda para el juez. Por ejemplo, ha clasificado los indicios en necesarios y contingentes, entendiendo como necesarios, aquellos que de manera infalible muestran la existencia o inexistencia de un hecho que se pretende demostrar, o revelan en forma cierta la existencia de una constante relación de causalidad entre el hecho que se conoce y aquel que se quiere demostrar y son, por lo tanto, sólo aquellos que se presentan en relación con ciertas leyes físicas, y como contingentes, los que revelan de modo más o menos probable cierta causa o cierto efecto. Estos últimos son clasificados como graves o leves, lo cual depende de si entre el hecho indicador y el que se pretende probar existe o no una relación lógica inmediata. La concordancia hace referencia a los hechos indicantes. Se predica esa característica cuando los mismos ensamblan o se coordinan entre sí; en tanto que la convergencia se refiere al razonamiento lógico que relaciona esos hechos para determinan si esas inferencias o deducciones confluyen en el mismo hecho que se pretende probar”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo del 2007, rad. 15700, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; reiterada entre otras en la sentencia del 12 de octubre de 2011, rad. 22158 de la misma ponente.

hecho permite afirmar que se encuentra demostrada la falla del servicio, producida por el capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez, el nexo de causalidad entre la conducta del agente estatal de incurrir en una ejecución sumaria y el daño antijurídico padecido por los demandantes, derivado de la muerte de su familiar.

14. En ese orden de ideas, la Sala tiene como ciertos los hechos que se sintetizan a continuación, los cuales son el fundamento de la presente decisión, así:

14.1. Impacto de proyectil de arma de fuego recibido de atrás hacia adelante.

En el acta de necropsia practicada al cadáver del señor Luis Enrique Zapata Castrillón se destaca que se le propinó una herida de proyectil de arma de fuego cuyo orificio de entrada presenta bordes invertidos con bandaleta contusiva de 5 mms. de diámetro ubicado en la región occipital derecha, y orificio de salida bordes evertidos de 7mms. de diámetro en pabellón auricular izquierdo, impacto recibido de atrás-adelante, derecha-izquierda (v. párr. 8.6). Esta herida caracterizada por ser un disparo efectuado desde atrás⁴³ indica que la víctima se encontraba en estado de indefensión e inferioridad.

14.2. La inconsistencia del informe de patrullaje militar. En el informe de patrullaje se dice que la unidad estaba pasando revista de la ruta y observó que en el puente de Colombia con el río Medellín cuatro sujetos despojaban de sus haberes a un adulto mayor, en ese instante la patrulla reaccionó y los supuestos asaltantes emprendieron la huida. El señor Zapata Castrillón se bajó de la moto y la patrulla que venía en su persecución se percató de ello y se detuvo para poder efectuar su identificación, el mencionado sujeto desenfundó un revolver e intentó disparar, cuando el capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez se anticipó y le propinó un disparo en la cabeza (v. párr. 8.8).

⁴³ Se precisa que si bien el disparo fue producido, según el estudio de trayectorias elaborado por la Fiscalía General de la Nación, a una distancia superior a 1.20 mts, también es cierto que su trayectoria fue de atrás hacia delante, pues el orificio de entrada se ubica en la parte posterior de la región occipital derecha mientras que el de salida está localizado en pabellón auricular izquierdo, tal como consta en el estudio de balística elaborado por la Fiscalía General de la Nación, protocolo de necropsia 02-4459, proceso 1886 del juzgado 122 de I.P.M, misión de trabajo OT7340, perito: Carlos Alberto Coral (fl. 401, anexo 1).

14.2.1. En consonancia con lo anterior, el citado informe de patrullaje, ratificado por el capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez en las declaraciones vertidas en el proceso penal, sostiene categóricamente que la muerte del señor Zapata Castrillón se produjo como consecuencia de una reacción legítima del oficial de la fuerza pública en defensa de su integridad física ante una amenaza real del occiso. Lo anterior, en consideración de la Sala, resulta inadmisibile, pues según el informe de balística: *“conforme al estudio de trayectorias en el cuerpo humano determinado por los protocolos de necropsia y la inspección realizada al lugar de los hechos, la versión del sindicado [capitán Carlos Mauricio Martínez Rojas] y testigo [soldado Luis Enrique Gutiérrez Villa], no hay una relación concordante entre lo dicho por el agresor y la herida que le causó la muerte al hoy occiso”*. Esto indica que la versión entregada por el capitán Rojas Martínez no tiene suficiente verosimilitud, en la medida que no es acorde con las conclusiones contrastadas por el perito que realizó la inspección judicial en la escena de los hechos.

14.3. **La alteración de la escena de los hechos por los militares.** La Sala advierte que el capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez y el soldado profesional Luis Enrique Gutiérrez Villa, uniformados que participaron en la operación denominada “Nocturno”, desconocieron las medidas necesarias para la conservación intacta de la escena de los hechos, con lo que se impidió que se pudieran establecer con claridad las circunstancias reales en que se produjo la muerte del señor Zapata Castrillón, *contrario sensu*, alteraron la escena del crimen, cuando decidieron mover el cuerpo de la víctima de la posición en la que había yacido después de recibir el impacto de proyectil de bala. Así las cosas, esta conducta desconoció lo ordenado en el artículo 472 del Código Penal Militar, vigente para el momento de los hechos, que señalaba que en *“caso de homicidio o de hecho que se presuma tal, no podrá ser movido el cadáver mientras el juez no lo permita. Antes de dar este permiso, el funcionario de instrucción practicará una inspección judicial para examinar detenidamente el cadáver, la situación en que se encuentre, las heridas, contusiones y demás signos externos que presente. En seguida procederá a identificarlo y ordenará que se practique la necropsia para que se determine la causa de la muerte”*.

14.3.1. El incumplimiento de esta obligación constituye un indicio grave en contra de la entidad demandada pues, si la víctima falleció en el marco de una operación militar en zona urbana, entonces los militares debieron haber preservado la cadena de custodia y no mover el cuerpo del lugar en el que yació, de manera que no se garantizó el carácter incólume de la escena de los hechos ni el grado de pureza de la prueba, máxime cuando el capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez, en el informe de patrullaje, aseveró contundentemente que la escena de los hechos permaneció intacta hasta que las autoridades judiciales llegaron al lugar para realizar el levantamiento del cadáver. Dicha afirmación fue desmentida por el soldado profesional que acompañaba el día de los hechos al capitán Rojas Martínez.

14.3.2. Fue el relato vertido en el proceso penal por el soldado profesional Luis Enrique Gutiérrez Villa el 18 de diciembre del 2003 en el que se dijo que el señor Zapata Castrillón, después de recibir el impacto de bala, cayó al suelo y el cuerpo permaneció boca abajo⁴⁴ (v. párr. 8.10.1). Sin embargo posteriormente, en otra declaración, refiere este mismo militar que el cadáver del señor Zapata fue movido para quitarle el celular que estaba timbrando y verificar si tenía otras armas, y reitera que el cadáver se encontraba en posición boca abajo (v. párr. 8.10.2). Finalmente, en la tercera deponencia indica que el cadáver yacía en posición boca arriba (v. parr. 8.10.3).

14.3.3. Por otra parte, el Comandante del Gaula Antioquia, mayor Hernando Garzón Rey, superior jerárquico del capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez, manifestó bajo la gravedad de juramento que se hizo presente en el escena de los hechos y observó el cuerpo en posición de medio lado o decúbito lateral (fl. 141 a 146 anexo 2).

⁴⁴ “Preguntado. Informe al despacho que le comentó el oficial, respecto a cómo se habían desarrollado los hechos. Contestó: nosotros portábamos pistolas calibre 9mm, mi capitán y yo, él no me contó él se bajó del carro y por medio de la gente, cuando yo aceleré para arrancar el carro, fue cuando escuche el disparo, paré el carro y me cubrí al lado de la cola del carro, miré y vi a mi Capitán con la pistola en la mano, corrí para donde él, cuando ya después miré al frente y el muchacho estaba en el suelo, él estaba boca abajo, él estaba estirado completamente” (Diligencia de declaración del soldado Luis Enrique Gutiérrez Villa, soldado profesional, orgánico del Gaula de Antioquia, ante el juzgado 22 de Instrucción Penal Militar, el día 18 de diciembre del año 2003 -fl. 120 a 123, anexo 2).

14.3.4. A parte de estas vacilaciones en los testimonios vertidos en el proceso, la Unidad Única de Reacción Inmediata de la Fiscalía Seccional 150, cuando practicó el levantamiento de cadáver, registró en el informe n.º 4270, acta 4066, que el cadáver se encontraba en posición decúbito dorsal –boca arriba- (v. párr. 8.6), situación que fue corroborada con el álbum fotográfico tomado el día de los hechos por la Fiscalía General de la Nación (v. párr. 8.6.1).

14.3.5. Lo anterior, le permite a la Sala concluir que hubo una alteración de la escena de los hechos por parte de los militares, quienes tenían la custodia y conservación de los mismos.

14.3.6. Las conclusiones a las que llegó el Fiscal 150 Seccional de que el cuerpo yacía en posición decúbito dorsal fueron confirmadas por las deponencias vertidas por los testigos directos quienes transitaban por el lugar de los hechos, Denys Rodrigo Zapata Correa y Luis Alberto Vásquez Rodríguez (v. párr. 8.10.4 y 8.10.5).

14.4. Inconsistencia de los testimonios entregados por los uniformados. Las diferentes versiones de los hechos entregadas ante la justicia penal militar tanto por el soldado profesional Gutiérrez Villa como por el capitán Rojas Martínez no guardan coherencia, por el contrario, respecto de las circunstancias fácticas del desarrollo de los hechos como de la posición del cadáver, la Sala encuentra bastantes inconsistencias. Al respecto, en una primera versión el soldado Gutiérrez Villa sostuvo que *i)* en el momento de los hechos habían varias personas corriendo y gritando, y que salieron dos muchachos con armas en las manos y se montaron en dos motos y huyeron por la calle Colombia; *ii)* que únicamente el señor Zapata Castrillón descendió de la moto para emprender la huida y, *iii)* que cuando fue percutido este último por el proyectil del arma de dotación oficial se le encontró una tula con dinero (v. párr. 8.10.1). Mientras que en una segunda versión, sostuvo que *i)* fueron dos parrilleros los que descendieron de las motos, y *ii)* que era una bolsa negra que contenía la plata, la que se encontró al lado del occiso (v. párr. 8.10.2).

14.4.1. Por otro lado, lo consignado por el capitán Rojas Martínez en el informe de patrullaje y la entrevista rendida ante la Unidad Única de Reacción Inmediata acerca de la versión de los hechos no coincide con la versión de su compañero de operativo. Al respecto precisa: *i)* que en el momento de los hechos había dos motos con cuatro personas que estaban despojando a un adulto mayor de sus pertenencias; y *ii)* que uno de los sujetos se bajó de la moto con una bolsa negra, el cual emprendió la huida (v. párr. 8.8).

14.4.2. En conclusión, las declaraciones rendidas por los militares no son contestes y no pueden ser tenidas por creíbles en la medida que no ofrecen una versión unívoca y coherente de los hechos, cuestión que no permite develar la verdadera situación fáctica ocurrida el 21 de noviembre del 2002, hecho que les resta fuerza probatoria.

C. De las razones esgrimidas en el recurso de Alzada

15. La Sala analizará a continuación si dentro del proceso estuvo demostrada la causal excluyente de responsabilidad, esto es, un hecho exclusivo y determinante de la víctima, solicitada en el recurso de apelación por la entidad demandada, teniendo en consideración los argumentos señalados por esta, a saber: *i)* que el señor Luis Enrique Zapata Castrillón propició su propia muerte por haberse encontrado delinquiendo previamente a la celada emprendida por las autoridades, situación que ocasionó posteriormente, *ii)* un enfrentamiento entre la víctima y los integrantes del Ejército Nacional, quienes no solo obraron en cumplimiento de un estricto deber legal, sino en defensa legítima de su integridad física. En esa medida, para el recurrente, la víctima *“sufrió las consecuencias negativas que ello conlleva, no solo por el hecho del delito sino por la consecuencia misma de enfrentar a las autoridades”*; *iii)* el hecho de que la justicia penal militar no haya encontrado ni penal ni disciplinariamente responsable al militar involucrado en el operativo realizado el 21 de noviembre del 2002, tras el cual falleció el señor Zapata Castrillón, es un indicio claro de la ausencia de responsabilidad de la entidad encartada, ingrediente que conlleva inexorablemente a que la jurisdicción de lo contencioso administrativo declare la procedencia de la causal de

exoneración de responsabilidad invocada. Finalmente, el recurrente solicita, de manera subsidiaria, que se niegue el reconocimiento de perjuicios materiales a título de lucro cesante a favor de los progenitores del occiso, ya que la víctima era una persona con estado civil soltero, mayor de 25 años y que no percibía ingresos, además, se acreditó que los padres no dependían económicamente del señor Zapata Castrillón, ya que eran personas con capacidad productiva. Esta última situación se abordará en el acápite relativo a la liquidación de la condena.

15.1. Respecto al primer argumento esgrimido por la entidad demandada, la Sala encuentra que no tiene vocación de prosperar por las siguientes razones:

15.1.1. Se debe tener en cuenta que una vez demostrada la falla en el servicio, corresponde a la entidad asumir la carga probatoria y demostrar la configuración de una causal de exoneración de responsabilidad, a la luz de lo precisados en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

15.1.2. Así las cosas, la entidad demandada no demostró que el señor Zapata Castrillón fuera un delincuente que había hurtado y asesinado instantes antes a un adulto mayor y que, según la entidad demandada, frente a la presencia de los militares emprendió la huida. Por el contrario, las declaraciones de Luis Alberto Vásquez y Denys Rodrigo Zapata Correa, testigos presenciales, son contestes en cuanto a la narración del desenlace fáctico, específicamente en que el señor Zapata Castrillón fue reducido y, posteriormente, estando en estado de indefensión, fue ultimado, hechos que evidencian una conducta reprochable de los miembros del Ejército Nacional.

15.1.3. La Sala pone de presente que el hecho de que al occiso se le hubiere encontrado un arma de fuego sin percutir, con licencia de porte y una cantidad considerable de dinero, entre otras cosas, por sí solo no es suficiente para demostrar la calidad de delincuente que se le quiere enrostrar y a través de este artilugio justificar la privación de la vida, máxime cuando no aparece demostrada

la configuración de una conducta punible de hurto, ni tampoco que alguien se hubiera acercado inmediatamente a reclamar el dinero del ilícito o poner en conocimiento de las autoridades este hecho; lo anterior, si se tiene en cuenta que la muerte del presunto delincuente ocurrió a escasas cuerdas de lugar donde se cometió el delito, salvo el comentario hecho por el capitán Rojas Martínez, que dijo que el día del desenlace fáctico una persona sin haberse identificado llamó para agradecer a los uniformados por la ejecución del operativo desplegado en ese sector del municipio de Medellín⁴⁵, circunstancia que tampoco aparece probada.

15.2. En cuanto al segundo argumento esgrimido por la entidad demandada en el recurso de apelación, la Sala encuentra que tampoco tiene vocación de prosperar por las siguientes razones:

15.2.1. Se afirma que el occiso enfrentó a la unidad militar destacada en la zona y ofreció un grado de peligro considerable, frente a lo cual los militares obraron en cumplimiento estricto de un deber legal y en aras de proteger su integridad física. Para la Sala es claro, según lo dice el mismo estudio de balística y el registro de evidencias, que la víctima no percutió su arma de fuego, así pues, resulta extraño afirmar que sostuvo un enfrentamiento armado con los oficiales. Ahora bien, teniendo en cuenta la trayectoria del impacto que recibió el occiso que le ocasionó la muerte, el cual según se lee en el acta de levantamiento de cadáver fue postero-anterior, derecha- izquierda, se evidencia que el supuesto atacante no se encontraba de frente a su agresor, sino de espaldas al mismo, lo que significa que la víctima no estaba en equivalente relación de fuerza con el capitán Rojas Martínez; en ese orden, la supuesta amenaza inminente y el grado de peligrosidad en la que se encontraba el oficial, en este caso específico, no es de recibo ni está probado para la Sala.

⁴⁵ Declaración rendida por el soldado profesional Luis Enrique Gutiérrez Villa ante el juzgado 22 de Instrucción Penal Militar el día 18 de diciembre del 2003: *“Preguntado. Se afirma en las diligencias que ese mismo día en las oficinas del Gual se recibió una llamada al parecer anónima de una persona que agradecía la acción del GAULA, Antioquia. Puede decirnos de quién se trataba. Supo algo de esta llamada, quién se encontraba de servicio en estas oficinas ese día. Contestó: No, solamente mi capitán me dijo que llamaron y dijeron que esa plata se la habían quitado a un viejito, que lo habían degollado, como que le habían cortado el cuello, no más de eso”* (fl. 120 a 124, anexo 2).

15.3. Respecto al tercer argumento esgrimido por la entidad demandada en el recurso de apelación, la Sala encuentra que tampoco tiene vocación de prosperar por las siguientes razones:

15.3.1. La justicia penal militar adelantó un proceso en aras de establecer las condiciones fácticas que suscitaron el hecho dañoso ocurrido el 21 de noviembre del 2002 y, según lo acreditado en esa sentencia, se dijo que existen elementos de juicio que permiten aducir la existencia de causales de justificación consistente en “el estricto cumplimiento de un deber legal”, cuya configuración tiene relación con la misión que cumplían los militares en el lugar de los hechos. Esta instancia judicial practicó la mayoría de pruebas que hoy obran en el proceso contencioso administrativo. No obstante, a lo largo de la investigación se observa que la labor probatoria del juez castrense se limitó a concentrarse únicamente en las versiones vertidas por el soldado profesional Luis Enrique Gutiérrez Villa y el capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez⁴⁶, participantes en la operación militar, situación que

⁴⁶ “- Consideraciones y análisis probatorio : “El oficial Rojas Martínez Carlos Mauricio folio 34 y s, indica que para la fecha se encontraba en cumplimiento de una orden de operaciones emitida por el señor Hernando Garzón Rey, Comandante GAULA, Antioquia, cuya misión era la de frustrar las extorsiones que se estaban presentando y se iban a hacer sobre el sector de la Calle 50y alrededor del Estadio, se desplazaba en compañía del soldado Gutiérrez Villa en la Camioneta Roja de Placas 282, cuando iban llegando al puente que queda sobre el río cerca de la Suramericana y en la oreja vial observaron a cuatro sujetos quienes se encontraban arrebatando sus pertenencias a un señor, se dirigieron allí pero dos de ellos salieron huyendo en una motocicleta, pese a que hubo plena identificación como miembros del Gaula, Antioquia y en la persecución por parte del oficial de uno de ellos, este le apuntó con su arma y en la reacción le propinó un disparo a nivel de la cabeza causándole la muerte. El testimonio del oficial así como el del soldado Gutiérrez Villa Luis Enrique folio 120, choca con las afirmaciones de los señores Luis Alberto Vásquez Rodríguez y Dennys Rodrigo Zapata Correa quienes coinciden en indicar que para el día de marras se pudo observar una camioneta roja de la cual se bajaron dos individuos de civil, “el muchacho paró alzó las manos y soltó un paquete que tenía, entonces en ese momento que el soltó el paquete uno de ellos lo estrujó y lo tiró al suelo y el otro llegó le metió un tiro en la parte trasera de la cabeza, cuando le metió el tiro lo volteo boca arriba”, de igual manera así lo indica Luis Alberto quien manifiesta que vio un muchacho que venía caminando sobre la acera, levanta las manos, otra persona se bajó del vehículo y lo tiró al suelo, cuando cae sale otro y el muchacho estando boca abajo, el individuo saca un arma y se la pone en la cabeza, cuando al instante siente un disparo y el arranco. Respecto de lo afirmado por estas dos personas testigos de los hechos, extrañamente no observaron que el particular que llevaba consigo la bolsa y dejó caer en el instante según sus versiones, haya utilizado medio motorizado alguno ni mucho menos que haya puesto resistencia ante el llamado de las autoridades (...). Debemos tener en cuenta que el Ejército actúa en dos clases de situaciones: frente a hechos no violentos, en misiones de control y prevención; o en situaciones de violencia interna o externa que constantemente han dado pie para que el Gobierno Nacional declare Estados de excepción (combates armados) En nuestro caso, los miembros del Gaula Antioquia, en cumplimiento de la orden de operaciones “Neptuno” que tenía como misión como así lo cita el documento a folio 154. “El Gaula, Antioquia a partir del día 21:14:00 Noviembre 2002, desarrolla operaciones antiextorsión y secuestros a cubierta, labores de inteligencia y control entre los establecimientos públicos y el personal de comerciantes de la calle 50 sector del Estadio,

extraña a la Sala, ya que en modo alguno se intentó practicar, por ejemplo, examen de balística al proyectil encamisado deformado encontrado en la bolsa negra portada por el occiso (v. párr. 8.11), recibir declaraciones al tercer militar que según el soldado Gutiérrez Villa estaba en la escena de los hechos, pero que en el presente proceso no figura en el debate procesal, recibir nuevas declaraciones a los testigos presenciales, averiguar cuál era el adulto mayor que fue presuntamente atracado y, posteriormente, asesinado en la tarde del 21 de noviembre del 2002, debate probatorio precario que indica un incumplimiento de la normatividad que ordena al juzgador realizar la investigación tanto en lo desfavorable como en lo favorable al encartado, para acercarse de manera objetiva a la reconstrucción de los hechos y obtener una verdad procesal razonable. Razón por la cual, el presente argumento tampoco es de recibo para esta Sala.

15.4. Con lo anterior, se encuentra demostrado que se presentó una ejecución extrajudicial por parte de un oficial de la fuerza pública, esto es, la privación arbitraria de la vida al señor Luis Enrique Zapata Castrillón; así pues, el disparo

centros Comerciales, Obelisco, los Auces y zonas bancarias, donde organizaciones armadas a margen de la ley OAML, FARC, ELN, CAP, ASI delincuentes comunes vienen efectuando extorsiones secuestros y asesinatos”, en el sector de los hechos concretamente actuaron ante una situación de atraco del cual estaba siendo víctima un ciudadano, lo que originó que salieran en persecución de unos individuos quienes se desplazaban en medio motorizado, uno de los cuales y que antes había sido identificado se bajó, llevando consigo un paquete o bolsa que contenía la suma de seis millones cuatrocientos diez mil pesos /\$6.410.000.00 como así se verifica en título de depósitos judiciales folio 22 del c.o, el señor CT. Carlos Mauricio Rojas Martínez es claro al manifestar en su injuriada que el señor Luis Enrique Zapata no tuvo oportunidad de emplear su arma, toda vez que su reacción fue instintiva al ver que el mismo le apuntaba con un arma, optando por accionar su arma causándole su deceso. Si bien dentro del plenario no obra aún prueba pericial de inspección al arma decomisada, es igualmente cierto de acuerdo a lo consignado por el encartado, que este no le dio oportunidad al occiso de que pudiera hacer uso de la misma, más sin embargo asaltaba en un principio la duda de acuerdo a Protocolo de Necropsia practicado al cuerpo, que la herida que presentaba el joven Luis Enrique Zapata, como orificio de entrada de bordes invertidos, con bandaleta contusiva de 5 mm de diámetro en 1. Región occipital derecha, orifico de salida de borde evertidos de 7mms de diámetros en 1. Pabellón auricular izquierdo”. Diera a entender que el disparo pudo haber sido ocasionado a muy corta distancia, lo que comúnmente se conoce con el término de “quema ropa”, relacionado aquello con los hechos citados por los señores Luis Alberto Vásquez Rodríguez y Dennys Rodrigo Zapata Correa, quienes como se dijo, observaron a un joven que caminaba por la acera, luego alzó sus manos y lo abordaron dos individuos de civil que momentos antes habían descendido de un vehículo, controlándolo (estrujando) y posteriormente propinándole el disparo que originó su muerte”. (decisión proferida el 9 de agosto del 2004 por el Juzgado 22 de Instrucción Penal Militar, sumario n.º 2973, sindicado: CT. Carlos Mauricio Rojas Martínez, por medio de la cual se resuelve la situación jurídica provisional del capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez -fl. 204 a 218, anexo 2).

que se le propinó al occiso en trayectoria de atrás hacia adelante constituyó un uso desproporcionado de la fuerza.

15.5. Con fundamento en el acervo probatorio que obra en el expediente, se infiere que la fuente material del daño fue producto de una ejecución sumaria en el desarrollo de un operativo militar y que la participación de la víctima en la producción del daño no fue ni idónea ni eficiente ni determinante, lo que permite colegir que la única fuente del menoscabo del derecho por ella padecido provino del operativo militar, en cuyo desarrollo no se demostró una actuación adecuada y proporcional, a fin de asegurar la vida de la persona que se pretendía inmovilizar. Si bien el operativo militar se desarrolló en cumplimiento de un deber legal, ni la ejecución ni el uso de la fuerza letal pueden entenderse como el cumplimiento de ese deber, ni tampoco como una reacción de legítima defensa; en consecuencia, es posible afirmar que se usó la fuerza de manera arbitraria y desproporcionada, sin que obre otro medio conducente y razonable de prueba en el plenario que permita erigir una hipótesis diferente.

15.6. En consonancia con lo anterior, esta Corporación si bien ha sostenido que la legítima defensa y el cumplimiento de un deber legal pueden ser causales de exoneración de responsabilidad de la administración⁴⁷, no ha aceptado que el uso de la fuerza sea utilizado como primer recurso en contextos diferentes al conflicto armado. Así lo consideró, por ejemplo, el Consejo de Estado en sentencia del 27 de julio de 2000:

Se agrega que aún en el evento de que los señores Orlando y James Ospina hubieran sido delincuentes y que pretendieran extorsionar a la señora Mélida Díaz, los funcionarios no estaban legitimados para sancionarlos con la pena de muerte, pues si bien es cierto que el Estado puede hacer uso legítimo de la fuerza y por lo tanto, recurrir a las armas para su defensa, esta potestad sólo puede ser utilizada como último recurso, luego de haber agotado todos los medios a su alcance que representen un menor daño. Lo contrario implicaría legitimar el

⁴⁷ Al respecto, ver por ejemplo, sentencia del 19 de febrero de 1999, rad. 10459 y del 10 de marzo de 1997, rad. 11134, M.P. Ricardo Hoyos Duque; del 31 de enero de 1997, rad. 9853, del 12 de diciembre de 1996, rad. 9791, del 21 de noviembre de 1996, rad. 9531, M.P. Daniel Suárez Hernández y de 14 de julio de 2004, M.P. Alier Hernández Enríquez, rad. 14902.

restablecimiento del orden en desmedro de la vida y demás derechos fundamentales de las personas⁴⁸.

15.7. De acuerdo con lo anterior, es pertinente aceptar la hipótesis señalada en la sentencia de primera instancia, según la cual los uniformados privaron a una persona arbitrariamente de la vida al usar de manera desproporcionada la fuerza cuando la víctima se encontraba en estado de desventaja e inferioridad, lo que a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se denomina ejecución extrajudicial o sumaria. Esta conclusión permite lógicamente imputar responsabilidad a la entidad demandada por falla en el servicio.

15.8. Según la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la ejecución extrajudicial consiste en lo siguiente:

Norma básica 9. No se perpetrarán, ordenarán ni encubrirán ejecuciones extrajudiciales o “desapariciones”, y hay que incumplir órdenes de hacerlo.

No se debe privar a nadie de la vida de forma arbitraria o indiscriminada. Una ejecución extrajudicial es un homicidio ilegítimo y deliberado perpetrado u ordenado por alguna autoridad, sea nacional, estatal o local, o llevado a cabo con su aquiescencia.

El concepto de ejecución extrajudicial se compone de varios elementos importantes:

- es un acto deliberado, no accidental,*
 - infringe leyes nacionales como las que prohíben el asesinato, o las normas internacionales que prohíben la privación arbitraria de la vida, o ambas.*
- Su carácter extrajudicial es lo que la distingue de:*
- un homicidio justificado en defensa propia,*
 - una muerte causada por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que han empleado la fuerza con arreglo a las normas internacionales,*
 - un homicidio en una situación de conflicto armado que no esté prohibido por el derecho internacional humanitario.*

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de julio de 2000, rad. 12788, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

En un conflicto armado, aún cuando éste no sea internacional, tanto los soldados y agentes armados de un Estado como los combatientes de grupos políticos armados tienen prohibido llevar a cabo ejecuciones arbitrarias y sumarias. Tales actos contravienen el artículo 3 común de los convenios de Ginebra (que además prohíbe la mutilación, la tortura o el trato cruel, inhumano o degradante, la toma de rehenes y otros abusos graves contra los derechos humanos)⁴⁹.

En lo referente al homicidio perpetrado por agentes del Estado colocando (sic) a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, es de precisar que esta conducta se identifica con lo que en el derecho internacional de los derechos humanos recibe el nombre de ejecución extrajudicial.

Hay ejecución extrajudicial cuando individuos cuya actuación compromete la responsabilidad internacional del Estado matan a una persona en acto que representa los rasgos característicos de una privación ilegítima de la vida. Por lo tanto, para que con rigor pueda hablarse de este crimen internacional la muerte de la víctima ha de ser deliberada e injustificada.

La ejecución extrajudicial debe distinguirse, pues, de los homicidios cometidos por los servidores públicos que mataron: a. Por imprudencia, impericia, negligencia o violación del reglamento. b. En legítima defensa. c. En combate dentro de un conflicto armado. d. Al hacer uso racional, necesario y proporcionado de la fuerza como encargados de hacer cumplir la ley⁵⁰.

15.8.1. En efecto, el 15 de diciembre de 1989, mediante la Resolución 44/162, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el instrumento titulado *“Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de ejecuciones extralegales, arbitrarias y sumarias”*. De acuerdo con lo depositado en este instrumento internacional, los Estados tienen las siguientes obligaciones, entre las que caben resaltar: i) prohibir por ley tales ejecuciones y velar por que ellas sean

⁴⁹ Amnistía Internacional, Unidad Didáctica II. “Dossier”. Fuerzas de Seguridad y Derechos Humanos. 24. Diez normas Básicas de derechos humanos para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en www.es.amnesty.org. En la parte pertinente del escrito que se está citando de esta organización internacional, se establecen las siguientes fuentes normativas que sirvieron para la redacción de la norma transcrita: Principios Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias (principios 1 y 3), artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

⁵⁰ Intervención de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el Conversatorio sobre justicia penal militar organizado por el Comité Institucional de derechos humanos y derecho internacional humanitario de Antioquia. Consideraciones sobre la investigación y el juzgamiento de conductas punibles constitutivas de graves violaciones de los derechos humanos o de crímenes de guerra, Medellín, 14 de septiembre del 2005.

tipificadas como delitos en su derecho penal; *ii)* evitar esas ejecuciones, garantizando un control estricto de todos los funcionarios responsables de la captura, la detención, el arresto, la custodia o el encarcelamiento de las personas, y de todos los funcionarios autorizados por la ley para usar la fuerza y las armas de fuego; *iii)* prohibir a los funcionarios superiores que den órdenes que autoricen o inciten a otras personas a llevar a cabo dichas ejecuciones⁵¹.

15.8.2. En el informe anual presentado en 2012, sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sostuvo en lo referente a las ejecuciones extrajudiciales⁵²:

30. La práctica de las ejecuciones extrajudiciales no se ha erradicado totalmente. (...)

31. En varios casos, se observaron inconsistencias sobre lo ocurrido en las versiones de las autoridades militares, así como una tendencia por parte de algunos funcionarios a desprestigiar y estigmatizar a las víctimas, y a entorpecer la justicia.(...)

La oficina en Colombia registró que algunos oficiales del Ejército continúan negando la existencia de las ejecuciones extrajudiciales y desprestigian el sistema judicial cuando se producen sentencias condenatorias. Estas actitudes son claramente opuestas a las políticas del Ministerio de Defensa y no contribuyen a crear una cultura de repudio de estas violaciones, lo que pone en peligro las garantías de no repetición. Además, aumentan los riesgos a los que se ven expuestos operadores judiciales, víctimas, sus familias y las organizaciones que las apoyan.

33. Hasta agosto, la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía tenía asignados un total acumulado de 1.622 casos de presuntos homicidios atribuidos a agentes del Estado, que involucraban

⁵¹ Ver: CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2011*, OEA/Ser. L/V/II., Doc. 69, 30 diciembre 2011, Capítulo IV. Colombia; CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010*, OEA/Ser. L/V/II., Doc. 5 corr. 1, 7 marzo 2011, Capítulo IV. Colombia; CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009*, OEA/Ser. L/V/II., Doc. 51 corr. 1, 30 diciembre 2009, Capítulo IV. Colombia; CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008*, OEA/Ser. L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, 25 febrero 2009, Capítulo IV. Colombia; CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2007*, OEA/Ser. L/V/II.130, Doc. 22 rev. 1, 29 diciembre 2007, Capítulo IV. Colombia; CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2006*, OEA/Ser. L/V/II.127, Doc. 4, rev. 1, 3 marzo 2007, Capítulo IV. Colombia.

⁵² ONU, Consejo de Derechos humanos, Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Adición. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 19º período de sesiones, A/HCR/19/21/Add.3, 31 de enero del 2012, párr. 33.

a 3.963 miembros de la fuerza pública, y se habían proferido 148 sentencias condenatorias. Destaca la condena en junio de un coronel retirado que aceptó responsabilidad en 57 ejecuciones extrajudiciales cometidas entre 2007 y 2008, cuando era comandante de la Fuerza de Tarea de Sucre. Es el oficial militar de más alto rango condenado por este delito hasta la fecha. (...) // 35. La oficina en Colombia reitera la obligación de la justicia penal militar de abstenerse de iniciar investigaciones o reclamar la competencia cuando se han producido hechos que pueden constituir violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Además, en caso de duda, la jurisdicción ordinaria, y no la militar, debe ser competente, ya que la primera constituye la regla general y la segunda la excepción, en concordancia con los estándares internacionales y la jurisprudencia nacional de la Corte Constitucional.

15.8.3. Recientemente, en 2014, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dio a conocer el Cuarto Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, y sobre el asunto específico de ejecuciones extrajudiciales sostuvo⁵³:

La información disponible revela que los casos de ejecuciones extrajudiciales abarcan una serie de supuestos tales como: i) ejecución de miembros de la guerrilla hors de combat; ii) ejecución de líderes comunitarios acusados de ser colaboradores; iii) transferencia de cuerpos de grupos paramilitares a unidades del Ejército; iv) ejecución de informantes y miembros desmovilizados para encubrir crímenes anteriores, negar vinculaciones y destruir evidencia; v) ejecución de personas que mantienen lazos con organizaciones criminales como resultado de alianzas y corrupciones; vi) ejecución de personas que fueron intencionalmente reclutadas o detenidas (personas vulnerables, personas con discapacidad, adictos, personas en situación de calle y con antecedentes criminales); y vii) “errores militares” encubiertos por la simulación de un combate.

15.9. Para la Sala es claro que instrumentos de carácter internacional proscriben conductas de agentes estatales relacionadas con ejecuciones sumarias ya que, por un lado, constituyen graves violaciones a los derechos humanos, a la vida, integridad personal, libertad de circulación, familia, entre otros y, por otro, son serias infracciones a mínimos humanitarios.

⁵³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Cuarto Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia, Verdad, Justicia y reparación*, OEA/Serv. L/V/II, Doc. n° 49, 2013, p. 79. Al respecto se puede revisar: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf> (consultado el 27 de agosto del 2014)

15.10. La Sala destaca que el derecho a la vida tiene una amplia protección en los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que es parte Colombia. Las normas internacionales relativas a derechos humanos tienen por función, no solo fungir como parámetros de condicionamiento de la constitucionalidad de los ordenamientos internos y de modificación de las modalidades de ejercicio del control de constitucionalidad⁵⁴, sino también, desde el punto de vista del instituto de daños, fundamentar a partir de normas de referencia supranacional el juicio de responsabilidad estatal en casos de falla en el servicio⁵⁵.

15.11. Así pues, de lo anterior se puede concluir que el juez de daños como juez de convencionalidad en el ordenamiento interno⁵⁶, tiene la facultad para revisar el

⁵⁴ Cfr. ROBLLOT-TROIZIER, Agnès, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse, Paris, 2007.

⁵⁵ Sobre la posición de garante y el control de convencionalidad se puede consultar la sentencia del 21 de noviembre de 2013 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, rad. 29764, M.P. Enrique Gil Botero. A nivel de la doctrina: BREWER CARIAS, Allan y SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p.139: “los controles dentro del moderno Estado de Derecho no pueden limitarse a los tradicionales juicios de legalidad o de formal comparación normativa. El carácter sustancial de esta base edificadora del Estado conduce a que los controles que puedan surgir en la complejas intimidades de su estructura normativa no se agoten en simple esfuerzos sin sentido, superficiales, formales, alejados de los principios y de los valores en que se fundan las instituciones”.

⁵⁶ En el caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere a la función de los jueces nacionales en lo relativo al conjunto de obligaciones contenidas en los sistemas de protección de derechos humanos. Al respecto resaltó: “124. La Corte es consciente [de] que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”: Caso Almonacid Arellano vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre del 2006, serie C, n.º 154, párrs. 123 a 125. En el caso Cabrera García y Montiel contra México, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró: “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre del 2010, párrs. 12 a 22.

cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos por parte de las autoridades públicas internas. En ese orden, si bien el control de convencionalidad, visto como una técnica de orden estatal, le sirve al juez de daños para ejercer un control objetivo de constatación del cumplimiento de obligaciones internacionales, también le sirve para confrontar la posible abstención de una obligación que nace de un estándar funcional de origen internacional, de allí que, en caso de concretarse un daño antijurídico, este le puede ser imputable al Estado.

15.12. Por lo tanto, el control de convencionalidad proporciona al juez de daños una herramienta importante que le permite, a partir del prisma de normas supralegislativas en las que se reflejan los comportamientos estatales, identificar las obligaciones vinculantes a cargo del Estado y fundar la responsabilidad de este cuando se produce un daño antijurídico derivado del incumplimiento de dicho estándar funcional, de acuerdo con el cual es obligación de los Estados impedir que se presenten situaciones de ejecuciones extrajudiciales⁵⁷.

15.13. Estos antecedentes establecidos por organismos internacionales revisten la mayor importancia para esta Sala, ya que los daños ocasionados en operativos militares y policiales a ciudadanos, conductas censurables de agentes del Estado, como lo son las ejecuciones extrajudiciales o sumarias de civiles en estado de inferioridad e indefensión, no guardan un vínculo “próximo y directo” con el servicio e implica una violación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y, por ende, no están cubiertos por una jurisdicción de excepción.

15.14. Una vez consumada esta conducta, el Estado debe garantizar el acceso a la administración de justicia, en el marco del debido proceso y el juez natural, para que las víctimas accedan a sus derechos fundamentales a la verdad, a la justicia y a la reparación integral, pues es claro que el Estado deberá investigar seriamente, sancionar adecuadamente y reparar integralmente los daños

⁵⁷ En el artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se hace la siguiente previsión: “1. *El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por ley, nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente*”. En el numeral 2º *ibídem* se dispone que, en los países donde exista la pena de muerte, “...*sólo podrá imponerse en sentencia definitiva dictada por tribunal competente*”.

irrogados a las personas sujetas a su jurisdicción, máxime cuando se encuentren en situación de debilidad o inferioridad manifiesta.

15.15. En el caso concreto, la Sala observa con preocupación que la Justicia Penal Militar haya avocado este caso de ejecución arbitraria, no siendo esta el juez natural, situación que tiene directa incidencia en el presente juicio de imputación, pues se afectaron derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas, ya que, si bien, no obra en el proceso la sentencia ejecutoriada de la justicia penal militar, la entidad demandada afirma en el recurso de apelación que la justicia penal militar y la justicia disciplinaria absolvieron de todos los cargos al militar involucrado en la muerte del señor Zapata Castrillón.

15.16. Al respecto, el Consejo Superior de la Judicatura órgano judicial de cierre de definición de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la justicia penal militar ha venido aplicando recientemente el precedente judicial delineado por la Corte Constitucional, y ha precisado que la justicia castrense no tiene competencia cuando: (i) subsiste una ausencia de vínculo entre la conducta punible y la actividad del servicio, esto es, *verbi gracia*, conductas punibles cometidas por militares y policías contra otros miembros activos de la misma institución⁵⁸ o violaciones del Derecho Internacional Humanitario; (ii) se presenta una gravedad inusitada del delito que rompe el vínculo próximo y directo con el servicio, por ejemplo, la tortura, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales o sumarias, el homicidio en persona protegida⁵⁹ o la agresión sexual ; (iii) se presenta la duda razonable sobre el nexo con el servicio, por ejemplo (a) cuando

⁵⁸ Cfr. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto del 4 de marzo de 2011, rad. 110010102000201100422 00, M.P. Pedro Alonso Sanabria Buitrago; auto del 29 de octubre de 2008, rad. 11001010200020080272700 1105C, M.P. José Ovidio Claros Polanco.

⁵⁹ Cfr. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto del 21 de julio de 2000, rad. 10443, M.P. Leonor Perdomo Perdomo. El asunto se refiere a un homicidio de un informante del Ejército, ex militante del M-19, por miembros del ejército que lo torturaron antes de ocasionarle la muerte. En ese sentido la sentencia de la Corte Constitucional en decisión del 13 de noviembre de 2001 precisó que la responsabilidad en casos de omisión de los miembros de la fuerza pública frente a la comisión de crímenes de lesa humanidad –la masacre de 49 personas en Mapiripán (Meta)- son actos de gravedad inusitada que no guardan ninguna relación con el servicio. Cfr. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

existen “tajantes diferencias”⁶⁰ de las versiones entregadas por los militares y policías ante las autoridades judiciales sobre las circunstancias de las operaciones militares, lo que genera “duda”⁶¹ frente a las circunstancias del caso, que impide determinar si la actuación de los miembros de la fuerza pública estuvo vinculada con el ejercicio “legítimo de la autoridad”, o si por el contrario, se produjo por la voluntad de los sindicatos, con lo que desvirtúa el elemento funcional “o la denominada ‘relación con el servicio’ como presupuesto esencial del fuero castrense”^{62,63}, (b) el déficit de pruebas que permita establecer con certeza las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se desenlazaron los hechos⁶⁴, (c) los testimonios que coinciden en afirmar que las víctimas no tenían vínculos con grupos armados organizados al margen de la ley⁶⁵, (d) por el estado de indefensión e inferioridad de la víctima o por encontrar heridas de disparos de armas de fuego a corta distancia, por ejemplo disparos efectuados por la espalda o con **trayectoria “postero-anterior”** con lo que se deja anillos de contusión⁶⁶; (e) las huellas de los disparos sobre los cuerpos de las víctimas, según los informes de necropsia⁶⁷, y (f) **el rompimiento de la cadena de custodia o la escena del crimen por parte de los policías y militares** implicados en los hechos que concitan la investigación penal⁶⁸.

⁶⁰ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia del 5 de febrero del 2014, rad. 2013-2794, citada por Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia del 10 de abril de 2014, rad. 110010102000201302802 01, M.P. Néstor Iván Javier Osuna Patiño.

⁶¹ *Ídem*.

⁶² *Ídem*.

⁶³ Cfr. Consejo Superior de la judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto del 8 de febrero de 2010, rad. 11001010200020100009600, M.P. Jorge Armando Otálora Gómez. En esta providencia se afirma que *“existen serias dudas sobre la ocurrencia de los hechos en combate, pues las versiones de los militares no concuerdan en muchos aspectos como por ejemplo en lo relacionado con la hora del combate y en lo referente a la distancia que tenían respecto de los subversivos en el momento en que supuestamente se iniciaron los ataques”*.

⁶⁴ Cfr. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto del 11 de abril de 2010, rad. 11001010200020100310600, M.P. Jorge Armando Otálora Gómez.

⁶⁵ Cfr. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto del 21 de septiembre de 2011, rad. 11001010200020110235100, M.P. Henry Villarraga Oliveros.

⁶⁶ Cfr. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto del 4 de noviembre de 2011, rad. 11001010200020100310700, M.P. Jorge Armando Otálora Gómez.

⁶⁷ Cfr. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia del 26 de febrero del 2014, rad. 2013-02885, citada por Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia del 10 de abril de 2014, rad. No. 110010102000201302802 01, M.P. Néstor Iván Javier Osuna Patiño.

⁶⁸ Cfr. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto del 13 de junio de 2011, rad. 11001010200020110177800, M.P. Julia Emma Garzón de Gómez.

15.17. Para la Sección Tercera el colofón es claro⁶⁹: la noción de relación con el servicio del integrante de la fuerza pública excluye tres eventos en los que la justicia penal militar bajo ninguna circunstancia tiene competencia, *so pena* de afectar los derechos fundamentales de la víctimas a la verdad, la justicia y la reparación: (i) si no hay un vínculo “próximo y directo” entre el delito y el servicio; (ii) si el delito es de tal gravedad que *ipso jure* se rompe el vínculo con el servicio, y (iii) si hay duda sobre cualquiera de estos elementos, en todos los casos será competente la justicia ordinaria.

15.18. De esta manera, la Sala considera que en el presente caso se encuentra demostrado: i) que el Jefe de la Unidad de Inteligencia y Evaluación del GAULA, Antioquia, privó arbitrariamente de la vida al señor Luis Enrique Zapata Castrillón; ii) que el cadáver del señor Zapata Castrillón presentó un disparo de arma de fuego en la parte posterior del cráneo; iii) que el occiso no falleció durante un enfrentamiento armado en zona urbana, tal como lo reportó el capitán Rojas Martínez, como dado de baja en el operativo “Nocturno”.

15.19. En suma, para la Sala se encuentran acreditados todos los elementos para que pueda predicarse la falla del servicio por la conducta altamente reprochable del integrante del Ejército Nacional, ya que, de acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, se puede concluir que el capitán que participó en la operación “Nocturno” el 21 de noviembre del 2002 privó injustamente de la vida a Luis Enrique Zapata Castrillón, en contraste con las afirmaciones de la entidad demandada, según las cuales, el día de los hechos durante un operativo militar en zona urbana del municipio de Medellín y en cumplimiento estricto de un deber legal falleció un ciudadano, argumento que les permitió hacer aparecer al mencionado señor como si se tratara de un delincuente que había previamente cometido una conducta punible de hurto y que decidió enfrentarse con la unidad militar desplegada en ese sector de la ciudad.

⁶⁹ Esta posición fue sentada en la sentencia de unificación de la Sección Tercera del 28 de agosto del 2014, rad. 32988, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

16. Por último, en lo relativo a la prejudicialidad, la Sala pone de presente que no es un impedimento para la jurisdicción adelantar un juicio de responsabilidad estatal extracontractual cuando previamente se ha exonerado de responsabilidad penal al capitán Rojas Martínez, con el agravante que si bien en el presente proceso no obra sentencia absolutoria proferida por la justicia penal militar, sí obra sentencia del Juzgado 22 de Instrucción Penal Militar proferida el 9 de agosto del 2004 mediante la cual la justicia castrense se abstuvo de imponer medida precautelativa contra el capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez por el homicidio en la humanidad del joven Luis Enrique Zapata.

D. Del llamado en garantía

17. El llamado en garantía, capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez, solicitó durante el debate procesal que se decrete la prejudicialidad del proceso contencioso administrativo hasta tanto no se decidiera el asunto en la jurisdicción penal militar de conformidad con lo reglado en el numeral 2º del artículo 170 del C.P.C., en concordancia con el artículo 267 del C.C.A. No obstante, la entidad demandada en el recurso de apelación afirma que el oficial investigado por la operación no fue sancionado ni penal ni disciplinariamente, aunque estas pruebas no se allegaron al presente proceso, salvo la sentencia del 9 de agosto del 2004 del Juzgado 22 de Instrucción Penal Militar por medio del cual se resolvió la situación jurídica provisional del uniformado.

17.1. Si bien es cierto que los pronunciamientos efectuados por la justicia castrense como por las autoridades disciplinarias hacen, en principio, tránsito a cosa juzgada, pues representan una prenda intangible de garantía de seguridad jurídica, en la medida que impide que una controversia judicial se extienda de tal modo que por su incertidumbre llegue hasta hacerse nugatoria la seguridad que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los asociados, no impide al juez contencioso administrativo, de ninguna manera, adelantar el estudio de la responsabilidad administrativa del Estado y el análisis de culpabilidad de la conducta del agente en el presente asunto.

17.2. Así lo ha reconocido esta Corporación⁷⁰ cuando ha dicho que el llamamiento en garantía busca establecer la responsabilidad personal del agente por el actuar doloso o gravemente culposo que se ocasionó por una condena de responsabilidad en contra del Estado, mientras que la acción civil en el proceso penal tiene por objetivo establecer el daño causado a derechos subjetivos de particulares.

17.3. Una vez dilucidada la posibilidad que tiene la jurisdicción contencioso administrativa de pronunciarse frente a la responsabilidad administrativa que le puede caber al capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez en el presente asunto, la Sala procederá a estudiar si el oficial obró con dolo o culpa grave en la configuración del daño por el cual se demanda.

17.4. El artículo 90 de la Constitución precisa que el Estado deberá repetir contra sus agentes cuando sea condenado a la reparación de daños o perjuicios causados como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de estos. La Ley 678 del 2001 que desarrollo esta disposición constitucional y reglamentó la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas a través del ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía con fines de repetición, no previó como requisito de procedibilidad de esta acción la existencia de un fallo condenatorio de carácter penal o de una decisión disciplinaria, por lo que le corresponde al juez contencioso administrativo adelantar el estudio del dolo y la culpa grave del agente estatal a efectos de establecer si es posible dirigir la acción de repetición en contra del agente que infringió consciente o inconscientemente los estándares funcionales.

17.5. Teniendo en consideración que los hechos del presente caso ocurrieron con posterioridad a la fecha de su entrada en vigencia -agosto 4 del 2001-, el régimen aplicable para el estudio de la conducta del capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez, llamado en garantía, es el previsto en la Ley 678 del 2001.

⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero del 2006, rad. 14307, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

17.6. Para estudiar la responsabilidad subjetiva del agente a partir de una conducta dolosa o con culpa grave, el juez no solo tomará en cuenta lo contemplado en el Código Civil y las disposiciones constitucionales afines -artículo 6º y 91- sino que para su análisis también es menester tener en cuenta los estándares funcionales y su grado de incumplimiento⁷¹. Asimismo, se debe establecer si la infracción funcional que originó el daño antijurídico tuvo lugar en virtud de una actuación voluntaria del agente estatal, es decir, conocía que su conducta era reprochable y no se acompasaba con el ordenamiento jurídico, y a pesar de esto tuvo la intención de desatar los efectos antijurídicos indeseados sobre la víctima -actuación dolosa-, o si al actuar supo con antelación que se suscitaba una irregularidad y un eventual daño, y confió imprudente y negligentemente en poder superarlo –actuación gravemente culposa-.

17.7. En el caso concreto, la orden fragmentaria de operaciones n.º 66 denominada “Nocturno” del Grupo Antisecuestro y Antiextorsión (GAULA) del Ejército Nacional, Medellín, si bien no fue adoptada directamente por el ahora llamado en garantía, capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez, Jefe de Inteligencia y Evaluación del GAULA, cierto es que fue ejecutada por él mismo y que disparó en contra de la humanidad de Luis Enrique Zapata Castrillón.

17.8. El GAULA del Ejército Nacional contaba con información sobre la presencia de milicias de las FARC, ELN, bandas de extorsionistas, delincuencia organizada y delincuencia común. Así, conviene aclarar que del plenario probatorio no se demostró que la operación hubiere tenido defectos en su planeación, sino que el capitán Rojas en la fase de ejecución incurrió en una conducta dolosa, consistente en que a pesar de haber sometido a un ciudadano a un estado de indefensión e inferioridad disparó conscientemente su arma de dotación oficial en contra de la víctima por la espalda, cuyos proyectiles entraron por la parte trasera del cráneo, de acuerdo con lo constatado en el acta de necropsia.

⁷¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de agosto del 2011, rad. 20117, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

17.9. Ahora, sobre este último aspecto, la Sala advierte que el capitán Rojas Martínez, Jefe de Inteligencia y Evaluación del GAULA, aseguró en el informe de patrullaje que la muerte del señor Zapata Castrillón se produjo como consecuencia de una reacción legítima del oficial y en defensa de su integridad física, cuando en realidad, según el informe de balística, las versiones ofrecidas por el oficial no son congruentes ni verosímiles en la medida que se demostró que, además de que el arma del occiso no fue disparada, el proyectil entró por la parte posterior de la cabeza. Se debe agregar, por otra parte, que el oficial aseguró que no se alteró la escena de los hechos y se conservó intacta hasta que llegaron las autoridades judiciales; sin embargo, las diferentes versiones vertidas en el proceso penal y el estudio de desplazamiento de proyectiles realizado por la Fiscalía General de la Nación ponen en entredicho las afirmaciones presentadas por el oficial.

17.10. En suma, las declaraciones vertidas en los diferentes documentos por el capitán Rojas Martínez están desprovistas de certeza probatoria, habida cuenta de que en sus múltiples intervenciones presentó varias incongruencias en relación a cómo sucedieron los hechos y, contrario a lo sostenido por el llamado en garantía, obran otras pruebas de las que se puede inferir que después de que el difunto había sido reducido y puesto en situación de inferioridad, fue ejecutado de manera arbitraria.

17.11. Estos aspectos dan cuenta por sí solos de la configuración de una conducta dolosa, puesto que todas las afirmaciones del mismo capitán Rojas Martínez son desvirtuadas no solo por los estudios adelantados por la Fiscalía General de la Nación sino por el mismo acompañante del capitán el día de los hechos, soldado Luis Enrique Gutiérrez Villa.

17.12. Para la Sala está plenamente acreditado que el capitán Rojas Martínez privó arbitrariamente de la vida a un ciudadano, así como también desconoció que en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el uso de la fuerza letal no puede ser el primer recurso en acciones diferentes al conflicto armado interno, independientemente de la condición del señor Zapata Castrillón, la cual no se probó en el presente proceso.

17.13. En este orden de ideas, debido a que el capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez incurrió con su conducta dolosa y consciente en una ejecución sumaria, se debe declarar su responsabilidad administrativa y patrimonial en el presente litigio y, por consiguiente, la condena que se procederá a imponer a la entidad demandada deberá ser reembolsada en su totalidad por el capitán Carlos Mauricio Rojas Martínez.

17.14. En el subjudice observa la Sala que en el proceso se demostró que los señores Luis Enrique Zapata Castrillón y Mariela Castrillón Gil, padres del occiso, se constituyeron en **parte civil** dentro del trámite adelantado por la justicia penal militar en contra del capitán involucrado. No obstante, en el expediente no reposa la sentencia penal que permita conocer cuál fue el resultado de esas pesquisas, y se ignora si se declaró responsabilidad a cargo del encartado y si se lo condenó al pago de los perjuicios que se hubieran causado a los hoy demandantes.

17.15. Al respecto, la jurisprudencia ha fijado el criterio según el cual, si se acredita el pago de indemnizaciones en el marco de los procesos penales que eventualmente se hubieran adelantado con ocasión de los daños cuya indemnización se reclama en sede contenciosa administrativa, es procedente que, al momento de cumplirse la condena proferida por esta jurisdicción, la administración se abstenga de pagar las sumas de dinero que hubieran sido pagadas a las víctimas en el marco del proceso penal. La jurisprudencia de la Sección Tercera ha abordado este tema orientado a saber cuáles son las consecuencias frente al proceso contencioso administrativo, en eventos de que se haya producido una condena indemnizatoria en el proceso penal, y ha manifestado que:

La víctima o perjudicado con un delito, por consiguiente, tiene la libertad y el derecho de reclamar la indemnización integral de los perjuicios ante la jurisdicción ordinaria, bien a los jueces penales dentro del proceso penal en ejercicio de la acción civil promovida en él con la anteriormente denominada constitución de parte civil -o ahora bajo el trámite del incidente de regulación integral de perjuicios una vez culminado éste-, ora ante los jueces civiles mediante el ejercicio independiente de la acción civil. Pero, a la vez, también puede acudir en demanda de

reparación directa para perseguir la indemnización del Estado por el daño antijurídico.

(...)

De ahí que, retomando lo atrás expuesto, en cuanto a que la fuente de la obligación de reparar y el derecho que surge a favor del lesionado es única, esto es, el daño antijurídico originado por el delito, y no obstante que por mandato y fuerza del ordenamiento deba ser analizada desde dos perspectivas y relaciones jurídicas, entre sujetos y régimen normativo diferentes, es claro que se prohíbe el doble pago de la indemnización a la víctima, porque no se puede favorecer al actor -este sí el mismo en uno y otro juicio-, con la posibilidad de cobrar dos veces por el mismo concepto⁷² y, por ende, patrocinar un enriquecimiento ilícito.

(...)

...no puede permitirse que la víctima se enriquezca sin justa causa a través del cobro de un doble valor indemnizatorio, y de esta irregular forma acreciente su patrimonio a expensas del patrimonio del Estado, situación que, como afirma la doctrina y así lo ha reconocido la jurisprudencia, "...está condenada por el derecho y la equidad (*nemo cum alterio detrimento locupletior fieri potest*)..."⁷³ Pretender recibir otro pago cuando el resarcimiento de los perjuicios derivados del daño ocasionado con el hecho delictivo ya se encuentra satisfecho, con independencia de quién ha pagado, no tiene una fuente justificativa que lo ampare y, por ende, no merece tutela por el ordenamiento jurídico.

En este sentido, huelga precisar que para no propiciar un enriquecimiento sin causa a favor del perjudicado y evitar el cobro de una doble indemnización⁷⁴, imperativo que constituye un principio general del derecho⁷⁵, cuando exista prueba del pago de la indemnización como consecuencia de una condena penal o civil o de otra forma jurídica de resolución pacífica pero vinculante de conflictos prevista por la ley, el juez administrativo en el proceso contencioso administrativo y sin perjuicio de la declaratoria de la responsabilidad del Estado, cuando se den los elementos que la estructuren, debe declarar de oficio o a petición de parte probada la excepción de pago total o

⁷² [34] En efecto, se trata de una misma conducta del funcionario que comprometió su propia responsabilidad y la de la administración, y por ende, se refiere a la misma fuente de la cual se pretende un reconocimiento indemnizatorio por el daño antijurídico.

⁷³ [36] OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, Régimen General de las Obligaciones, Octava Edición, 2005, pág. 42.

⁷⁴ [37] Se advierte que otra situación es la que se presenta "En caso de causa jurídica diferente, se acepta el doble pago porque se estima que el enriquecimiento que obtiene la víctima se encuentra justificado legalmente por la diferencia de causas que no son todas indemnizatorias. En este evento, la víctima puede quedar en una situación mejorada respecto de la que tenía antes del advenimiento del daño". Cfr. HENAO PEREZ, Juan Carlos, Ob. Cit. pág. 64 ídem. Es decir, repárese de que no se trata aquí de que la prohibición de doble pago deba ceder, puesto que no existen causas jurídicas diferentes, sino que existe una, derivada del hecho anómalo del servidor público que lesionó a un particular.

⁷⁵ [38] El artículo 80. de la Ley 153 de 1887 permite su aplicación al disponer que "Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho". El artículo 831 del Código de Comercio también lo trae cuando señala que "[n]adie podría enriquecerse sin justa causa a expensas de otro".

*parcial de la obligación indemnizatoria. Así lo impone el artículo 164 del C.C.A...
(...)*

...para que en el proceso contencioso administrativo se decrete la excepción de pago, no es suficiente la demostración de que se pagó la condena impuesta por el juez penal, pues debe existir proporcionalidad entre la condena de perjuicios que este último impuso al funcionario y la que impone el juez contencioso administrativo al Estado; es decir, la excepción de pago parte de la demostración de la reparación integral del daño en la cuantía determinada en el juicio de responsabilidad contra el Estado y sólo cuando el monto de la condena sea por lo menos igual a la que se profiera en el contencioso administrativo se hablará de pago total o en su defecto la excepción sería de pago parcial.

(...)

Con las anteriores precisiones, la Sala, nuevamente reflexiona en torno al asunto y ahora afirma lo siguiente por considerarlo de justicia y equidad y, por ende, ajustado a derecho,

a) Que quien se ha constituido en parte civil dentro de un proceso penal o intervino en el incidente de reparación de perjuicios para perseguir la responsabilidad civil del funcionario, igualmente puede demandar ante la jurisdicción contenciosa administrativa, con el fin de perseguir del Estado la plena indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la víctima cuando quiera que hubiese sido afectada a la vez por la conducta del agente y falla del servicio.

b) Que para que en el proceso contencioso administrativo se decrete la excepción de pago total, no sólo se requiere la demostración de que se pagó la condena impuesta por el juez penal, sino que debe existir equivalencia entre la condena de perjuicios que este último impuso al funcionario y la que impone el juez contencioso administrativo al Estado, de suerte que se cumpla con el principio de la reparación integral del daño irrogado a la víctima o, en su defecto la excepción sería de pago parcial, o sea por la proporción que efectivamente se haya pagado en relación con el monto de la condena a imponer en el proceso contencioso administrativo.

c) Que bajo estas circunstancias la entidad demandada estará obligada a pagar la totalidad de la indemnización impuesta en la sentencia por el juez administrativo, o asumida en una conciliación aprobada judicialmente o en cualquier otra providencia, salvo que la entidad pruebe en el proceso o al momento de cubrir el monto de la condena, que el funcionario citado en el proceso penal pagó totalmente el monto de los daños tasados en el proceso contencioso administrativo por ser la condena de perjuicios en el proceso penal igual o equivalente a aquélla, porque si es inferior o prueba que el funcionario pagó parcialmente, la entidad únicamente tendrá derecho de descontar la suma proporcional cubierta⁷⁶.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2006, rad. n.º 15046, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

17.16. De conformidad con lo anterior, la Sala precisa que si se acredita el pago de alguna condena por parte del agente estatal a favor de alguno de los demandantes, con ocasión de la participación de estos como parte civil dentro del proceso penal, entonces podrá la demandada descontar dicha suma de dinero de la indemnización que, por virtud de la presente sentencia, deba pagarse a favor de la respectiva persona.

E. Conclusión

18. La Sala considera, al tenor de los argumentos expuestos, que está demostrada la responsabilidad por el daño antijurídico causado por la entidad demandada, esto es, la ejecución extrajudicial del señor Luis Enrique Zapata Castrillón, y que el recurrente no logró acreditar la causal de exoneración de responsabilidad del hecho exclusivo y determinante de la víctima, ante lo cual, se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia que declaró la responsabilidad de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional y la condena al llamado en garantía, y a modificarla, en relación con los rubros reconocidos.

IV. Liquidación de perjuicios

A. Daños inmateriales derivados de vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados

19. En el caso concreto los actores sufrieron vulneraciones imputables al Estado como consecuencia de la ejecución sumaria de su familiar, señor Luis Enrique Zapata Castrillón. La Sala pone de presente que de acuerdo con el acervo que sirve de fundamento a las pretensiones está acreditado que los actores sufrieron perjuicios concretados en la afectación a la verdad y a un recurso judicial efectivo.

19.1. Al respecto, la Sala aplica los criterios expuestos por esta Corporación, en la sentencia de unificación de la Sala Plena del 28 de agosto del 2014, en la cual se sostuvo que esta clase de vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o

derechos convencional y constitucionalmente amparados deben ser reconocidos como una tercera categoría de daños inmatrimales autónomos. En esa oportunidad la Sala, precisó:

El daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características: i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial. // ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales. // iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular. // iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.

La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos:

i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial. // ii) La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia. // iii) La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza", en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. // iv) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una

medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado.// v) Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración: debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales imputables al mismo, y se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral adecuadas y pertinentes al caso, de tal manera que el Estado ejecute el debitum iuris. Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas, reprobando las relevantes violaciones a los derechos humanos y concretar las medidas de garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. // vi) Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas; sin embargo, en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas.

En aras de evitar una doble reparación, el juez deberá verificar ex ante: (a) que se trate de una vulneración o afectación relevante de un bien o derecho constitucional o convencional; (b) que sea antijurídica; (c) que en caso de ordenarse una indemnización excepcional, no esté comprendida dentro de los perjuicios materiales e inmateriales ya reconocidos, y (d) que las medidas de reparación sean correlativas, oportunas, pertinentes y adecuadas al daño generado⁷⁷.

19.2. Así las cosas, el daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados es un daño inmaterial autónomo que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario y, en tal virtud, las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, tienen efectos expansivos y universales, toda vez que no solamente están destinadas a tener incidencia concreta en la víctima y su núcleo familiar cercano, sino a todos los afectados, y aún inciden más allá de las fronteras del proceso a la sociedad en su conjunto y al Estado.

⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera-Sala Plena, sentencia del 28 de agosto del 2014, rad. 32988, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

19.3. Ahora, es menester explicar y justificar la medida a tomar en aras de reparar integralmente⁷⁸ los daños ocasionados a los demandantes en el presente caso.

19.4. De conformidad con lo anterior, en atención a las claras orientaciones jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Superior de la Judicatura, que han precisado que la justicia penal militar no tiene competencia y, en consecuencia, no es el juez natural para adelantar las investigaciones por conductas delictivas de miembros activos de la fuerza pública, cuando se presenta, entre otras, una gravedad inusitada del delito que rompe el vínculo próximo y directo con el servicio -la tortura, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales o sumarias, el homicidio en persona protegida o la violación sexual-; o cuando se presenta la duda razonable sobre el nexo con el servicio; o cuando se incurre en infracciones al Derecho Internacional Humanitario, se impartirá la siguiente **garantía de no repetición**:

19.4.1. Se ordena enviar copias de la totalidad del expediente en el que conste el presente trámite contencioso administrativo con destino a la Fiscalía General de la Nación para que evalúe la posibilidad de adelantar una investigación penal sobre los hechos de que trata esta sentencia, a efectos de determinar los responsables de la muerte del joven Luis Enrique Zapata Castrillón en hechos ocurridos el 21 de noviembre del 2002 en el municipio de Medellín.

19.5. Por último, habiendo constatado que la medida de carácter pecuniario ordenada en la presente sentencia es suficiente, pertinente, oportuna y posible, la Sala no aplicará la excepción a la regla de perjuicios inmateriales por vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados dispuesta por la sentencia de unificación del 28 de agosto del 2014 consistente en una indemnización única y exclusivamente a la

⁷⁸ La Asamblea General de Naciones Unidas, mediante Resolución 60/147 del 2005 adoptó los “Principios y directrices básicos sobre el derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves al derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”. En el ordenamiento jurídico interno ver Ley 975 de 2005 y Ley 1448 de 2011 las cuales regulan las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, garantías de satisfacción y de no repetición.

víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV.

19.6. No obstante, la Sala con fines de aclaración precisa que para la aplicación de esta excepción el **concepto de víctima** no puede quedar reducido solo a la persona que padece los efectos directos del daño antijurídico por la acción u omisión imputable al Estado, sino que también comprende a las personas que acrediten haber sido lesionadas injustamente en sus derechos o intereses legítimos. Por tanto, la Sala al entender que los derechos fundamentales hacen parte *del corpus iuris* de los derechos humanos, vistos como aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a *todos* los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar⁷⁹, estima que, para efectos de identificar a la víctima de un daño, sin caer en algún tipo de discriminación, esta abarca tanto a quien padece en su humanidad los efectos directos de una acción u omisión vulnerante de un derecho fundamental o convencional, o de un interés legítimo, constitutivo de daño, como a su núcleo familiar.

19.6.1. Conforme a estas consideraciones, la Sala entiende, en consonancia con la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional, y en aras de preservar la igualdad, el derecho al acceso a la administración de justicia, el debido proceso y el recurso judicial efectivo, que solo existe una categoría de víctima en la que están comprendidos tanto el que padece los efectos directos del daño como el núcleo familiar cercano, estos últimos en la medida en que los efectos antijurídicos del daño real, cierto, indemnizable e imputable al Estado les sean transferidos y que acrediten ser titulares de los derechos o intereses legítimos lesionados.

19.7. La Sala considera que en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sea suficiente, pertinente, oportuna o posible, podrá

⁷⁹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 19- 292; FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 686 y 687.

otorgarse una indemnización a la víctima, categoría en la que está comprendida la persona que padeció los efectos directos de la acción u omisión vulnerante como el núcleo familiar cercano, mediante el establecimiento de una medida dineraria.

19.8. De esta manera, de conformidad con la sentencia de unificación mencionada se entiende que la aplicación de la excepción *-indemnización dineraria-* se reconoce cuando haya lugar a ello a quien ha padecido la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "*de crianza*", en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. No obstante, en el presente litigio no hay lugar a ello.

B. Perjuicios morales

20. En el presente caso los demandantes solicitaron, por concepto de **perjuicios morales** el equivalente en pesos a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de los demandantes.

20.1. Al respecto, la Sala Plena de la Sección Tercera en sentencias del 28 de agosto del 2014 unificó los topes indemnizatorios en materia de reparación de perjuicios morales hasta 100 SMLMV en casos de muerte en los eventos allí descritos⁸⁰. Además, la Sala decidió en sentencia de unificación que en casos excepcionales⁸¹, como los de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en los eventos descritos en la sentencia de unificación antes citada, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral, sin que en tales casos el

⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto del 2014, rad. 26251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y rad. 27709, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera-Sala Plena, sentencia del 28 de agosto del 2014, rad. 32988, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios fijados en dicha sentencia.

20.2. La Sala considera en el caso *subjudice* que debido al nexo de parentesco que existía entre el señor Luis Enrique Zapata Castrillón (fallecido), con los hoy accionantes, se infiere que su ejecución sumaria implicó para estos una grave aflicción, congoja y dolor tal como quedó acreditado con los diferentes testimonios, en anteriores acápites (v. párr.8.13 y 8.13.1).

20.3. Así las cosas, teniendo en cuenta que en el caso sub judice se presenta el perjuicio en su mayor intensidad -ejecución extrajudicial-, cuyo daño es producto de una grave violación a derechos humanos imputable al Estado, habría lugar a aplicar la excepción contemplada por la sentencia del 28 de agosto del 2014 y reconocer a título de daño moral un monto mayor de compensación en dicha sentencia establecido. No obstante, es menester mencionar que la entidad demandada es apelante único en el presente proceso, entonces la competencia del juez de segundo grado se encuentra limitada por la garantía de la *non reformatio in pejus*, por virtud de la cual no es posible que, con la sentencia de apelación, se agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida a la entidad accionada.

20.4. Así las cosas, la Sala se limitara a aplicar los criterios acogidos por las sentencias de unificación⁸² que señalaron las reglas generales para casos de reconocimiento y liquidación de perjuicios morales en caso de muerte, los cuales no hacen más gravosa la situación del apelante único, así:

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio (100 smlmv).

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este

⁸² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto del 2014, rad. 26251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y rad. 27709, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

20.5. En el presente caso la existencia del perjuicio moral padecido por los demandantes, está acreditada directamente con los testimonios practicados dentro del trámite (v. párr. 8.13 y 8.13.1) y, además, por aplicación de las reglas de la experiencia relacionadas con el dolor que indudablemente padecieron los accionantes con el fallecimiento de su pariente cercano. Ello hace procedente que, en aplicación del criterio que ha sido sentado en las sentencias de unificación del 28 de agosto del 2014 sobre perjuicios morales por muerte⁸³ y en consonancia con lo reconocido en la sentencia de primer grado, se reconozca a favor de los padres del occiso -Luis Enrique Zapata Castrillón y Mariela Castrillón Gil- una indemnización equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria del presente fallo para cada uno de ellos; y a favor de la hermana -Deisy Johanna Zapata Castrillón- una suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria del presente fallo. En lo concerniente a Frank Alexander Montoya Morales no se le reconocerá una suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales otorgados en la sentencia de primer grado sino quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria del presente fallo, en razón a que se trata de un tercero damnificado, y según el artículo 357 del

⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto del 2014, rad. 26251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y rad. 27709, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

C.P.C., la Sala está autorizada para pronunciarse de fondo sobre los aspectos de la sentencia de primera instancia que el impugnante cuestiona, así como aquellos puntos que se derivan de la sentencia recurrida, esto es, los montos de indemnización.

20.6. En lo concerniente al **lucro cesante** y de conformidad con las razones expuestas por el recurrente en el recurso de apelación (v. párr. 6) contrario a lo sostenido por la sentencia de primer grado está demostrado en el presente litigio a través de los diferentes testimonios que el señor Luis Enrique Zapata Castrillón no sostenía económicamente a su padre y madre –señores Luis Enrique Zapata Castrillón y Mariela Castrillón Gil-, ni estos dependían económicamente del difunto⁸⁴, aunque se probó que les colaboraba y les prestaba ayuda económica.

⁸⁴ En el plenario obra la declaración del señor Juan Pablo Escobar Restrepo en la que afirmó (fl. 120 a 123, c.1): *“Informe a qué actividad económica se dedicaba Luis Enrique antes de su muerte, cuanto ganaba y a qué lo destinaba. Contestó: Él estuvo un tiempo trabajando en la minorista y ya estaba montando una carnicería en el barrio las brisas, no sé cuánto ganaba exactamente, pero tengo entendido que le iba bien porque a los carniceros les va bien, lo sé porque tengo amigos carniceros. Él con la plata le colaboraba mucho al papá y a la mamá, tomaba traguito y la ropa. Lo sé porque como estaba tan cerca de ellos, nos veíamos casi todos los días, él era hasta amigo de un hijo mío, iba a la casa y todo. Preguntado: informe si la falta de la ayuda económica que Luis Enrique le aportaba a sus padres a deteriorado la economía familiar, de ser así de qué forma. Contestó: yo me imagino que sí pero no puedo decir hasta qué punto, uno se imagina que sí les hace falta la ayuda del hijo. (...) Preguntado: manifiéstele al despacho a qué se dedicaba el papá de Luis Enrique para la época de la muerte de su hijo. Contestó: Él es un jubilado me parece que de la policía (...) Preguntado: manifiéstele al despacho quién veía por la subsistencia de los señores Luis Enrique y Mariela. Contestó: Don Enrique es jubilado y aparte de eso Quique hijo aportaba para la casa”*. El testimonio vertido por la hermana del difunto, Deisy Johanna Castrillón Zapata, confirma lo anterior (fl. 125 a 126, c.1): *“mi esposo manejaba un taxi y yo trabajaba en una carnicería que recién había montado mi hermano (...) mi papá es jubilado y mi mamá ama de casa”*. A su turno, el padre del difunto, señor Luis Enrique Zapata Castrillón, afirmó (fl. 127 a 128, c.1): *“Preguntado: cuánto hace que usted está pensionado y cuánto devenga. Contestó: salí el 23 de julio de 1976 y la cuantía es del mínimo (...) Preguntado: manifiéstele al despacho con quien vive usted. Contestó: integrado el vínculo familiar con mi esposa Mariela Castrillón Gil desde hace 45 años, por ahora vivo únicamente con mi esposa (...) Preguntado: manifiéstele al despacho si usted tenía casa propia o arrendada para la época del fallecimiento de Luis Enrique. Contestó: sí tenía un ranchito (...)”*. Finalmente, la progenitora del occiso asintió (fl. 129 a 131, c.1): *“Preguntado: A qué dedicaba Luis Enrique su hijo para la fecha de su muerte. Contestó: él tenía otra carnicería por las brisas que se llamaba Punto Blanco. Preguntado: manifiéstele al despacho, con quien trabajaba su hijo en esa carnicería. Contestó: trabajaba con la hermana, la hermana trabajaba como cajera (...) Preguntado: manifiéstele al despacho, quién ve por su subsistencia. Contestó: El veía por mí y mi esposo, porque mi esposo con un salario mínimo sabemos que no pasa uno. Preguntado: manifiéstele al despacho, concretamente con cuanto contribuía o de qué manera o que gastos sufragaba su hijo en casa. Contestó: el mercaba y nos pagaba los servicios también. Preguntado: manifiéstele al despacho, desde cuando está pensionado su esposo. Contestó: mi esposo está pensionada hace por ahí más de veinte años (...) Preguntado: manifiéstele al despacho con quienes vivían usted y su esposo para la época de la muerte de Luis Enrique. Contestó: estábamos viviendo la hija, con el esposo, pero como ellos tienen casita, después de que les hicieron los arreglos ellos se pasaron, también vivía Bienvenido mi hijo mayor. Preguntado: manifiéstele al despacho si Deisy y su esposo Frank aportaban al sostenimiento de la*

20.6.1. Si bien la sentencia de primer grado condenó en abstracto a la entidad demandada por los perjuicios materiales a título de lucro cesante en razón a que no se acreditó la edad de los padres del difunto, en esta instancia dicha condena será revocada, por cuanto la jurisprudencia de esta Corporación⁸⁵ los reconoce en la medida que se acredite y se reúnan los requisitos a partir de las cuales se infiera que los padres subsistían gracias al sostén económico de su hijo difunto.

20.6.2. Al respecto, la Sala ha considerado, en jurisprudencia reiterada, que cuando se prueba que los padres dependían económicamente de sus hijos antes del fallecimiento de éstos, la privación de esta ayuda tendría un carácter cierto y no eventual, y se ha presumido asimismo que la misma habría de prolongarse en el tiempo, al margen que los hijos superen la edad de los 25 años, cuando se reúnen algunas circunstancias que permiten sostener tal presunción como lo son la necesidad de los padres o su situación de invalidez.

20.6.3. En el caso concreto, se demostró que el señor Luis Enrique Zapata Castrillón falleció después de cumplir la edad de 25 años, es decir cuando tenía 28 años de edad (así se acreditó con el registro civil de nacimiento del señor Zapata folio 16 C. 2), razón por la cual, en un primer momento, no habrá lugar a reconocer el lucro cesante en favor de los padres, por cuanto no se puede tener por configurada la presunción señalada, en tanto la víctima tenía más de los 25 años, y tampoco se demostró en el presente proceso la concurrencia de algún supuesto de hecho como la necesidad de los padres o su situación de invalidez.

20.6.4. Así, de las pruebas allegadas para acreditar el cargo no se logra evidenciar que los padres hayan tenido un nivel de dependencia económica respecto de su hijo, por el contrario, el acervo probatorio permite inferir que si bien él colaboraba con las necesidades del hogar, los padres no subsistían gracias a la ayuda económica de su hijo.

casa. Contestó: sí, ellos aportaban para ellos mismos, porque ellos estaban ahí viviendo. Preguntado: sabe usted si Luis Enrique le pagaba salario a su hija Deisy. Contestó: sí, yo creo que sí le pagaba a ella” (se subraya).

⁸⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo del 2010, rad. 17047, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

20.6.5. Además, en los testimonios recaudados se indicó que los padres del difunto tenían otra hija, que ayudaba para los gastos del hogar. Así, no hay prueba de que al fallecido correspondiera la carga económica de sostener a sus padres: *“cabe recordar que la obligación alimentaria o la ayuda económica que una vez en edad productiva la víctima presuntamente hubiera reportado a sus padres y hermanos, solamente tendría lugar en el caso de que se acreditara la respectiva dependencia económica, de éstos con respecto al occiso, por carecer sus parientes de los medios económicos necesarios para sufragar los gastos de subsistencia”*⁸⁶.

20.6.6. En conclusión, los actores tenían la obligación de acreditar el perjuicio material alegado y no lo hicieron, luego incumplieron la carga probatoria que le correspondía, lo cual implica la desestimación de esta pretensión.

C. Costas

21. No hay lugar a la imposición de costas, en razón a que no se evidencia en el caso concreto una actuación temeraria de las partes o de los intervinientes procesales, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se profiera una condena por este concepto.

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

FALLA

MODIFÍCASE la sentencia proferida el 25 de septiembre del 2008 por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual se accedió en primera instancia a las pretensiones de la demanda. En su lugar, se dispone lo siguiente:

⁸⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de l14 de diciembre de 1998, rad. 11459, citada la sentencia de la Sección Tercera del 18 de marzo del 2010, rad. 17047, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

PRIMERO: DECLÁRASE a la Nación -Ministerio de Defensa - Ejército Nacional responsable por los daños antijurídicos producidos con ocasión de la ejecución extrajudicial o sumaria del señor Luis Enrique Zapata Castrillón, en hechos ocurridos el 21 de noviembre del 2002 en la calle 50 n.º 65-161 de la ciudad de Medellín, Antioquia.

SEGUNDO: En consecuencia de lo anterior, **CONDÉNASE** a la Nación-Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a pagar a los demandantes, como indemnización de perjuicios, las sumas de dinero que se mencionan en los siguientes acápite:

1. A título de indemnización de **perjuicios inmateriales por daño moral**, se ordena pagar a favor del señor Luis Enrique Zapata Castrillón (padre de Luis Enrique Zapata Castrillón –difunto) la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la época de ejecutoria de la presente providencia.
2. A título de indemnización de **perjuicios inmateriales por daño moral**, se ordena pagar a favor de la señora Mariela Castrillón Gil (madre de Luis Enrique Zapata Castrillón –difunto) la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la época de ejecutoria de la presente providencia.
3. A título de indemnización de **perjuicios inmateriales por daño moral**, se ordena pagar a favor de la señora Deisy Johanna Zapata Castrillón (hermana de Luis Enrique Zapata Castrillón –difunto) la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la época de ejecutoria de la presente providencia.
4. A título de indemnización de **perjuicios inmateriales por daño moral**, se ordena pagar a favor del señor Frank Alexander Montoya Morales (tercero damnificado) la suma equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la época de ejecutoria de la presente providencia.

TERCERO. Si el llamado en garantía acredita el pago de alguna condena a favor de alguno de los demandantes, con ocasión de la participación de estos como parte civil dentro del proceso penal, **AUTORÍZASE** a la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a descontar dicha suma de dinero de la indemnización que, por virtud de la presente sentencia, deba pagarse a favor de la respectivas personas.

CUARTO: A título de garantía de no repetición, se ordenará la siguiente:

ENVÍASE por secretaría copias auténticas de la totalidad del expediente en el que conste el presente trámite contencioso administrativo con destino a la Fiscalía General de la Nación para que se evalúe la posibilidad de adelantar una investigación penal sobre los hechos de que trata esta sentencia, si es del caso, a efectos de determinar los responsables directos por la muerte del joven Luis Enrique Zapata Castrillón en hechos ocurridos el 21 de noviembre del 2002 en el municipio de Medellín.

QUINTO: CONDÉNASE al entonces Jefe Unidad de Inteligencia y Evaluación del Grupo Antisecuestro y Antiextorsión (GAULA), Antioquia, capitán del Ejército Nacional, Carlos Mauricio Rojas Martínez, identificado con cédula de ciudadanía n.º 79.801.788 de Armenia, Quindío, a reintegrar a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional la totalidad del valor de la condena impuesta a esta entidad estatal en esta sentencia, descontando el pago que el llamado en garantía hubiere realizado a alguno de los demandantes durante el proceso penal, si hay lugar a ello. El reintegro será exigible solo después que se haya hecho efectivo el pago de los perjuicios reconocidos a los demandantes.

SEXTO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la presente decisión.

SÉPTIMO: DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. y 115 del C.P.C y **EXPÍDANSE** copias con destino a las partes, con las



precisiones del artículo 115 del C.P.C. y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995.

OCTAVO. No se **CONDENA** en costas.

En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado