

**INDEMNIZACION DE PERJUICIOS EN PROCESO PENAL – Vía legal alternativa / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS EN ACCION DE REPARACION DIRECTA - Vía legal alternativa / COSA JUZGADA - Inexistencia / PREJUDICIALIDAD - Improcedencia / PARTE CIVIL EN PROCESO PENAL – Excepción de pago parcial / DESCUENTO DE LO PAGADO EN PROCESO PENAL - Excepción en proceso de reparación directa**

-

Cuando el accionar del funcionario constituya delito y evidencia la existencia de la falla del servicio, la persona damnificada podrá buscar el resarcimiento por dos vías legales diferentes, frente a dos sujetos responsables también diferentes: a través de la acción civil dentro del proceso penal contra el delincuente; o a través de la acción de reparación directa o patrimonial contra la entidad pública que tenía a su servicio al funcionario responsable. Esas vías son alternativas, y este es el único sentido que les ha dado la ley, porque no puede aceptarse que puedan ejercerse conjuntamente para obtener, por cada una de ellas, la indemnización correspondiente, ya que en tal evento la persona damnificada se enriquecería en forma indebida o injusta. Lo lógico sería, para evitar ese enriquecimiento, entonces, que utilizada una de las vías para el resarcimiento, no pudiera instaurarse la otra. Pero instauradas ambas no puede ni hablarse de una posible cosa juzgada, cuando ya una se haya decidido y esté la otra pendiente, ni de prejudicialidad. No se da la cosa juzgada porque entre la sentencia penal que condena al pago de perjuicios y la acción de reparación directa que dispone ese pago, no existirá identidad de sujetos, uno de los supuestos para que tal figura se produzca. Obsérvese que la acción civil dentro del proceso penal contiene al delincuente y al damnificado; y en la reparación directa desaparece aquél para ser reemplazado por la administración. Y no es un problema de prejudicialidad tampoco, porque la suerte de la una no está condicionada a la de la otra y porque las relaciones están sometidas a normatividades diferentes: la conducta delictuosa del sujeto implicado desde la perspectiva del ordenamiento penal; y la falla del servicio, desde la perspectiva de las reglas que gobiernan su funcionamiento. Tan consciente de esta situación fue el legislador que señaló la prevalencia de la acción civil o patrimonial de responsabilidad (se habla de esta última frente a la responsabilidad estatal) sobre la civil dentro del proceso penal. La única salida posible, dentro de la equidad y dada la prevalencia de la última acción, es la de aceptar la excepción de pago parcial y descontar la suma que inicialmente se pagó. Sería, entonces, esta la excepción y no la de cosa juzgada, la cual quedó proscrita para los eventos analizados, a partir de la vigencia de ese art. 55. En este mismo orden de ideas, si la condena penal ya se impuso pero aún no se ha solucionado, no tendrá efecto coercitivo alguno, dada su ineficacia. En suma, ese art. 55 dispuso la prevalencia de la acción civil o patrimonial seguida ante la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa, según el caso, y al hacerlo, por su propia y autónoma voluntad, sacó del debate tanto a la cosa juzgada como a la prejudicialidad. El legislador podía hacerlo y la norma no colide con la constitución para poder afirmar frente a ella la inaplicabilidad con base en el art. 4o. de la Carta. Para que se configure el fenómeno procesal de la cosa juzgada se requiere que se den los supuestos que la ley exige, o sea la identidad de sujetos, objetos y causa (art. 332 del C.P.C.). Lo cual ciertamente no puede predicarse cuando no es el infractor de la ley penal el demandado en acción de reparación directa, sino la administración a la cual estaba vinculado. La causa en

el primero fue el daño producido con el delito; en el segundo el causado por el defectuoso funcionamiento del servicio policial.

### **FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA – Sentencia penal condenatoria/ SENTENCIA PENAL CONDENATORIA - Independencia**

No es suficiente el fallo del Tribunal Superior de Orden Público, que encontró responsable al Cabo de la Policía Nacional Hernán Franco Orozco del delito de homicidio de Eliécer Manuel Suárez Polo, Fredy Pérez Solano, Jaime Beltrán Pérez y Saúl Ortiz Nisperuza en hechos ocurridos el 27 de enero de 1990 en jurisdicción del municipio de San Andrés de Sotavento, departamento de Córdoba, para concluir que existió la falla del servicio de la entidad demandada y que por consiguiente se causó un daño antijurídico en los términos del art. 90 de la Constitución Política. La sentencia penal condenatoria contra el agente responsable, no obstante la derogatoria del art. 28 del código de procedimiento penal, tal como lo ha señalado la sala, constituye cosa juzgada frente a la existencia del hecho dañoso y la responsabilidad penal del agente, la cual no puede ser entonces puesta en duda en el proceso administrativo. **NOTA DE RELATORIA:** Se menciona la sentencia de 2 de julio de 1994, Exp. 9047, Demandante Marco Aurelio Camargo, Ponente Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, y fallo de 28 de junio de 1991, Exp. 6249, Actor: Ricardo Antonio Serna Ruiz, Ponente Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

### **HIJO EXTRAMATRIMONIAL - Reconocimiento / RECONOCIMIENTO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL - Efectos / PARANTESCO - Demostración**

De acuerdo con el art. 57 de la ley 153 de 1887, en concordancia con el art. 4o. de la ley 75 de 1968, el reconocimiento del hijo extramatrimonial no crea derechos a favor de quien lo hace sino una vez ha sido notificado y aceptado. Frente a esta situación, no se demostró quienes eran los padres de los occisos; por consiguiente, quienes demandan como hermanos no pueden alegar la existencia de un tronco común con los fallecidos, es decir, no se pudo acreditar el parentesco alegado ni de aquellos como padres ni de los últimos como hermanos. En cuanto a los hijos de las víctimas, la inscripción en el registro igualmente se hizo en forma póstuma por los respectivos abuelos, lo que no configura un reconocimiento, acto que para que sea válido solo puede hacerse de acuerdo a los lineamientos consagrados en el art. 1o. de la ley 75 de 1968, supuestos fácticos que como se ha enunciado no se verificaron en el curso de este proceso.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN TERCERA**

**Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE**

Santafé de Bogotá, D.C. quince (15) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

**Radicación número: 10150**

**Actor: FORTUNATO PEREZ POLO Y OTROS**

**Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora contra la sentencia de julio 27 de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante la cual se dispuso:

“1. - Declárase responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, por los perjuicios causados a los demandantes con la muerte de ELIECER MANUEL SUAREZ POLO, FREDY PEREZ SOLANO, JAIME BELTRAN PEREZ Y SAUL ORTIZ NISPERUZA.

2. En consecuencia, se le condena a pagar, por concepto de perjuicios morales, así: FORTUNATO PEREZ POLO, CARMEN MARIA SOLANO, ESTEBAN ORTIZ QUINTERO, SANDRA MILENA ORTIZ HERNANDEZ, JORGE LUIS ORTIZ HERNANDEZ, MIGUEL BELTRAN BALTAZAR, REMBERTO SUAREZ CELESTINO, VALENTINA POLO ZURITA, ENIR DEL CARMEN SUAREZ CASTILLO y ALVARO ANTONIO SUAREZ CASTILLO, el equivalente en pesos de mil (1.000) gramos para cada uno. Valor que certificará el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo con referencia al precio nacional del oro.

3. Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, in genere, a pagar a SANDRA MILENA ORTIZ HERNANDEZ, JORGE LUIS ORTIZ HERNÁNDEZ, ENIR DEL CARMEN SUAREZ CASTILLO Y ALVARO ANTONIO SUAREZ CASTILLO, por concepto de perjuicios materiales hasta el cumplimiento de la mayoría de edad, la suma que resulte de la liquidación que por la vía incidental deberá hacerse de esta condena.

4. La Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, cumplirá lo prescrito en este fallo en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

5. Niéganse las demás pretensiones de la demanda”.

## **ANTECEDENTES PROCESALES**

### **1º. - Las pretensiones:**

Los demandantes por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., formularon demanda ante el Tribunal Administrativo de Córdoba el 13 de marzo de 1992, para que se declarara a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, responsable de la totalidad de los daños y perjuicios morales y materiales, causados por la muerte violenta producida por agentes de dicha institución, en las personas de ELIECER SUAREZ POLO, FREDDY PEREZ SOLANO, JAIME BELTRAN PEREZ, SAUL ORTIZ NISPERUZA, hijos, padres y / o hermanos de las personas constituidas como partes. En consecuencia, se condene a la parte demandada al pago de todos los perjuicios causados conforme a las pruebas que se alleguen al proceso.

### **2º. - Fundamentos de hecho. -**

Aparecen relacionados en la demanda, folios 5 a 7 del expediente, los cuales se resumen así:

El 27 de enero de 1990 en jurisdicción del municipio de San Andrés de Sotavento, en las horas de la tarde, fueron sacados de la comunidad de Majagual y las Gardenias de manera violenta los indígenas FREDDY PEREZ SOLANO, SAUL ORTIZ NISPERUZA, JAIME BELTRAN PEREZ y ELIECER MANUEL SUAREZ POLO, por los agentes de policía acantonados en el municipio de San

Andrés y comandados por el cabo HERNAN HORACIO FRANCO en el vehículo de placa HZ 5041, conducido por el señor JOSE ANTONIO LOPEZ RAMOS, alias “el Chito”. Al día siguiente, los cuerpos de los retenidos aparecieron baleados en el punto conocido como Patio Bonito, corregimiento de Cacaotal, municipio de Chinú, departamento de Córdoba. Del referido etnocidio conoció el Juzgado 1o. de Orden Público, radicado en esa fecha en Montería y en septiembre de 1991 el Tribunal de Orden Público de Santafé de Bogotá, al surtir la Consulta, encontró responsable de los hechos al cabo HERNAN HORACIO FRANCO.

Afirma la parte actora que las personas fallecidas constituían parte integral de la comunidad Zenú del resguardo indígena de San Andrés de Sotavento y por lo tanto, hacían parte de la diversidad étnica a la cual hace referencia el artículo 7 de la Constitución Política, quienes al haber sido arrestados irregularmente y posteriormente asesinados por miembros de la Fuerza Pública fueron víctimas de una evidente Falla del Servicio.

### **3º. La sentencia recurrida. -**

En la sentencia recurrida se declaró administrativamente responsable a la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, por los hechos ocurridos el día 27 de enero de 1990. Lo anterior, con fundamento en que se probó plenamente la falla del servicio, lo que se acreditó con la sentencia condenatoria penal que declaró la responsabilidad del agente público y el daño ocasionado. Y como tampoco se probó que los hechos sucedieran por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o caso fortuito o por el hecho de un tercero, el Tribunal consideró procedente la condena.

### **4º. - Razones de la apelación. -**

El apoderado de la parte actora manifiesta su inconformidad en lo que tiene que ver con la negativa a condenar a la Nación al pago de los perjuicios morales ocasionados a los hermanos de los indígenas fallecidos, con fundamento en que no se demostró el afecto y la colaboración que debía existir entre aquellos y los occisos.

En su concepto, para ello debió demostrarse dentro del proceso la ausencia de sentimientos naturales, tales como el afecto y la colaboración entre los hermanos.

En el trámite de esta instancia el apoderado de la Nación solicita la revocatoria del fallo porque, a su juicio, quienes demandaron invocando calidades de padres y hermanos carece de legitimación en la causa. La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA.**

Se ocupará la Sala del examen integral de la providencia recurrida, pues igualmente se surte el grado jurisdiccional de la Consulta atendiendo a la cuantía de la condena impuesta a la Nación. (Art. 184 de C.C.A.)

En este orden de ideas se tiene:

1. La incidencia de la condena al pago de perjuicios en el proceso penal.

En el campo de la indemnización de perjuicios causados por el delito no cabe hablar de cosa juzgada frente a la acción indemnizatoria de perjuicios instaurada contra la administración, ni tampoco el asunto podrá gobernarse por las reglas de la prejudicialidad cuando simultáneamente se haya pedido la indemnización de perjuicios tanto en el proceso penal como en el de responsabilidad civil o patrimonial.

Para corroborar este aserto, se anota:

En la responsabilidad estatal por la falla del servicio se observan dos manifestaciones o hipótesis diferentes correspondientes al mismo fenómeno, así:

a) De un lado, se observa falla del servicio anónima, en la cual se da el fenómeno perjudicial, pero no se identifica el funcionario que con su conducta irregular comprometió la responsabilidad del ente público al cual presta su servicio. b) Y de otro, se presenta la falta del servicio del funcionario, en la cual se identifica plenamente al sujeto responsable. En ambos eventos, se pone de presente que el servicio funcionó mal, no funcionó o funcionó tardíamente. Se entiende la falta del servicio del funcionario conexas con el servicio por oposición a la falta personal de éste, deslindada en un todo del servicio y que no compromete la responsabilidad del Estado.

En la primera hipótesis la administración es, en principio, la única responsable y la acción será sólo la de reparación directa para el restablecimiento de los perjuicios causados con el hecho u omisión de la entidad pública.

En la segunda hipótesis, en cambio, con la identificación del sujeto responsable, la persona damnificada tendrá dos acciones a su disposición para el restablecimiento de su derecho y aún dos sujetos responsables. De un lado,

podrá demandar a la administración en acción de reparación directa; y de otro, podrá demandar al funcionario que con su proceder doloso o gravemente culposo le causó el daño (arts 77 y 78 del c.c.a y 90 C. N).

En esta segunda hipótesis falta personal del funcionario si el acto o la omisión de éste constituye un delito, su conducta personal deberá subsumirse, en primer término, en la normatividad penal; y podrá, en el caso de que esa conducta implique una falla del servicio, subsumirse en el régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado, porque esa conducta así individualizada, como lo ha reiterado la jurisprudencia, podrá poner en evidencia que el servicio público no funcionó, funcionó mal o funcionó tardíamente.

En este orden de ideas, cuando el accionar del funcionario constituya delito y evidencie la existencia de la falla del servicio, la persona damnificada podrá buscar el resarcimiento por dos vías legales diferentes, frente a dos sujetos responsables también diferentes: a través de la acción civil dentro del proceso penal contra el delincuente; o a través de la acción de reparación directa o patrimonial contra la entidad pública que tenía a su servicio al funcionario responsable.

Esas vías son alternativas, y este es el único sentido que les ha dado la ley, porque no puede aceptarse que puedan ejercerse conjuntamente para obtener, por cada una de ellas, la indemnización correspondiente, ya que en tal evento la persona damnificada se enriquecería en forma indebida o injusta.

Lo lógico sería, para evitar ese enriquecimiento, entonces, que utilizada una de las vías para el resarcimiento, no pudiera instaurarse la otra. Pero

instauradas ambas no puede ni hablarse de una posible cosa juzgada, cuando ya una se haya decidido y esté la otra pendiente, ni de prejudicialidad .

No se da la cosa juzgada porque entre la sentencia penal que condena al pago de perjuicios y la acción de reparación directa que dispone ese pago, no existirá identidad de sujetos, uno de los supuestos para que tal figura se produzca. Obsérvese que en la acción civil dentro del proceso penal contienden el delincuente y el damnificado; y en la de reparación directa desaparece aquél para ser reemplazado por la administración.

Y no es un problema de prejudicialidad tampoco, porque la suerte de la una no está condicionada a la de la otra y porque las relaciones están sometidas a normatividades diferentes: la conducta delictuosa del sujeto implicado desde la perspectiva del ordenamiento penal; y la falla del servicio, desde la perspectiva de las reglas que gobiernan su funcionamiento.

Tan consciente de esta situación fué el legislador que señaló la prevalencia de la acción civil o patrimonial de responsabilidad (se habla de esta última frente a la responsabilidad estatal) sobre la civil dentro del proceso penal.

No otro sentido tiene el actual código de procedimiento penal, el cual en su art. 55 dispuso:

“Art. 55. - **Sentencia condenatoria y pronunciamiento sobre los perjuicios.** En todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el funcionario procederá a liquidarlos, para lo cual podrá disponer la intervención de un perito según la complejidad del asunto, y condenará al responsable de los daños en la sentencia. El perito designado,

podrá ser escogido de cualquier lista autorizada para otros despachos o entidades del lugar.

“En los casos de perjuicios materiales o morales no valorables pecuniariamente, la indemnización se fijará en la forma prevista en los artículos 106 y 107 del Código Penal.

“Cuando en el proceso obrare prueba de que el ofendido ha promovido independientemente la acción civil, el funcionario se abstendrá de imponer condena al pago de perjuicios. Para todos los efectos legales, será ineficaz la condena impuesta en un proceso penal al pago de perjuicios, cuando se ha ejercido independientemente la acción civil.

La norma que se deja transcrita permite estas simples y claras conclusiones:

a) Cuando el delito cause perjuicios, el juez penal, aún de oficio, deberá ordenar el resarcimiento a favor de los damnificados; resarcimiento que también podrán lograr éstos mediante la demanda de parte civil que presenten dentro de ese mismo proceso penal.

b) Cuando durante el trámite del proceso penal obrare la prueba de que los damnificados instauraron la acción indemnizatoria civil o patrimonial, el juez de aquel proceso deberá abstenerse de imponer la condena al pago de perjuicios (inciso final del art. 55 antecitado). El mandato legal es imperativo y obliga también cuando se esté tramitando la demanda de parte civil. Si el juez no acata esta previsión, violará los arts. 29 de la Constitución y el 15 del c de p. p, como lo ha sostenido la jurisprudencia; y la sentencia no prestará mérito ejecutivo.

c) En todos los casos, la sentencia penal que condene al pago de perjuicios, “será ineficaz ... cuando se ha ejercido independientemente la acción civil”.

Aquí cabe precisar que esa ineficacia no está supeditada a que la acción civil se haya instaurado antes o después de la demanda de parte civil. Basta para que se produzca esa ineficacia, y este es el supuesto normativo, que se haya dictado la sentencia en el proceso penal y que se haya intentado o se intente por aparte la acción civil o patrimonial.

d) Pero, qué sucede cuando la condena penal ya se ha satisfecho por el responsable y el damnificado intenta la acción civil o patrimonial de responsabilidad y obtiene éxito también?

La única salida posible, dentro de la equidad y dada la prevalencia de la última acción, es la de aceptar la excepción de pago parcial y descontar la suma que inicialmente se pagó. Sería, entonces, esta la excepción y no la de cosa juzgada, la cual quedó proscrita para los eventos analizados, a partir de la vigencia de ese art. 55.

En este mismo orden de ideas, si la condena penal ya se impuso pero aún no se ha solucionado, no tendrá efecto coercitivo alguno, dada su ineficacia.

e) En suma, ese art. 55 dispuso la prevalencia de la acción civil o patrimonial seguida ante la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa, según el caso; y al hacerlo, por su propia y autónoma voluntad, sacó del debate tanto a la cosa juzgada como a la prejudicialidad.

El legislador podía hacerlo y la norma no colide con la constitución para poder afirmar frente a ella la inaplicabilidad con base en el art 4º de la Carta.

Para que se configure el término procesal de la cosa juzgada se requiere que se den los supuestos que la ley exige, o sea la identidad de sujetos, objetos y causa, (Art. 332 del C.P.C.). Lo cual ciertamente no puede predicarse cuando no es el infractor de la ley penal el demandado en acción de reparación directa, sino la administración a la cual estaba vinculado. La causa en el primero fue el daño producido con el delito; en el segundo el causado por el defectuoso funcionamiento del servicio policial.

En el presente caso, obra a folio 15 del cuaderno denominado “parte civil” copia de la providencia de fecha 7 de marzo de 1990, proferida por el Juzgado Primero de Orden Público, con sede en Montería, mediante la cual se admite la demanda de constitución de parte civil, formulada por el señor MIGUEL BELTRAN BALTAZAR, en calidad de padre de una de las víctimas de los hechos investigados en el referido proceso.

Mediante sentencia de abril 8 de 1991 (fol. 227 C. 2), el Tribunal Superior de Orden Público condena al pago de doscientos cincuenta gramos oro por perjuicios morales y setecientos gramos oro por perjuicios materiales por cada punible de homicidio y “a favor de los perjudicados con la infracción”, sin especificar los beneficiarios con la condena.

Adviértase como la condena impuesta por el Tribunal Superior de Orden Público no se ajusta al mandato del artículo 56 del C. de P.P. en cuanto señala que “en la sentencia que decide la responsabilidad penal del procesado, el juez

deberá señalar el monto de los perjuicios individuales o colectivos ocasionados por el hecho punible”. (se subraya)

## 2. La falla del Servicio

Para que haya lugar a la responsabilidad patrimonial por parte del Estado por falla del servicio, es necesario que se den los presupuestos esenciales, a saber, la existencia de un daño, que se verifique una falla en el servicio público, ya sea porque el servicio no se prestó, o se prestó tardía o ineficientemente, y una relación de causalidad entre el daño y dicha falla.

La Sala debe precisar las apreciaciones del a quo en cuanto la sentencia penal lo que prueba plenamente es la responsabilidad del agente público, el daño y el nexo causal, imputables al mismo. Esos mismo hechos así establecidos por la sentencia penal, eventualmente pueden comprometer también la responsabilidad patrimonial del Estado dentro del proceso que se tramite al efecto en su contra.

Precisado lo anterior, hay que concluir que no es suficiente el fallo del Tribunal Superior de Orden Público, que encontró responsable al Cabo de la Policía Nacional Hernán Horacio Franco Orozco del delito de homicidio de ELIECER MANUEL SUAREZ POLO, FREDY PEREZ SOLANO, JAIME BELTRAN PEREZ Y SAUL ORTIZ NISPERUZA en hechos ocurridos el 27 de enero de 1990 en jurisdicción del municipio de San Andrés de Sotavento, departamento de Córdoba, para concluir que existió la falla del servicio de la entidad demandada y que por consiguiente se causó un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.

La sentencia penal condenatoria contra el agente responsable, no obstante la derogatoria del artículo 28 del código de procedimiento penal, tal como lo ha señalado la sala, constituye cosa juzgada frente a la existencia del hecho dañoso y la responsabilidad penal del agente, la cual no puede ser entonces puesta en duda en el proceso administrativo.

Sobre el punto, la sala ha dicho :

“Esa decisión penal que le atribuyó a Alfonso Sánchez la responsabilidad en el accidente en el cual perdió la vida Pedro Antonio Camargo, no es susceptible de ser revisada en la jurisdicción administrativa por cuanto esa decisión tiene fuerza de cosa juzgada. No se trata de hacer valer en contra del ente municipal demandado unas pruebas que no ha tenido la oportunidad de controvertir por cuanto fueron practicadas en el proceso penal, donde no fue parte. Lo que se le está oponiendo es una decisión judicial de carácter penal donde se juzgó y decidió quién había sido el responsable de esas muertes, sin que sea dable a esta jurisdicción volver sobre el punto. (Sentencia del 2 de junio de 1.994, expediente No 9047 demandante Marco Aurelio Camargo, ponente Dr. Daniel Suárez Hernández)

“Y la sentencia del 15 de febrero de 1.969 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera), de la cual fue ponente Gabriel Rojas Arbeláez, fue reiterada en el fallo del 28 de junio de 1.991, expediente 6249, actor Ricardo Antonio Serna Ruiz, ponente, Carlos Betancur Jaramillo, allí se dijo :

“Y el valor demostrativo de la sentencia en los extremos indicados no puede negarse con el argumento de que las pruebas que sirvieron de apoyo al juez penal no fueron ratificadas dentro del proceso de responsabilidad, porque esa ratificación sería inocua, ya que una nueva valoración no permitiría conclusiones diferentes por impedirlo el efecto de la cosa juzgada.

“El hecho imputado al agente no puede ponerse en duda ni su responsabilidad penal; si estos dos extremos configuran asimismo una falla del servicio, será un problema de subsunción del hecho en los supuestos de la norma que contempla la responsabilidad y no un simple problema probatorio.”

Y, acerca del fallo disciplinario proferido en contra del agente, ha dicho la sala que:

"constituye prueba documental de excepcional importancia, no sólo porque mediante ella se infiere que el personal victimario fue sancionado disciplinariamente por su conducta ilegal e injusta, por fuera de los cánones del buen servicio; que ese personal estaba adscrito a la Policía Nacional y que cuando causó la tragedia estaba en misión de servicio. (Sentencia del 9 de octubre de 1.986, expediente No 3213, actor Nadin Ospina Morales, ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo) “.

En el caso subjudice se demostró que el hecho juzgado por la justicia penal fue cometido con ocasión del servicio y con arma de dotación oficial, circunstancias que por si solas son indicativas de una falla del servicio.

Así mismo, el Estado no demostró ninguna causal de exoneración de responsabilidad que probara que el hecho sucedió por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero.

### 3. La legitimación en la causa

Sobre el particular la Sala con ponencia del Doctor Carlos Betancur Jaramillo expresó en sentencia de noviembre 1 de 1991, expediente 6469:

“Ha dicho la Jurisprudencia, en forma reiterada, que en estos procesos de responsabilidad la indemnización de perjuicios la piden o

solicitan los damnificados de la persona fallecida o herida por causa de la falla del servicio, no en su carácter de herederos de ésta, sino por el perjuicio que les causó esa muerte o esas lesiones, con prescindencia del mismo vínculo parental que gobierna el régimen sucesoral. En otras palabras la parte demanda porque fue damnificada y no porque es heredera.

Tan cierto es que con alguna frecuencia se niega en estos procesos indemnización al padre, al cónyuge, a los hijos o hermanos, pese a la demostración de parentesco, porque por otros medios se acredita que no sufrieron daño alguno. El caso, por ejemplo, del padre o madre que abandona a sus hijos desde chicos; o del hijo que abandona a sus padres estando estos enfermos o en condiciones de no subsistir por sus propios medios.

En otros términos, lo que se debe probar siempre es el hecho de ser damnificada la persona (porque el hecho perjudicial afectó sus condiciones normales de subsistencia, bien en su esfera patrimonial o moral ) y no su carácter de heredera.

El equívoco se creó cuando la jurisprudencia aceptó para facilitar un tanto las cosas, que el interés de la persona damnificada resultaba demostrada con la prueba del vínculo de parentesco existente entre la víctima y el presunto damnificado.

Esta idea, de por sí bastante clara, creó el equívoco, hasta el punto de que se confundió el interés del damnificado con el del heredero.

Lo anterior hizo que los demandantes se contentaran simplemente con acompañar al proceso las pruebas de parentesco. Y esto, en la mayoría de los casos es suficiente porque la jurisprudencia, por contera, terminó aceptando la presunción de hecho o judicial de que entre padres e hijos o cónyuges entre sí se presume el perjuicio por el solo hecho del parentesco.

Por fuera de que se han limitado a esas pruebas del estado civil, las han practicado mal o en forma incompleta, lo que ha impedido en

muchos eventos reconocer el derecho pretendido porque no se acreditó bien el interés en la pretensión”.

Lo anterior para decir, frente al caso concreto, que no se probó adecuadamente que todos los demandantes ostentaran la calidad declarada de padres, hijos o hermanos de las víctimas, en la forma exigida por la ley y la jurisprudencia. Y que adicionalmente, del acervo probatorio no se puede inferir que tales personas tuvieran el carácter de damnificados.

En efecto, solo dos personas podrían tenerse como damnificadas por los hechos discutidos en este proceso:

. - MIGUEL BELTRAN BALTAZAR, quien acreditó su calidad de padre de JAIME BELTRAN PEREZ con el registro civil de su hijo, a quien reconoció el 10 de noviembre de 1989 como hijo natural.

. - FORTUNANTO PEREZ POLO, quien acredita su calidad de padre de FREDY PEREZ SOLANO con el registro civil de su hijo reconocido el 10 de enero de 1986 como hijo natural.

No se puede afirmar lo mismo respecto de la sedicente madre CARMEN MARIA SOLANO, quien no suscribió el acta de registro civil de nacimiento de FREDY PEREZ SOLANO, ni acreditó el parto, además de ser mujer soltera o viuda (artículo 1° de la ley 45 de 1936 y 1° de la ley 75 de 1968).

Los demás demandantes pretenden derivar la legitimación de las inscripciones y reconocimientos efectuados con posterioridad a la muerte de

FREDDY PEREZ SOLANO, SAUL ORTIZ NISPERUZA, JAIME BELTRAN PEREZ y ELIECER MANUEL SUAREZ POLO. Al respecto la Sala en sentencias de mayo 16 de 1993, proceso N°. 8142, actor: Guillermo A. Builes Meza, Consejero Ponente: Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, ha sostenido que de acuerdo con el artículo 57 de la ley 153 de 1887, en concordancia con el artículo 4° de la ley 75 de 1968, el reconocimiento del hijo extramatrimonial no crea derechos a favor de quien lo hace sino una vez ha sido notificado y aceptado. Frente a esta situación, no se demostró quienes eran los padres de los occisos; por consiguiente, quienes demandan como hermanos no pueden alegar la existencia de un tronco común con los fallecidos, es decir, no se pudo acreditar el parentesco alegado ni de aquéllos como padres ni de los últimos como hermanos.

En cuanto a los hijos de las víctimas, la inscripción en el registro igualmente se hizo en forma póstuma por los respectivos abuelos, lo que no configura un reconocimiento, acto que para que sea válido solo puede hacerse de acuerdo a los lineamientos consagrados en el artículo 1° de la ley 75 de 1968, supuestos fácticos que como se ha enunciado no se verificaron en el curso de este proceso.

#### 4. La indemnización de perjuicios

Probado el carácter de damnificados de los señores FORTUNATO PEREZ POLO Y MIGUEL BELTRAN BALTAZAR en su calidad de padres de dos de las víctimas, se ordenará el pago máximo que la jurisprudencia ha reconocido en casos similares para resarcir los perjuicios morales, es decir un mil gramos oro.

En cuanto a los perjuicios materiales la Sala comparte las apreciaciones del a quo en cuanto no se probó la dependencia económica de los padres con respecto a las víctimas, por lo que no habrá lugar a condena por este concepto.

De acuerdo con lo manifestado en el primer capítulo, a la suma reconocida en favor del señor MIGUEL BELTRAN BALTAZAR, se le descontará lo que efectivamente se haya pagado en cumplimiento de la sentencia penal, en el evento de que así hubiera sucedido.

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

#### **FALLA :**

**PRIMERO:** Confirmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 27 de julio de 1994, con excepción de los ordinales segundo y tercero, que quedarán así:

1. Condénase a la Nación Ministerio de Defensa - Policía Nacional a pagar a los señores FORTUNATO PEREZ POLO y MIGUEL BELTRAN BALTAZAR por concepto de perjuicios morales un mil gramos oro (1.000 gr. oro) para cada uno.

2. A la suma reconocida en favor del señor MIGUEL BELTRAN BALTAZAR, se le descontará lo efectivamente pagado en cumplimiento de la sentencia penal, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

CARLOS BETANCUR JARAMILLO      JESUS MARIA CARRILLO B.  
Presidente de la Sala

RICARDO HOYOS DUQUE      JUAN DE DIOS MONTES H.

DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

LOLA ELISA BENAVIDES LOPEZ  
Secretaria

**PARTE CIVIL EN PROCESO PENAL / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS EN PROCESO PENAL / RESPONSABILIDAD CONJUNTA / COSA JUZGADA - Inexistencia / PREJUDICIALIDAD PENAL**

Así las cosas, los perjuicios causados fueron tasados y reconocidos por el juez penal, a instancia de lo solicitado por el señor Miguel Beltrán en su actuación como parte civil. Si bien, tal como lo señala la Sala en el caso de autos, no hay cosa juzgada por no existir identidad de partes, si se presenta lo que la jurisprudencia de la Corporación ha determinado responsabilidad conjunta, esto es que no puede predicarse que la administración generó un daño diferente al ocasionado por su agente, por lo que no es procedente señalar un nuevo monto al perjuicio, que a instancia de parte, determinó la justicia penal. La sentencia penal, debidamente ejecutoriada, al proveer sobre el tema de indemnización de perjuicios constituye DECISION PREJUDICIAL que resulta oponible a todos, inclusive al juez contencioso administrativo, lo que impide volver a rever el tema y proveer de nuevo sobre el mismo tópico. NOTA DE RELATORIA: Se menciona la

providencia de octubre 26 de 1993, Ponente Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE**

Santafé de Bogotá, D.C. quince (15) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

**Radicación número: 10150**

**Actor: FORTUNATO PEREZ POLO Y OTROS**

**Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL**

**SALVAMENTO DE VOTO: DANIEL SUAREZ HERNÁNDEZ**

Con el respeto acostumbrado para con mis estimados colegas de sección, salvo el voto respecto de la sentencia de 15 de los corrientes preferida dentro del proceso de la referencia, en razón a que considero que sólo es procedente reconocer perjuicios morales, en el monto estimado en la providencia de la que me aparto, al señor FORTUNATO PEREZ POLO; no así en favor del señor MIGUEL BELTRAN BALTAZAR, para quien la justicia penal estableció, con su comparecencia, el monto del perjuicio que le fue causado por los mismos hechos que son objeto de causa petendi en este proceso.

Revisado el expediente se encuentra que el señor Beltrán Baltazar presentó demanda de parte civil ante el Juzgado Primero de Orden Público de Montería, solicitando el equivalente a un mil (1.000) gramos de oro fino, como cuantía por perjuicios morales y cinco millones ochocientos ochenta mil pesos (\$ 5.880. 000. oo) por perjuicios materiales ; mediante providencia de agosto 9 de 1. 990 le fue reconocida la suma solicitada por perjuicios sin especificar si se atribuían a perjuicio moral o material (folio 145 a 159). Vista la inconformidad expresada en los alegatos presentados en la segunda instancia el Ad quem condenó al señor Hernán Horacio Franco Orozco al pago de doscientos cincuenta gramos de oro

(250) por perjuicios morales y setecientos (700) gramos oro por perjuicios materiales ocasionados con la infracción.

Así las cosas, los perjuicios causados fueron tasados y reconocidos por el juez penal, a instancia de lo solicitado por el señor Miguel Beltrán en su actuación como parte civil.

Si bien, tal como lo señala la Sala en el caso de autos, no hay cosa juzgada por no existir identidad de partes, sí se presenta lo que la jurisprudencia de la Corporación ha denominado responsabilidad conjunta, esto es que no puede predicarse que la administración generó un daño diferente al ocasionado por su agente, por lo que no es procedente señalar un nuevo monto al perjuicio, que a instancia de parte, determinó la justicia penal. Es así como en providencia de fecha octubre veintiséis (26) de mil novecientos noventa y tres (1.993) con ponencia del doctor Juan de Dios Montes Hernández se señaló:

En estas condiciones, y en tratándose de una misma conducta del funcionario, susceptible de comprometer su propia responsabilidad y la de la administración, carece de toda razonabilidad pensar que el perjuicio, y su monto varían en el uno y otra caso, según quien tome el puesto de sujeto pasivo de la pretensión; por el contrario, bajo los supuestos señalados, lo obvio es que el perjuicio sea único, independientemente de que el damnificado dirija su reclamación frente, a la entidad pública o frente al funcionario de acuerdo con las diversas opciones que se manejan en el artículo 78 del C.C.A; con otro enfoque: en tratándose de la misma causa, la cual está ligada por el nexo causal con el daño pretendido, que es su efecto, no se puede sostener, sin quebrantar la lógica, que este último cambia - se incremento o se disminuye - , de acuerdo con la persona que finalmente haya de tomar a su cargo la reparación.

"La aplicación de estos principios al caso controvertido determina que, en cuanto a la existencia y cuantía de los daños (morales y materiales), infringidos a AUGUSTO EFRAIN MIÑO GEORGE, nada puede decidir ni agregar esta jurisdicción frente a lo resuelto por la jurisdicción penal ordinaria.

"Por consiguiente, los 600 gramos de oro, por el perjuicio moral, y 16'296.351 por el material, en este último caso sin lugar a actualización por cuanto lo dispuso así la sentencia penal, son sumas que consolidan definitivamente la condena en favor del mencionado señor MIÑO GEORGE".

En la citada sentencia se trajo a colación providencia del 12 de abril de 1.984, expediente 2586, actor Eduardo Rincón Rincón, cuyo ponente fue el doctor José Alejandro Bonivento Fernández en la que se señaló:

«En verdad, no debe haber doble indemnización. La coexistencia de responsabilidad entre la administración y el particular, autor de la infracción, no puede ir más allá de señalar que por el daño causado a la víctima es procedente la indemnización, en el monto o estimación del mismo. Por eso, si el lesionado persigue, por la vía ordinaria, el resarcimiento de los perjuicios causados y obtiene una condena, se coloca, necesariamente, en una situación concreta: el daño ha sido visto y definido,

algo más, cuantificado, de acuerdo a los criterios y factores probatorios aportados al respectivo proceso.

«Se precisa, entonces, la condena al pago de los perjuicios, mediante la intervención como parte civil dentro del proceso penal, como un factor determinante del daño, que alcanzará, por tanto, una significación material, con la sentencia impuesta, por ese concepto, por el juez penal. Es decir que al escoger, el lesionado, la vía ordinaria para lograr el reconocimiento de la indemnización, no puede tener un simple alcance de intervención penal para que el hecho delictuoso tuviera una ejemplar o acorde sanción de conformidad con el ordenamiento punitivo. La presencia como parte civil, que como tal es una participación civil en esa clase de procesos, va más allá de la simple consideración de que el delincuente reciba la pena por el hecho atentatorio contra el estatuto penal, que se concretó, como sucedió en el proceso de marras, en una condena al pago de perjuicios causados al doctor Rincón Rincón, por la conducta del Agente Sánchez Almanza.

"Al acudir, pues, el lesionado a la justicia ordinaria para que a través de los trámites impuestos por el respectivo ordenamiento, el proceso penal, se estableciera la responsabilidad del agente, lo hizo pensando, como era de rigor, que las obligaciones derivadas del comportamiento del agente Sánchez Almanza, como actividad personal, pero no ajena al servicio, se reflejaba en la medida que se impusiera la condena a los perjuicios. La vía, por la que optó el lesionado, encierra, de ese modo, una particular proyección, en lo que atañe al monto o determinación de la indemnización.

"La cuantificación de los perjuicios, lograda, mediante la intervención del propio lesionado, no puede ser desconocida en este proceso, puesto que todo el trámite alcanzado para tal fin se cumplió con la participación del mismo lesionado, en este proceso demandante. Trasciende, de, manera simple, la decisión del Juez ordinario, no solo para la verificación del daño, sino, también para concretar los perjuicios, en especial frente a la presencia del lesionado y a su petición de condena. Eso quiere denotar, que, hecha la fijación de la indemnización, ha de producirlos efectos propios de la determinación del daño frente a la víctima, puesto que absurdo sería que por una jurisdicción se logren señalar los perjuicios y por la otra se puedan apreciar otros, cuando, alrededor del daño, éste debe ser igual en una y en otra. (...)

"La coexistencia de responsabilidad o responsabilidad conjunta, como lo ha calificado esta Corporación (Sentencia de 22 de marzo de 1.974) no permite a la víctima exigir indemnización que exceda el valor sufrido y que a juicio del juez penal se concretó en la suma determinada en la sentencia de condena. Esto es, le recorta el derecho a pretender, por la vía contenciosa administrativa, una indemnización superior a la señalada por la Justicia ordinaria, puesto que su dimensión se logra mediante la fijación hecha por los jueces penales".

Finalmente, cabe resaltar que la sentencia penal, debidamente ejecutoriada, al proveer sobre el tema de indemnización de perjuicios constituye DECISION PREJUDICIAL que resulta oponible a todos, inclusive al Juez Contencioso

Administrativo, lo que impide volver a rever el tema y proveer de nuevo sobre el mismo tópico.

Cordialmente,

**DANIEL SUAREZ HERNANDEZ**

**Fecha: ut supra**

**INDEMNIZACION DE PERJUICIOS EN PROCESO PENAL / PARTE CIVIL EN PROCESO PENAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL / DESCUENTO DE LO PAGADO EN PROCESO PENAL / COSA JUZGADA**

Si bien es cierto en el proceso se enjuicia la conducta del funcionario, y en el proceso de responsabilidad patrimonial del Estado se juzga la actuación de la administración lo cual en principio conduciría a evidenciar las relaciones procesales distintas no es menos cierto que el funcionario o agente cuya conducta valora el juez penal obró en razón de su investidura y que además la lesión patrimonial de la víctima se configura por una sola vez. Además la causa es una sola y la consecuencia también una como deber ser propia decisión. El actor elige libremente la vía procesal que considera apropiada para satisfacer sus intereses y se somete a las disposiciones legales vigentes. por esta razón una vez señalada la opción debe atenerse a las consecuencias de su propia decisión. Cuando en la sentencia se ordena el descuento de la indemnización en lo pagado por el proceso penal, el señor Miguel Beltrán Baltazar quíerase o no se esta afirmando que opera la cosa juzgada y en ese sentido se contradice.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE**

Santafé de Bogotá, D.C. quince (15) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

**Radicación número: 10150**

**Actor: FORTUNATO PEREZ POLO Y OTROS**

**Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL**

**SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. JESUS MARIA CARRILLO  
BALLLESTEROS**

Comedidamente me aparto de la fundamentación y parcialmente de la parte resolutive de la providencia del 15 de mayo de 1997 dictada dentro del proceso de la referencia por las siguientes razones:

1. El Código de Procedimiento Penal en su art. 55, inciso 3º dispone: *"cuando en el proceso obrare prueba de que el ofendido ha promovido independientemente la acción civil, el funcionario se abstendrá de imponer condena al pago de perjuicios. Para todos los efectos legales será ineficaz la condena impuesta en un proceso penal al pago de perjuicios, cuando se ha ejercido independientemente la acción civil."*

2. La indemnización a que tiene derecho la víctima o los damnificados corresponde al daño probado judicialmente, sin que el proceso de responsabilidad permita eventualmente doble indemnización o reparación por el mismo concepto.

En consecuencia interpretando armónicamente las normas y la doctrina debe entenderse que quien ejerce paralelamente la acción administrativa y se constituya en parte civil debe atenerse al mandato normativo administrativa y se constituya en parte civil debe atenderse al mandato normativo según el cual la decisión del juez penal será eficaz plenamente y no podrá en consecuencia instaurar una nueva acción. Si el juez penal impone condena de oficio, ésta no será óbice para que se instaure la acción de responsabilidad administrativa porque el afectado no ha intentado hacer valer sus derechos por medio procesal alguno.

Debe aclararse que si bien es cierto en el proceso penal se enjuicia la conducta del funcionario, y en el proceso de responsabilidad patrimonial del Estado se juzga la actuación de la administración lo cual en principio conduciría a evidenciar dos relaciones procesales distintas no es menos cierto que el funcionario o agente cuya conducta valora el juez penal obró en razón de su investidura y que además la lesión patrimonial de la víctima se configura por una sola vez. Además la causa es una sola y la consecuencia también una como debe ser la reparación del daño a nivel patrimonial.

El actor elige libremente la vía procesal que considera apropiada para satisfacer sus intereses y se somete a las disposiciones legales vigentes. Por esta razón una vez señalada la opción debe atenerse a las consecuencias de su propia decisión.

Cuando en la sentencia se ordena el descuento de la indemnización en lo pagado por el proceso penal, al señor Miguel Beltrán Baltazar quiérase o no se está afirmando que opera la cosa juzgada y en ese sentido se contradice.

Con toda consideración

**JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS**