

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla del servicio por exceso de la fuerza pública. Muerte de un ciudadano, en operativo policial, cuando éste se dio a la fuga

[Se] evidencia (...) que el joven Fonseca Amaya en el momento de los disparos no podía encontrarse de frente al policía, ni mucho menos esgrimir un arma de fuego en su contra, debido a que el Informe de Medicina Legal demuestra que el sujeto se encontraba de espaldas al agente, el cual disparó contra la humanidad de Fonseca, en dos oportunidades. Acción que no puede pasar inadvertida y que le pone de presente a la Sala, que existió por parte del uniformado un uso desproporcionado de la fuerza, ignorando los procedimientos o protocolos, que deben ser utilizados ordinariamente en aquellos casos en que un ciudadano que se encuentra desarmado este huyendo de la autoridad, (...) Por lo tanto, en el caso en comento se incurrió en una falla del servicio por exceso de la fuerza pública, como quiera que de la actuación desplegada por los agentes estatales se reveló desproporcionada, desatendiendo la necesidad y razonabilidad que deben inspirar todo procedimiento policial, buscando en todo momento salvaguardar los derechos de las personas involucradas, desatendiendo los mandatos convencionales y constitucionales que establecen el respeto por la vida en toda circunstancia, ya que la policía y en general todos los miembros de las fuerzas armadas, deben cumplir en todo momento los deberes que impone la ley, sirviendo a la comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión, para lo cual, en el desempeño de sus tareas, se encuentran obligados a respetar y proteger la dignidad humana y mantener y defender los derechos humanos de todas las personas, y sólo están habilitados para usar la fuerza cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas. (...) para la Sala se encuentra demostrada la responsabilidad del Estado por los hechos que aquí nos ocupan a título de falla del servicio, motivo por el cual procederá a condenar a la entidad demandada por la totalidad de los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la muerte de Giovanni Fonseca Amaya, ocurrida en la ciudad de Bucaramanga el 4 de abril de 1999.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / REGLAMENTO DE URBANA Y RURAL PARA LA POLICIA NACIONAL - ARTICULO 127

AGENTE DE POLICIA - Servicio de vigilancia policial. Deberes y obligaciones / AGENTE DE POLICIA - El servicio de vigilancia policial es eminentemente preventivo, por tanto el uso de la fuerza siempre debe estar enmarcado dentro del respeto a los derechos humanos / USO DE LA FUERZA - Siempre debe estar enmarcado dentro del respeto a los derechos humanos, incluso frente a aquellos que son catalogados como delincuentes / AGENTE DE POLICIA - Uso de la fuerza. Su uso legítimo no justifica uso desproporcionado de los medios

En relación con el servicio de vigilancia se estableció que la Policía, en el ejercicio de sus funciones de vigilancia, debe desarrollar un espíritu de observación, sagacidad e iniciativa, con el propósito de vigilar preferentemente a personas sospechosas que deambulen por su lugar de acción, concentrar su atención en aquellos individuos cuyas actitudes le merezcan duda en su proceder y velar por la seguridad en el sector a su cargo, y en todo caso con la obligación de intervenir, cualquiera sea la circunstancia en que se encuentre y de desplegar toda su iniciativa para procurar la prevención de delitos, desordenes, o cualquier otro acto que tienda a perturbar la seguridad y el bienestar de la comunidad, de lo cual se resalta que el servicio de vigilancia policial es eminentemente preventivo, en el

entendido que las normas y los servicios de policía se establecieron como medios para prevenir la infracción penal. (...) En tratándose del uso de la fuerza, la autoridad tiene la facultad de hacer cumplir la orden dada por parte de un policía, obligando si es del caso, al ciudadano a cumplirla, pero en ningún supuesto de hecho se pueden emplear medios incompatibles con los principios humanitarios (Art. 24 C.N.P.), así lo señala el artículo 127 del Reglamento de Urbana y Rural para la Policía Nacional (...) No obstante, el ejercicio legítimo de la función encomendada por la Constitución Política a la Policía Nacional, no se justifica el uso desproporcionado de los medios con los que cuentan los miembros de la institución, para hacer cumplir la ley y el ordenamiento jurídico, su actuar debe estar siempre precedido o enmarcado por el respeto a los derechos humanos, especialmente aquellos como la vida, la dignidad, la honra, entre otros. (...) De lo anterior, se colige que cuando el uso de la fuerza traiga como consecuencia acabar con la vida de una persona, se hace necesario realizar un análisis de la conducta que trajo como resultado la muerte de un individuo, debiendo ser la fuerza el último recurso al cual debe acudir la autoridad pública para reprimir o repeler un delito o una agresión. Lo anterior, en razón a que el artículo 2 de la Carta Política, señala que en cabeza de las autoridades públicas está la protección de la vida, honra y bienes de todos los ciudadanos, incluso frente a aquellos que son catalogados como delincuentes. (...) lo expuesto no constituye per se la responsabilidad patrimonial del Estado en aquellos casos en que se ponga fin a la vida de una persona, y por lo tanto haya lugar a decretar una indemnización de perjuicios, comoquiera que, dependiendo de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos en el caso concreto, es posible que se acredite una causal eximente de responsabilidad que impida la imputación del daño al Estado, o que se establezca un comportamiento diligente y cuidadoso por parte del agente del Estado, hecho este que anularía lo pretendido en la demanda, habida cuenta que, cuando se juzga la responsabilidad de la administración pública, bajo el imperio del artículo 90 de la Carta Política, se requiere probar el daño y la imputación del mismo a una entidad de derecho público. En ese orden de ideas, la simple demostración del daño antijurídico no es suficiente para endilgar la responsabilidad patrimonial del Estado, pues ésta es condición necesaria más no determinante de la misma.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / REGLAMENTO DE URBANA Y RURAL PARA LA POLICIA NACIONAL - ARTICULO 127

USO DE LA FUERZA - Agente de policía / AGENTE DE POLICIA - Uso de los medios jurídicos y materiales

En desarrollo del servicio de vigilancia que le corresponde a la Policía Nacional, los miembros de la Institución cuentan con la posibilidad de hacer uso de los medios jurídicos y materiales que están a su alcance para lograr el fin perseguido, el cual se circunscribe a mantener el orden público dentro de todo el territorio nacional.

USO DE LA FUERZA - Medios jurídicos. Agente de policía / AGENTE DE POLICIA - Uso de la fuerza. Medios jurídicos / USO DE LA FUERZA - Medios materiales. Agente de policía / AGENTE DE POLICIA - Uso de la fuerza. Medios materiales

Definiendo como medios jurídicos aquellos que tienen como finalidad la prevención de la comisión de los delitos y las contravenciones previstas en la ley penal y en los códigos de policía, los cuales puede constar en reglamentos, permisos y órdenes y como medios materiales aquellos con capacidad de reprimir

la perturbación del orden público y sancionar a quien este infringiendo la ley, mediante el uso de la fuerza, la captura y/o el allanamiento.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Testimonio. Concepto / TESTIMONIO - Valor probatorio / TESTIMONIO - Testigos sospechosos. Concepto / TESTIGOS - Valor probatorio de los testigos sospechosos / TESTIMONIO - Testigos de oídas

El testimonio es aquel medio de prueba que reside en la declaración o relato que hace un tercero, sometido a interrogatorio, de los hechos que se le pregunten y de los que le consten o tenga conocimiento, previa identificación y bajo la exigencia de jurar no faltar a la verdad so pena de incurrir en las sanciones penales que por el punible de falso testimonio contempla el Código Penal, y con las excepciones previstas en la Ley. (...) debe tenerse en cuenta que, aun cuando no se trate de un testigo mentiroso, el testimonio dependerá del convencimiento que éste tiene de su propia verdad, de su edad, sexo, nivel de educación, salud (5 sentidos), su ubicación en el lugar de los hechos, sus prejuicios, las condiciones ambientales del momento y, en general, de la representación mental que el testigo se haga de la situación fáctica que percibe y las condiciones que lo rodeen, (...) el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil definió como sospechosos a aquellos testigos que se encuentren en circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o intereses que tengan con las partes o sus apoderados, (...) Para el desarrollo de la apreciación de las pruebas, la doctrina jurídica procesal ha identificado diferentes sistemas dentro de los cuales se encuentran el de la íntima convicción o de conciencia o de libre convicción, el sistema de la tarifa legal o prueba tasada y el régimen de la sana crítica o persuasión racional, (...) con relación al testimonio que su valoración y ponderación requiere del juez, como en todos los casos, determinar el valor de convicción del mismo y su real dimensión, se itera, bajo su apreciación en conjunto y con aplicación de las reglas de la sana crítica, ejercicio cuya complejidad se acentúa en tratándose de testimonios de oídas o aquellos calificados como sospechosos, los cuales, (...) el juez apreciara los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso y al igual que las tachas sus motivos y pruebas fueran valoradas en la sentencia, ocurriendo lo propio con el testimonio de oídas.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 217 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 187.

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento. Presunción de aflicción de familiares

Para reconocer los perjuicios morales en cabeza de sus familiares, para lo que procede la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se infiere que la muerte, lesión, etc., afecta a la víctima y a sus familiares más cercanos (esto es, los que conforman su núcleo familiar), y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad y de reconocer su existencia bien sea como un derecho prestaciones, o fundamental. (...) en caso de reparación del daño moral por muerte, se presume la aflicción y dolor por el hecho del parentesco o la relación probada y, en consecuencia, su reconocimiento dependerá de la acreditación legal del parentesco o la relación conyugal o marital. Sin embargo, cuando se desvirtúe probatoriamente dicha presunción, no habrá lugar a ningún tipo de reconocimiento por este concepto. Resulta de lo anterior, como es obvio, que no procederá

reconocimiento alguno por perjuicio moral, cuando no se encuentre en el expediente prueba que demuestre legalmente el parentesco ni obre actividad probatoria que acredite el dolor o la aflicción. (...) Así las cosas, de acuerdo con el material probatorio allegado al expediente, se encuentra acreditada la relación de parentesco entre los demandantes y el joven (...) En consecuencia, habrá lugar al reconocimiento de perjuicios morales a los demandantes en un 100%, por las razones que se explicaron en líneas anteriores.

PERJUICIOS MATERIALES - Daño emergente. Reconocimiento / DAÑO EMERGENTE - Reconocimiento. Pago de servicios funerarios

Por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, por cuanto obra en el expediente original de la factura de los gastos funerarios del señor Giovanni Fonseca Amaya (...). No obstante, la Sala considera que es necesario actualizar la totalidad del valor consignado en la factura de venta (...) Así las cosas, se actualizará la suma (...) correspondiente a los gastos sufragados por la familia de Fonseca Amaya con ocasión de su muerte, desde la fecha de la expedición de la factura, hasta la fecha de esta providencia.

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante. Noción / LUCRO CESANTE - Concepto. Noción

Sobre el concepto de lucro cesante, éste es entendido como la ganancia o provecho que dejó de reportarse a consecuencia de la concreción del daño antijurídico. Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que el lucro cesante puede presentar las variantes de consolidado y futuro, y éste ha sido definido como “el reflejo futuro de un acto ilícito sobre el patrimonio de la víctima, que justamente por ser un daño futuro exige mayor cuidado en caracterización o cuantificación”.

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante. Reconocimiento en caso de muerte de ciudadano en operativo policial / LUCRO CESANTE - Reconocimiento. Presunción de actividad lícita y reconocimiento de salario mínimo mensual vigente / LUCRO CESANTE - Aplicación de presunción hasta los 25 años para contribuir con gastos de la casa, caso de joven que vivía con su madre / LUCRO CESANTE - Lucro consolidado

El Tribunal Administrativo de Santander no concedió a la parte demandada perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, razón por la cual en el recurso de apelación se solicitó acceder al reconocimiento de dicho perjuicio. (...) En el caso en comento encuentra la Sala que obran en el expediente las declaraciones rendidas (...) manifiestan que el joven Giovanni Fonseca Amaya se desempeñaba como mensajero en la ciudad de Bucaramanga, y que el dinero producto de trabajo lo destinaba a ayudar a su madre en el sostenimiento del hogar. No obstante, la Sala observa que para establecer los ingresos mensuales del joven Giovanni Fonseca Amaya, no se aportó al proceso prueba que brinde la certeza suficiente para dar por establecido monto del salario que devengaba, comoquiera que ni los testimonios ni otros documentos dan cuenta de ello, en consecuencia, la Sala observa que Fonseca Amaya desempeñaba una actividad lícita, como lo es el servicio de mensajería, por la que recibía unos ingresos, y si bien no existe, se itera, prueba de la cantidad del salario que percibía, se presume que por lo menos recibía un salario mínimo legal mensual. Para determinar la renta, se tendrá en cuenta el salario que al menos se presume que la víctima percibía, (...) incrementado en el 25% de prestaciones sociales, menos el 25% correspondiente al valor aproximado que el señor Fonseca Amaya destinaba para

su propio sostenimiento (...) Luego, se actualizó el salario mínimo correspondiente a 1999 y se comparó con el salario de 2014, para tomar el mayor de los dos, para el caso el salario mayor es el del año 2014. En ese orden, la renta será la suma (...) incrementada en un 25% de prestaciones sociales, menos el 25% correspondiente al valor aproximado que el señor Fonseca Amaya destinaba para su propio sostenimiento. El 100% de este valor se reconocerá a la mamá Victoria Eugenia Amaya (...) Como límite temporal se tendrá en cuenta, respecto del hijo, la fecha en la cual éste cumpliría 25 años de edad, es decir hasta el 22 de enero de 2005, primero porque, se encuentra demostrado en el expediente que vivía con su madre, y en segundo lugar porque las reglas de la experiencia indican que ese sería el momento aproximado en el cual aquel conformaría su propia familia, es decir, se emanciparía del seno familiar y, por lo tanto, dejaría de proporcionar la ayuda económica a su madre. Con base en lo anterior, se tasarán la indemnización debida o consolidada, que abarca el lapso transcurrido desde la época de los hechos, y hasta los 25 años de su hijo Giovanni Fonseca Amaya.

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto del consejero Enrique Gil Botero. A la fecha, ésta Relatoría no cuenta con el medio físico ni magnético de la citada aclaración.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., ocho (8) de abril del dos mil catorce (2014).

Radicación número: 68001-23-15-000-2000-03456-01(29195)

Actor: VICTORIA EUGENIA AMAYA

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

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Subsección C el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 1 de julio de 2004, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda:

“PRIMERO.- Declarese (sic) administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por la muerte del señor GIOVANNI (sic) FONSECA AMAYA en hechos ocurridos el 4 de abril de 1999 en la ciudad de Bucaramanga.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la declaración anterior se condena a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional a efectuar los siguientes pagos:

- *A favor de la señora VICTORIA EUGENIA AMAYA, madre del fallecido GIOVANNI (sic) FONSECA AMAYA, la suma de OCHOCIENTOS VEINTITRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS M/CTE (\$823.656,44), por concepto de daños materiales en la modalidad de daño emergente.*
- *También a la señora VICTORIA EUGENIA AMAYA, la suma de DIECISIETE MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$17'900.000,00), por concepto de daños morales.*
- *Por el mismo concepto, a favor de JHON ALVARO Y BRIDER FONSECA AMAYA y de JEISSON FABIAN AMAYA (hermanos de la víctima), la suma de OCHO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/CTE (\$8'950.000,00), para cada uno de ellos.*

(...)

TERCERO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda”.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite de primera instancia

Mediante demanda presentada el 22 de noviembre de 2000, Victoria Eugenia Amaya, quien actúa en nombre propio y en el de sus hijos menores Brider Fonseca Amaya y Jeison Fabián Amaya, Custodia Amaya Guarguati y Jhon Álvaro Fonseca Amaya, formularon por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa (art. 86 C.C.A.) para que se accediera a las siguientes declaraciones y condenas:

“1. Que LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL, a través del señor Ministro respectivo, Director General y/o Director del Departamento de la POLICIA DE SANTANDER, es RESPONSABLE ADMINISTRATIVAMENTE, de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a mis poderdantes, como consecuencia de la muerte sufrida por GIOVANNY FONSECA AMAYA, en hechos ocurridos el día 4 de Abril de 1.999, en Jurisdicción del Municipio de Bucaramanga, producto del daño Antijurídico causado a los precitados poderdantes.

2. Que como consecuencia de la declaración anterior, LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL, deberá reconocer y pagar los daños y perjuicios así:

2.1 Para VICTORIA EUGENIA AMAYA (madre), los perjuicios morales que ha sufrido y está sufriendo por la muerte de su hijo GIOVANNY, pagando, a ella, el equivalente en pesos de a (sic) DOS MIL GRAMOS DE ORO PURO (2.000 Grs Oro).

2.2 Para JHON ALVARO FONSECA AMAYA, BRIDIER FONSECA AMAYA, JEISON FABIAN AMAYA (hermanos y CUSTODIA AMAYA GUARGUATY (sic) (abuela), a cada uno el equivalente de a (sic) UN MIL QUINIENTOS

GRAMOS DE ORO (1.500 Grs de Oro puro), por los perjuicios morales que ha sufrido y están sufriendo los hermanos y la abuela materna.

2.3 Para VICTORIA EUGENIA AMAYA, la suma de UN MILLON CIENTO CINCUENTA MIL PESOS (\$1.150.000), como DAÑO EMERGENTE, representado en los gastos pagados a la Funeraria Moderna, por los servicios prestados al cadáver de GIOVANNY FONSECA AMAYA, cuya suma debe actualizarse y/o indexarse.

2.4 Para VICTORIA EUGENIA AMAYA (madre), en la modalidad de LUCRO CESANTE, la suma de \$130.609.824, junto con los intereses compensatorios de la suma de dos (2) periodos; el primero, desde la fecha en que se produjo el daño, hasta el día de la fijación de la indemnización, como tiempo debido, y desde esta fecha hacia el futuro subsidiariamente en la cuantía que resulte de la liquidación posterior a la sentencia, como consecuencia de la muerte de GIOVANNY FONSECA AMAYA. Perjuicios económicos que recibía su madre, del tiempo que desarrollaba y el cual obtenía utilidades superiores mensuales el salario mínimo legal vigente. Aunado al promedio de vida del hombre colombiano, edad de la víctima, entre otros.

2.5 Que LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL, a través de su representante legal, deberá dar estricto cumplimiento a lo proveído por su despacho, de acuerdo a lo establecido en las normas concordantes del C.C.A., y Ley 446 de 1998 (Art.60)".

En apoyo de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos:

El 4 de abril de 1999 en la ciudad de Bucaramanga en el barrio Manzanares, el joven Giovanni Fonseca Amaya, fue ultimado brutalmente por un miembro de la fuerza pública sin ningún motivo. El citado joven se movilizaba en un taxi junto con otros compañeros, cuando fueron requeridos por la fuerza pública para realizar una requisa de rutina, la cual efectivamente se realizó y en donde se le decomisó al señor Jorge Nelson Olave un arma tipo revolver. Posteriormente, y sin ningún tipo de requerimiento u orden de alto, los agentes procedieron a asesinar Giovanni, a quien se le disparó por la espalda mientras otro de los ocupantes del vehículo huyó por el injusto y precipitado proceder de la fuerza pública.

Se narra que la muerte del joven fue instantánea, sin estar armado ni oponer resistencia resultando muerto por causa del impacto de dos proyectiles del arma de dotación oficial del agente Carlos Alberto Martínez Urrea.

Por su parte, el señor Jorge Nelson Olave compañero del joven muerto y a quien se le decomisó un arma de fuego, se le iniciaron las diligencias penales pertinentes, producto de las cuales resultaría condenado por los delitos de porte ilegal de armas, en concurso con hurto agravado y calificado.

El Tribunal Administrativo de Santander, admitió la demanda mediante auto del 29 de agosto de 2001 (Fl.18 y 19 C.1).

La demanda fue contestada por el apoderado de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, en escrito del 29 de enero de 2002 (Fls.45 a 49 C.1). No obstante, se tuvo como no contestada por parte del Tribunal, al ser el escrito presentado extemporáneamente.

Mediante auto del 13 de febrero 2002, el Tribunal Administrativo de Santander abrió el proceso a etapa probatoria. (Fls.54 a 56 C.1)

En proveído del 19 de febrero de 2003, el Tribunal Administrativo de Santander corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que rindiera el concepto de rigor. (Fl.174 C.1)

A través de escrito allegado el 7 de marzo de 2003, el apoderado de la parte demandada alegó de conclusión, en donde reiteró lo dicho en la contestación de la demanda. (Fls.192 a 194 C.1)

Por su parte, el apoderado de la parte demandante presentó los alegatos de conclusión el 7 de marzo de 2003 (Fls.200 a 205 C.1), en los que realizó un recuento de las pruebas documentales y testimoniales que obran en el expediente, las cuales según su dicho corroboran lo consignado en el escrito de la demanda. Adicionalmente, señala que los daños causados con armas de fuego, por la energía eléctrica, o por causa de la conducción de vehículos, se les ha aplicado por parte del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa, el régimen de responsabilidad objetiva, con fundamento en el riesgo que crea quien explota la actividad, circunstancia que hace presumir la responsabilidad del causante del daño, la cual solo se desvirtúa con la comprobación de una de las causales eximentes de responsabilidad.

El Ministerio Público por medio de escrito arrimado el 26 de marzo de 2003, rindió su concepto de rigor (Fls.186 a 190 C.1) señalando que, se está en presencia de una causal eximente de responsabilidad como lo es la culpa exclusiva de la víctima, razón por la cual solicita se exonere a la entidad demandada de responsabilidad, exponiendo los siguientes motivos:

“En el caso objeto de estudio se considera la existencia de una falla de servicio, configurada por la precipitud e irresponsabilidad de los miembros de la Policía Nacional en desarrollo del operativo organizado para detener a los asaltantes de un centro de video. La consideración se fundamenta en analizar si los disparos realizados se hicieron en forma indiscriminada o si se ajustó a las circunstancias y entonces se ejerció en forma legítima la autoridad y labor encomendada legalmente.

(...)

Por estar demostrado en el presente caso, que en la realización del hecho se utilizaron armas de dotación oficial, resulta procedente aplicar el régimen objetivo de responsabilidad, y dado que está probada la existencia del daño del cual se derivan perjuicios reclamados, así como que el mismo fue causado por agentes de la entidad demandada, en cumplimiento de sus funciones y utilizando los instrumentos indicados, corresponde a dicha entidad para exonerarse, demostrar la existencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor, o del hecho de un tercero o de las víctimas.

(...)

En este proceso, analizadas las pruebas, no desvirtúa lo manifestado en los hechos en cuanto a que sin existir razón alguna se le hubiere disparado al señor GIOVANY, pues que más razón que ser objeto de una persecución para ser aprehendido por haber participado en la comisión de un delito, y además, por huir frente a la orden de detención de la autoridad, pues no otra razón puede explicar que las heridas se hubieren recibido cuando cruzaba una cerca y no precisamente dentro o cerca del vehículo en el que se desplazaba.

(...)

No puede deducirse entonces la vida del agente estuvo en peligro, pues se trataba como en efecto se probó, de personas que pertenecen a la delincuencia, que sin pensarlo cometieron un delito, que reconocen llevaban armas y se contradicen en las acusaciones que formulan.

(...)

En este momento entonces es necesario examinar si el comportamiento de la víctima fue causa única o concausa en la producción del daño, o si, por el contrario, tal actividad no fue relevante en el acaecimiento de este. En efecto, la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, puede conducir a la exoneración total o parcial de la responsabilidad administrativa, dependiendo de la trascendencia y grado de participación del afectado en la producción del daño. Para que la culpa de la víctima releve de responsabilidad a la administración, aquella debe cumplir con los siguientes requisitos: Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño. Si la culpa del afectado resulta de la causa única, exclusiva o determinante del daño, la exoneración es total. El hecho de la víctima no debe ser imputable a la administración, toda vez que si el comportamiento de aquella de aquella (sic) fue propiciado o impulsado por la administración de manera tal que no le sea ajeno a esta, no podrá exonerarse de responsabilidad a la entidad demanda.

Para el caso, se observa, se encuentra probada la culpa de la víctima, y por ende en criterio del Ministerio Público deberá exonerarse de responsabilidad a la entidad demandada”.

1. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 1 de julio de 2004, el Tribunal Administrativo de Santander, declaró administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por los perjuicios padecidos por los actores, teniendo en cuenta que hubo una concurrencia de culpas entre la demandada y la víctima (Fls.206 a 238 C.Ppal). Para tomar esta decisión, el A quo consideró lo siguiente:

“De igual manera se encuentra establecido que en desarrollo del operativo desplegado por los citados agentes de Policía, los implicados en la comisión del ilícito en referencia, trataron de huir de la acción de los policiales, circunstancia que sin duda coadyuvó a la producción de los resultados finalmente obtenidos como consecuencia de dicho operativo, a saber, la fuga de JORGE ANDRES DIAZ BEDOYA, la muerte de GIOVANNI FONSECA AMAYA, quien recibió dos impactos de bala, uno a la altura de glúteo derecho y el otro a 55 cms (sic) del tobillo derecho, parte posterior y la captura de JORGE NELSON OLAVE, procesado y condenado por los mismos hechos.

(...)

De otra parte, llaman la atención de la Sala las contradicciones en que incurrió el agente de Policía JUAN PABLO BOTELLO al rendir el correspondiente informe sobre los hechos y la que consignará en el Libro de población del CAI REAL DE MINAS, para la fecha del 04-04-99 a las 17:40 horas, como quiera que según el referido informe, habría sido el mismo agente Botello quien persiguió a joven GIOVANNI FONSECA AMAYA y le dio la orden de alto y quien, habiendo sido objeto de la amenaza generada por aquel al apuntar contra su humanidad un arma de fuego, debió dispararle en una oportunidad antes de arrojar al piso para proteger su vida; en tanto que, según lo anotó el mismo agente en el libro de población

al que se hizo referencia, dicha persecución y los demás actos anteriormente anotados habrían sido desplegados por su compañero CARLOS ALBERTO MARTINEZ URREA.

(...)

Así las cosas, advierte la Sala que no es cierto que el joven GIOVANNI FONSECA AMAYA estuviera armado en el momento en que emprendió la huida para evitar la acción de los policiales que lo perseguían y por ende, que no es cierto que hubiera blandido arma alguna para amenazar a su perseguidor, quien para protegerse hubiese tenido a su vez que disparar en su contra; a la misma conclusión se llega teniendo en cuenta además, que según la necropsia practicada a su cadáver, no fue uno, sino dos los disparos que recibió, los cuales le fueron propinados por la espalda, situación que no habría podido ocurrir si éste realmente se hubiera encontrado enfrentado al agente de policía.

(...)

Sin embargo, el perseguido era un delincuente que dada la situación de flagrancia en que fue hallado ofrecía peligrosidad, que creó el ambiente propicio para resultar lesionado y que ejecutó conducta imprudente que contribuyó a causar el daño: trató de evadir la acción de las autoridades, configurándose así la culpa de la víctima como causal exonerativa o de reducción de responsabilidad.

Y en el caso que nos ocupa, tal conducta reduce o disminuye el grado de participación de la entidad en el resultado, mas no la exonera ya que la culpa de la víctima (sic) se evidencia en el actuar ilícito de ésta como conducta coadyuvante a la asumida por la administración en la producción del hecho dañoso.

(...)

Así las cosas, la Sala encuentra que la conducta culposa de la víctima (sic), concurrió igualmente con la actuación de la administración a la producción del resultado dañoso, motivo por el cual se reduce la condena en un 50%".

2. El recurso de apelación y actuación en segunda instancia.

La parte demandante a través de escrito del 19 de julio de 2004 interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida el 1 de julio de 2004 por el Tribunal Administrativo de Santander (Fls.241 a 243 C.Ppal), en el cual precisó que disiente totalmente con los planteamientos esbozados por el A quo en la sentencia, pues este Tribunal le da mayor credibilidad a las pocas pruebas que aportó el Ministerio Público dentro del proceso penal que se le siguió al señor Jorge Nelson Olave, y no le dio credibilidad a las demás pruebas obrantes en el expediente.

Tan es así, que no tuvo en cuenta lo señalado en el acta de levantamiento del cadáver en donde se dejó constancia que se hizo presente el señor Jhon Muralla de Graciani, quien manifestó que no reconocía al occiso como uno de los autores del atraco del cual había sido víctima. Igualmente, le dio credibilidad al informe rendido por los agentes de policía que participaron en el operativo. No obstante, reconoce que incurrieron en contradicciones en los informes rendidos sobre los hechos, dándoles finalmente la razón y reduciendo la responsabilidad del Estado por una supuesta imprudencia de la víctima al contribuir en la producción del daño.

Por otro lado, afirma el actor que el Tribunal reconoce que los agentes realizaron un procedimiento irregular en la captura, pero estos en ningún momento lo capturaron, sino que lo ultimaron propinándole dos disparos por la espalda, habiendo podido capturarlo y entregarlo a la autoridad competente, máxime cuando ya estaba próximo a alcanzarlo. Tampoco se le dio credibilidad a los testimonios directos de los

declarantes que presenciaron los hechos, quienes señalaron que al occiso solamente se le encontró una billetera y unas monedas.

Por lo dicho anteriormente, precisa el recurrente que se evidencia que la conducta desplegada por el joven Giovanni Fonseca no contribuyó a la producción del resultado.

Finalmente, el apelante se refiere a los perjuicios reconocidos por el Tribunal, afirmando que se desconoció el precedente señalado por el Consejo de Estado, el cual ha establecido que sí la víctima se encontraba laborando al momento de los hechos, se presume que devengaba un salario mínimo legal mensual vigente, debiéndose condenar mas allá de los 25 años del occiso.

Mediante auto del 13 de octubre de 2004, el Tribunal Administrativo de Santander concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. (Fl.245 C.Ppal)

En providencia del 15 de febrero de 2005, se admitió el recurso de apelación por parte de esta Corporación. (Fl.250 C.Ppal)

Por medio de auto del 7 de abril de 2005, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión. (Fl.252 C.Ppal)

El apoderado de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional alegó de conclusión (Fls.254 a 256 C.Ppal), en donde reitera lo dicho en instancias procesales anteriores, como oposición a las pretensiones de la demanda, argumentos que son usados en esta etapa para solicitar se revoque la sentencia proferida por el Tribunal de Santander y en su lugar se nieguen las súplicas de la demanda. Adicionalmente, argumenta que providencias como la proferida por el Tribunal de instancia *“limita el actuar de la institución y la deja desvalida y desprovista de acción efectiva para combatir la delincuencia (...) generan impunidad y fomentan la delincuencia que al saber que la Policía no puede hacer eso de sus armas para detenerlos, les bastará con que una vez cometido el ilícito, emprendan la huida pues el Agente debe limitarse a mirarlos pasar por su lado, sin poder constreñirlo ni obligarlo a su detención”*.

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

Mediante proveído del 7 de mayo de 2012, haciendo uso de la facultad oficiosa otorgada por el artículo 43 de la Ley 640 de 2001 se convocó a las partes a celebrar audiencia de conciliación para el día 9 de mayo de 2013. (Fl.285 C.Ppal)

El Ministerio Público el 3 de mayo de 2012 emitió su concepto sobre la viabilidad de un acuerdo conciliatorio entre las partes (Fls.289 a 299 C.Ppal), argumentando lo siguiente:

“En concepto del Ministerio Público, si bien el joven Fonseca Amaya trató de evadir la acción de las autoridades en ningún momento atacó al personal de la Policía Nacional, no portaba armas de fuego, era evidente que no constituía una amenaza para la vida del agente de la policía que lo perseguía ni para terceros y le dispararon estando de espaldas al victimario.

No existe ninguna deuda que las autoridades pueden hacer uso legítimo de la fuerza y recurrir a la utilización de armas para su defensa, pero esa potestad solo puede utilizarse como último recurso, luego de haber agotado todos los

medios razonables a su alcance para remover el peligro y la acción debe realizarse de la manera que cause el menor daño necesario.

La entidad demandada como se trata de un evento en el que el daño lo produce una actividad peligrosa (uso de armas de fuego), debía acreditar que la víctima hizo uso del arma, que atacó al gente de la Policía Nacional y que este repelió el ataque con el propósito de defender su vida.

(...)

En concepto del Ministerio Público no se configura una concurrencia de culpas, pues las armas sólo puede utilizarse cuando son el único medio para repeler la agresión, y en este caso las pruebas en su conjunto indican que ello no ocurrió.

En suma, las pruebas generan una certeza razonable sobre la responsabilidad de la entidad pública demandada a título de falla probada del servicio, por uso excesivo de la fuerza, y que en la ocurrencia del daño no concurrió la culpa de la víctima, que justifique la reducción de la indemnización”.

En memorial del 7 de mayo de 2013 la apoderada de la parte demandada, manifestó que la accionada no tenía ánimo conciliatorio en el presente asunto, para lo cual anexó el acta del Comité de Conciliación de la entidad. (Fls.301 a 303 C.Ppal)

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 1 de julio de 2004 en la se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la mayor pretensión individualmente considerada corresponde a \$130.609.824 millones de pesos, por concepto de perjuicios materiales, ya que a la fecha de la presentación de la demanda – 22 de noviembre de 2000 - este valor supera el exigido para que el proceso sea de dos instancias (Decreto 597 de 1988 - \$26.390.000).

2. Aspectos Procesales previos

2.1 Objeto del recurso de apelación

Resulta necesario precisar, *ab initio*, que el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, solicita se modifique la sentencia proferida por el Tribunal de instancia en el sentido de que se condene a la entidad demandada a pagar la totalidad de los perjuicios materiales y morales solicitados en el escrito de la demanda y no sólo al 50% como se estableció por el A quo. Lo anterior, por cuanto el recurrente considera que no existe una concurrencia de culpas por el hecho de la víctima, de manera que, la presente providencia centrará sus razonamientos sobre los puntos señalados por el apelante único.

Al respecto es preciso resaltar que:

“para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo”¹, razón por la cual se ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”².

Lo anterior, obliga a destacar que el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos indicados por el apelante, por lo cual, en principio, los demás asuntos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia³ de la sentencia como el principio dispositivo⁴⁻⁵.

En este sentido, la Sala Plena de la Corporación en reciente pronunciamiento reiteró que mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial – en este caso la que contiene una sentencia –, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones o apreciaciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia. Lo anterior lo sostuvo de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C⁶.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 1 de abril de 2009. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 32800. *“De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.*

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 10 de febrero de 2010. C.P. Hernán Andrade Rincón. Rad. 16306. Cfr. Corte Constitucional C-583 de 1997.

³ En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó: *“De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.*

⁴ Dicho principio ha sido definido por la doctrina como: *“La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin”. O como dice COUTURE, es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso”* *“Son características de esta regla las siguientes: “(...). El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado”* (negritas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

⁵ Consejo de Estado – Sección Tercera – Sala Plena, sentencia de 9 de febrero de 2012, Exp. 21.060.

⁶ Consejo de Estado – Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2012, Exp. 21060.

Dicho lo anterior, se itera que la parte demandante solicita se modifique la sentencia proferida por el Tribunal de instancia en el sentido de que se condene a la entidad demandada a pagar la totalidad de los perjuicios materiales y morales solicitados en el escrito de la demanda y no sólo al 50%, es decir, niega la concurrencia de culpas.

Adicionalmente, cabe señalar que en atención al precedente, esta Sala se abstendrá de hacer algún pronunciamiento frente a los nuevos argumentos que esgrima el recurrente.

Aunado a lo anterior y en aras a garantizar el principio de congruencia, debido proceso y la igualdad, el análisis se circunscribirá a lo solicitado en el recurso de apelación, pues hacer lo contrario sería incumplir mandatos legales y desconocer el precedente judicial, así como negarle a la parte demandada el derecho a controvertir los argumentos usados en su contra en la oportunidad que el proceso establece para tal fin.

2.2 Valoración de los testimonios de oídas y aquellos que pueden considerarse sospechosos.

De acuerdo con lo dispuesto en la codificación civil procesal Título XIII – Capítulo IV, el testimonio es aquel medio de prueba que reside en la declaración o relato que hace un tercero, sometido a interrogatorio, de los hechos que se le pregunten y de los que le consten o tenga conocimiento, previa identificación y bajo la exigencia de jurar no faltar a la verdad so pena de incurrir en las sanciones penales que por el punible de falso testimonio contempla el Código Penal, y con las excepciones previstas en la Ley⁷.

Con relación a este medio de prueba, el tratadista *Hernán Fabio López Blanco* ha sostenido que esta es una modalidad probatoria denominada “*Declaración de Terceros*”:

“Es una especie del género que se llama “declaración” o interrogatorio, pues es lo cierto que son muchos los elementos comunes que existen con la “declaración de parte”, porque de lo que se trata es de que personas naturales que no son parte dentro del proceso ilustren con sus relatos referentes a hechos que interesan al mismo, para efectos de llevar certeza al juez acerca de las circunstancias que constituyen el objeto del proceso”⁸.

Ahora bien, como el testimonio es aquel medio probatorio de mayor usanza en los juicios de responsabilidad civil, debe tenerse en cuenta que, aun cuando no se trate de un testigo mentiroso, el testimonio dependerá del convencimiento que éste tiene de su propia verdad, de su edad, sexo, nivel de educación, salud (5 sentidos), su ubicación en el lugar de los hechos, sus prejuicios, las condiciones ambientales del momento y, en general, de la representación mental que el testigo se haga de la situación fáctica que percibe y las condiciones que lo rodeen, de manera que cada persona tendrá su propia percepción de los hechos⁹.

⁷ En el caso de los impúberes ellos están exentos de la gravedad del juramento, así como las excepciones contempladas por el principio de no autoincriminación.

⁸ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil – Tomo 3 – Pruebas*, 2ª Edición 2008. Dupré Editores, pág. 181.

⁹ Obra en cita, pág. 182.

Adicionalmente, debe preverse que dicha percepción puede ser directa, porque el testigo presencié los hechos y los aprehendió mediante el uso de sus sentidos, generalmente, sus 5 sentidos, o puede tratarse del conocimiento que el testigo tiene de los hechos por lo que le escuchó decir a otro, de manera que el declarante carece de percepción directa y narra en sus propios términos el dicho de otra persona o lo que oyó sobre lo que otros dijeron, en cuyo caso se acentúan las dificultades del testimonio, anteriormente enunciadas.

A su vez, el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil definió como sospechosos a aquellos testigos que se encuentren en circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o intereses que tengan con las partes o sus apoderados, de sus antecedentes personales u otras causas que, en todo caso, dependerán del concepto del juez, por cuanto la sola circunstancia de que los testigos sean parientes de una de las partes o tengan algún sentimiento o interés, no conduce necesariamente a deducir que ellos inmediatamente falten a la verdad, circunstancia de más para justificar que el juez se encuentre obligado a recepcionar el testimonio aunque el testigo sea tachado de sospechoso.

Ahora bien, la valoración probatoria es la actividad intelectual desplegada por el juzgador frente a los medios probatorios, para establecer la fuerza de convicción o de certeza que representan cada uno de ellos dentro de determinado proceso.

Para el desarrollo de la apreciación de las pruebas, la doctrina jurídica procesal ha identificado diferentes sistemas dentro de los cuales se encuentran el de la íntima convicción o de conciencia o de libre convicción¹⁰, el sistema de la tarifa legal o prueba tasada¹¹ y el régimen de la sana crítica o persuasión racional, consagrado en los códigos modernos, entre ellos el Código de Procedimiento Civil Colombiano que dispone en su artículo 187 que el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la sana crítica, es decir de la lógica, la ciencia y la experiencia:

*“Artículo 187. Apreciación de las Pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.
El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.*

De modo tal que dicha norma consagra, como sistema de valoración de la prueba el de la sana crítica que requiere la expresión de las razones que el juzgador ha tenido para determinar el valor de las mismas, mediante la observancia de las citadas reglas.

"Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en los casos en que no es lisa

¹⁰ En el sistema de la libre convicción sólo se exige certeza moral en el juzgador y no se requiere una motivación de su decisión. Es el sistema que se aplica en la institución de los llamados jurados de conciencia o jueces de hecho.

¹¹ En éste sistema, la ley establece taxativamente el medio de prueba exigido para acreditar determinados hechos o actos y el valor de las pruebas, de manera que el juez sólo aplica la ley sin que se requiera un razonamiento diferente al realizado por el legislador

y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”¹²

Es así como, la valoración mediante la sana crítica, requiere, además, el análisis en conjunto de las pruebas y un ejercicio de ponderación de las mismas, exponiendo razonadamente el valor que atribuye a cada una, desechando sólo aquellas que encuentre ilegales, indebidas o inoportunamente allegadas al proceso.

Así, debe señalarse con relación al testimonio que su valoración y ponderación requiere del juez, como en todos los casos, determinar el valor de convicción del mismo y su real dimensión, se itera, bajo su apreciación en conjunto y con aplicación de las reglas de la sana crítica, ejercicio cuya complejidad se acentúa en tratándose de testimonios de oídas o aquellos calificados como sospechosos, los cuales, según se infiere de lo dicho en líneas anteriores, no pueden ser desechados de plano sino que rigidizan su valoración de cara al restante material probatorio, por cuanto serán examinados con mayor severidad.

Debe entenderse, entonces, que son, precisamente, las reglas de la sana crítica las que aconsejan que tanto el testigo sospechoso como el ex auditó, se aprecie con mayor rigor, se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha o cuya percepción fue directa o se subvaloren. Pero sin que puedan desecharse bajo el argumento del parentesco, interés o falta percepción directa, sino porque confrontados con el restante material probatorio resultan contradictorios, mentirosos, o cualquier circunstancias que a criterio del juez merezca su exclusión o subvaloración.

Bajo esta filosofía, el ordenamiento procesal, artículo 218 – inciso final, permitió que el juez apreciara los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso y al igual que las tachas sus motivos y pruebas fueran valoradas en la sentencia, ocurriendo lo propio con el testimonio de oídas.

Dicho lo anterior y bajo este criterio se examinarán y valorarán los testimonios de Jorge Nelson Olave y Jorge Andrés Díaz Bedoya, cuyas narraciones se tendrán como sospechosas o parcializadas, teniendo en cuenta que son cercanos a la parte demandante y estuvieron involucrados en los hechos objeto de análisis, situación que afecta la objetividad e imparcialidad del mismo.

Por otro lado, obran en el expediente los testimonios rendidos por Said Ferney, Miguel Angel Castro Olave, y Mireya Xiomara Rodríguez Ramírez, quienes relatan sus versiones obtenidas de oídas sobre los hechos que rodearon la muerte de Giovanny Fonseca Amaya, manifestando lo ocurrido con, testimonios que serán tenidos en cuenta bajo el tamiz de que son testigos de oídas.

3. Los hechos probados

Del acervo probatorio allegado al expediente, se destacan los siguientes:

¹² Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad 622 de 4 de noviembre de 1998.

3.1 Documentales

1. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Custodia Amaya Guarguati (Fl.3 C.1)
2. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Victoria Eugenia Amaya donde consta que su madre es Custodia Amaya Guarguati (Fl.4 C.1)
3. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Jhon Álvaro Fonseca Amaya donde consta que su madre es Victoria Eugenia Amaya y su padre José Álvaro Fonseca Rodríguez (Fl.5 C.1)
4. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Brider Fonseca Amaya donde consta que su madre es Victoria Eugenia Amaya y su padre José Álvaro Fonseca Rodríguez (Fl.6 C.1)
5. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Jeisson Fabián Amaya donde consta que su madre es Victoria Eugenia Amaya (Fl.7 C.1)
6. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Giovanni Fonseca Amaya donde consta que su madre es Victoria Eugenia Amaya y su padre José Álvaro Fonseca Rodríguez (Fl.8 C.1)
7. Copia auténtica del registro de defunción de Giovanni Fonseca Amaya (Fl.9 C.1)
8. Original de la factura de venta No.0023 de fecha 5 de abril de 1999 expedida por la funeraria moderna, a nombre del señor Giovanni Fonseca Amaya en donde constan una serie de gastos por concepto de caja mortuoria, misa de cuerpo presente, derechos de bóveda, servicios de velación, arreglo del cadáver, papelería de notaria, carteles murales y servicios de funeraria por valor de UN MILLON QUINIENTOS MIL PESOS (\$1.500.000,00). (Fl.10 C.1)
9. Copia auténtica del protocolo de necropsia practicada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses el 6 de abril de 1999 a Giovanni Fonseca Amaya, en donde consta lo siguiente (Fl.78 a 84 C.1)¹³:

“1. EXAMEN EXTERNO

DESCRIPCION DEL CADAVER: Adulto joven de género masculino, raza mestiza, tez trigueña, contextura física delgada, bien conformado, con normal desarrollo músculo esquelético y buen estado nutricional. Ingresó a la morgue del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses Regional Nor Oriente traído por personal de la FGN URI FISCALIA OCTAVA Y SIJIN quienes practicaron la diligencia de levantamiento del cadáver en la Carrera 19W 59-42 Barrio Manzanares de Bucaramanga.

Según acta de levantamiento - 226 el occiso sufrió heridas con proyectil de arma de fuego, falleciendo en el lugar antes citado.

Sin otros datos sobre los hechos.

(...)

Al examen externo presenta signos de violencia, caracterizados por heridas de proyectil de arma de fuego en región glútea y muslo derecho.

¹³ Allegado mediante oficio remitido del 30 de mayo de 2002 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (Fl.72 C.1).

(...)

GLUTEOS: Simétricos, con orificio de entrada de proyectil de arma de fuego en cuadrante interno de glúteo derecho (Ver descripción de proyectil arma de fuego 1)

(...)

GENITALES EXTERNOS: Masculinos, normales, no sangrado ni presencia de líquidos anormales. Orificio de salida de proyectil de arma de fuego a nivel de la base lateral derecha de la base del pene (Ver descripción de lesiones por proyectil de arma de fuego No 1).

(...)

Miembros inferiores: Normales no hay fracturas. Orificio de entrada de proyectil de arma de fuego en tercio inferior postero lateral interno del muslo derecho (Ver descripción de lesiones por proyectil arma de fuego No 29 con orificio de salida a nivel antero lateral interno tercio medio con inferior del mismo muslo. Laceración de (ilegible).5 cm en rodilla izquierda con equimosis tenue verde amarillenta de la zona la zona (sic).

(...)

DESCRIPCIÓN DE HERIDAS POR PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO (PAF)

1.1 ORIFICIO DE ENTRADA: Localizado en cuadrante ínfero interno del glúteo derecho, a 89 cm del vértice y 2 cm de la línea media posterior, de 0.8 cm de diámetro, con bandeleta de contusión sin tatuaje, sin otros residuos de disparo.

1.2 ORIFICIO DE SALIDA: En región inguinal derecha base de implantación del pene, a 93cm del vértice y 1.5 cm de la línea media anterior, de 1.2X1.0cm de diámetro, de bordes evertidos (sic) irregulares.

1.3 TRAYECTORIA: Posteroanterior, ligeramente superioinferior.

1.4 LESIONES: Piel, tejido celular subcutáneo, masa muscular glútea, sacro, ampolla rectal, vejiga, cuerpo cavernoso derecho del pene y sale.

2.1 ORIFIO DE ENTRADA: En tercio postero lateral interno del muslo derecho, a 55cm del talón, de 0,9cm e diámetro, con bandeleta de contusión, sin tatuaje, sin otros residuos de disparo.

2.2 ORIFIO DE SALIDA: En región tercio medio con inferior antero lateral interno del muslo derecho, a 64cm del talón, de 2.5X2.1cm de diámetro, de bordes evertidos (sic) irregulares.

2.3 LESIONES: Piel, tejido celular subcutáneo, masa muscular, paquete vascular arterio venoso femoral profundo y sale.

2.4. TRAYECTORIA: Postero anterior e ínfero superior.

ANALISIS, CORRELACION Y CONCLUSION:

(...)

Correlacionando los datos de acta de levantamiento y hallazgos de necropsia se concluye:

Causa de muerte: Heridas proyectil arma de fuego.

Mecanismo de muerte: Shock Hipovolémico.

Manera de muerte: Violenta homicida.

Las lesiones descritas en miembro inferior derecho son de naturaleza esencialmente mortal”.

– Juzgado 169 de Instrucción Penal Militar, por medio del cual se remiten las fotocopias de las piezas procesales solicitadas del expediente No.160 que se sigue en contra de Agente de la Policía Nacional CARLOS ALBERTO MARTINEZ URREA por el delito de homicidio, por los hechos ocurridos el 4 de abril de 1999, donde aparece como ofendido Giovanni Fonseca Amaya (Fl.85 C.1):

a. Copia auténtica del acta de levantamiento de cadáver practicado a Giovanni Fonseca Amaya, de fecha 4 de abril de 1999 del Instituto Nacional de Medicina Legal, de la cual se resalta lo siguiente (Fl.86 C.1):

“(...)

EXAMEN DEL CADAVER: Al examen externo presenta orificio con bandeleta de contusión en zona glútea der.- Orificio con bandeleta de contusión en cara posterior tercio inferior muslo der.- Orificio e bordes irregulares en el pene(Base) – Orificio bordes irregulares de 2.5 cms de diámetro cara interna tercio medio muslo derecho. Escoriación rodilla izq.

OBSERVACIONES: En el momento de la diligencia se encontraba el señor patrullero de la PONTAL, JUAN PABLO BOTELLO TORRES, del CAI Real de Minas; quien dijo que los hechos ocurrieron hoy a las 17:30 aprox., en el barrio Manzanares, que posteriormente informaban sobre los hechos mediante informe que pasaban a la URI, sobre lo ocurrido. También hizo entrega a la Unidad, de una Cédula de Ciudadanía 13740118 de B/ga, perteneciente a FONSECA AMAYA GIOVANNY, la cual le fue encontrada en sus ropas.

En la diligencia se hizo presente el señor JHON MURALLA GARCANI, CC 91257403 e B/ga, reside en la cra. 39ª 44-58 Apto., 402 Cabecera tel; 346019, quien dijo que hoy a las 17:00 horas aprox., cuando él se encontraba en el video “X” ubicado en la cra. 35 52-39 Cabecera fue objeto de un atraco por dos sujetos, quienes portaban armas de fuego y le hurtaron joyas y dos betamax y dinero en efectivo, y manifestó no reconocer al hoy occiso como uno de los autores del atraco.

Al realizar la inspección al cadáver, se hallaron en el tenis del pié (sic) derecho, dos anillos al parecer de Oro, al parecer de hombre, uno de ellos aplanado en su parte superior, con dos piedras blancas y otra verde oscuro y el otro anillo con una piedra verde, que fueron reconocidos por el afectado como de su propiedad.

Al llegar al sitio éste se encontraba debidamente acordonado por un número considerado (sic) de agentes. Es de anotar que el afectado se hizo presente en el sitio de los hechos como en las instalaciones de Medicina Legal donde se continuó con la diligencia de levantamiento.

PERTENENCIAS: Dos anillos metal amarillo en el zapato derecho ya relacionados. En el bolsillo (sic) delantero derecho pantalón, se halló un llavero con 3 llaves una azul, otra plateada y otra al parecer de moto, llavero en cuero al parecer, con la letra C.- En el bolsillo trasero mismo lado se hallaron una moneda de mil pesos, una de diez (sic) y una de veinte pesos”.

b. Copia auténtica del informe de procedimiento policial de fecha 4 de abril de 1999 del Departamento de Policía de Santander – Estación de Policía Bucaramanga – Zona Sur, suscrito por el Patrullero Juan Pablo Botello Torres y el Cabo Primero Juvenal Tarrazona Murillo, en el que se consignó lo siguiente (Fls.88 a 91 C.1):

“HECHOS

Siendo aproximadamente las 17:20 horas del día domingo 040499 después

de haber reportado por el radio de comunicación, la localización y búsqueda de un vehículo taxi, marca Renault 9, de placas XLD 166, en el cual sus ocupantes acababan de cometer un hurto calificado en la carrera 35° No.52-39 del establecimiento comercial "VIDEO X", del sector de cabecera portando armas de fuego, logrando llevarse dos V.H.S y dinero en efectivo. Procediendo a la inmediata búsqueda de los sospechosos, desplazándome por la vía que conduce del barrio estoraques al barrio mutis, en la entrada del barrio "prados del mutis" observamos el vehículo en busca; El cual venía en sentido contrario a nosotros, nos regresamos y le informé al compañero Agente MARTINEZ URREA CARLOS y posterior a la central de comunicaciones para que nos enviaran el apoyo de otras unidades policiales. Al devolvernos alcanzamos el vehículo a la altura de la calle 60 con carrera 21W de la urbanización manzanares, les solicité pararan – tomando las medidas de precaución que el caso ameritaba – cuando se detuvo la marcha del vehículo, noté que uno de los ocupantes, sentado en la silla de atrás lado contrario a la silla del conductor, escondía algo debajo del cojín del automóvil; le manifesté que no guardara nada que mejor se bajara y él al hacerlo me manifestó: ¡tranquilo, voy guardar mi plata! Cuando, consecutivamente se bajaron los ocupantes del vehículo (3 personas) y posteriormente el señor conductor. Al instante de bajarnos de la moto los ocupantes aprovecharon para emprender la huida dando motivo para que yo y el agente martínez urrea carlos (sic) los persiguiéramos, yo salí persiguiendo a un sujeto con las siguientes características: estatura aproximada 1,50 mts, de pantalón jean, camiseta blanca y tenis blancos; este le dio la vuelta a la manzana de la carrera 21W a la carrera 20W atravesó la calle 60 y logré capturarlo en la cancha de futbol, aprovechando que el piso estaba mojado, el sujeto se cayó golpeándose en la cara a la altura de la ceja izquierda. En el lugar quedaron tres sujetos dos de ellos emprendieron la huida y el conductor quedé en el sitio. Mi compañero agente Martínez persiguió a uno de los sujetos con las siguientes características: camisa beige clara, estatura aproximada 1.70, delgado, de tez blanca, cabello castaño, al emprender la huida y llegar a la cerca, le grité que se detuviera dio vuelta a su cuerpo esgrimiendo un arma en la mano hacia mí, de inmediato le efectué un disparo para proteger mi integridad y me tire al piso, y el sujeto se lanzó por entre las cuerda de alambre de púa que da a un abismo bastante boscoso, de aproximadamente 600 metros de profundidad, perdiéndoseme de la vista. Esperé a que llegaran las unidades de apoyo llegando el señor Cabo primero ROMAN PABON HENRY comandante de la patrulla ORION 3 al mando de cinco policías. Al informarle que el sujeto se había pasado la cerca y lanzado al abismo emprendió la persecución observando lo siguiente: En la cerca había trozos de ropa del tipo, en el borde del abismo a simple vista se encontró una billetera con documentos y manchas de sangre por las marcas o rastro que formó con el cuerpo el sujeto. Siguió bajando y aproximadamente a 300 metros el sujeto se encontraba en el piso tratando de alcanzar un objeto metálico por lo que pude observar a un metro de su distancia le grite: ¡quieto! Me le acerque y observe que el objeto brillante era un revolver. Levante el arma y procedí a requisarlo; junto con los otros compañeros lo sacamos inmediatamente del abismo, viendo las condiciones que encontraba le prestamos ayuda para que saliera y recibiera atención médica logrando el objetivo por cuanto al llegar nuevamente a la cerca no presentaban muestra de ningún tipo de signos vitales.

Es de anotar que en el momento de la persecución solo estábamos mi

compañero y yo, por cuanto no había la suficiente capacidad para perseguir a los tres sujetos que se dieron a la huida con rumbos distintos; por tal motivo, uno de ellos se nos escapó desconociéndose su paradero, las características del sujeto son: estatura aproximada 1.60, de contextura gruesa, brazos cortos, tez blanca y de nombre Andrés, ya que es un reconocido del sector, en el cual llevo laborando bastante tiempo. Las personas que se movilizaban en el vehículo son:

SUJETO OCCISO:

NOMBRES Y APELLIDOS: GIOVANNI FONSECA AMAYA
CEDULA DE CIUDADANIA: 13.740.118 DE BUCARAMANGA
EDAD: 19 AÑOS
ESTATURA: APROXIMADAMENTE 1,70
CONTEXTURA: DELGADA

(...)

ROPAS DE VESTIR: PANTALON OSCURO, CAMISA BEIGE ZAPATOS DEPORTIVOS

PERSONA CAPTURADA:

NOMBRES Y APELLIDOS: JORGE NELSON OLAVE
CEDULA DE CIUDADANIA: 91.499.638 DE BUCARAMANGA
EDAD: 22 AÑOS
NATURAL DE: BUCARAMANGA
ESTURA: APROXIMADAMENTE 1,50 mts

(...)

Al registrar el vehículo taxi de placas XLD116 encontramos en su interior cojín trasero los dos V.H.S. tapados con una chaqueta. Elementos producto del hurto cometido en la carrera 35º No.52-39 video X, propiedad del señor JHON HENNER MURALLA GRACIANI según denuncia No.01450; además de la denuncia No.01451 instaurada por el señor taxista LEONEL GONZALEZ RONDON intimidados por los sujetos con arma de fuego”.

c. Copia auténtica del auto de fecha 9 de abril de 1999 proferido por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Circuito - Grupo de Ley 30 y Varios – Fiscalía Cuarta, por medio del cual se resuelve la situación jurídica de Jorge Nelson Olave, y del cual se resalta lo siguiente (Fls.96 a 100 C.1):

“Los denunciantes Leonel González Rondón y Yhon Henner Muralla Garciany, en sus respectivas denuncias dada a la Sijin el día cuatro (4) de abril del año en curso (1.998¹⁴) en su orden aluden, que cuando trabajaba con el taxi tres sujetos le sacaron la mano para que los recogiera; que los tipos se subieron al taxi y más adelante uno de los tipos lo encañonó diciéndole que le diera para la Mutis. Después la policía los alcanzó y se produjo la aprehensión de los tipos. Que al ser requizado (sic) el taxi la policía encontró un revolver, dos betamax y una cruceta. El segundo dice que dos tipos llegaron al establecimiento comercial “Video X” y tras amenazarlo e intimidarlo con arma de fuego procedieron a sustraerse dos VHS., joyas y dinero en efectivo. Manifiesta que al volver a ver a los denunciados los puede reconocer.

(...)

¹⁴ De acuerdo con la ocurrencia de los hechos y la fecha el auto se entiende que es el año 1999.

El procesado Jorge Nelson Olave en su respectiva diligencia de indagatoria dada a la Fiscalía el día cinco (5) de abril del presente año (1.999) en cuanto a los cargos imputados en su contra, en lo que tiene que ver con el delito de hurto calificado y agravado y el porte ilegal de arma de fuego de defensa personal los acepta, confiesa lisa y llanamente su participación delincuencial en los insucesos que se le imputan, aludiendo que lo hizo por cuanto Giovanni fue el que planeó el delito. No acepta el que hubieran atracado al conductor del taxi y que este era amigo de Giovanni y desconoce si el taxista está metido en los hechos. La versión del taxista en que si lo asaltaron y le quitaron la suma de treinta mil pesos”.

d. Declaración rendida por el señor Jorge Nelson Olave ante el Juzgado 139 de Instrucción Penal Militar, la cual no se encuentra ratificada dentro del proceso contencioso administrativo. (Fl.92 a 95 C.1)

e. Copia auténtica de la sentencia anticipada proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga el día 14 de mayo de 1999, por medio de la cual se condenó al señor Jorge Nelson Olave a la pena principal de 30 meses y veinte días de prisión, como coautor responsable del delito homogéneo de hechos punibles de hurto calificado y agravado concurrentes con el delito de porte de armas de fuego. (Fls.116 a 117 C.1)

11. Oficio No.0273 del 25 de julio de 2002 expedido por la Policía Nacional – Departamento de Policía de Santander – Negocios Judiciales, por medio del cual remite el extracto de hoja de vida y acta de posesión del Agente Carlos Alberto Martínez Urrea (Fls.161 a 172 C.1), del que se resalta lo siguiente:

a. Copia auténtica del oficio No.1101 del 27 de junio de 2002 por medio del cual se informa que revisados los libros radicadores de investigaciones disciplinarias, se encontró una investigación adelantada contra los señores PT. Botello Torres Juan Pablo y Ag. Martínez Urrea Carlos Alberto por un presunto homicidio ocurrido en el barrio manzanares el 4 de abril de 1999, en donde se señala que la investigación ya había culminado por cuanto se decretó el archivo definitivo (Fl.172 C.1)

3.2 Testimoniales

1. Testimonio rendido por Jorge Nelson Olave el 23 de julio de 2002 en el Tribunal Administrativo de Santander, quien sobre los hechos relató lo siguiente (Fls.133 a 137 C.1):

“PREGUNTADO: Podría usted hacer una exposición sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en el cual murió el joven GIOVANNY FONSECA AMAYA. CONTESTO: Nosotros veníamos con ANDRES y el señor del taxi y mi persona, veníamos de cabecera, en el momento que íbamos llegando a la cancha del mutis, se encontraba parado GIOVANNY, en la esquina de la cancha del mutis y nosotros lo vimos y le preguntamos si iba para manzanares, y él nos contestó que si, entonces le dijimos que se subiera al taxi, entrando a manzanares, venía subiendo el agente BOTEYO (SIC) y MARTINEZ, en el momento que nos vieron se devolvieron en las motos, por las ventanas del taxi el agente BOTEYO(SIC) y MARTINEZ llegaron apuntándonos le dijo al conductor del taxi que lo parara, antes de bajarnos del taxi el arma calibre 38 corto revolver que Yo llevaba la bote debajo del sillín del taxi, 2 anillos que llevaba JORGE ANDRES, que eran del denunciante los puso sobre el sillín del taxi antes de

bajarnos, luego el agente MARTINEZ, revisó el taxi y encontró el arma debajo del sillín del taxi la cogió y la puso en la pretina y cogió los dos anillos y se los puso (sic) al bolsillo, en el momento en que me tiraron contra la pared, nos cascaron entonces Yo pretendí la huida a paso largo, mi compañero se quedó JORGE ANDRES, detrás iba el agente BOTEYO (SIC), hay (sic) fue que GIOVANNI, le dio miedo nos habían capturado y él al ver que el agente BOTEYO(SIC) empezó a dispararme, emprendió la huida también, y el agente BOTEYO(SIC) disparaba sin importar que hubiera niños, disparaban a matarnos, íbamos dando la vuelta con GIOVANNI, en el sitio donde ocurrieron los hechos Yo vi cuando el agente MARTINEZ le disparo con la Mini Uzi que tenía en la mano, ya nos habían disparado con tiros de 38, al ver que se le acabó la munición le disparó a GIOVANNI con la Mini Uzi en la espalda, luego sacó los dos anillos el agente MARTINEZ Yo los alcancé a ver cuando él se los puso (sic) dentro de un zapato a GIOVANNI, venía para aprehenderlo, lo tenía cerca, lo que hizo el agente MARTINEZ fue dispararle por la espalda, no le dijo ni deténgase, ni un alto, EN EL MOMENTO QUE LE DISPARO yo me encontraba a 3 metros de GIOVANNI, cuando el agente BOTEYO (SIC), Yo vi cuando agente MARTINEZ, le pego el tiro por la espalda, yo frene no seguí corriendo porque pensé que me iban a matar también, a lo que Yo frene vi cuando GIOVANNI alcanzó a cruzar la cerca, y el agente MARTINEZ se metió a la cerca hay (sic) fue cuando escuche 2 disparos más, entonces me cogió el agente BOTEYO me cascó con el 38 en la ceja, me pego un cachazo, entonces el agente BOTEYO Yo vi cuando el agente MARTINEZ le hizo señas de que le subiera la más arriba para el poder salir por detrás del monte, para que la gente no lo viera, el agente MARTINEZ era el que había matado al muchacho GIOVANNI, lo que hizo fue dispararle, nosotros en el momento en que pudimos, no llevábamos (sic) ninguna otra arma, porque ya nos habían requisado, a mí me cogieron y me subieron a la patrulla el agente BOTEYO (SIC), me decían que me iban a matar, me decían Usted vio cuando mataron a GIOVANNI, y me cascaban cuando Yo les decía que el agente MARTINEZ era el que lo había matado (...) GIOVANNI era un muchacho trabajador en ese entonces estaba trabajando él veía por la mamá, por los hermanos, y por la nona, era el que sostenía la casa pagaba el arriendo, él ganaba el mínimo, entonces Yo el día 4 de abril de 1999, yo me encontraba con JORGE ANDRES y el taxista planeando el robo del video de cabecera, hicimos el hurto del video, luego el agente BOTELLO y el agente MARTINEZ fueron donde JORGE ANDRES a buscarlo para matarlo, porque él había estado en el hurto conmigo para que no quedaran mas testigos, luego fueron al Barrio ESTORAQUEZ al agente BOTELLO y el agente MARTINEZ preguntando el nombre mío y nadie les dio razón por ahí (...) PREGUNTADO: Dígame al Despacho cual fue la participación de cada uno de Ustedes en la comisión del asalto perpetrado en el sector de cabecera. CONTESTO: ANDRES y Yo íbamos con el chofer del taxi, nos bajamos antes de una cuadra el Señor del taxi Yo le dije que me esperara a una cuadra, entramos al sitio ANDRES y Yo entonces Yo saque el arma que llevaba apuntando contra él denunciante le dije que esto era un atraco y ANDRES cogió desconectó los 2 VHS, y Yo cogí y le saque los anillos al denunciante y una plata que él tenía, lo acostamos al denunciante fue la participación ante al piso, luego salimos del sitio nos subimos al taxi, nos dirigimos hacia Estoraquez, EN LA CANCHA DEL MUTIS vimos a GIOVANNI, le preguntamos si iba para Manzanares y él nos respondió que sí (...) PREGUNTADO: Según lo relatado por Usted es cierto si o no que el joven GIOVANNI FONSECA esgrimió algún arma para dispararle al agente MARTINEZ o por el contrario

este estaba totalmente desarmado. CONTESTO: él a ningún (sic) momento tenía arma así como lo dice el agente MARTINEZ él GIOVANNI mi amigo se encontraba desarmado, porque se encontraba desarmado porque el arma que Yo llevaba el agente MARTINEZ YA LA HABIA decomisado era la que él llevaba en la pretina (...) PREGUNTADO: Es cierto que Usted o Ustedes intimidaron con arma de fuego al conductor del taxi y si es cierto que hubo enfrentamiento entre la fuerza pública y el joven GIOVANNI FONSECA. CONTESTO: Nosotros a ningún momento intimamos (sic) al conductor del taxi porque iba con nosotros en el robo, es una mentira lo que él Señor del taxi dijo, luego es una mentira que nosotros abrimos fuego contra los agentes, porque la única arma que Yo llevaba el agente MARTINEZ la encontró debajo del sillín del caro y se la había echado a la pretina, entonces con que arma le íbamos nosotros a disparar si ya nos habían requisado, el arma que Yo llevaba ya la había cogido el agente MARTINEZ”.

2. Testimonio rendido por María Isabel Morales Bueno el 23 de julio de 2002 en el Tribunal Administrativo de Santander, quien relató lo siguiente (Fls.139 a 141 C.1):

“PREGUNTADO: Podría hacer Usted una exposición sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en el cual murió el joven GIOVANNY FONSECA AMAYA. CONTESTO: Yo estaba en el parque con mi hijo cuando vi que vino un carro y dos motorizados y sacó dos muchachos y el policía se sacó un arma del taxi y los muchachos los hicieron salir del taxi, y los muchachos empezaron a correr y los policías empezaron a disparar, los policías dispararon y un muchacho de los que iban corriendo alcanzó a saltar una cerca y cuando vimos cayó el muchacho al suelo, al pie del rumbon (sic) del parque de manzanares, no alcanzó a saltar la cerca y se cayo (sic), la gente decía lo mató lo mató y cogí mi hijo y me fui (...) PREGUNTADO: Dígame al Despacho si estos motorizados hicieron bajar a los muchachos que ocupaban el vehículo tipo taxi y si fueron registrados o requisados. CONTESTO: Si Yo vi que los dos policías los bajó del carro, yo vi que los miro y todavía en eso no habían disparado, luego los muchachos salieron en carrera y los dos policías empezaron a disparar, luego el muchacho fue a brincar la cerca y no alcanzó (...) PREGUNTADO: Teniendo en cuenta la distancia en que Usted se encontraba con respecto de los agentes y al joven GIOVANNI, vio usted que el joven GIOVANNI con arma alguna a los miembros de la policía. CONTESTO: No yo no vi (...) PREGUNTADO: Vio Usted que el joven GIOVANNI después de los disparos, alcanzó a saltar la cerca. CONTESTO: Yo vi que el alcanzo a saltar y se cayo (sic) ahí mismo, porque eso queda en un rumbon (sic) (...) PREGUNTADA Teniendo en cuenta que fue Usted testiga directa de los hechos donde perdiera la vida el joven GIOVANNI FONSECA AMAYA, VIO Usted que hubiera o hubiese habido un cruce de disparos entre GIOVANNI FONSECA y los miembros de la policía. CONTESTO: No Yo no vi, yo no mas vi los disparos de la policía, me corrí y me vine”.

3. Testimonio rendido por Jorge Andrés Díaz Bedoya el 24 de julio de 2002 en el Tribunal Administrativo de Santander, quien sobre los hechos relató lo siguiente (Fls.152 a 156 C.1):

“PREGUNTADO: Podría Usted hacer una exposición en forma clara y detallada sobre las circunstancias donde perdieron la vida el joven (sic) FONSECA AMAYA. CONTESTO: Planeamos el negocio en estoraquez,

JORGE NELSON, el taxista y Yo, llegamos al sitio, JORGE NELSON intimidó al dueño del negocio y procedí a sacar unos VHS y él cogió una plata y unos anillos creo, él taxista nos estaba esperando en la puerta, empezamos la huida, íbamos bajando por la cancha de futbol del Barrio Mutis, cuando lo encontramos con mi amigo GIOVANNI FONSECA que estaba en la parada de la cancha entonces nosotros le sacamos la mano y preguntamos que para donde iba y él nos respondió que para Manzanares, sin saber que nosotros habíamos cometido el delito, entonces nosotros le dijimos súbbase, cuando íbamos pasando por el Barrio Prados del Mutis los policías nos reconocieron y en la segunda cuadra de Manzanares le empezaron a apuntar le decían al taxista que parara y a nosotros nos decían no se muevan gonorreas porque los mato, JORGE NELSON era él que llevaba el arma, JORGE NELSON metió el revólver debajo del cojín rápidamente, y al lado de los VHS, sobre el cojín trasero dejó los anillos, procedieron los agentes a la requisa, no nos encontraron nada, GIOVANNI estaba asustado, tipo sano y trabajador, entonces cuando terminaron la requisa, se alejó el agente BOTELLO a reportar eso, creo que a la central, cuando JORGE NELSON comenzó a caminar a paso largo por la carrera 20 del Barrio Manzanares y se le acerca el agente BOTELLO y empieza a dispararle él salió corriendo y empezó a dispararle sin importar donde fuera, GIOVANNI estaba asustadísimo y subió por la calle 60 hacia la virgen cuando se le fue el policía MARTINEZ DETRÁS y empezó a disparar, Yo quede solo con el taxista entonces Yo me fui caminando y me escondí en los arbustos porque los policías estaban disparando como locos a matarnos, estando en los arbustos oía y oía disparos y después empezaron a bajar camiones de la policía y del CTI y de todo eso, los policías nos disparaban sabiendo que nosotros no teníamos nada encima, porque el agente MARTINEZ cuando requisó el carro él se hecho los anillos al bolsillo Yo lo vi y el revólver a la pretina, Yo estaba en los arbustos y me fui para donde un familiar cuando llegue allá me entere que habían matado a GIOVANNI que no tenía nada que ver en el hurto, injustamente lo mataron, el chino no le debía nada a nadie, era muy trabajador, trabajaba de mensajero, sostenía a la mamá, la abuela y tres hermanos, y Yo escondido donde mi familiar porque los agentes me estaban buscando para matarme, iban hasta mi casa hasta 30 policías y le preguntaban a mi papá donde estaba ese H.P que lo vamos a matar (...) PREGUNTADO: Infórmele al Despacho si el joven GIOVANNI FONSECA estaba implicado como autor material o intelectual del hurto que Ustedes perpetraron, o si por el contrario este era ajeno al tal ilícito. CONTESTO: No, GIOVANNI no tenía nada que ver en el hurto, porque le digo que lo recogimos en la cancha del Mutis, él nunca supo de nada, porque cuando íbamos nos pararon los policías e (sic) él nos pregunto que que pasaba y nosotros le respondimos marica nosotros la cagamos, al contrario él era un chino trabajador, y no le gustaban esas cosas, él lo único que pensaba era trabajar, y los sábados de vez en cuando se tomaba una cerveza porque tenía que mantener a la mamá y los hermanos, lo mataron muy injustamente (...) PREGUNTADO: Dentro del acervo probatorio aparecen las declaraciones de los agentes de policía MARTINEZ URREA Y BOTELLO TORRES, en donde sostiene que el joven GIOVANNI FONSECA al ser perseguido esgrimió un arma para ultimar al agente MARTINEZ. Porque esta contradicción entre estos y Usted, que nos puede decir al respecto. CONTESTO: Eso es mentira porque ellos nos requisaron y no teníamos nada nosotros, porque la única arma que llegábamos (sic) la había cogido el agente MARTINEZ, además GIOVANNI no tenía nada que ver en ese negocio, ellos dicen eso es para justificar la muerte de GIOVANNI. PREGUNTADO: De otro lado existe una

contradicción con respecto a los anillos que dice Usted que fueron hurtados en el video del Barrio cabecera, PUES AL PRACTICAR EL levantamiento del cadáver aparece constancia de que estos dos anillos se le encontró en una de las medias de los zapatos al joven GIOVANNI FONSECA. Que nos puede dilucidar sobre esta contradicción. CONTESTO: Como dije anteriormente cuando el agente MARTINEZ requisó el carro cogió la única arma que llevábamos y los anillos y los guardo, y de un momento a otro no tienen porque aparecer como dice la pregunta en la media de él (...)
PREGUNTADO: Una vez concluida la requisita que les hicieron los miembros de la fuerza pública y al salir a paso largo como dice usted los jóvenes JORGE NELSON y GIOVANNI FONSECA, los policías dieron orden de alto o por el contrario empezaron a dispararles sin requerimiento alguno. CONTESTO: Cuando el primero que salió fue JORGE NELSON, cuando el agente BOTELLO, le dijo sapo H.P., y salió corriendo detrás de él, y cuando salió caminando GIOVANNI se le fue el otro agente MARTINEZ sin hacer ninguna señal de pare”.

4. Testimonio rendido por Elizabeth Rodríguez de Rojas el 25 de julio de 2002 en el Tribunal Administrativo de Santander, sobre el trato y conformación de la familia del joven Giovanni Fonseca (Fls.157 y 158 C.1):

“PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si conoce a la señora VICTORIA EUGENIA AMAYA, JHON ALVARO FONSECA AMAYA, BRIDER FONSECA AAMAYA, JEISON FABIAN AMAYA y la señora CUSTODIA AMAYA GUARGUATY (sic), en caso afirmativo y porque. CONTESTO: Los conozco, pero no a CUSTODIA, y a JEISON AMAYA, porque yo era madre comunitaria y lo tenía en mi jardín y me hice amistad con VICTORIA, y con el difunto, pero más que todo con VICTORIA. PREGUNTADO: Sírvase manifestar al despacho si conoció usted de vista trato y comunicación, al joven GEOVANY (SIC) FONSECA AMAYA, en caso afirmativo cuanto hace de ello y porque motivo. CONTESTO: hace como 5 años, y porque el iba por el niño a la guardería y yo sabía que era un muchacho que trabajaba como mensajero y ayudaba a la mama (sic). PREGUNTADO: Sabía usted que actividad realizaba el joven GEOVANY FONSECA, que ingresos percibía y que destino les daba a ellos. CONTESTO: Trabajaba como mensajero y el destino que les daba era ayudarle a la mama (sic) con los gastos, me parece que el mínimo no estoy segura”.

5. Testimonio rendido por Mariela Mancipe Aguirrea el 25 de julio de 2002 en el Tribunal Administrativo de Santander, sobre el trato y conformación de la familia del joven Giovanni Fonseca (Fls.159 y 160 C.1):

“PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si conoce a la señora VICTORIA EUGENIA AMAYA, JHON ALVARO FONSECA AMAYA, BRIDER FONSECA AMAYA, JEISON FABIAN AMAYA y la señora CUSTODIA AMAYA GUARGUATI, en caso afirmativo, desde cuanto hace y porque. CONTESTO: Si los conozco hace 8 años más o menos, porque ella es amiga mía, compañeras de trabajo, si los demos (sic) si porque son hijos de ella, y doña CUSTODIA porque es la mama (sic) de ella. PREGUNTADO: sírvase manifestar al despacho si conoció usted de vista trato y comunicación, al joven GEOVANY FONSECA AMAYA, en caso afirmativo cuanto hace de ello y porque motivo. CONTESTO: Hace más o menos el mismo tiempo, hace como 8 años, porque es el hijo de mi amiga. CONTESTO (SIC): Manifieste al despacho, si teniendo en cuenta que conoció usted al joven GEOVANY FONSECA que actividad realizaba esta

(sic). CONTESTO: *El trabajaba, siempre desde que lo conocí el era el que trabajaba para ayudarlo a la mama (sic), el era un muchacho muy juicioso.* PREGUNTADO: *podría decirle al despacho si sabe y le consta, en que trabajaba, y si por dicha actividad obtenía ingreso alguno.* CONTESTO: *El si trabajaba en eso de mensajero, y me consta que ganaba un sueldo porque ella me comentaba que el le ayudaba a pagar el arriendo y los gastos de la casa.* PREGUNTADO: *Dígale al despacho, si GEVANY FONSECA, vivía bajo el mismo techo con la madre, abuela, y hermanos, o si por el contrario vivía independientemente.* CONTESTO: *Si el vivía con la mama (sic), los hermanos y el abuelo una familia muy unida”.*

4. Problema jurídico

El problema jurídico que se plantea la Sala consiste en determinar si le es o no imputable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional la muerte de Giovanni Fonseca Amaya ocurrida el 4 de abril de 1999, como consecuencia de los disparos efectuados por miembros de la Policía Nacional, ocurrida en el momento en que el occiso huía de la autoridad.

5. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”¹⁵ de la responsabilidad del Estado¹⁶ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados¹⁷ y de su patrimonio¹⁸, sin distinguir su condición, situación e interés¹⁹. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción

¹⁵ En la jurisprudencia constitucional se indica: *“El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”.* Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

¹⁶ La *“responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culpable o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”.* Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política *“consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”.* Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

¹⁷ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos *“son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”.* ALEXY, Robert. *“Teoría del discurso y derechos constitucionales”*, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49. La *“responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder”.* MARTÍN REBOLLO, Luis. *“Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”*, en AFDUAM. No.4, 2000, p.308.

¹⁸ *“La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”.* Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

¹⁹ La *“razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”.* Sección Tercera, sentencia de 26 de

administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos²⁰. Como bien se sostiene en la doctrina, la *“responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad²¹; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público²²”*.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado²³ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública²⁴ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo²⁵, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012²⁶ y de 23 de agosto de 2012²⁷.

enero de 2006, expediente AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

²⁰ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “*Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français*”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “*Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique*”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

²¹ *“La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”*. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

²² MIR PUIGPELAT, ob., cit., p.120-121.

²³ *“3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada – en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”*. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

²⁴ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política *“los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”*. Sentencia de 21 de octubre de 1999, expedientes: 10948-11643. Es, pues *“menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”*. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: *“En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”*. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

²⁵ *“Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”*. MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

²⁶ Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente: 21515. MP: Hernán Andrade Rincón.

²⁷ Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente: 23492. MP: Hernán Andrade Rincón.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la,

“... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otro lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”²⁸.

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”²⁹.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”³⁰.

Así mismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”³¹. Dicho daño tiene como características que sea

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

³¹ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

cierto, presente o futuro, determinado o determinable³², anormal³³ y que se trate de una situación jurídicamente protegida³⁴.

En cuanto a la imputación, exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica³⁵, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los criterios de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”³⁶.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad³⁷, según el cual, la reparación del daño antijurídico cabe atribuirse al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica³⁸. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de *las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”*³⁹.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por los criterios de la imputación objetiva que *“parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las*

³² Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

³³ *“por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”*. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

³⁴ Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

³⁵ *“La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”*. SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

³⁷ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: *“Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”*. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: *“La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”*. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

³⁸ El *“otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”*. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

³⁹ *“Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”*. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], p.6 y 7.

decisiones⁴⁰. Siendo esto así, los criterios de imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrecen estos criterios, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”⁴¹.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “*excluír del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar*”⁴². Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no⁴³. Es más, se sostiene doctrinalmente “*que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños*”⁴⁴.

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁴⁵ es

⁴⁰ “*El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre*”. GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, p.77 ss.

⁴¹ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁴² LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁴³ JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “*De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo (...) No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia*”. Sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente: 14170.

⁴⁴ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

⁴⁵ “*El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos*

necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁴⁶ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: *“Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”*⁴⁷.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección⁴⁸ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁴⁹. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”⁵⁰.

constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

⁴⁶ *“La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”*. ALEXI, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

⁴⁷ ALEXI, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: *“... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”*. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: *“... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”*. Para concluir que: *“La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”*. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

⁴⁸ Deberes de protección que es *“una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”*. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

⁴⁹ Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁵⁰ *“En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la*

En una teoría de la imputación objetiva construida sobre la posición de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante⁵¹.

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁵², teniendo en cuenta que el riesgo,

*construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe)*. 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss)”. Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho*. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.*

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁵² “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”⁵³, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho⁵⁴.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado⁵⁵, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede aplicar la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos⁵⁶, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no aplicarse la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si se acogen los criterios del riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera:

“(..). en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar

⁵³ MIR PUIGPELAT, ob., cit., p.204.

⁵⁴ “el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, ob., cit., p.308.

⁵⁵ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente: 23492.

⁵⁶ Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino conditio per quam de la administración”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: “Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”. ob., cit., p.311.

frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación⁵⁷.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo⁵⁸ que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme a lo anterior esquema, se analizará el caso a resolver, no sin antes referirnos brevemente al punto particular del asunto que involucra la responsabilidad del Estado por daños causados a particulares por uso excesivo de la fuerza por parte de miembros de la Policía Nacional

6. Responsabilidad del Estado por daños causados a particulares por uso excesivo de la fuerza por parte de miembros de la Policía Nacional.

La Sala señala que en ejercicio del control de convencionalidad se encuentra elementos normativos que sirven de parámetro para determinar el juicio de atribución de responsabilidad del Estado, a partir del reconocimiento del derecho a la vida (que impone obligaciones tanto positivas como negativas a los Estados) y el derecho a la integridad física de la persona⁵⁹ como Derechos Humanos en la Convención y conforme a los criterios de excepcionalidad y uso racional de los instrumentos de coerción de que disponen las autoridades del Estado, tal como lo consideró la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁰ en el caso *Retén de*

⁵⁷ “En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”. Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515 y 23 de agosto de 2012, expediente: 24392.

⁵⁸ “En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.174. De acuerdo con Martín Rebollo “(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa». MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM: no.4, 2000, p.307.

⁵⁹ Al tenor del artículo 5.1 de la Convención y que establece que 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral

⁶⁰ Es de resaltar que también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que si bien las autoridades tiene el derecho y el deber de hacer cumplir la ley y mantener el orden público, ello no puede dar lugar al uso excesivo y desproporcionado de la fuerza, ya que, en situaciones de tal condición se estaría frente a una privación arbitraria de la vida, en caso de causarse la muerte con tal proceder. Ha dicho la Comisión al respecto:

39. La jurisprudencia de la Corte deja en claro que los agentes del Estado tienen el derecho y la responsabilidad de hacer cumplir la ley y mantener el orden aun cuando se produzcan, en algunos casos, muertes o lesiones corporales. No obstante, la Corte sostuvo también claramente que la fuerza utilizada no debe ser excesiva. Cuando se usa fuerza excesiva, no se respeta la integridad personal, y toda privación de la vida resultante es arbitraria. La cuestión que se plantea a la Comisión consiste, por lo tanto, en determinar si los agentes policiales que penetraron en la finca para cumplir las órdenes de arresto hicieron uso excesivo de

Catía c. Venezuela donde fijó, en atención al riesgo que supone, una suerte de pautas para el uso de la fuerza y de las armas por parte de las autoridades estatales, de manera que **i)** la fuerza o los elementos de coerción sólo pueden ser empleados cuando se hayan agotado sin éxito otros medios de control menos lesivos, **ii)** por regla general –dice la Corte– se debe proscribir el uso de armas letales y sólo se puede autorizar su uso en los casos expresamente tasados por la Ley, los cuales deben estar sujetos a una interpretación restrictiva, añadiendo que “Cuando se usa fuerza excesiva toda privación de la vida resultante es arbitraria” y, por último **iii)** la Corte apeló a los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de Oficiales Encargados de Hacer cumplir la Ley⁶¹ para decir que el uso de las armas de fuego es excepcional, y que procede para la defensa propia o de un tercero que ve amenazada su vida o integridad física, para evitar la comisión de un delito, cuando se trate de la captura de un sujeto que reporte peligro y oponga resistencia o para impedir su fuga; en suma esta declaración de principios reitera que “En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.”.

En este mismo contexto, es del caso resaltar que además de la mencionada Declaración de Principios Básicos, en el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos⁶² se encuentra la Resolución No. 34/169 de 17 de diciembre

fuerza, que haya dado lugar a violaciones de la Convención. La Comisión concluye que en este caso se llevó a cabo un uso excesivo de la fuerza.

40. Conforme a las pautas internacionales que se han elaborado referentes al uso de la fuerza por parte de los agentes de seguridad pública para cumplir su función, esa actividad debe ser necesaria y proporcional a las necesidades de la situación y al objetivo que se trata de alcanzar. El Código de Conducta para Oficiales de Seguridad Pública de las Naciones Unidas dispone expresamente que “el uso de armas de fuego se considera una medida extrema.” Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de fondo No. 57/02 Caso 11.382. Caso Finca La Exacta c. Guatemala. 21 de octubre de 2002. Información obtenida en el sitio web: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/Guatemala.11382a.htm> Consultado el 10 de marzo de 2014.

⁶¹ Dicha declaración de principios tuvo lugar en el Octavo congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba entre el 27 de agosto y el 7 de septiembre de 1990. Es de resaltar de dicha declaración los principios 9° y 10° que establecen lo siguiente:

“9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

10. En las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso.”

⁶² Es de resaltar el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el Caso *Fanny Suarez de Guerrero c. Colombia* el 31 de marzo de 1982 en donde el Comité conoció un caso concerniente a la muerte de siete personas a manos de miembros de la Policía Nacional. Los fundamentos jurídicos recogen la opinión del Comité acerca de la violación del derecho a la vida dispuesto en el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité señaló: “13.2 Por otra parte, la acción de la policía fue al parecer tomada sin previo aviso a las víctimas y sin darles ninguna oportunidad de rendirse a la patrulla de la policía o de ofrecer ninguna explicación de su presencia o intenciones. No hay evidencia de que la acción de la policía era necesaria en su propia defensa o la de los demás, o que era necesario llevar a cabo la detención o impedir la fuga de las personas afectadas. Por otra parte, las víctimas no eran más que sospechosos del secuestro que había ocurrido unos días antes, y su muerte a manos de la policía les privó de todas las protecciones del debido proceso establecido por el Pacto. En el caso de la Sra. María Fanny Suárez de Guerrero, el informe forense mostró que había recibido un disparo en varias ocasiones después de que ella ya había muerto de un ataque al corazón. No puede haber ninguna duda razonable de que su muerte fue causada por la patrulla de la policía.

13.3 Por estas razones, es la opinión del Comité de que la acción de la policía provocó la muerte de la Sra. María Fanny Suárez de Guerrero era desproporcionada en relación con los requisitos de la aplicación de la ley

de 1979 de la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la cual se adoptó el Código de Conductas para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; de donde se destaca, de dicha normatividad, el artículo 3° que dispone que “los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.”⁶³, de donde se derivan como consecuencias: **i)** el uso excepcional de la fuerza, **ii)** que la legislación nacional que de manera extraordinaria autorice el uso de las armas de fuego debe establecerse “de conformidad con un principio de proporcionalidad” y, **iii)** que el uso de las armas constituye una medida extrema y que se debe hacer todo lo posible por excluir su uso contra los niños; de acuerdo con los comentarios elaborados a dicho artículo por la propia Asamblea General⁶⁴.

Bajo esta misma línea nuestra Constitución Política – artículo 2°, establece dentro de los fines esenciales del Estado asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, para el logro de este objetivo se instituyeron las autoridades públicas, con el propósito fundamental de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, postulado que, con relación a la Policía Nacional fue desarrollado en el artículo 218 superior, al contemplarla como:

“un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”

En este sentido, tenemos que el servicio de policía, es un servicio público a cargo del Estado encaminado a mantener y garantizar el orden público interno de la Nación y la convivencia pacífica, entre otros. Este servicio lo presta el Estado en forma permanente, exclusiva, obligatoria, directa, indelegable, inmediata e indeclinable, con el propósito esencial de procurar el desarrollo de la vida en comunidad, cuyo ejercicio se encuentra limitado en la observancia de la primacía de los derechos inalienables de las personas y los principios contenidos en la

en las circunstancias del caso y que fue privado arbitrariamente de su vida contraria al artículo 6 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Puesto que la acción policial se hizo justificable como un asunto de la legislación colombiana mediante el Decreto Legislativo N° 0070, de 20 de enero de 1978, el derecho a la vida no estaba suficientemente protegido por la ley de Colombia como lo exige el artículo 6 (1).”

⁶³ Información obtenida en el sitio web: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/codigo.htm> [Consultado el 10 de marzo de 2014]

⁶⁴ Los comentarios al artículo tercero del Código de Conductas son del siguiente tenor literal: “Comentario:a) En esta disposición se subraya que el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ser excepcional; si bien implica que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden ser autorizados a usar la fuerza en la medida en que razonablemente sea necesario, según las circunstancias para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla, no podrá usarse la fuerza en la medida en que exceda estos límites.

b) El derecho nacional restringe ordinariamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de conformidad con un principio de proporcionalidad. Debe entenderse que esos principios nacionales de proporcionalidad han de ser respetados en la interpretación de esta disposición. En ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr.

c) El uso de armas de fuego se considera una medida extrema. Deberá hacerse todo lo posible por excluir el uso de armas de fuego, especialmente contra niños. En general, no deberán emplearse armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas. En todo caso en que se dispare un arma de fuego, deberá informarse inmediatamente a las autoridades competentes.”. Información obtenida en el sitio web: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/codigo.htm> [Consultado el 10 de marzo de 2014]

Constitución Política, las leyes y en la finalidad específica que su prestación persigue.

Siguiendo este desarrollo constitucional, encontramos la Resolución 9960 del 13 de noviembre de 1992, por medio de la cual el Director General de la Policía Nacional aprobó el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural, previendo la necesidad de actualizar y ajustar la prestación del servicio policial a los nuevos principios establecidos en la Constitución Política de 1991, cuya función primordial es mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos, libertades públicas y la convivencia pacífica.

Fue así como se denominó servicio de policía, a la vigilancia permanente que el Estado presta por intermedio de la Policía Nacional, para conservar el orden público, proteger las libertades y prevenir y controlar la comisión de delitos, y se dijo que este servicio lo integran la vigilancia urbana y rural, que son la base fundamental de las actividades preventivas y operativas de la Policía Nacional,⁶⁵ clasificándolo según su objeto en acciones de vigilancia y judiciales⁶⁶⁻⁶⁷.

En dicho reglamento, se establecieron las normas de carácter general que regulan la prestación del servicio policial, se fijaron los criterios, pautas y procedimientos para asegurar el cabal cumplimiento de la misión constitucional asignada a la Policía Nacional y se estableció una guía permanente de consulta para unificar procedimientos en la prestación del servicio de vigilancia⁶⁸, a los cuales deben ceñirse las actuaciones del personal oficial, suboficial y agentes de la Institución⁶⁹, que son funcionarios profesionales, preparados y estructurados en el ejercicio de su función, quienes deben cumplir en todo momento los deberes que impone la ley, sirviendo a la comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión, para lo cual, en el desempeño de sus tareas, se encuentran obligados a respetar y proteger la dignidad humana y mantener y defender los derechos humanos de todas las personas, y sólo están habilitados para usar la fuerza cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas⁷⁰, es decir dentro de los límites de razonabilidad y proporcionalidad que la situación fáctica demande.

Ahora bien, en relación con el servicio de vigilancia se estableció que la Policía, en el ejercicio de sus funciones de vigilancia, debe desarrollar un espíritu de observación, sagacidad e iniciativa, con el propósito de vigilar preferentemente a personas sospechosas que deambulen por su lugar de acción, concentrar su atención en aquellos individuos cuyas actitudes le merezcan duda en su proceder y velar por la seguridad en el sector a su cargo,⁷¹ y en todo caso con la obligación de intervenir, cualquiera sea la circunstancia en que se encuentre⁷² y de desplegar

⁶⁵ Artículo 34 Resolución 9969/1992 – Policía Nacional.

⁶⁶ Artículo 35 ibidem.

⁶⁷ Es necesario diferenciar la policía administrativa de la policía judicial; la primera está encargada fundamentalmente de reprimir los atentados contra el orden público una vez que ellos hayan ocurrido, y la segunda está encargada de colaborar con los funcionarios judiciales en la investigación de los delitos y en la captura de los delincuentes. La distinción entre ambas policías es importante no sólo por el principio de separación entre autoridades administrativas y judiciales propiamente dichas sino porque en la práctica numerosas acciones de policía son mixtas y su calificación se fundamenta algunas veces en la finalidad de la acción más que en su contenido.

⁶⁸ Artículo 1° ibidem.

⁶⁹ Artículo 2° ibidem.

⁷⁰ Artículo 23 ibidem.

⁷¹ Artículo 38 ibidem.

⁷² Artículo 39 ibidem.

toda su iniciativa para procurar la prevención de delitos, desordenes, o cualquier otro acto que tienda a perturbar la seguridad y el bienestar de la comunidad⁷³, de lo cual se resalta que el servicio de vigilancia policial es eminentemente preventivo, en el entendido que las normas y los servicios de policía se establecieron como medios para prevenir la infracción penal.

Así pues, en desarrollo del servicio de vigilancia que le corresponde a la Policía Nacional, los miembros de la Institución cuentan con la posibilidad de hacer uso de los medios jurídicos y materiales que están a su alcance para lograr el fin perseguido, el cual se circunscribe a mantener el orden público dentro de todo el territorio nacional.

Definiendo como medios jurídicos aquellos que tienen como finalidad la prevención de la comisión de los delitos y las contravenciones previstas en la ley penal y en los códigos de policía, los cuales puede constar en reglamentos, permisos y órdenes⁷⁴ y como medios materiales aquellos con capacidad de reprimir la perturbación del orden público y sancionar a quien este infringiendo la ley, mediante el uso de la fuerza, la captura y/o el allanamiento⁷⁵.

En tratándose del uso de la fuerza, la autoridad tiene la facultad de hacer cumplir la orden dada por parte de un policía, obligando si es del caso, al ciudadano a cumplirla, pero en ningún supuesto de hecho se pueden emplear medios incompatibles con los principios humanitarios (Art. 24 C.N.P.), así lo señala el artículo 127 del Reglamento de Urbana y Rural para la Policía Nacional:

"Solo cuando sea estrictamente necesario, la Policía puede emplear la fuerza para impedir la perturbación del orden público y para restablecerlo". (Art. 29 C.N.P.).

El medio de policía debe ser adecuado al fin de policía que se trata de alcanzar, y a la naturaleza del derecho a proteger lo que quiere decir que la medida impuesta no debe ser la más rigurosa y que si una medida menos rigurosa basta, esta es la que debe ser empleada.

Los funcionarios de policía pueden autorizar el uso de la fuerza en los siguientes casos, para:

- 1. Hacer cumplir las decisiones de los jueces y demás autoridades.*
- 2. Impedir la comisión actual o inminente de un hecho punible.*
- 3. Asegurar la captura de quien debe ser conducido ante la autoridad.*
- 4. Vencer la resistencia del que se oponga a una orden judicial de cumplimiento inmediato.*
- 5. Evitar mayores peligros y perjuicios en caso de calamidad pública.*
- 6. Defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta, contra la persona, su honor y sus bienes.*
- 7. Proteger a las personas contra peligros inminentes y graves".*

No obstante, el ejercicio legítimo de la función encomendada por la Constitución Política a la Policía Nacional, no se justifica el uso desproporcionado de los medios con los que cuentan los miembros de la institución, para hacer cumplir la ley y el ordenamiento jurídico, su actuar debe estar siempre precedido o enmarcado por el respeto a los derechos humanos, especialmente aquellos como la vida, la dignidad, la honra, entre otros.

⁷³ Artículo 47 ibidem.

⁷⁴ Artículo 124 Reglamento de Vigilancia Urbana Rural de 1992.

⁷⁵ Artículo 126 Reglamento de Vigilancia Urbana Rural de 1992.

Así las cosas, en pronunciamiento del 19 de octubre del 2011⁷⁶ la Subsección se refirió a los parámetros que deben tener en cuenta los miembros de las fuerzas armadas en el uso de la fuerza estatal, señalando que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puntualizado⁷⁷:

*“74. El artículo 4.1 de la Convención estipula que “[n]adie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. La expresión “arbitrariamente” excluye, como es obvio, los procesos legales aplicables en los países que aún conservan la pena de muerte. Pero, en el caso que nos ocupa, el análisis que debe hacerse tiene que ver, más bien, con el derecho del Estado a usar la fuerza, aunque ella implique la privación de la vida, en el mantenimiento del orden, lo cual no está en discusión. Hay abundantes reflexiones en la filosofía y en la historia sobre cómo la muerte de individuos en esas circunstancias no genera para el Estado ni sus oficiales responsabilidad alguna. Sin embargo, como aparece de lo expuesto con anterioridad en esta sentencia, la alta peligrosidad de los detenidos en el Pabellón Azul del Penal San Juan Bautista y el hecho de que estuvieran armados, **no llegan a constituir, en opinión de esta Corte, elementos suficientes para justificar el volumen de la fuerza que se usó en éste y en los otros penales amotinados y que se entendió como una confrontación política entre el Gobierno y los terroristas reales o presuntos de Sendero Luminoso (supra párr. 52), lo que probablemente indujo a la demolición del Pabellón, con todas sus consecuencias, incluida la muerte de detenidos que eventualmente hubieran terminado rindiéndose y la clara negligencia en buscar sobrevivientes y luego en rescatar los cadáveres.***

*“75. Como ya lo ha dicho esta Corte en casos anteriores, [e]stá más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. **Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana (Caso Velásquez Rodríguez, supra 63, párr. 154 y Caso Godínez Cruz, supra 63, párr. 162).**” (negritas fuera de texto)*

Por otra parte, esta Corporación ha entendido la inviolabilidad del derecho a la vida en los términos que se transcriben a continuación⁷⁸:

*“Con esta perspectiva, nuestra Constitución Política de 1991 en su artículo 11 señala en forma nítida que el derecho a la vida es inviolable y agrega que “[n]o habrá pena de muerte”. **Inviolabilidad** que se introdujo en el debate en la Comisión Primera de la ANAC, donde se dejó en claro que este derecho era “el único inviolable, porque cuando es violado*

⁷⁶ CONSEJO DE ESTADO. Exp.19803. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Posición que constituye reiteración de los siguientes procesos Exp. 20193, 21244, 22549, 22804 y 22858.

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corteidh), sentencia Caso Neira Alegría y otros vs. Perú, sentencia del 19 de enero de 1995.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 17318, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

desaparece el sujeto del derecho (...) [e]s el único esencial porque si se viola de ninguna manera se pueden desarrollar los demás⁷⁹.

“Este precepto constitucional retoma el viejo mandato contenido en el artículo 29 de la Constitución de 1886, correspondiente al artículo 3º del Acto Legislativo No. 003 de 1910, que estableció que el legislador no podía imponer la pena capital en ningún caso. **Prohibición** que desde entonces ya era **absoluta**⁸⁰ en tanto se trata del primer derecho y el supuesto de todos los derechos⁸¹, según lo precisó el guardián de la Constitución de esa época. Canon prohibitivo que no admitía excepción alguna para el legislador y por lo mismo cobijaba a las demás ramas del poder público. Esta preceptiva fundamental era interpretada por nuestra jurisprudencia constitucional en armonía con el artículo 16 de la Carta de 1886, disposición que a su turno obligaba a todas las autoridades a proteger la vida y, por lo mismo, era concebida como un **principio rector de toda la Constitución**⁸².

“No hay que olvidar que, también en vigencia de la Constitución anterior, el Consejo de Estado dedujo la responsabilidad de la administración, en múltiples casos en que para reprimir desórdenes públicos se optó por utilizar medios desproporcionados que pusieron en peligro la vida. Así en 1967 esta Corporación Judicial condenó al Estado por el proceder brutal de una tropa de soldados que disparó indiscriminadamente en contra una manifestación de estudiantes de la Universidad Nacional el 9 de junio de 1954, proceder desviado del buen servicio que terminó con un fatal desenlace en la carrera 7ª con calle 13 en Bogotá:

“(…) En definitiva, en el derecho colombiano la **inviolabilidad del derecho a la vida** en su doble dimensión **(i) no admite excepción alguna y (ii) ostenta carácter absoluto**⁸³ y, por lo mismo, ha supuesto de antaño la imposibilidad de transgredirlo toda vez que constituye una de las normas básicas de los estados de derecho de estirpe demoliberal, como el nuestro.

“De ahí que no sorprende que haya sido ubicado en el artículo 11, a la cabeza del capítulo I del Título II de la Carta de 1991, dedicado justamente a los derechos fundamentales (tal y como sucede en otras latitudes⁸⁴).

“Si se trata del fundamento de los demás derechos⁸⁵, o “el punto de arranque” o “prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos [en tanto] constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible⁸⁶, para usar la

⁷⁹ Delegatario ZALAMEA COSTA, Alberto, Comisión primera de la ANAC, 16 de abril de 1991.

⁸⁰ A juicio del otrora juez constitucional cuando la Carta Política de 1886 prohibió en forma absoluta al legislador imponer la pena capital, “se refiere a la pena de muerte en su sentido natural y obvio, o sea a la extinción de la vida humana”: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA, Sentencia 16 de mayo de 1974, MP Luis Sarmiento Buitrago.

⁸¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena, Sentencia de 30 de octubre de 1978, MP Luis Carlos Sáchica Aponte.

⁸² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena, Sentencia de 4 de agosto de 1981, MP Mario Latorre Rueda.

⁸³ VERGÉS RAMÍREZ, Salvador, Derechos humanos: Fundamentación, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 197 y ss.

⁸⁴ En España, por ejemplo, el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona está consignado en el artículo 10 de la CN de 1978 “situado a la cabeza del título destinado a tratar los derechos y deberes fundamentales”, mientras que el derecho a la vida está previsto en el artículo 15 “a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos” (STC 53/1985, FJ 3º).

⁸⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe No. 86/99, Caso 11.589, Armando Aljendre y otros vs. Cuba, 29 de septiembre de 1999.

⁸⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Sentencia STC 53/1985 FJ 3º

terminología de la jurisprudencia constitucional española, es inadmisibles pensar en su suspensión por ningún motivo, habida cuenta que configura prerrequisito de los demás derechos, los cuales -se insiste- sólo adquieren sentido si se garantiza la vida⁸⁷.

“A diferencia del caso colombiano, la aparición de un derecho autónomo a la vida sólo se produjo a nivel internacional recientemente, tras la Segunda Guerra Mundial⁸⁸.

“Numerosos instrumentos internacionales prohíben el atentado directo contra la vida humana y por ello obligan al Estado a ejercer un control efectivo sobre las autoridades en general, y en particular las Fuerzas Militares, para evitar el uso excesivo o indiscriminado de la fuerza. En tal virtud, para hacer cumplir sus cometidos constitucionales y legales el uso de la fuerza es excepcional y debe realizarse estrictamente bajo un doble prisma: necesidad y proporcionalidad de las medidas, por cuanto el derecho a la vida ostenta el status de dispositivo normativo integrante del ius cogens que no admite acuerdo en contrario (art. 53 Convención de Viena).

“(…) Igualmente, en el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en 1990, se adoptaron los **Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley**. El quinto principio pone de relieve el carácter excepcional del uso de la fuerza y subraya que **cuando el recurso a las armas de fuego sea inevitable, dichos funcionarios deberán ejercer moderación y actuar en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo perseguido, debiéndose en consecuencia reducir al mínimo los daños y lesiones y respetando y protegiendo la vida humana**. A su turno, el principio noveno establece que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una amenaza seria para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a la autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos, por lo que en cualquier caso **sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida**⁸⁹ (se subraya).

“Más recientemente, fue incorporado al derecho interno el **Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos destinado a abolir la pena de muerte**, mediante la Ley 297 de 1996⁹⁰, el cual pone de presente en su artículo 6º que dicha prohibición incluso no puede ser suspendida en estados de excepción, ratificando así lo dispuesto por el artículo 4.2 del Pacto de San José, el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 214.2 CN y el artículo 4º de la Ley 137 de 1994, Estatutaria de Estados de Excepción.

⁸⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, Sentencia de 19 de septiembre de 1999.

⁸⁸ Vid. DIEZ-PICAZO, Luis María, Sistema de derechos fundamentales, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 189 y ss. Este autor destaca que “[l]a única excepción notable es la cláusula de *due process of law*, de las enmiendas 5ª y 14ª de la Constitución de los Estados Unidos”.

⁸⁹ Vid. NACIONES UNIDAS, La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos, 1991, págs. 84 y ss y 110 y ss.

⁹⁰ Revisión de constitucionalidad Sentencia C 144 de 1997.

(...)

“En consonancia con estos mandatos, el artículo 2 Constitucional -en perfecta armonía con el Preámbulo de la Carta- dispone que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, en su dimensión bifronte de **derecho fundamental y principio superior**⁹¹ que inspiró al constituyente en el diseño del ordenamiento constitucional y por lo mismo es uno de los pilares de nuestra democracia.

“(...) **Fuerza** que, huelga decirlo, **debe desplegarse dentro de los precisos linderos del marco jurídico** (preámbulo constitucional) y sobre la base que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.), por manera que los militares escoltas, como servidores públicos, son responsables por la extralimitación en el ejercicio de tan delicadas funciones.

“Y el ejercicio constitucional la fuerza pública supone el reconocimiento del carácter inalienable -y por lo mismo inderogable- del perentorio mandato erga omnes de la prohibición de la pena de muerte, como norma integrante del ius cogens. A este respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado, en criterio que esta Sala prohija, que:

“De lo que se deja dicho se desprende que indudablemente los miembros de las Fuerzas Militares, en el marco del respeto de la dignidad humana (artículo 1 C.P.)⁹² y de los derechos fundamentales, en especial la vida, sólo pueden utilizar **la fuerza cuando ello sea estrictamente necesario** y están facultadas para hacerlo con el objeto de asegurar la captura para que el presunto infractor del orden jurídico sea conducido ante las autoridades judiciales competentes. **La fuerza pública debe, pues, escoger dentro de los medios eficaces aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes, más aún cuando cumplen la delicada misión de escoltar a personas.**

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

⁹¹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C 013 de 1997, MP Hernández Galindo y C 239 de 1997, MP Gaviria.

⁹² La Sala ha señalado que “El artículo primero de la Constitución, al definir al Estado Colombiano como Social de Derecho, dispuso que nuestro régimen político está fundado en ‘el respeto de la dignidad humana’; ello significa -y así lo ha entendido la jurisprudencia constitucional- que la dignidad del hombre irradia toda la Carta, al constituirse en ‘el valor supremo en toda constitución democrática’, puesto que se trata a la vez del fundamento del poder político y de un concepto límite al ejercicio del mismo (art. 5 C.P.), al tiempo que legitima todo el catálogo de derechos fundamentales, como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico y razón de ser del mismo. A este respecto PECES-BARBA resalta que ‘la raíz de los derechos fundamentales está en la dignidad humana, que se puede explicar racionalmente como la expresión de las condiciones antropológicas y culturales del hombre que le diferencian de los demás seres’, en otras palabras, ser digno significa ‘que la persona humana por el hecho de tener ontológicamente una superioridad, un rango, una excelencia, tiene cosas suyas que, respecto de otros, son cosas que le son debidas’. El principio de la dignidad humana como base indispensable de toda estructura jurídica constitucional y principio orientador de toda interpretación jurídica está íntimamente vinculado con el derecho a la integridad personal.” : CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 17 de junio de 2004, Radicación: 50422-23-31-000-940345-01 Actor: Fabián Alberto Madrid Carmona y otros, Demandado: Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional Referencia: 15.208, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

bien jurídico [la vida, en este caso de las víctimas o de los uniformados].

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

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

De lo anterior, se colige que cuando el uso de la fuerza traiga como consecuencia acabar con la vida de una persona, se hace necesario realizar un análisis de la conducta que trajo como resultado la muerte de un individuo, debiendo ser la fuerza el último recurso al cual debe acudir la autoridad pública para reprimir o repeler un delito o una agresión. Lo anterior, en razón a que el artículo 2 de la Carta Política, señala que en cabeza de las autoridades públicas está la protección de la vida, honra y bienes de todos los ciudadanos, incluso frente a aquellos que son catalogados como delincuentes.

Ahora bien, lo expuesto no constituye *per se* la responsabilidad patrimonial del Estado en aquellos casos en que se ponga fin a la vida de una persona, y por lo tanto haya lugar a decretar una indemnización de perjuicios, comoquiera que, dependiendo de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos en el caso concreto, es posible que se acredite una causal eximente de responsabilidad que impida la imputación del daño al Estado, o que se establezca un comportamiento diligente y cuidadoso por parte del agente del Estado, hecho este que anularía lo pretendido en la demanda, habida cuenta que, cuando se juzga la responsabilidad de la administración pública, bajo el imperio del artículo 90 de la Carta Política, se requiere probar el daño y la imputación del mismo a una entidad de derecho público.

En ese orden de ideas, la simple demostración del daño antijurídico no es suficiente para endilgar la responsabilidad patrimonial del Estado, pues ésta es condición necesaria más no determinante de la misma⁹³.

Así las cosas, a efectos de establecer sí en el presente caso se incurrió en una falla del servicio, por el uso desproporcionado de la fuerza pública, es imperativo precisar que el uso de la misma debe someterse a un juicio de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, para determinar si se ajustó o no a los parámetros legales y constitucionales, para establecer si la reacción fue adecuada.

7. Caso concreto

Antes de iniciar el análisis del caso concreto, la Sala reitera que referirá solo aquellos puntos que fueron objeto de apelación en virtud del principio de la *no reformatio in pejus*.

En el plenario se encuentra demostrado el daño antijurídico causado a los demandantes, consistente en la muerte del joven Giovanni Fonseca Amaya

⁹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 17318.

acaecida el 4 de abril de 1999, en la ciudad de Bucaramanga por un miembro de la Policía Nacional, tal y como consta en la copia auténtica del registro civil de defunción (Fl.9 C.1),

Ahora bien, con relación a la imputación del daño antijurídico a la entidad demandada, vale la pena resaltar que este consiste en determinar si la actuación de la autoridad pública se enmarcó a lo preceptuado en la normatividad constitucional y legal que regula la prestación del servicio de policía, toda vez que, como se ha dicho, su desconocimiento implicaría efectuar la imputación en cabeza de la institución a título de falla del servicio. Lo anterior, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 6° constitucional sobre el principio de legalidad que rige la actuación de los servidores públicos, que los responsabilizó por infringir la Constitución o las leyes, ya sea mediante una acción, omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

La Sala observa que de acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente, el día 4 de abril de 1999 unos sujetos ingresaron al local Video "X" de la ciudad de Bucaramanga para cometer un hurto, una vez perpetrado el delito los asaltantes huyeron en un vehículo tipo taxi de de placas XLD 166. El propietario del establecimiento informó a las autoridades de policía sobre el ilícito que se acababa de cometer y una vez avisados de la situación los uniformados salieron en búsqueda de los ladrones, con la suerte que en el trayecto vieron el mencionado automotor, procediendo de esta forma a dar la orden del alto al conductor del mismo, quien la acató y detuvo el vehículo, del cual se bajaron tres ocupantes, quienes se dieron a la huida, razón por la cual los agentes que se encontraban atendiendo el operativo salieron tras ellos, obteniendo como resultado que uno de los individuos fuera capturado, el otro murió y el tercero se escapó.

Como prueba que constata los hechos ocurridos obra en el expediente copia auténtica del informe de procedimiento policial de fecha 4 de abril de 1999 del Departamento de Policía de Santander – Estación de Policía Bucaramanga – Zona Sur, suscrito por el Patrullero Juan Pablo Botello Torres y el Cabo Primero Juvenal Tarrazona Murillo, en el que se consignó lo siguiente (Fls.88 a 91 C.1):

"HECHOS

Siendo aproximadamente las 17:20 horas del día domingo 040499 después de haber reportado por el radio de comunicación, la localización y búsqueda de un vehículo taxi, marca Renault 9, de placas XLD 166, en el cual sus ocupantes acababan de cometer un hurto calificado en la carrera 35° No.52-39 del establecimiento comercial "VIDEO X", del sector de cabecera portando armas de fuego, logrando llevarse dos V.H.S y dinero en efectivo. Procediendo a la inmediata búsqueda de los sospechosos, desplazándome por la vía que conduce del barrio estoraques al barrio mutis, en la entrada del barrio "prados del mutis" observamos el vehículo en busca; El cual venía en sentido contrario a nosotros, nos regresamos y le informé al compañero Agente MARTINEZ URREA CARLOS y posterior a la central de comunicaciones para que nos enviaran el apoyo de otras unidades policiales. Al devolvernó alcanzamos el vehículo a la altura de la calle 60 con carrera 21W de la urbanización manzanares, les solicité pararan – tomando las medidas de precaución que el caso ameritaba – cuando se detuvo la marcha del vehículo, noté que uno de los ocupantes, sentado en la silla de atrás lado contrario a la silla del conductor, escondía algo debajo del cojín del automóvil; le manifesté que no guardara nada que mejor se

bajara y él al hacerlo me manifestó: ¡tranquilo, voy guardar mi plata!
Cuando, consecutivamente se bajaron los ocupantes del vehículo (3 personas) y posteriormente el señor conductor. Al instante de bajarnos de la moto los ocupantes aprovecharon para emprender la huida dando motivo para que yo y el agente martínez urrea carlos (sic) los persiguiéramos, yo salí persiguiendo a un sujeto con las siguientes características: estatura aproximada 1,50 mts, de pantalón jean, camiseta blanca y tenis blancos; este le dio la vuelta a la manzana de la carrera 21W a la carrera 20W atravesó la calle 60 y logré capturarlo en la cancha de futbol, aprovechando que el piso estaba mojado, el sujeto se cayó golpeándose en la cara a la altura de la ceja izquierda. En el lugar quedaron tres sujetos dos de ellos emprendieron la huida y el conductor quedé en el sitio. Mi compañero agente Martínez persiguió a uno de los sujetos con las siguientes características: camisa beige clara, estatura aproximada 1.70, delgado, de tez blanca, cabello castaño, **al emprender la huida y llegar a la cerca, le grité que se detuviera dio vuelta a su cuerpo esgrimiendo un arma en la mano hacia mí, de inmediato le efectué un disparo para proteger mi integridad y me tire al piso**, y el sujeto se lanzó por entre las cuerda de alambre de púa que da a un abismo bastante boscoso, de aproximadamente 600 metros de profundidad, perdiéndoseme de la vista. Esperé a que llegaran las unidades de apoyo llegando el señor Cabo primero ROMAN PABON HENRY comandante de la patrulla ORION 3 al mando de cinco policías. Al informarle que el sujeto se había pasado la cerca y lanzado al abismo emprendió la persecución observando lo siguiente: En la cerca había trozos de ropa del tipo, en el borde del abismo a simple vista se encontró una billetera con documentos y manchas de sangre por las marcas o rastro que formó con el cuerpo el sujeto. Siguió bajando y aproximadamente a 300 metros el sujeto se encontraba en el piso tratando de alcanzar un objeto metálico por lo que pude observar a un metro de su distancia le grite: ¡quieto! Me le acerque y observe que el objeto brillante era un revolver. Levante el arma y procedí a requisarlo; junto con los otros compañeros lo sacamos inmediatamente del abismo, viendo las condiciones que encontraba le prestamos ayuda para que saliera y recibiera atención médica logrando el objetivo por cuanto al llegar nuevamente a la cerca no presentaban muestra de ningún tipo de signos vitales.

Es de anotar que en el momento de la persecución solo estábamos mi compañero y yo, por cuanto no había la suficiente capacidad para perseguir a los tres sujetos que se dieron a la huida con rumbos distintos; por tal motivo, uno de ellos se nos escapó desconociéndose su paradero, las características del sujeto son: estatura aproximada 1.60, de contextura gruesa, brazos cortos, tez blanca y de nombre Andrés, ya que es un reconocido del sector, en el cual llevo laborando bastante tiempo. Las personas que se movilizaban en el vehículo son:

SUJETO OCCISO:

NOMBRES Y APELLIDOS: GIOVANNI FONSECA AMAYA

CEDULA DE CIUDADANIA: 13.740.118 DE BUCARAMANGA

EDAD: 19 AÑOS

ESTATURA: APROXIMADAMENTE 1,70

CONTEXTURA: DELGADA

(...)

ROPAS DE VESTIR: PANTALON OSCURO, CAMISA BEIGE ZAPATOS

DEPORTIVOS

PERSONA CAPTURADA:
NOMBRES Y APELLIDOS: JORGE NELSON OLAVE
CEDULA DE CIUDADANIA: 91.499.638 DE BUCARAMANGA
EDAD: 22 AÑOS
NATURAL DE: BUCARAMANGA
ESTURA: APROXIMADAMENTE 1,50 mts

(...)

Al registrar el vehículo taxi de placas XLD116 encontramos en su interior cojín trasero los dos V.H.S. tapados con una chaqueta. Elementos producto del hurto cometido en la carrera 35° No.52-39 video X, propiedad del señor JHON HENNER MURALLA GRACIANI según denuncia No.01450; además de la denuncia No.01451 instaurada por el señor taxista LEONEL GONZALEZ RONDON intimidados por los sujetos con arma de fuego". (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Del documento transcrito se evidencian una serie de contradicciones en las versiones de los hechos que es necesario poner de presente, y que demuestran que los Policías involucrados están ocultando la verdad de lo sucedido, por lo siguiente:

a) En el citado informe se afirma, primero que el agente Martínez persiguió a uno de los sujetos, el cual resultó muerto y que corresponde al joven Giovanni Fonseca Amaya, no obstante, quien se encuentra suscribiendo el documento, es el otro Patrullero Botello Torres Juan Pablo, quien habla en primera persona y señala *"le grite que se detuviera dio vuelta a su cuerpo esgrimiendo un arma en la mano hacia mí, de inmediato le efectué un disparo para proteger mi integridad y me tiré al piso, y el sujeto se lanzó por entre las cuerda de alambre de púa que da a un abismo bastante boscoso, de aproximadamente 600 metros de profundidad, perdiéndoseme de la vista"*. Circunstancia esta indicativa para la Sala que el Patrullero Botello Torres oculta algo, que lo hace incurrir en contradicción en la narración de los hechos, constituyendo un primer indicio en contra de la entidad demandada.

b) Según el informe del procedimiento policial adelantado, Fonseca Amaya (occiso) esgrimió un arma de fuego contra el policía, lo cual hizo que el agente efectuara un disparo para proteger su integridad, afirmación que no es cierta, pues no fue un solo disparo el que acabó con la vida de Giovanni Fonseca, fueron dos, tal y como se señaló el protocolo de necropsia practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses el 6 de abril de 1999 a Giovanni Fonseca Amaya (Fl.78 a 84 C.1)⁹⁴, los cuales ingresaron uno por el glúteo y el otro por el tercio inferior postero lateral interno del muslo derecho, así:

"

(...)

GLUTEOS: Simétricos, con orificio de entrada de proyectil de arma de fuego en cuadrante interno de glúteo derecho (Ver descripción de proyectil arma de fuego 1)

(...)

GENITALES EXTERNOS: Masculinos, normales, no sangrado ni presencia de líquidos anormales. Orificio de salida de proyectil de

⁹⁴ Allegado mediante oficio remisorio del 30 de mayo de 2002 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (Fl.72 C.1).

arma de fuego a nivel de la base lateral derecha de la base del pene (Ver descripción de lesiones por proyectil de arma de fuego No 1).

(...)

Miembros inferiores: Normales no hay fracturas. Orificio de entrada de proyectil de arma de fuego en tercio inferior postero lateral interno del muslo derecho (Ver descripción de lesiones por proyectil arma de fuego No 29 con orificio de salida a nivel antero lateral interno tercio medio con inferior del mismo muslo. Laceración de (ilegible).5 cm en rodilla izquierda con equimosis tenue verde amarillenta de la zona la zona (sic).

(...)" (Subrayado y negrillas propios)

Lo anterior evidencia en primer lugar, que el joven Fonseca Amaya en el momento de los disparos no podía encontrarse de frente al policía, ni mucho menos esgrimir un arma de fuego en su contra, debido a que el Informe de Medicina Legal demuestra que el sujeto se encontraba de espaldas al agente, el cual disparó contra la humanidad de Fonseca, en dos oportunidades. Acción que no puede pasar inadvertida y que le pone de presente a la Sala, que existió por parte del uniformado un uso desproporcionado de la fuerza, ignorando los procedimientos o protocolos, que deben ser utilizados ordinariamente en aquellos casos en que un ciudadano que se encuentra desarmado este huyendo de la autoridad, así lo corrobora el testimonio rendido por María Isabel Morales Bueno el 23 de julio de 2002 ante el Tribunal Administrativo de Santander (Fls.139 a 141 C.1), la cual presenció los hechos y relató:

"PREGUNTADO: Podría hacer Usted una exposición sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en el cual murió el joven GIOVANNY FONSECA AMAYA. CONTESTO: Yo estaba en el parque con mi hijo cuando vi que vino un carro y dos motorizados y sacó dos muchachos y el policía se sacó un arma del taxi y los muchachos los hicieron salir del taxi, y los muchachos empezaron a correr y los policías empezaron a disparar, los policías dispararon y un muchacho de los que iban corriendo alcanzó a saltar una cerca y cuando vimos cayó el muchacho al suelo, al pie del rumbon (sic) del parque de manzanares, no alcanzó a saltar la cerca y se cayó (sic), la gente decía lo mató lo mató y cogí mi hijo y me fui (...) PREGUNTADO: Dígame al Despacho si estos motorizados hicieron bajar a los muchachos que ocupaban el vehículo tipo taxi y si fueron registrados o requisados. CONTESTO: Si Yo vi que los dos policías los bajó del carro, yo vi que los miro y todavía en eso no habían disparado, luego los muchachos salieron en carrera y los dos policías empezaron a disparar, luego el muchacho fue a brincar la cerca y no alcanzó (...) PREGUNTADO: Teniendo en cuenta la distancia en que Usted se encontraba con respecto de los agentes y al joven GIOVANNI, vio usted que el joven GIOVANNI con arma alguna a los miembros de la policía. CONTESTO: No yo no vi (...)

PREGUNTADO: Vio Usted que el joven GIOVANNI después de los disparos, alcanzó a saltar la cerca. CONTESTO: Yo vi que el alcanzo a saltar y se cayó (sic) ahí mismo, porque eso queda en un rumbon (sic) (...)

PREGUNTADA Teniendo en cuenta que fue Usted testiga directa de los hechos donde perdiera la vida el joven GIOVANNI FONSECA AMAYA, VIO Usted que hubiera o hubiese habido un cruce de disparos entre GIOVANNI FONSECA y los miembros de la policía. CONTESTO: No Yo no vi, yo no mas vi los disparos de la policía, me corrí y me vine". (negrillas y subrayado propios)

Así las cosas, para la Subsección es claro que la actuación del agente de Policía no se encuentra ajustada a los mandatos constitucionales y legales que rigen los procedimientos policiales, lo anterior por cuanto el artículo 127 del Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural de la Policía Nacional - Resolución 9960 de 1992, la cual establece que *“Todo aquel que incumpla una orden de policía podrá ser obligado por la fuerza a cumplirla, pero en ningún caso se podrá emplear medios incompatibles con los principios humanitarios. (Art. 24 C.N.P.). **Solo cuando sea estrictamente necesario, la Policía puede emplear la fuerza para impedir la perturbación del orden público y para restablecerlo**”.* (Art. 29 C.N.P.). *El medio de policía debe ser adecuado al fin de policía que se trata de alcanzar, y a la naturaleza del derecho a proteger lo que quiere decir que la medida impuesta no debe ser la más rigurosa y que si una medida menos rigurosa basta, esta es la que debe ser empleada”.* (negritas y subrayado propios)

Por lo antes dicho, el oficial de policía al observar el comportamiento del sujeto, debió acudir a otros medios persuasivos, tales como tratar de inmovilizar al individuo, realizar disparos al aire, entre otros, actuaciones que corresponderían a la utilización de un medio adecuado al caso sub examine, en consideración a que la víctima se encontraba desarmada y la situación no representaba un peligro para la vida de los policías, acciones estas que eran razonables para evitar un desenlace fatal o una afectación a un bien jurídico superior como lo es la vida o la integridad de una persona.

Así pues, en el sentir de la Sala el último recurso que debió utilizar la fuerza pública era disparar varias veces sobre la humanidad del señor Fonseca Amaya, aun mas cuando este se encontraba desarmado y no representaba un peligro. Además los hechos se dieron en una vía pública que como tal, es de abundante afluencia ciudadana, pudiendo resultar muertos o lesionados otros ciudadanos, que no tenía nada que ver en el operativo que estaban adelantando los uniformados.

Por tanto, si bien las autoridades cuentan con la potestad de emplear y escoger los medios que consideren eficaces para evitar o reducir la comisión de delitos⁹⁵, estos siempre deben obedecer, a criterios de proporcionalidad y razonabilidad, que implica que en cualquier evento se deben verificar y analizar las condiciones dadas por la situación fáctica y de los elementos que intervienen en su desarrollo.

Sobre la proporcionalidad que debe enmarcar la función de Policía, la Sala trae a colación la sentencia del C -179 de 2007⁹⁶, en donde se discutía la legalidad de los artículos 222 y 223 de la Ley 1355 de 1970, en donde se señaló:

“(…) Cabe recordar, que la definición de la duración en el tiempo que para ciertas medidas correctivas consagran las normas de policía, deben entenderse, no como un mínimo sino como un límite máximo, por lo que, la autoridad de policía respectiva, en aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, podrá valorar cada caso concreto y hacerla cesar cuando considere, a su juicio, que ya no es necesario continuar con la ejecución de la misma, siempre y cuando encuentre que tal determinación no perjudica el orden público. En efecto, las medidas que se tomen en el ejercicio de la función de policía y de la actividad de policía han de ser necesariamente proporcionadas y razonables; por ende, autorizar al funcionario de policía, que es quien tiene una relación de inmediatez con el

⁹⁵ Artículo 104 ibidem.

⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 179 de 2007. M.P: Clara Inés Vargas Hernández.

sujeto pasivo de la medida de seguridad y con las circunstancias propias del caso particular, para que proceda a hacerla cesar anticipadamente, sólo puede constituir la creación legal de condiciones objetivas para que se cumpla de la mejor manera posible con el imperativo de los principios constitucionales mencionados que han de caracterizar a las medidas correctivas (...)"

No debe perderse de vista que el servicio de policía se desarrolla bajo el principio de planeación⁹⁷, cuya observancia, así sea mínima, debe estar siempre presente y obedecer a las condiciones de cada caso concreto, teniendo en cuenta, además, que los miembros de la institución son profesionales, previamente entrenados e instruidos, por lo que se espera que su operatividad no sea instintiva o desprevenida sino estratégica, táctica y acorde con las circunstancias, presupuestos que no se observan en el *sub judice* por el contrario, en nuestro sentir el proceder de los policías fue precipitado, violatorio del ordenamiento convencional y constitucional, sin ningún tipo de análisis de las consecuencias que su conducta podría causar en la comunidad, tanto así que por el actuar imprudente y desmedido del oficial, se ocasionó el fatal desenlace donde una persona resultó muerta.

En el *sub examine*, los agentes debieron desplegar una estrategia que les permitiera lograr determinados resultados, teniendo en cuenta que se trataba de un sector en el cual la comunidad podía resultar afectada, y que el individuo que estaban persiguiendo estaba desarmado, pudiendo recurrir a otros medios como la fuerza física para reducirlo, voces de alerta para que se detuviera o incluso realizar disparos al aire que atemorizaran al señor Fonseca Amaya e hicieran que se detuviera, los cuales, en el sentir de la Sala, hubiesen sido los medios adecuados para que el sujeto detuviera su marcha y además atenderían a los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad que deben enmarcar la función de policía. Por el contrario, el proceder del policía en el caso concreto fue disparar en dos oportunidades contra el Giovanni Fonseca ocasionándole la muerte, sin ningún análisis de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos, tales como el horario, la zona comercial y el flujo de personas y vehículos que en ese momento había en el sector.

Así pues, si bien las autoridades tienen la obligación de actuar en toda circunstancia⁹⁸, sus procedimientos siempre deben obedecer a sanos criterios⁹⁹ dentro de los límites de proporcionalidad y razonabilidad, de manera que los riesgos o peligros en que se sitúe a la sociedad y al funcionario mismo sean los mínimos, por lo cual el policía debe actuar con absoluto discernimiento de causa y prudencia¹⁰⁰ y con pleno conocimiento de las normas y los procedimientos policiales¹⁰¹, deberes positivos que la Sala encuentra quebrantados y en los cuales concluye configurada la falla en el servicio.

Por lo tanto, en el caso en comento se incurrió en una falla del servicio por exceso de la fuerza pública, como quiera que de la actuación desplegada por los agentes estatales se reveló desproporcionada, desatendiendo la necesidad y razonabilidad que deben inspirar todo procedimiento policial, buscando en todo momento salvaguardar los derechos de las personas involucradas, desatendiendo los mandatos convencionales y constitucionales que establecen el respeto por la vida

⁹⁷ Artículo 54 *ibidem*.

⁹⁸ Artículo 39 *ibidem*

⁹⁹ Artículo 49 *ibidem*

¹⁰⁰ Artículo 50 *ibidem*

¹⁰¹ Artículo 52 *ibidem*

en toda circunstancia, ya que la policía y en general todos los miembros de las fuerzas armadas, deben cumplir en todo momento los deberes que impone la ley, sirviendo a la comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión, para lo cual, en el desempeño de sus tareas, se encuentran obligados a respetar y proteger la dignidad humana y mantener y defender los derechos humanos de todas las personas, y sólo están habilitados para usar la fuerza cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.

En conclusión y por las razones expuestas, para la Sala se encuentra demostrada la responsabilidad del Estado por los hechos que aquí nos ocupan a título de falla del servicio, motivo por el cual procederá a condenar a la entidad demandada por la totalidad de los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la muerte de Giovanni Fonseca Amaya, ocurrida en la ciudad de Bucaramanga el 4 de abril de 1999.

8. Tasación de perjuicios

Ahora bien, solicita la parte demandante en el escrito contentivo del recurso de apelación se adicione a la condena impuesta por el Tribunal Administrativo de Santander el 50% en que se redujo la indemnización al considerar que existía una concurrencia de culpas entre la víctima y la demandada. Así mismo, que se le reconozcan perjuicios a la señora Custodia Amaya Guarguati, y por último se condene al pago de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

De allí que la Sala se pronunciará sobre los perjuicios alegados por la parte actora, como más adelante se desarrolla:

8.1 Perjuicios morales

Respecto de los perjuicios morales, la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012¹⁰² señaló que *“cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que (sic) demás perjuicios- a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso”*. En la misma providencia se agrega que *“la Sala reitera la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan”*.

Debe, además, como parte de la motivación, examinarse si se acreditó el parentesco debida y legalmente, con los registros civiles, para reconocer los perjuicios morales en cabeza de sus familiares, para lo que procede la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se infiere que la muerte, lesión, etc., afecta a la víctima y a sus familiares más cercanos (esto es, los que conforman su núcleo familiar), y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia¹⁰³ como espacio básico de toda

¹⁰² Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

¹⁰³ “Las reglas de la experiencia, y la práctica científica han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992¹⁰³ donde sobre el

sociedad¹⁰⁴ y de reconocer su existencia bien sea como un derecho prestaciones, o fundamental¹⁰⁵.

particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así: “En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2º., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica (sic) y la vigencia de un orden justo. “Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que “se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” Y agrega que “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes (...) “La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio. “Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales. “Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien.”¹⁰³. Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008, expediente 18586.

¹⁰⁴ “4.2. Amparada en la doctrina especializada, también la jurisprudencia constitucional ha señalado que el surgimiento de la familia se remonta a la propia existencia de la especie humana, razón por la cual se constituye en “la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre”. Bajo esta concepción, la familia es considerada un “presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, lo que entraña para éste la responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar, ya que “[e]s la comunidad entera la que se beneficia de las virtudes que se cultivan y afirman en el interior de la célula familiar y es también la que sufre grave daño a raíz de los vicios y desordenes que allí tengan origen”. 4.3. En Colombia, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no acogió la propuesta formulada por el Gobierno de asignarle a la familia un alcance puramente asistencial y se decidió, en cambio, por reconocerle el carácter de pilar fundamental dentro de la organización estatal, asociándola con la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y elevando a canon constitucional aquellos mandatos que propugnan por su preservación, respeto y amparo. De este modo, la actual Carta Política quedó alineada con la concepción universal que define la familia como una institución básica e imprescindible de toda organización social, la cual debe ser objeto de protección especial. 4.4. En efecto, el derecho internacional, en las declaraciones, pactos y convenciones sobre derechos humanos, civiles, sociales y culturales, se refiere a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y le asigna a los estados y a la sociedad la responsabilidad de protegerla y asistirle. Tal consideración aparece contenida, entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos (art. 23), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10º) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (art. 17); los cuales se encuentran incorporados a nuestro derecho interno por haber sido suscritos, aprobados y ratificados por el Estado colombiano. 4.5. Bajo ese entendido, en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5º de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que

Ahora bien, la reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012¹⁰⁶, sostiene claramente que el *“Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de tales*

garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral. 4.6. En concordancia con ello, el artículo 42 de la Constitución consagró a la familia como el “núcleo fundamental de la sociedad”, precisando que la misma puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos, esto es, “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Ello permite advertir que en el orden constitucional vigente, no se reconocen privilegios en favor de un tipo determinado de familia, sino que se legitima la diversidad de vínculos o de formas que puedan darle origen. Así, tanto la familia constituida por vínculos jurídicos, es decir, la que procede del matrimonio, como la familia que se constituye por vínculos naturales, es decir, la que se forma por fuera del matrimonio o en unión libre, se encuentran en el mismo plano de igualdad y son objeto de reconocimiento jurídico y político, de manera que las personas tienen plena libertad para optar por una o otra forma de constitución de la institución familiar. 4.7. Conforme con el alcance reconocido a la familia, el propio artículo 42 le asigna a la sociedad y al Estado el deber de garantizar su protección integral, al tiempo que le asigna a la ley la función de regular, por una parte, las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo; y por la otra, lo referente a los efectos civiles de los matrimonios religiosos y de las sentencias dictadas por las autoridades religiosas que declaren su nulidad, así como también lo relacionado con la cesación de los efectos civiles de todos los matrimonios a través del divorcio. 4.8. La protección integral de que es objeto la institución familiar, cualquiera que sea la forma que ella adopte, es recogida y prodigada por la propia Constitución mediante la implementación de un sistema de garantías, cuyo propósito es reconocer su importancia en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales de la institución familiar, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos. Tal como lo ha destacado esta Corporación,[5] ese ámbito de protección especial se manifiesta, entre otros aspectos, (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; (iv) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; (v) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener; y (vi) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos”. Corte Constitucional, C-821 de 9 de agosto de 2005.

¹⁰⁵ “Se discute igualmente en relación con el contenido y alcance de las medidas constitucionales de protección de la familia. En efecto, aquéllas se manifiestan en la necesaria adopción de normas legales, de actos administrativos, así como de decisiones judiciales, medidas todas ellas encaminadas a lograr y preservar la unidad familiar existente, al igual que brindar una protección económica, social y jurídica adecuada para el núcleo familiar. Estos son los propósitos, o la razón de ser de las normas jurídicas y demás medidas de protección previstas por el ordenamiento jurídico. Así mismo, se presenta una controversia acerca de si la familia puede ser considerada, en sí misma, un derecho fundamental o uno de carácter prestacional. De tal suerte que las medidas de protección de aquélla pueden ser comprendidas de manera diferente, dependiendo de si se entiende que familia es un derecho fundamental (de primera generación), o si, por el contrario, se ubica como un derecho de contenido prestacional. En efecto, si se entiende que “familia” es un derecho prestacional, entonces el Estado, según las condiciones económicas podrá establecer mayores o menores beneficios que proporcionen las condiciones para que las familias puedan lograr su unidad, encontrándose protegidas económica y socialmente. De igual manera, entraría a aplicarse el principio de no regresión, pudiéndose, en algunos casos, excepcionarse. Por el contrario, si se comprende a la familia en términos de derecho fundamental, entonces las medidas estatales relacionadas con aquélla serán obligatorias, no pudiendo alegarse argumentos de contenido económico para incumplirlas, pudiéndose además instaurar la acción de tutela para su protección. Finalmente, la tesis intermedia apunta a señalar que la familia como institución debe ser protegida por el Estado, en cuanto a la preservación de su unidad y existencia, presentando en estos casos una dimensión de derecho fundamental; al mismo tiempo, otros elementos, de contenido económico y asistencial, se orientan por la lógica de implementación y protección propia de los derechos prestacionales. En suma, de la comprensión que se tenga del término “familia” dependerá el sentido y alcance de los mecanismos constitucionales de protección”. Corte Constitucional, sentencia T-572 de 26 de agosto de 2009.

¹⁰⁶ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente: 24392.

argumentaciones conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso” (citando la sentencia T-212 de 2012 de la Corte Constitucional).

Así mismo, la sentencia contiene una serie de criterios o motivaciones razonadas que debían tenerse en cuenta para tasar el perjuicio moral, partiendo de afirmar que “teniendo en cuenta las particularidades subjetivas que comporta este tipo de padecimiento que gravitan en la órbita interna de cada individuo, sin que necesariamente su existencia corresponda con la exteriorización de su presencia, ha entendido esta Corporación que es posible presumirlos para la caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso”.

Y se concluyó, en la citada sentencia de la Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, que “no puede perderse de vista que de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala –y de la Corte Suprema de Justicia también-, ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al arbitrium judicis, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la (sic) características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez”.

De acuerdo con la posición de la Sala, en caso de reparación del daño moral por muerte, se presume la aflicción y dolor por el hecho del parentesco o la relación probada y, en consecuencia, su reconocimiento dependerá de la acreditación legal del parentesco o la relación conyugal o marital. Sin embargo, cuando se desvirtúe probatoriamente dicha presunción, no habrá lugar a ningún tipo de reconocimiento por este concepto.

Resulta de lo anterior, como es obvio, que no procederá reconocimiento alguno por perjuicio moral, cuando no se encuentre en el expediente prueba que demuestre legalmente el parentesco ni obre actividad probatoria que acredite el dolor o la aflicción.

Así las cosas, de acuerdo con el material probatorio allegado al expediente, se encuentra acreditada la relación de parentesco entre los demandantes y el joven Giovanni Fonseca Amaya, por cuanto obra en el expediente copia auténtica del registro civil de nacimiento de Custodia Amaya Guarguati (Fl.3 C.1), copia auténtica del registro civil de nacimiento de Victoria Eugenia Amaya donde consta que su madre es Custodia Amaya Guarguati (Fl.4 C.1), copia auténtica del registro civil de nacimiento de Jhon Álvaro Fonseca Amaya donde consta que su madre es Victoria Eugenia Amaya y su padre José Álvaro Fonseca Rodríguez (Fl.5 C.1), copia auténtica del registro civil de nacimiento de Brider Fonseca Amaya donde consta que su madre es Victoria Eugenia Amaya y su padre José Álvaro Fonseca Rodríguez (Fl.6 C.1), copia auténtica del registro civil de nacimiento de Jeisson Fabián Amaya donde consta que su madre es Victoria Eugenia Amaya (Fl.7 C.1) y copia auténtica del registro civil de nacimiento de Giovanni Fonseca Amaya donde consta que su madre es Victoria Eugenia Amaya y su padre José Álvaro Fonseca Rodríguez (Fl.8 C.1).

Adicionalmente, reposan en el expediente los testimonios de Elizabeth Rodríguez de Rojas y Mariela Mancipe Aguirrea (Fls.157 a 160 C.1) quienes manifestaron el dolor y la aflicción sufridos por los familiares del joven Giovanni Fonseca Amaya por su muerte.

En consecuencia, habrá lugar al reconocimiento de perjuicios morales a los demandantes en un 100%, por las razones que se explicaron en líneas anteriores, así las cosas la cuantía a reconocer será el siguiente:

Demandante	Cuantía (SMLMV)
Victoria Eugenia Amaya (madre)	100
Custodia Amaya Guarguati (abuela)	50
Brider Fonseca Amaya (hermano)	50
Jeisson Fabián Amaya (hermano)	50
Jhon Alvaro Fonseca Amaya (hermano)	50

8.2 Perjuicios Materiales

8.2.1 Daño emergente

El *A quo* reconoció a favor de la señora Victoria Eugenia Amaya, madre de Giovanni Fonseca Amaya la suma de OCHOCIENTOS VEINTITRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS M/CTE (\$823.656,44) por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, por cuanto obra en el expediente original de la factura de los gastos funerarios del señor Giovanni Fonseca Amaya (Fl.10 C.1).

No obstante, la Sala considera que es necesario actualizar la totalidad del valor consignado en la factura de venta No.0023 de fecha 5 de abril de 1999 expedida por la funeraria moderna, a nombre del señor Giovanni Fonseca Amaya en donde constan una serie de gastos por concepto de caja mortuoria, misa de cuerpo presente, derechos de bóveda, servicios de velación, arreglo del cadáver, papelería de notaria, carteles murales y servicios de funeraria por valor de UN MILLON QUINIENTOS MIL PESOS (\$1.500.000,00). (Fl.10 C.1), lo anterior, por cuanto se reconocerá a la parte demandante la totalidad del perjuicio causado con ocasión de la muerte de su familiar.

Así las cosas, se actualizara la suma de \$1.500.000,00 correspondiente a los gastos sufragados por la familia de Fonseca Amaya con ocasión de su muerte, desde la fecha de la expedición de la factura, es decir 5 de abril de 1999, hasta la fecha de esta providencia, así:

$$\begin{aligned} Ra &= Vh * IPC \text{ final} / IPC \text{ inicial} \\ Ra &= \$1.500.000,00 * \text{Mar-14/Abril-99} \\ Ra &= \$1.500.000,00 * 115.71/55.18 \\ \mathbf{Ra} &= \mathbf{\$3.145.433,12} \end{aligned}$$

8.2.2 Lucro cesante

Sobre el concepto de lucro cesante, éste es entendido como la ganancia o provecho que dejó de reportarse a consecuencia de la concreción del daño antijurídico. Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que el lucro

cesante puede presentar las variantes de consolidado y futuro, y éste ha sido definido como *“el reflejo futuro de un acto ilícito sobre el patrimonio de la víctima, que justamente por ser un daño futuro exige mayor cuidado en caracterización o cuantificación”*¹⁰⁷.

El Tribunal Administrativo de Santander no concedió a la parte demandada perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, razón por la cual en el recurso de apelación se solicitó acceder al reconocimiento de dicho perjuicio.

En el caso en comento encuentra la Sala que obran en el expediente las declaraciones rendidas por Elizabeth Rodriguez de Rojas y Mariela Mancipe Aguirrea (Fls.157 a 160 C.1) quienes manifiestan que el joven Giovanni Fonseca Amaya se desempeñaba como mensajero en la ciudad de Bucaramanga, y que el dinero producto de trabajo lo destinaba a ayudar a su madre en el sostenimiento del hogar.

No obstante, la Sala observa que para establecer los ingresos mensuales del joven Giovanni Fonseca Amaya, no se aportó al proceso prueba que brinde la certeza suficiente para dar por establecido monto del salario que devengaba, comoquiera que ni los testimonios ni otros documentos dan cuenta de ello, en consecuencia, la Sala observa que Fonseca Amaya desempeñaba una actividad lícita, como lo es el servicio de mensajería, por la que recibía unos ingresos, y si bien no existe, se itera, prueba de la cantidad del salario que percibía, se presume que por lo menos recibía un salario mínimo legal mensual.

Para determinar la renta, se tendrá en cuenta el salario que al menos se presume que la víctima percibía, esto es, la suma de \$236.460,00¹⁰⁸, incrementado en el 25% de prestaciones sociales, menos el 25% correspondiente al valor aproximado que el señor Fonseca Amaya destinaba para su propio sostenimiento, lo que arroja la suma de \$221.681,25.

Luego, se actualizó el salario mínimo correspondiente a 1999 y se comparó con el salario de 2014, para tomar el mayor de los dos, para el caso el salario mayor es el del año 2014.

En ese orden, la renta será la suma de \$616.000,00 incrementada en un 25% de prestaciones sociales, menos el 25% correspondiente al valor aproximado que el señor Fonseca Amaya destinaba para su propio sostenimiento, quedando como base de la liquidación en la suma de \$577.500,00.

El 100% de este valor se reconocerá a la mamá Victoria Eugenia Amaya por cuanto la víctima incidió en la producción del daño, quedando como resultado la suma de \$577.500,00. Como límite temporal se tendrá en cuenta, respecto del hijo, la fecha en la cual éste cumpliría 25 años de edad, es decir hasta el 22 de enero de 2005, primero porque, se encuentra demostrado en el expediente que vivía con su madre, y en segundo lugar porque las reglas de la experiencia indican que ese sería el momento aproximado en el cual aquel conformaría su propia familia, es decir, se emanciparía del seno familiar y, por lo tanto, dejaría de proporcionar la ayuda económica a su madre.

¹⁰⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio, Programa de responsabilidad civil, 6ª edición. Malheiros editores, Sao Paulo, 2005, pág. 97.

¹⁰⁸ Salario mínimo legal vigente para el año de 1999.

Con base en lo anterior, se tasará la indemnización debida o consolidada, que abarca el lapso transcurrido desde la época de los hechos, y hasta los 25 años de su hijo Giovanni Fonseca Amaya.

Con base en lo anterior, se tasará la indemnización debida o consolidada, que abarca el lapso transcurrido desde la época de los hechos, y hasta los 25 años de su hijo Giovanni Fonseca Amaya.

- Cálculo de la indemnización debida, consolidada o histórica

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Para aplicar se tiene:

S	=	Suma a obtener.
Ra	=	Renta actualizada, es decir \$577.500,00
i	=	Tasa mensual de interés puro o legal, es decir, 0,004867.
n	=	Número de meses transcurridos desde el momento del daño -4 de abril de 1999- hasta la fecha en que cumplía Giovanni Fonseca los 25 años, estos son, 69.6 meses.
1	=	Es una constante.

$$S = \$577.500,00 \frac{(1 + 0.004867)^{69.6} - 1}{0.004867}$$

S= \$47.703.432,49

9. Condena en costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

MODIFÍQUESE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 1 de julio de 2004 y, en su lugar se dispóngase:

PRIMERO. DECLÁRESE la responsabilidad compartida de la Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional y Giovanni Fonseca Amaya, por la muerte de este último.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENASE** a la Nación – Policía Nacional a pagar por concepto de perjuicios morales a los demandantes las siguientes sumas:

Demandante	Cuantía (SMLMV)
Victoria Eugenia Amaya (madre)	100
Custodia Amaya Guarguati (abuela)	50
Brider Fonseca Amaya (hermano)	50
Jeisson Fabián Amaya (hermano)	50
Jhon Alvaro Fonseca Amaya (hermano)	50

TERCERO. RECONÓZCASE en favor de la señora Victoria Eugenia Amaya la suma de TRES MILLONES CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS CON DOCE CENTAVOS M/CTE (\$3.145.433,12) por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente.

CUARTO: RECONÓZCASE en favor de la señora Victoria Eugenia Amaya la suma de CUARENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS TRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS M/CTE (\$47.703.432,49), por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

QUINTO. NIÉGUENSE las demás súplicas de la demanda.

SEXTO. En cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

SEPTIMO. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala
Aclaró voto

OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado