

RETENIDO - Obligación de seguridad y protección / RETENCION DE PERSONAS - Derechos fundamentales / FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA NACIONAL - Muerte de retenido con arma de dotación oficial / LEGITIMA DEFENSA - Causal de exoneración. Inexistencia / ARMA DE DOTACION OFICIAL - Falla del servicio

La Sala encuentra demostrado que la entidad demandada incurrió en la falla del servicio que se le imputa y que la misma fue la causa del daño, por cuanto está acreditado que la víctima, señor Tomás Antonio Giraldo Usuga, fue retenido el 31 de octubre de 1994 en el municipio de Salgar (Antioquia) por miembros de la Policía Nacional quienes le imputaron la comisión de un delito y que falleció como consecuencia de los disparos que le propinaron los agentes de la policía. Cabe precisar, que si bien los agentes actuaron de esa manera para repeler la agresión del otro retenido, es decir de Hugo Alberto Vélez respecto del cual está plenamente acreditado que disparó en su contra, y por tanto actuaron en legítima defensa, lo cierto es que tal eximente no opera frente al señor Tomás Antonio Giraldo Usuga, porque no se demostró que él los hubiere atacado, razón por la cual al haberse probado que la víctima falleció cuando se encontraba retenido en la patrulla de la Institución demandada, es decir cuando se hallaba bajo la custodia y vigilancia de los policiales, se compromete la responsabilidad de la demandada. En síntesis, como quiera que se demostró que el señor Tomás Antonio Giraldo Usuga falleció cuando se encontraba detenido por miembros de la Policía, es evidente que el Estado faltó a su deber de proteger a ese ciudadano del daño al que se vio expuesto, e incumplió los deberes de custodia y seguridad frente a los retenidos para garantizar su vida, honra e integridad física (artículo 2 C.P.), y en consecuencia deberá indemnizar a quienes ese hecho causó perjuicio.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., dos (2) de septiembre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 05001-23-26-000-1996-00726-01(18595)

Actor: TOMAS MARIA GIRALDO Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE DE REPARACION DIRECTA-SENTENCIA-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 27 de enero de 2000, mediante la cual se negaron las pretensiones, la cual será revocada.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El 30 de abril de 1996, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, los señores Tomás María Giraldo, Carmen Emilia Usuga, Olga de Jesús, María Gabriela, María Margarita, Berta Marina, María Virgelina, Franquelina y Aurora Giraldo Usuga, formularon demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL, con el objeto de que se declarara patrimonialmente responsable a esa entidad de los daños y perjuicios que sufrieron como consecuencia de la muerte del señor Tomás Antonio Giraldo Usuga por agentes de la policía cuando se encontraban en ejercicio de sus funciones y con armas de dotación oficial, ocurrida el 31 de octubre de 1994, en el sitio “el Barroso” jurisdicción del municipio de Salgar (Antioquia).

A título de indemnización solicitaron el pago de: (i) por perjuicios morales una suma equivalente a 1.000 gramos de oro a favor de cada uno de los demandantes; y (ii) por concepto de perjuicios materiales la suma de \$15.000.000 a favor de cada padre de la víctima, teniendo en cuenta que el occiso ayudaba en el sostenimiento económico de sus padres.

Mediante providencia de 10 de mayo de 1996 el a quo inadmitió la demanda con el fin de que se aportara los poderes otorgados por las señora María Margarita y Franquelina Giraldo Usuga, dado que a pesar de que aparecían encabezando la demanda no habían suscrito el poder. En auto de 20 de junio de 1996 se rechazó la demanda en relación con estas dos personas dado que no subsanaron el citado defecto.

2. Los fundamentos de hecho

Los hechos narrados en la demanda son, en síntesis, los siguientes: Que el 31 de octubre de 1994, en el municipio de Salgar (Antioquia), los señores Tomás Antonio Giraldo Usuga y Hugo Alberto Vélez Vélez fueron aprehendidos por personal de la Subsijín, sindicados del delito de hurto. Que cuando eran trasladados a la Unidad

de Fiscalía en el trayecto Salgar el Barroso, sitio Las Peñas, el señor Hugo Alberto Vélez desenfundó “un revólver que traía mimetizado entre sus genitales, abriendo fuego contra los policiales” y lesionó a dos agentes de la policía, lo cual dio lugar a que otros dos agentes dispararan en contra de los dos sujetos que habían sido aprehendidos y les causaron la muerte a los capturados.

Finalmente se afirmó que los agentes de la policía que aprehendieron a los sujetos realizaron un procedimiento defectuoso, dado que no les practicaron una requisa adecuada conforme a los reglamentos de la Institución para evitar que Hugo Vélez hubiere mimetizado el arma de fuego.

3. La oposición de los demandados

Previa notificación personal, dentro del término de fijación en lista la Nación-Ministerio de Defensa, se opuso a las pretensiones de la demanda y manifestó atenerse a lo que resultare probado en el transcurso del proceso. Propuso la excepción de culpa de la víctima por considerar que además de estar dedicado a actividades delictuosas, participó en un atentado contra la fuerza pública que tuvo como consecuencia, además de su fallecimiento, la muerte de uno de los agentes de la policía y lesiones a otros, razón por la cual la actuación de las autoridades policiales se enmarca dentro de la legítima defensa.

4. La sentencia impugnada

El Tribunal *a quo* en Sentencia de 27 de enero de 2000, denegó las pretensiones de la demanda por considerar que si bien en el plenario se acreditó que hubo un procedimiento deficiente por parte de los agentes de la policía durante el traslado de los capturados para ponerlos a disposición de la Fiscalía y que por ello uno de los agentes resultó muerto y otro lesionado con el arma que llevaba uno de los sujetos aprehendidos, consideró que este hecho no era suficiente para inferir la responsabilidad del Estado, dado que encontró demostrado que uno de los sujetos tenía un revólver y fue el que inició los disparos y que en el enfrentamiento el otro capturado tomó una de las armas perteneciente a un agente de la policía y también empezó a disparar en contra de los policiales, razón por la cual en el proceso penal militar que se adelantó en contra de los agentes se cesó todo procedimiento en su contra por cuanto actuaron dentro de una causal de antijuridicidad porque su comportamiento estuvo amparado por una legítima defensa.

Sostuvo que de acuerdo con dichas pruebas, se puede entender que el nexo causal existente entre la omisión por parte de las autoridades en practicar una requisita adecuada a los detenidos y las consecuencias dañosas, se rompió con el comportamiento de las víctimas, quienes en su afán por eludir a las autoridades propiciaron el hecho dañoso, razón por la cual consideró que se configuraba la causal eximente de responsabilidad propuesta por la demandada de culpa de la víctima. Agregó que la actuación de los miembros de la policía no fue desproporcionada a la agresión de que fueron víctimas dado que éstos una vez fueron agredidos con armas de fuego se vieron en la necesidad de actuar dando de baja a los capturados.

5. Lo que se pretende con la apelación.

Inconforme con el fallo, la parte demandante interpuso recurso de apelación. Acusó a la sentencia de equivocada en la apreciación de las pruebas, dado que se fundamentó únicamente en la decisión adoptada en el proceso penal sin realizar ninguna crítica y sin tener en cuenta que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el proceso penal no vincula al juez administrativo. Además consideró que no se efectuó un análisis a la luz de la lógica y del mérito que comporta la valoración del testimonio, por cuanto los testimonios que obran en el proceso penal de los agentes de la policía que participaron en la operación en la cual capturaron a dos sujetos, entre ellos al señor Tomás Antonio Giraldo Usuga, resulta contradictoria, razón por la cual al existir duda en cuanto a la responsabilidad de los policiales, en el proceso penal se cesó todo procedimiento en su contra.

Que de acuerdo a lo señalado dentro del proceso disciplinario, los testimonios de los encartados daban cuenta de que el agente Barrera era el que había practicado la requisita a los capturados y que debido a la experiencia de éste los demás agentes no habían considerado necesario volver a efectuarla, razón por la cual no se entendió en la investigación disciplinaria que los agentes de la policía a pesar de las instrucciones que se les imparten sobre las medidas de seguridad que se debían tener durante los desplazamientos de retenidos, las hubieren omitido.

Finalmente, resaltó las contradicciones en que incurrieron algunos agentes de la

policía en sus declaraciones para concluir que se trató de un procedimiento anormal, y que la actuación de los agentes fue precipitada, omisiva, poco profesional y sospechosa, y señaló que si los hechos ocurrieron como lo tratan de hacer ver los agentes de la policía y en consecuencia hubo culpa de las víctimas, lo cierto es que hubo una injerencia marcada de la policía en el hecho dañoso razón por la cual habría una culpa compartida.

6. Actuación ante esta Corporación

Dentro del término concedido en esta instancia para presentar alegaciones las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

Por otra parte, el Señor Consejero, doctor Enrique Gil Botero, puso en conocimiento de la Sala su impedimento para conocer del proceso de la referencia, por encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, por haber intervenido en el proceso como apoderado judicial de una de las partes, impedimento que fue aceptado por la Sala mediante auto de 26 de marzo de 2007.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en proceso de doble instancia, seguido contra la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional, en el cual se negaron las pretensiones formuladas por el señor Tomás María Giraldo y otros, decisión que habrá de revocarse, por las razones que a continuación se señalarán.

2. El daño sufrido por los demandantes

2.1. Está demostrado en el proceso que el señor Tomás Antonio Giraldo Usuga falleció el 31 de octubre de 1994 en el municipio de Salgar (Antioquia), según consta en la certificación del registro civil de su defunción, en el que se señaló como causa de la muerte “*shock neurogénico, destrucción cerebro, herida A.F.*” (fl.

14 C. 1), con el protocolo de necropsia practicado el 1 de noviembre de 1994 por el Hospital Seccional de Salgar, Regional Sureste, Servicio Seccional de Salud de Antioquia (fl. 75 a 77 C. 1), y con la diligencia de levantamiento de cadáver efectuada por la Unidad Única de Fiscalía de Salgar el 31 de octubre de 1994 (fl. 64 a 66 C. 2).

2.2. Igualmente está acreditado que la muerte del señor Tomás Antonio Giraldo Usuga causó daños a los demandantes, quienes acreditaron el parentesco que tenían con la víctima, del cual puede inferirse el dolor moral que su muerte les produjo, así:

(i) Los señores Tomás María Giraldo y Carmen Emilia Usuga demostraron ser los padres del occiso, con el registro civil de nacimiento de la víctima (fl. 13 C. 1, copia auténtica)

(ii) Las señoras Olga de Jesús, María Gabriela, Berta Marina, María Virgelina y Aurora Giraldo Usuga demostraron ser las hermanas de la víctima, porque son hijas de los mismos padres según consta en sus registros civiles de nacimiento (fls. 6, 7, 9, 10 y 12 C. 1, copia auténtica)¹.

La demostración del parentesco en el primer y segundo grados de consanguinidad entre la víctima y los demandantes, unida a las reglas de la experiencia, permite inferir el dolor moral que estos sufrieron con la muerte de aquél.

3. La imputación del daño al Estado.

Si bien en la demanda no se dijo expresamente el título de imputación, la Sala entiende que lo que se pretende es que se declare que el daño es imputable a la entidad demandada a título de falla del servicio, en cuanto se señaló que los agentes de la policía que aprehendieron a los sujetos realizaron un procedimiento defectuoso, dado que no les practicaron a los retenidos una requisita adecuada conforme a los reglamentos de la Institución para evitar que hubieren escondido el arma de fuego.

¹ Vale destacar que en relación con las señoras María Margarita y Franquelina Giraldo Usuga quienes aparecen en el escrito de postulación como hermanas de la víctima, fue rechazada la demanda a través de providencia de 20 de junio de 1996 por cuanto no aportaron el poder.

Cabe precisar que frente a los retenidos el Estado tiene una obligación específica de protección y seguridad. Sobre el tema, la Sala ha reiterado que cuando una autoridad -en ejercicio de sus funciones- retiene a una persona debe velar por sus derechos fundamentales a la vida e integridad personal, habida cuenta de que el Estado está en el deber de devolverla al seno de la sociedad en condiciones similares a las que se encontraba cuando se produjo la retención, en virtud de su deber constitucional de protección y seguridad ligado con las garantías propias de todo Estado de Derecho².

Este deber está vinculado estrechamente con los *fines esenciales* de nuestro Estado (art. 2 C.P.) sobre la base de la *primacía de los derechos inalienables* de la persona (art. 5 Constitucional) y en el marco del respeto a la *dignidad humana*³ (art. 1 Superior⁴) como valor fundante de nuestro modelo de Estado y principio orientador de toda interpretación jurídica⁵, merced a la situación particular de sujeción a la que se somete al detenido, la cual comporta la limitación de sus derechos y libertades.

En tales condiciones -ha dicho la Sala- surgen de esta situación especial de sujeción dos tipos de obligaciones para los agentes del Estado, dada la evidente restricción de su autonomía personal, i) una de corte positivo consistente en la guarda de la persona frente a eventuales agresiones o peligros que pueda sufrir

² Sentencia de 26 de abril de 2006. exp. 50422-23-31-000-15604-01 (16.406)

³ 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.": Sentencia de 17 de junio de 2004, exp. 50422-23-31-000-940345-01 (15.208), C.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁴ Cfr. Declaración Universal de los Derechos humanos, art. 1; La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), considerandos 1 y 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, preámbulo.

⁵ Vid. SERRANO PÉREZ, Miguel Angel, La dignidad de la persona humana, en VVAA, La Declaración Universal de los Derechos Humanos en Su 50 Aniversario, C. I. E. P., Editorial Bosch, Barcelona, 1998, p. 217.

durante la retención y ii) otra de naturaleza negativa consistente en abstenerse de desplegar conductas que puedan atentar contra su vida e integridad personal⁶.

En consecuencia, el título de imputación bajo el cual se resolverá el caso concreto será el de la falla del servicio por haber faltado el Estado a su deber constitucional de proteger la integridad física de quien había sido retenido.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones se procederá a analizar las pruebas que obran en el expediente para establecer si el daño sufrido por los demandantes es imputable a la entidad demandada a título de falla del servicio.

4. El hecho causante del daño

Precisa la Sala en primer lugar que en relación con todos los aspectos de la controversia planteada, se tendrán en cuenta las pruebas documentales auténticas aportadas por las partes al expediente en las oportunidades legales correspondientes⁷, y la testimonial rendida en este proceso por los señores Fernando Humberto Marquez Cano, Nora Lucia Arenas Echeverri, Leonardo León Zapata Rojas, la cual se practicó mediante despacho comisorio que libró el Tribunal a quo al Juez Municipal de Salgar (Antioquia).

También, obran copias del investigativo penal No. 1974 adelantado por el Juzgado 56 de Instrucción Penal Militar, por el delito de homicidio, con ocasión de la muerte de Tomás Antonio Giraldo Usuga en hechos ocurridos el 31 de octubre de 1994 en el lugar La Peña, municipio de Salgar (Antioquia), así como las copias del informativo disciplinario No. 340/94, con ocasión de los hechos de que trata este proceso.

Tales copias fueron enviadas a este juicio en copia auténtica, por el Juez 56 de Instrucción Penal Militar (cuaderno 3) y por el Jefe de Asuntos Disciplinarios del Departamento de Policía de Antioquia (cuaderno 2), respectivamente, a solicitud

⁶ Sentencias de 17 de junio de 1998, exp. 10650, 24 de junio de 1998, exp. 10.530, de 28 de noviembre de 2002, exp.: 70001-23-31-000-1993-4561-01(12812).

⁷ No se valoraran las copias informales por carecer de valor probatorio en los términos del artículo 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil, dado que las copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del C. de P. Civil antes citado.

de ambas partes⁸, por tanto todas las pruebas practicadas en esos procesos y que tienen la calidad de trasladadas para éste, pueden ser apreciadas y valoradas según posición reiterada de la jurisprudencia⁹. No obstante, debe advertirse que la versión libre y espontánea así como la indagatoria de los implicados: Agente William Omar González Herrera, Agente José Albeiro Espinosa Giraldo y Agente León Arturo Pérez Palacio (fl. 21 a 26 C. 2, y fl. 65 a 72 C. 3) que obran en las copias de los procesos disciplinario y penal remitidos no pueden valorarse como si fueran testimonios, puesto que si bien consisten en una declaración rendida por un tercero, no cumplen los requisitos del testimonio al no ser rendidas bajo juramento¹⁰.

El acervo probatorio así constituido, permite tener por demostrado los siguientes hechos:

4.1. Que el 31 de octubre de 1994 en horas de la tarde en el municipio de Salgar (Antioquia), cuatro agentes de la policía capturaron a dos sujetos: Tomás Antonio Giraldo (víctima por la que se demanda en este proceso) y Hugo Alberto Vélez, sindicados de haber hurtado un vehículo cargado con café, y se dispusieron a llevarlos al municipio de Salgar con el fin de ponerlos a disposición de la Fiscalía de Salgar, lugar en el que se les informó que el ofendido con el hurto se había dirigido a la Fiscalía del municipio de Andes a formular la denuncia penal, razón por la cual se trasladaron con los detenidos, pero *“cuando se disponían a trasladar a los individuos hasta Andes, en el trayecto Salgar el Barroso, sitio “Las Peñas” uno de los delincuentes desenfundó un revólver que traía mimetizado entre sus genitales, abriendo fuego contra los policiales”*, y logró lesionar a dos de los agentes, por lo que los otros dos agentes que quedaron ilesos reaccionaron y *“dieron de baja a los sujetos a quienes se les incautó un revólver marca Smith & Wesson, calibre 38 largo, No. 602740”*. Así consta en el informe de novedad No. 1194 de 1 de noviembre de 1994 rendido por el Comandante Tercer Distrito del

⁸ En cuanto a la prueba trasladada como medio probatorio, el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil indica que: "Artículo 185.- Prueba trasladada. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella". En el *sub lite* la parte actora solicitó que se trasladaran a este juicio las pruebas obrantes dentro de los procesos penal y disciplinario, y la demandada adujo adherirse a las pruebas solicitadas por la demandante, con lo cual la Sala entiende que el traslado de tales pruebas fue solicitado por ambas partes.

⁹ Entre otras sentencias de: 19 de septiembre de 2002, expediente: 13.399, 4 de diciembre de 2002, expediente 13.623; 29 de enero 2004, expediente: 14.018 (R- 0715), 29 de enero de 2004, expediente: 14.951.

¹⁰ Ver al respecto entre otras, Sentencia de 6 de julio de 2005, expediente 13.969.

Departamento de Policía Antioquia, Estación Andes (fl. 1 C. 2).

Informe que fue confirmado en la diligencia de ratificación y ampliación rendida por el Comandante Tercer Distrito del Departamento de Policía Antioquia, el 27 de noviembre de 1994, dentro del investigativo disciplinario que se adelantó por estos hechos, y en el cual se señaló que *“en el trayecto Salgar- Barroso, uno de los individuos sacó un revólver que lo tenía dentro de sus genitales y disparó contra el personal de la Subsijin”* por lo cual dos de los agentes que quedaron ilesos dieron de baja a los dos sujetos que se encontraban retenidos (fl. 9 y 10 C. 2).

De esta situación también da cuenta el informe del Departamento de Policía de Antioquia, Estación Salgar, de 1 de octubre de 1996, en el que se dijo:

“a. Según las anotaciones hechas en los libros de población y de información el día 31 10 94, una patrulla de la Subsijin adscrita a la Estación de Policía del Municipio de Andes sí capturaron a dos delincuentes sindicados de hurto de un vehículo cargado de café...

b. Según anotaciones realizadas en el libro de información para la fecha del 31 10 94 a las 14:00 de ese día regresaron a la Unidad cuatro agentes de la Subsijin del municipio de Andes con dos retenidos, los cuales al parecer habían participado en el hurto de un camión cargado de café. Salieron a los 10 minutos de cómo aparece en la respectiva anotación...

c. Sí para esa fecha fueron atacados los agentes que para esa fecha pertenecían a la Subsijin de Andes con armas de fuego revólver AG. Barrera Gallego Jesús Antonio y González Herrera William Omar. Lo anterior basado en las anotaciones hechas en los libros mencionados” (fl. 117 C. 1).

Sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el hecho, obra además la declaración de Fernando Humberto Marquez Cano según el cual, se encontraba conduciendo un vehículo cuando observó que mas adelante en la carretera había un vehículo Nissan que se había estrellado contra un derrumbe, por lo que se acercó aproximadamente a unos 30 o 40 metros de dicho automotor y vio *“cuando en la parte de atrás del carro alguien sacaba un revólver, donde vi que el conductor de la Nissan se bajó y agarró el muchacho del revólver a los balazos”* que entonces se bajó del carro y se dirigió al lugar de los hechos y se dio cuenta que había un agente de la Sijin herido por lo cual le preguntó al agente de la policía que conducía el vehículo Nissan que qué había sucedido y éste le informó que *“uno de los dos muchachos bajaba armado, sacó un revólver y le hizo unos tiros al agente de la Sijin”*, y que de inmediato el declarante se llevó a uno de

los agentes heridos al Hospital. Así mismo este testigo, indicó:

“Preguntado: Díganos quien era la persona que usted indica “en la parte de atrás del carro alguien sacaba un revólver”. Contestó: Era un civil, el muchacho sacó un revólver y cuando el conductor vio que el muchacho iba de frente el conductor de inmediato le disparó, y ahí fue donde yo me baje del carro y me fui para el lugar de los hechos, cuando ya llegué allá vi a los dos muchachos muertos en el carro y eran supuestamente capturados (...) Preguntado: Díganos si en el momento en que usted alcanzó a ver el carro Nissan en el cual iban los agentes de la Sijin y los supuestamente capturados, éstos últimos estaban con vida, o explique en que estado los vio. Contestó: Cuando el carro se encaramó al derrumbe no se alcanzaba a captar nada, ya después de los disparos después de haber parado el Nissan ya yo le pregunté al conductor que qué les pasaba y ya comenzó él a explicarme que bajando el carro en marcha uno de los capturados los encendió a los tiros, pues y alcancé a ver cuando el conductor del Nissan se tiró del carro y alcancé a ver que uno de los capturados en la parte de atrás tenía un revólver apuntándole al conductor y ahí fué donde el conductor ya le disparó a éste, el otro capturado ya estaba muerto adentro del carro en la parte de atrás y el que le estaba disparando al conductor estaba en la parte de atrás del carro y era uno de los capturados, o sea que ya habían dos agentes de la Sijin heridos” (fl. 92 a 94 C. 1).

Al respecto, también declaró el señor Rodrigo Álvarez Herrera quien se encontraba en el mismo vehículo con el citado señor Fernando Humberto Márquez y según el cual después de la ocurrencia del hecho auxiliaron a uno de los agentes de la policía que resultó herido y mientras que los trasladaban al Hospital, el agente les contó que *“habían sido unos atracadores que los habían cogido por la mañana, no recuerdo si fue en Bolombo o en Andes, y que los llevaba presos, detenidos, comentaba el policía que con un revólver les había tirado que lo llevaba metido en los testículos y con ese revólver mató al compañero de él, y lo hirió a él también”* (fl. 18 C. 2).

Por su parte, el señor Argiro de Jesús Agudelo Mesa quien manifestó ser el Alcalde del municipio de Salgar, señaló que le prestó ayuda al señor Pablo Emilio Restrepo a quien le habían hurtado su vehículo, para llevarlo a la policía para que informara sobre el suceso, que una vez se le informó a la policía sobre el hurto, los agentes capturaron a los asaltantes, y que después uno de los agentes de la policía le había comentado que *“uno de los atracadores agredió a los agentes dentro de la patrulla a bala y según ellos fue mal requisado porque tenía dizque un revólver entre los interiores y resultaron heridos dos de los agentes de esa patrulla y muertos los dos atracadores”* (fl. 117 C. 3).

En el mismo sentido declaró la señora Nora Lucia Arenas Echeverri funcionaria de la Fiscalía delegada ante el Juez Penal del Circuito de Salgar, Antioquia, quien manifestó que a pesar de que no estuvo presente en la diligencia de levantamiento de cadáver de los sujetos que habían sido capturados, leyó la diligencia y se dio cuenta que *“se trataba de esas dos personas que tenían retenidas y que estos agentes llevaban al parecer para Andes, que había habido un enfrentamiento entre los dos retenidos y los agentes que los llevaban hacia Andes, que uno de los retenidos no se cual de ellos tenía en su poder un arma de fuego y como que había atacado a los agentes y que los agentes reaccionaron y quedaron como consecuencia muertos esos dos retenidos y heridos dos agentes”* (fl. 94 y 95 C. 1).

Así las cosas, estas pruebas permiten tener por demostrado que el 31 de octubre de 1994, fueron capturados los señores Tomás Antonio Giraldo Usuga y Hugo Alberto Vélez presuntos sindicados de haber hurtado un vehículo de propiedad del señor Pablo Emilio Restrepo, que cuando la patrulla de policía los llevaba para Andes para ponerlos a disposición de la Fiscalía, uno de los retenidos sacó un arma que tenía escondida y atacó a los agentes de la policía hiriendo a dos de los policiales, razón por la cual los otros dos agentes que quedaron ilesos les dispararon a los detenidos y les causaron la muerte.

4.2. Que a los capturados se les incautó un revolver marca Smith & Wesson calibre 38 largo No. 602740, según consta en el informe de novedad No. 1194 de 1 de noviembre de 1994 rendido por el Comandante Tercer Distrito del Departamento de Policía Antioquia, Estación Andes (fl. 1 C. 2)

Que dicho revolver, no es de propiedad de la Policía Nacional y por tanto no se ha dotado con este armamento a ningún miembro de la Institución, de conformidad con el oficio No. 00569 de 3 de diciembre de 1996 expedido por el Comandante del Departamento de Policía de Antioquia (fl. 72 C. 1) y con el oficio No. 500 de 23 de noviembre de 1996 del Comandante Distrito No. Tres Andes del Departamento de Policía Antioquia (fl. 67 C. 1). Así mismo se informó en el oficio No. 246 de 9 de abril de 1997 expedido por el Jefe de Control de Armas, Municiones y Explosivos de la Cuarta Brigada Primera División del Ejército Nacional, según el cual dicho revólver no se encuentra registrado en el Archivo Nacional del Departamento Control Comercio de Armas de Bogotá (fl. 110 C. 1).

4.3. Que el retenido que poseía el arma que les fue incautada marca Smith &

Wesson calibre 38 largo No. 602740, era Hugo Alberto Vélez.

En efecto, obra en el plenario la declaración de Pablo Emilio Restrepo quien manifestó trabajar para la Cooperativa de Cafeteros de Andes y señaló que fue la persona a la que le hurtaron el vehículo que contenía una carga de café, y según el cual el día de la ocurrencia del hecho, aproximadamente cinco personas lo retuvieron con la finalidad de robarle el vehículo cargado con café y unos dineros que llevaba, que después del hurto dos de los asaltantes se quedaron con él y lo amarraron, para lo cual describió a estos dos sujetos como *“un morado, éste vestía un mocho como yin (sic) azul desteñado ya, una chaqueta azul, así como de yin (sic), el zapato era como bajito, pero no recuerdo el color (...) y medias así corticas como tobilleras”*, que el segundo hombre tenía *“un pantalón de yin (sic) azul desteñado, la camisa si no me acuerdo porque no le reparé mucho, de sombrero aguadeño pabiao (sic) pabajo (sic) también era moreno, era el mas alto”*, sostuvo además que después que los dos sujetos lo amarraron y se fueron, él logró soltarse y salir a la carretera donde lo auxilió un vehículo en el que iba el Alcalde de Salgar, el conductor y el tesorero municipal, los cuales lo llevaron hasta una patrulla de la policía para que informara lo sucedido. Señaló que la policía procedió a capturar a los asaltantes para lo cual interceptaron un bus que se dirigía a Medellín y de allí bajaron a uno de los sujetos quien era el que tenía el revólver, en cuanto señaló que *“Preguntado: Sirvase decir si el sujeto que bajaron del bus los agentes del F2, era uno de los que le hurtó el camión con café a usted. Contestó. Sí, él fue que se estuvo conmigo hasta medio día y me amarró, y fue quien me puso el revólver en el momento del atraco”* (fl. 16 y 17 C. 2).

Por su parte, los declarantes Argiro de Jesús Agudelo quien manifestó ser el Alcalde de Salgar y Luís Albeiro Castro quien señaló ser el Tesorero municipal de Salgar, y según los cuales ayudaron a Pablo Emilio Restrepo para que informara a la policía sobre el atraco, indicaron que la persona a la que la policía bajó del bus para capturarlo por el presunto delito de hurto, fue a un señor *“de tez morena, tenía una camisilla blanca con letras negras o verdes no me acuerdo bien, como de unos pantalones cortos y llevaba en la mano izquierda una chaqueta si no estoy mal de un color azul”* (fl. 15 C. 2).

Lo anterior permite demostrar que la primera persona que capturaron los agentes de la policía, era un hombre de tez morena que usaba pantalones cortos de color azul, y que además era el sujeto que poseía el arma por cuanto en el momento del

atraco fue quien le apuntó con el revólver al señor Pablo Emilio Restrepo a quien le hurtaron el vehículo.

Para determinar cual de los dos asaltantes tenía estas características, la Sala examinará la diligencia de levantamiento de cadáver practicada por la Unidad Única de Fiscalía de Salgar, el 31 de octubre de 1994, en la que consta que se encontraron los cadáveres de Tomás Antonio Giraldo quien estaba vestido con una *“camiseta morada, bluyin (sic) azul desteñado, botas en cuero amarillas (...) y un sombrero blanco de paja”* y de Hugo Alberto Vélez quien estaba vestido con *camisilla blanca con letras negras, bermudas de tela bluyin (sic) (...) a un lado de este también se encontró una chaqueta de tela bluyin (sic) de color azul”* (fls. 64 y 65 C. 2).

Es decir que la persona que poseía el arma era el señor Hugo Alberto Vélez quien usaba *“bermudas de tela bluyin (sic)”*, y porque debajo de su cadáver *“en la parte izquierda de la última banca y a la altura de la cintura se encontró un revólver sin marca exterior visible, con cachas en madera color café”* según se consignó en la citada diligencia.

4.3. Que el detenido Hugo Alberto Vélez que poseía el revólver, fue la persona que disparó en contra de los agentes de la policía.

Así lo informó el ya citado testigo Fernando Humberto Marquez Cano, quien se encontraba en la carretera para el momento en el que se presentó el hecho y observó el enfrentamiento entre los policiales y uno de los detenidos, y según el cual vio que uno de los sujetos tenía un revólver sobre la ventana del vehículo policial con el cual le apuntaba a uno de los agentes de la policía, y describió a dicho sujeto así: *“el que tenía el revólver le vi un pantalón corto color claro”* (fl. 19 C. 2)

Es decir que quien disparó en contra de los policiales fue Hugo Alberto Vélez por cuanto era la persona que vestía un pantalón corto color claro, descripción que coincide con la vestimenta que tenía Vélez señalada en la diligencia de levantamiento de cadáver, dado que el otro sujeto capturado y por cuya muerte se demanda en esta acción indemnizatoria, esto es, el señor Tomás Antonio Giraldo tenía un pantalón de jean, de acuerdo con la citada diligencia, atuendo que no coincide con aquel señalado por el testigo como el de la persona que disparó en

contra de los policiales.

Afirmación que encuentra respaldo en lo señalado en la diligencia de levantamiento de cadáver, en la que se indicó:

“El agente Espinosa Giraldo José Albeiro, informó verbalmente y en momentos en que se practica la diligencia, que los dos sujetos fueron retenidos por la Sijin como presuntos implicados en el hurto de un camión cargado de café y que eran conducidos de Salgar al municipio de Andes, y que por el sector de “Las Peñas”, antes de llegar a la troncal del café, uno de los retenidos, HUGO ALBERTO VÉLEZ, extrajo un revólver y atacó a tiros a los agentes hiriendo de gravedad a Barrera Gallego Jesús, y levemente a González Herrera William, ante lo cual reaccionaron Espinosa Giraldo y Pérez dando muerte a los dos civiles retenidos, atacándoles desde la parte externa del vehículo” (fl. 65 C. 2).

Lo anterior significa que la persona que portaba un arma y que disparó en contra de los agentes de la policía era aquella que estaba vestida con un pantalón corto, vestimenta que utilizaba el señor Vélez y no Tomás Antonio Giraldo quien tenía puestos un pantalón de jean largo.

4.4. Que no se demostró que el retenido Tomás Antonio Giraldo Usuga hubiere disparado en contra de los agentes de la policía.

Si bien en el expediente obran varias providencias proferidas dentro de los procesos disciplinario y penal que se adelantaron con ocasión de los hechos que aquí se controvierten (fls. 70 -76 y 104-114 C. 2, y 132-136, 140-145 y 152-159 C. 3), en las cuales se indicó que los dos retenidos habían disparado en contra de los agentes de la policía, uno con un revólver que traía escondido en su cuerpo y el otro con un arma de dotación oficial que le había logrado quitar a uno de los agentes que estaba herido, y que por ese motivo se les impuso sanción disciplinaria a los policiales por no haber cumplido con sus obligaciones y no haber requisado correctamente a los retenidos, y en el investigativo penal se cesó todo procedimiento en contra de ellos por haber actuado en legítima defensa ante la agresión de los retenidos; lo cierto es, que esa afirmación no encuentra respaldo probatorio en el expediente, por cuanto se encuentra soportada en la versión que rindieron los policiales en la versión libre y en la indagatoria, la cual no se puede valorar en este proceso por no tener el carácter de testimonial al no ser rendida bajo juramento, y además porque en el informe de novedad No. 1194 de 1 de noviembre de 1994 rendido por el Comandante Tercer Distrito del Departamento

de Policía Antioquia, solamente se informó que uno de los retenidos había escondido un arma con la cual había agredido a los policiales, pero no se hace mención de que el otro retenido hubiere tomado un arma de dotación oficial para atacar a los agentes.

Para la Sala resulta extraño que los agentes de la policía informaran durante su injurada que habían sido atacados por los dos retenidos, cuando el informe de novedad no consigna esta situación, y además en la diligencia de levantamiento solamente se encontró un revólver pero en ningún momento se señaló que alguno de los retenidos hubiere empleado un arma de dotación oficial para acometer en contra de los agentes, y además en esta diligencia consta la declaración que en forma verbal hizo uno de los policiales quien solamente señaló que habían sido atacados por uno de los retenidos que tenía un revólver, esto es, por Hugo Alberto Vélez, pero no manifestó que hubieren sido agredidos por el otro detenido Tomás Antonio Giraldo.

En consecuencia, se acreditó en el plenario que el señor Tomás Antonio Giraldo Usuga fue detenido por agentes de la policía junto con el señor Hugo Alberto Vélez, sindicados del delito de hurto y que cuando los llevaban en una patrulla de la policía para ponerlos a disposición de la Fiscalía de Andes, uno de los retenidos sacó un revólver que tenía escondido y agredió a dos de los agentes de la policía, razón por la cual los otros dos policiales dispararon en contra de los retenidos y les causaron la muerte. Que el detenido que tenía el arma fue el señor Hugo Alberto Vélez, quien fue el que agredió a los agentes de la policía, sin que en dicho ataque participara el otro detenido Tomás Antonio Giraldo Usuga.

5. Sobre la responsabilidad de la entidad demandada.

En el *sub lite* la Sala encuentra demostrado que la entidad demandada incurrió en la falla del servicio que se le imputa y que la misma fue la causa del daño, por cuanto está acreditado que la víctima, señor Tomás Antonio Giraldo Usuga, fue retenido el 31 de octubre de 1994 en el municipio de Salgar (Antioquia) por miembros de la Policía Nacional quienes le imputaron la comisión de un delito y que falleció como consecuencia de los disparos que le propinaron los agentes de la policía.

Cabe precisar, que si bien los agentes actuaron de esa manera para repeler la agresión del otro retenido, es decir de Hugo Alberto Vélez respecto del cual está plenamente acreditado que disparó en su contra, y por tanto actuaron en legítima defensa, lo cierto es que tal eximente no opera frente al señor Tomás Antonio Giraldo Usuga, porque no se demostró que él los hubiere atacado, razón por la cual al haberse probado que la víctima falleció cuando se encontraba retenido en la patrulla de la Institución demandada, es decir cuando se hallaba bajo la custodia y vigilancia de los policiales, se compromete la responsabilidad de la demandada.

En síntesis, como quiera que se demostró que el señor Tomás Antonio Giraldo Usuga falleció cuando se encontraba detenido por miembros de la Policía, es evidente que el Estado faltó a su deber de proteger a ese ciudadano del daño al que se vio expuesto, e incumplió los deberes de custodia y seguridad frente a los retenidos para garantizar su vida, honra e integridad física (artículo 2 C.P.), y en consecuencia deberá indemnizar a quienes ese hecho causó perjuicio, conforme a la liquidación que a continuación se realizará.

6. La liquidación de los perjuicios causados

6.1 Perjuicios morales

Tal como se señaló antes, los demandantes acreditaron el parentesco que éstos tenían con las víctimas, del cual se infiere el perjuicio moral que sufrieron con la muerte de Tomás Antonio Giraldo Usuga. Por lo tanto, se reconocerá la indemnización.

Se solicitó en la demanda, una indemnización equivalente a 1.000 gramos de oro en favor de cada uno de los demandantes, esto es, de los padres y hermanos de la víctima. Se advierte, que para establecer el valor de la indemnización a reconocer a título de perjuicios morales, la Sala tendrá en cuenta los criterios establecidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13.232 y 15.646, en la cual fijó tal indemnización en cien salarios mínimos legales mensuales vigentes el valor del perjuicio moral, en los eventos de mayor intensidad.

La Sala reconocerá la indemnización por perjuicios morales en favor de las demandantes, así: un valor equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales

vigentes a favor de los padres del fallecido y de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de los hermanos de la víctima.

6.2 Perjuicios materiales

En relación con el reconocimiento del lucro cesante a favor de los padres, la jurisprudencia ha dicho que se presume que los hijos ayudan a sus padres hasta la edad de veinticinco años, en consideración *“al hecho social de que a esa edad es normal que los colombianos hayan formado su propio hogar, realidad que normalmente impide atender las necesidades económicas en otros frentes familiares”*¹¹. Además, se ha considerado que cuando se prueba que los padres recibían ayuda económica de sus hijos antes del fallecimiento de éstos, la privación de ésta tendría un carácter cierto y se ha presumido que la misma habría de prolongarse en el tiempo, más allá de la edad referida de los hijos, a condición de que se reúnan algunas circunstancias que permitieran afirmar tal presunción como la necesidad de los padres, su situación de invalidez, su condición de hijo único¹².

En el caso concreto, se acreditó que al momento de morir el señor Tomás Antonio Giraldo Usuga tenía 30 años 10 meses y 25 días de edad, pues nació el 6 de diciembre de 1963 según consta en su registro civil de nacimiento (fl. 13 C. 1) y falleció el 31 de octubre de 1994 de conformidad con su registro civil de defunción (fl. 14 C. 1), y no se demostró la existencia de ningún hecho que hiciera presumir que la ayuda económica que brindaba a sus padres habría de prolongarse en el tiempo, habida consideración de que tenía otros hermanos mayores a quienes correspondía asumir la obligación alimentaria, como tampoco se demostró que aquéllos se hallaran en situación de invalidez o abandono ni carecieran de recursos para proveerse su propio sustento.

Por lo tanto, no se reconocerá la indemnización solicitada por lucro cesante.

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

¹¹ Ver, por ejemplo, sentencia del 12 de julio de 1990, exp: 5666

¹² Ver, entre otras, sentencias de: 11 de agosto de 1994, exp: 9546; 8 de septiembre de 1994, exp: 9407; 16 de junio de 1995, exp: 9166, 8 de agosto de 2002, exp. 10.952 y de 20 de febrero de 2003, exp: 14.515.

FALLA:

REVÓCASE la sentencia recurrida, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 27 de enero de 2000 y, en su lugar, **SE DISPONE:**

PRIMERO. DECLÁRASE que la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional, es patrimonialmente responsable de la muerte del señor Tomás Antonio Giraldo Usuga, ocurrida el 31 de octubre de 1994, en el municipio de Salgar (Antioquia).

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, CONDÉNASE a la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional, a pagar a los demandantes los perjuicios morales sufridos, así:

1. Para los señores Tomás María Giraldo y Carmen Emilia Usuga la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

2. Para las señoras Olga de Jesús, María Gabriela, Berta Marina, María Virgelina y Aurora Giraldo Usuga, de la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una.

TERCERO. NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO. La Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional, dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

QUINTO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR