

PRUEBAS TRASLADADAS - Valor probatorio / INDAGATORIA - Ineficacia probatoria / DAÑO - Existencia / IMPUTACION - Determinación / SENTENCIA PENAL - No surte efectos de cosa juzgada en el proceso contencioso administrativo

Debe precisarse que la copia auténtica de las pruebas practicadas en el proceso penal militar, investigación a la que dio lugar los hechos a que se refiere el presente caso, si bien sólo fueron solicitadas como prueba trasladada por la parte actora sin que a dicha petición se adhiriera la entidad demandada, pueden ser valoradas en consideración a que la Sala ha determinado, en jurisprudencia reiterada, que los medios suasorios obrantes en ellos fueron practicados con audiencia de la demandada, por cuanto esa entidad intervino en el proceso original. Asimismo, las indagatorias de los agentes de policía, implicados en el hecho, no pueden ser valoradas, ya que carecen del requisito del juramento, necesario para poder ser tenidas como declaración de tercero, conforme al artículo 227 del Código de Procedimiento Civil. Que el 27 de julio 1994, fallecieron Alcides de Jesús Rivera Jiménez y Dayber León Oquendo Oquendo, a causa de hipertensión endocraneana, lesión encefálica, heridas por arma de fuego el primero, y el segundo por shock hipovolémico, lesión cardio pulmonar, de acuerdo con los certificados de los registros civiles de defunción. Que la muerte de Alcides de Jesús Rivera Jiménez y Dayber León Oquendo Oquendo, fue ocasionada por miembros de la Policía Nacional, según da cuenta el informe del Comandante de la Estación de Policía Base Urrao. La Sala sin embargo hará el análisis y valoración de los diferentes medios probatorios allegados a este proceso, aunado al hecho reiterado por la jurisprudencia de esta Corporación, según el cual la sentencia penal no genera efectos de cosa juzgada respecto del proceso contencioso administrativo de responsabilidad patrimonial de la administración pública.

MUERTE DE CIVILES POR PARTE DE LA FUERZA PUBLICA - Responsabilidad patrimonial del Estado / LEGITIMA DEFENSA - Inexistencia / PROPORCIONALIDAD / FALLA EN EL SERVICIO - Exceso de la Fuerza Pública

Los elementos probatorios aportados al proceso, permiten demostrar, de manera diáfana, que el día 27 de julio de 1994, murieron los señores Alcides de Jesús Rivera Jiménez y Dayber León Oquendo Oquendo, como consecuencia de un enfrentamiento con agentes de la Policía Nacional. Si bien, está acreditado que los occisos se encontraban armados, también lo es que la necesidad de la defensa aducida por los agentes de la policía que se enfrentaron con ellos, no fue demostrada. De manera adicional a lo que evidencian las necropsias, se puede advertir que el ataque de los policías fue desproporcionado, por cuanto, las lesiones fueron de carácter mortal, teniendo la posibilidad de neutralizarlos con un disparo de advertencia; pero no, los uniformados dispararon tres y cuatro veces cada uno, impactando a las víctimas a una en cuatro ocasiones, y a la otra en dos. Igualmente resulta extralimitada la reacción de los uniformados, si se tiene en cuenta que a las víctimas no se los encontró en ninguna circunstancia delictiva, se pretendía realizar una requisa, es decir, no se tenía certeza de que estuvieran perpetrando un delito. Efectuadas las anteriores consideraciones, y arribando a las conclusiones probatorias expuestas, para la Sala es evidente que en el caso concreto se incurrió en una falla del servicio por exceso de la fuerza pública, como quiera que el resultado fue desproporcionado en relación con la inminencia de la circunstancia.

NOTA DE RELATORIA: En relación con los parámetros en el uso de la fuerza estatal, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Caso Neira Alegría y otros vs. Perú, del 19 de enero de 1995.

NOTA DE RELATORIA: Acerca de la inviolabilidad del derecho a la vida, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 17.318.

USO DE LA FUERZA PUBLICA / DAÑO ANTIJURIDICO - No comporta per se la responsabilidad del Estado / FALLA EN EL SERVICIO / USO DE LA FUERZA PUBLICA - Debe someterse a un juicio de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad / RAZONABILIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD DEL EJERCICIO DE LA FUERZA PUBLICA

El uso de la fuerza y, concretamente, la necesidad de salvar una vida humana se establece como un criterio de ultima ratio, es decir, que se trata del último recurso al cual debe acudir la fuerza pública para neutralizar o repeler un delito o agresión. No debe perderse de vista que el artículo 2 de la Carta Política asigna en cabeza de las autoridades públicas la protección genérica de la vida, honra y bienes de todos los asociados, inclusive frente a aquellos que pueden ser catalogados como delincuentes. Ahora bien, lo anterior no significa que en asuntos de responsabilidad patrimonial del Estado, siempre que se ponga fin a una vida humana haya lugar a decretar una indemnización de perjuicios, toda vez que, dependiendo del régimen o título jurídico aplicable es posible que se haya acreditado una causal eximente de responsabilidad por ausencia de imputación, o que se establezca un comportamiento diligente y cuidadoso, circunstancias que enervarían las pretensiones de la demanda en esos casos concretos; como quiera que, en todo proceso en que se juzgue la responsabilidad de la administración pública, en los términos del artículo 90 de la Carta Política, se necesitará de la acreditación del daño y de la imputación del mismo a una entidad de derecho público. En consecuencia, la sola demostración del daño antijurídico no basta para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que éste es condición necesaria más no suficiente de la misma. Así las cosas, a efectos de establecer sí en el presente caso se incurrió en una falla del servicio, por desproporción en el uso de la fuerza pública, resulta 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 respecto de la agresión. En el caso concreto se tiene que, no se tenía certeza en el momento de los hechos si los señores Dayber Oquendo y Alcides Rivera eran delincuentes y menos que estuvieran realizando alguna actividad delictiva, sin embargo fueron neutralizados mediante un uso desproporcionado e injustificado de la fuerza ya que estaban prácticamente desarmados, como se vio un arma era de juguete y la otra no se encontraba funcionando o de entenderse que funcionó, realizaron un único disparo, a cambio recibieron heridas múltiples en órganos vitales, que les ocasionaron la muerte. Así las cosas, como se desprende de la valoración probatoria, los dos uniformados no procuraron una neutralización más efectiva que no implicara dar muerte a las víctimas, sino que partieron de una falsa convicción consistente en una presunta agresión por parte de aquellos, lo que configuró una falla del servicio, que dio al traste con el derecho a la vida de Dayber León Oquendo y Alcides de Jesús Rivera. Se insiste, este derecho es inviolable y sólo puede ceder en estas situaciones o circunstancias, cuando se demuestra una legítima defensa o un estado de necesidad, pero siempre ponderando otro bien jurídico de igual rango, es decir, otra vida humana en términos de inminencia y urgencia. Es evidente que se transgredió el derecho a la vida de las víctimas ya que no se agotaron todos los mecanismos para garantizar su captura o su requisa; en efecto, el ataque a los agentes no se encuentra acreditado, no se probó que el arma haya sido disparada; no se trataba de un evento de urgencia, ya que se encontraban atendiendo una llamada de personas sospechosas, pero sin que se hubiera denunciado algún delito en especial; de otro lado, no fue proporcional, porque la agresión –supuesto disparo de un arma hechiza– no se ajustó a la reacción, esto es, dos agentes del orden disparando en más de cuatro oportunidades cada uno, causando lesiones mortales y no de aviso.

NOTA DE RELATORIA: En cuanto al uso de las armas en forma proporcional, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de marzo de 1993, exp. 7237, M.P. Julio César Uribe Acosta.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D. C, veintiséis (26) de mayo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 05001-23-31-000-1994-02459-01(18888)

Actor: HERNANDO DE JESUS OQUENDO JIMENEZ Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL-

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 10 de mayo de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se resolvió lo siguiente:

“1. NIÉGANSE LAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA

“2) NO HAY LUGAR A COSTAS.” (mayúsculas fijas del original - fl. 91 cdno. ppal.).

I. Antecedentes

1. En demandas separadas, presentadas el 15 de noviembre de 1994, Rosalba Jiménez viuda de Rivera, actuando en su nombre y en representación de su hijo menor Javier de Jesús Rivera Jiménez, José Elias, Hermes de Jesús, María Luzmila, Blanca Irian, y Rubiela de Jesús Rivera Jiménez, madre y hermanos de Alcides de Jesús Rivera Jiménez (proceso No. 1994-2459); y Hernando de Jesús Oquendo, Bernarda Oquendo de Oquendo, Alba Lucía, Aleyda de Jesús, Jhon Jairo, Luís Hernando y Jarbin Alonso Oquendo Oquendo, padres y hermanos de Dayber León Oquendo Oquendo

(proceso No. 1994-2451), solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación –Ministerio de Defensa, Policía Nacional-, por la muerte de sus familiares Alcides de Jesús Rivera Jiménez y Dayber León Oquendo Oquendo, que tuvo lugar el 27 de julio de 1994, en el municipio de Urrao, Antioquia.

En consecuencia, pidieron que se condenara a la demandada al pago de perjuicios morales en el equivalente a 1000 gramos oro para los padres de las víctimas, y 500 gramos oro para los hermanos; al pago de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y daño emergente, según lo que se probara en el proceso, a favor de los padres de las víctimas.

Como fundamento de sus pretensiones narraron que en la fecha y municipio citados, las víctimas se encontraban en la localidad de Puerto Nuevo cuando una patrulla de la Policía se los llevó al barrio 20 de julio, donde les causaron la muerte, lo que constituye una falla del servicio.

2. Las demandas fueron admitidas en autos del 25 y 30 de noviembre de 1994 y notificadas en debida forma.

El Ministerio de Defensa, en la contestación de la demanda en el proceso No. 1994-2451, aseveró que la muerte de Dayber León Oquendo Oquendo, se produjo en un operativo de la Policía, el que se ajustó a derecho y a las normas de la institución para esos procedimientos.

3. Mediante auto de 6 de julio de 1995, se acumularon los procesos con radicados 94-2459 y 94-2451 por tratarse de los mismos hechos y demandado.

4. Concluida la etapa probatoria, y fracasada la conciliación, se dio traslado para alegar.

La parte demandada adujo que los hechos ocurridos el 27 de julio de 1994, se originaron en una información recibida, acerca de la presencia de personas armadas en el sector de los Pinos, lugar en el que se habían presentado atracos, por lo que se envió una patrulla, y en el desarrollo del operativo, dos de los miembros de la Policía tuvieron contacto con desconocidos, a quienes se les dio la voz de alto; sin embargo aquellos respondieron accionando armas de fuego; armas que a la postre resultaron ser una de

juguete y la otra un trabuco, pero estas circunstancias no eran conocidas por los agentes al momento del enfrentamiento, por lo que debieron defenderse con el armamento de dotación oficial, al ser víctimas de una agresión que puso en peligro sus vidas, constituyendo así una causal de exoneración de responsabilidad, como lo es el hecho exclusivo de la víctima.

La parte demandante expuso que de los diferentes medios probatorios recaudados, se puede establecer la desproporción de la legítima defensa empleada por los agentes de la Policía, ya que realizaron múltiples disparos contra Alcides de Jesús Rivera Jiménez y Dayber León Oquendo Oquendo, quienes portaban un arma de juguete y un trabuco, este último al parecer perteneciente a otro caso, pues fue decomisado el mismo día a otra persona, hecho que no fue esclarecido durante la investigación.

En concepto del Ministerio Público, el supuesto enfrentamiento de las víctimas con los agentes de la Policía no existió, y en consecuencia no estaban facultados para ocasionarles la muerte, la actuación de los agentes fue desproporcionada e ilógica, porque no se recaudó prueba sobre la presunta actuación delictiva de los occisos para la fecha de los hechos, quienes no tenían antecedentes penales y portaban un arma de juguete y la otra un trabuco no apto para disparar, por lo que la actuación fue desproporcionada y en consecuencia se colegía la responsabilidad de la administración.

II. Sentencia de primera instancia

El Tribunal negó las pretensiones de la demanda, luego de realizar el análisis probatorio de los testimonios recepcionados en el proceso, así como de los practicados en el proceso penal militar; consideró que los agentes de Policía obraron en forma apropiada y sin exceso, pues por las circunstancias geográficas, las condiciones climáticas y el enfrentamiento, no era posible que ellos se pusieran en aptitud de indagar si las víctimas portaban armas verdaderas; adicionalmente, dio por establecido que ninguno de los jóvenes fue transportado en la patrulla de la Policía, el único civil que estuvo en ese vehículo en la fecha señalada, fue el inspector de Policía.

III. Recurso de apelación

1. La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, el que le fue concedido el 20 de junio de 2000 y admitido el 25 de octubre de esa misma anualidad.

2. El actor, en la sustentación del recurso, señaló que las razones de su inconformidad son de orden probatorio, para lo cual se apoyó en el concepto del Ministerio Público rendido en la primera instancia, y precisó que de conformidad con el dictamen de balística, el trabuco no era apto para disparar, motivo por el cual el enfrentamiento entre las víctimas y los agentes de la Policía, nunca pudo generarse, por lo que no es posible hablar de legítima defensa.

En relación con los testimonios, afirmó que el análisis realizado por el *a quo* es inapropiado porque desestimó algunos pero no indicó sus fundamentos, ni las supuestas contradicciones e imprecisiones y no tuvo en cuenta el indicio acerca de que las víctimas fueron transportadas en la patrulla.

3. En el traslado para presentar alegatos de conclusión, la parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

La parte actora reiteró lo expuesto en los alegatos de conclusión de primera instancia y en el recurso de apelación; insistió una vez más en que la agresión nunca existió pues el trabuco no era apto para disparar y se encontraba corroído por el óxido.

IV. Consideraciones:

1. Corresponde decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 10 de mayo de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, para lo cual se analizará el caso concreto a partir del material probatorio allegado.

2. Debe precisarse que la copia auténtica de las pruebas practicadas en el proceso penal militar, investigación a la que dio lugar los hechos a que se refiere el presente caso, si bien sólo fueron solicitadas como prueba trasladada por la parte actora sin que a dicha petición se adhiriera la entidad demandada, pueden ser valoradas en consideración a que la Sala ha determinado, en jurisprudencia reiterada, que los medios suasorios obrantes en ellos fueron practicados con audiencia de la demandada¹, por cuanto esa entidad intervino en el proceso original.

Asimismo, las indagatorias de los agentes de policía, implicados en el hecho, no pueden ser valoradas, ya que carecen del requisito del juramento, necesario para poder ser tenidas como declaración de tercero, conforme al artículo 227 del Código de Procedimiento Civil.

3. Con apoyatura en las pruebas practicadas en el proceso, se encuentran demostrados los siguientes hechos:

3.1. Que el 27 de julio 1994, fallecieron Alcides de Jesús Rivera Jiménez y Dayber León Oquendo Oquendo, a causa de hipertensión endocraneana, lesión encefálica, heridas por arma de fuego el primero, y el segundo por shock hipovolémico, lesión cardio pulmonar, de acuerdo con los certificados de los registros civiles de defunción (fl. 4 cdno. No. 1 y fl. 6 cdno. No. 2).

3.2. Que la muerte de Alcides de Jesús Rivera Jiménez y Dayber León Oquendo Oquendo, fue ocasionada por miembros de la Policía Nacional, según da cuenta el informe del Comandante de la Estación de Policía Base Urrao, Camilo Andres Díaz Galindo:

“Respetuosamente me permito informar a mi Coronel Señor Comandante del Departamento, sobre los hechos ocurridos el día de ayer Miércoles 27 de Julio de 1994 a las 18:20 horas en zona Rural vereda el Indio parte álta (sic) del Barrio Veinte de Julio, cuando en operativo Policial, fueron dados de baja los Señores que relaciono a continuación, siendo ellos:

¹ Ver sentencias de 18 de septiembre de 1997, expediente 9666; de 8 de febrero de 2001, expediente 13.254; de 17 de mayo de 2001, expediente 12.370; de 21 de febrero de 2002, expediente: 05001-23-31-000-1993-0621-01(12789).

“01.- ALCIDES DE JESUS RIVERA JIMÉNEZ: 19 años- soltero –hijo de Sigifredo y Rosalba- natural y residente en Urrao Barrio Patiobonito, sin profesión u oficio, Alfabeta y CC Nro. 15’488.268 de Urrao Ant.____ PRESENTA.____ Dos (2) impactos de arma de fuego con orificio de entrada en el epigastrio y tetilla izquierda con salida lado posterior. Le fue hallada una pistola hechiza, material de aluminio o cromo color gris oscuro cachas en pasta, marcada en álto (sic) relieve como Browning la cual es ficticia o falsa. Vestía franela blanca y encima una franela roja, pantalón Jean (yin) azul y debajo de éste bermudas color anaranjado.

“02.- BARBER (sic) LEON OQUENDO OQUENDO: 18 años- soltero-hijo de Hernando y Bernarda – natural y residente de Urrao Barrio Patiobonito, sin profesión u oficio – Alfabeta e indocumentado. ____ PRESENTA____ Tres (3) impactos de arma de fuego en tórax y abdomen, con orificio de salida parte posterior. Se le decomiso un (1) trabuco o changoncito, calibre 38 largo con tres (3) cartuchos y una (1) vainilla dentro de la recámara disparada, una (1) peluca para dama, una (1) media velada color carmelita para dama con la cual al parecer cubría su rostro, una (1) bolsita negra plástica que contenía (sic) dos (2) gramos de marihuana. Vestía camiseta blanca y debajo de ésta una camiseta negra de lycra, bermuda tela blue- jean azul claro. (fl. 2 cdno. No. 3)

3.3 En cuanto a la forma como ocurrieron los hechos, en el proceso penal militar rindió testimonio la señora Arnobia Rivera Jiménez, en el que indicó:

“Lo que yo sé era miércoles día en que a ellos los mataron, yo iba para el 20 a la seis y media de la tarde, yo iba sola porque iba para donde un señor, yo ví (sic) el pequeño blanco y verde, me parece que el número era el 030 el carro de la policía, y dentro iba ALCIDES, yo supe que era ALCIDES por que el me miro (sic), Alcides iba con una pantaloneta no recuerdo el color, me parece que llevaba una camiseta esqueleto o busito no recuerdo el color, iban tres agentes de civil y manejaba otro civil, yo no lo vi cuando lo montaron en el carro, el carro venía de arriba de puerto nuevo y (sic) iban para el 20 a la sesi (sic) y media. (fl. 42 cdno. No. 3)

Posteriormente, en reconocimiento de fila de personas, la testigo señaló a Diego Javier Sanchez Peña como uno de los agentes que se movilizó en la patrulla en la que vio a Alcides Rivera (fl. 52 cdno. No.3).

Lo anterior fue ratificado en el proceso por la señora Arnobia Rivera Jiménez, en testimonio en el que señaló, una vez más, que el día de los hechos vio a Alcides Rivera

en la patrulla de la Policía, acompañado de tres agentes, todos de sexo masculino, pero no vio el momento en el que lo subieron (fls. 38 a 39 vto. cdno. No. 2).

De las declaraciones recepcionadas en el proceso se destacan las siguientes, que según sus dichos, vieron a las víctimas antes de su muerte en la patrulla de la Policía:

Testimonio rendido por Gloria Arcila Espinosa Varela:

“(...) el día que los mataron a ellos ellos subieron por mi casa de para arriba, iban con unos policías, en esto (sic) momento (sic) no los puedo reconocer porque eso hace mucho tiempo, en todo caso iba una mujer policía, por ahí a la media hora de ellos haber subido por ahí, sentimos unos tiros y estaba lloviendo mucho, entonces yo salí a mirar y no ví (sic) nada (...).

“PREGUNTADO: Quienes iban en esa patrulla? CONTESTO: **Iban dos policías y una mujer policía y DAYBER Y ALCIDES.**” (negrilla fuera de texto - fl. 34 y vlto.cdno. No. 2).

Declaración de Olga Lucia Rivera Jiménez:

“(...) yo vi el carro de la policía que pasó delante de mi, **me quedé mirando y vi a Alcides, más sin embargo yo no me percaté de que realmente fuera él, me pareció parecido a él** y me seguí a donde ellos me estaban esperando y no estaba, de pronto miró el carro que subió para arriba (sic) del veinte, paró y vi cuando dos muchachos corrían de para arriba y dos agentes de la Policía detrás de ellos, y eran dando bala ahí, pues, disparando, yo me quede de ahí hasta que se escondieron para arriba en los matorrales porque ya no se veía por donde corría, solamente se sentía la bala, ya me dirigí a mis casa y los muchachos no aparecieron. PREGUNTADA: Porqué no estaba segura de que el que iba en la patrulla era Alcides? CONTESTO: **Porque pasó muy rápido (...) además de eso, los llevaban como muy agachados**, o sea yo miré el carro que pasó muy rápido, alguien como que trató de levantarse, entonces yo pensé Alcides? Pero más sin embargo yo me seguí.

“PREGUNTADA: Cuando vio que de la patrulla se bajaron dos jóvenes y empezaron a correr, le pareció que se tratara de DAYBER LEON Y ALCIDES? CONTESTO: **De momento no**, pero cuando ya los vi corriendo, le vi los mochos azules y la camisa azul a Alcides que era la misma ropa que tenía cuando se fue de mi casa y la de DAYBER también era la misma ropa con que se había ido a mi casa, también tenía unos mochos y una camisa blanca.” (resalta la Sala - fls. 40 a 41 cdno. No. 2)

El anterior testimonio resulta contradictorio ya que en unos apartes dice haber visto a Alcides, pero luego duda de si en realidad se trataba de él y en ningún momento se

refiere a Dayber, posteriormente pretende identificarlos por la ropa que llevaban puesta; sin embargo, la descripción que da de las prendas de vestir no concuerda con lo consignado en el acta de levantamiento de cadáver de Alcides Rivera (fl. 14 cdno No. 3) en la que se especificó que llevaba una camiseta blanca con estampado y no azul según lo afirma la testigo.

Adicionalmente, causa extrañeza la actitud de la testigo en el momento de los hechos, quien, al ver supuestamente que le disparaban a Dayber y Alcides, con quienes, según ella misma informó, se iba a encontrar en ese momento, a la pregunta de “¿qué hizo al reconocerlos y ver que les disparaban?”, contestó “Ahí (sic) serán los muchachos?, pero no creía nada pero pensé, que seguramente no habían conseguido la arena en Puerto Nuevo y entonces me fui para la casa a ver si me estaban esperando, yo ya había ido a la casa del 20 de julio y ahí fue cuando vi como les disparaban”; lo anterior, además de contradictorio, evidencia otra vez que la testigo no tenía certeza de que se trataba efectivamente de Dayber Oquendo y Alcides Rivera.

También se recibieron testimonios que enfáticamente señalan que el 27 de julio de 1994, en la patrulla que se desplazó por el lugar, previo a los hechos no se encontraban Alcides Rivera, ni Dayber Oquendo:

Testimonio rendido por María Resurrección Florez:

“PREGUNTADO: Quienes iban en esa patrulla a las seis de la tarde cuando pasó por primera vez? CONTESTO: Yo no recuerdo, como era que iba era pura ley, iban por ahí unos cuatro o cinco o seis policías. PREGUNTADA: Esa primera vez, vio ud. en la patrulla a DAYBER Y ALCIDES? CONTESTO: **No, no ahí no los subía, yo no los vi en la patrulla.** PREGUNTADA: Esa primera vez, en la patrulla iba una mujer policía? CONTESTO: No, no ahí no habían guardianas ni nada, ahí no iba sino la mera ley, eran puros hombres. PREGUNTADA: Al cuanto tiempo de haber pasado la patrulla empezó a escuchar los disparos? CONTESTO: No pues ahí mismo, ahí apenas se bajaron. (negrilla fuera de texto - fl. 36 vto. cdno No. 2).

Testimonio rendido por Edilma de Jesús Herrera:

“PREGUNTADA: vio si en la patrulla iban DAYBER Y ALCIDES? No. PREGUNTADA: vio en la patrulla a una mujer policía. CONTESTO: No.” (fl. 43 vlto. Cdno. No. 2).

Estas versiones además de exponer que en la patrulla no se encontraban Alcides Rivera, ni Dayber Oquendo, señalan que tampoco se transportó ninguna mujer, por lo que son contrapuestos con el rendido por la señora Arnobia Rivera.

En consecuencia, como los testimonios recepcionados tendientes a demostrar que Alcides de Jesús Rivera y Dayber León Oquendo fueron trasladados en la patrulla de la Policía, no son coherentes, por el contrario son discordantes y contradictorios en su conjunto, en tanto que unos señalan que si los vieron, otros que sólo observaron a uno de ellos y otros que aquellos no se encontraban en la patrulla, esas contradicciones resultan insalvables y no se puede dar por probado ese específico hecho, con fundamento en la prueba testimonial.

De otra parte, de los medios probatorios recaudados en el proceso penal militar sobre la forma como ocurrieron los hechos, se tiene lo siguiente:

El informe rendido por el Comandante de la Estación de Policía Base Urrao, Camilo Andres Díaz Galindo, en el que se expone:

“HECHOS.-

“El día de ayer miércoles 27 de julio del presente año a eso de las 16:50 horas, se obtuvo información de buena fuente vía (sic) telefónica sobre la presencia de varias personas armadas por el sector de los Pinos, arriba de la alcaldía (sic) municipal, sitio donde se venían (sic) cometiendo desde días (sic) antes varios atracos a mano armada a varias personas de la localidad. “Acto seguido se envió (sic) una patrulla de la Sub Sijín al lugar de los hechos con el fin de constatar la información, lográndose (sic) establecer que cuando notaron la presencia de los policiales, estos que posiblemente para evitar su retención, emprendieron la huída hacia el lado de arriba. Fue cuando procedí (sic) a nombrar un grupo de agentes al mando de los señores suboficiales Cabo Segundo SANCHEZ MEJIA EDWARD y Cabo Segundo SANCHEZ PEÑA DIEGO JAVIER, Agentes MONTOYA ARREDONDO TEOBALDO, VERA TABORDA LEO ADRIAN, MENDOZA UPARELA LUIS ENRIQUE, CASTILLO CONTRERAS OSCAR LUIS, CARMONA ORTIZ ALBEIRO ALCIDES, ESTRADA VELASQUEZ OSCAR y Patrullero CANO LOPEZ LUIS CARLOS, quienes portando armas de fuego Fusil Galil y Revólver, se adentraron a la zona poblada de Rastrojo.

“Cuando la patrulla se fraccionó en búsqueda de los desconocidos hallaron al menor JUAN CARLOS HERRERA HERRERA por el sector de los Pinos, el cual tenía en su poder unos 250 gramos de marihuana, devolviéndose el personal con éste en calidad de retenido hasta las instalaciones del Comando mientras que los señores CS. SANCHEZ PEÑA DIEGO JAVIER y Agente MONTOYA ARREDONDO

LEOBALDO seguían en persecución de los sospechosos. A eso de las 18:30 horas cuando casi oscurecía, hicieron contacto con los desconocidos de lo cual uno de ellos accionó un arma de fuego contra los dos Policiales respondiendo éstos con sus armas de dotación oficial con los resultados ya conocidos.

“El personal se hallaba en pleno estado psíquico, con armamento de dotación oficial, en cumplimiento a una misión en aras de tratar de erradicar la ola de atracos, robos y demás que se estaban presentando. El señor Inspector Municipal de Policía Rural Norte en asocio de su secretario y la Policía Nacional, practicaron el levantamiento de los cadáveres.

“TOPOGRAFIA DEL TERRENO

“El lugar de los hechos, es quebrado, montañoso y con cafetales y rastrojeras, zona rural, pero ubicado a unas tres (3) cuadras de las últimas casas ubicadas en la parte alta (sic) del barrio 20 de julio. La tarde estaba húmeda y la noche en el momento del levantamiento de los cadáveres se hallaba muy lluviosa.” (fls. 2 a 4 cdno. No. 3).

En ese mismo sentido rindió testimonio ante el Inspector de Policía de Urao, el Agente Leobaldo Montoya Arredondo, en el que señaló lo siguiente:

“El día de ayer miércoles 27 (veintisiete) del presente mes y año [julio de 1994], pasadas las 17 horas o cinco de la tarde se tuvo conocimiento en el Comando de Policía, que en el sitio de la Pinera, más arriba de la Alcaldía habían unos hombr3s (sic) al parecer armados, con base en esto mi Teniente, Camilo Andres Diaz (sic) Galindo, Comandante de Estación ordenó una Comisión para que se desplazara a ese lugar y constatará (sic) lo que sucedía o lo que estaba sucediendo, a mí me correspondió con mi Cabo Sanchez Peña Diego Javier, por la parte de Cristo Rey y a otro personal entre ellos Cabo Segundo Sanchez Mejía Eduard, Vera Taborda Leo Adrian, Mendoza Uparela Luís, Castillo Contreras Oscar, Carmona Ortiz Albeiro, Estrada Velasquez Oscar, Patrullero Cano Lopez; estos se fueron por el lado de los pinos y la Lucía, sector de la Lucía, mi Cabo Sanchez Peña y mi persona logramos observar de la parte alta de Cristo Rey a dos personas que pasaban de un cerro a otro, llegaban hasta la finca del Doctor Abogado Ariel Quiceno y subían por un potrero hasta la cuchilla de inmediato nosotros informamos por radio al resto del personal de la patrulla que ya mencioné que se fueran por el barrio 20 de julio parte alta, toda vez que íbamos (sic) en persecución de los dos sujetos cuyo unico (sic) fin era de establecer de quien se trataba, porque por algo estaban huyendo, mi Cabo Sanchez y yo les hechamos (sic) ataje por cierto lugar cuando los vimos que bajaban a encontrarse con nosotros y nos tendimos al piso cada uno debajo de una mata de café, observando que en la mano traían algo parecido a una arma, cuando estábamos (sic) a unos quince metros nos pusimos de pié y les gritamos alto que era la policía, cuando uno

de ellos resultó ser de apellido Oquendo disparó el arma que traía en la mano, en ese momento comenzamos a disparar entre los dos, dandolos (sic) de baja a ambos, una vez terminado ese acto, constatamos que se trataba de dos jóvenes del barrio Balboa, que portaban doble camisa, una pistola de juguete, un trabuco calibre 38 (treinta y ocho) largo, una peluca de mujer, una media velada para dama, yo disparé en unas cinco o seis (sic) ocasiones con mi Fusil Galil de dotación oficial, y lo hice hacia el objetivo, mi cabo Sanchez Peña creo que disparó en tres o cuatro veces, no dándome cuenta en el momento si lo hizo con el revolver o con el fusil de El (sic) (...).

“(...)

“PREGUNTADO: Diga bajo la gravedad del juramento si de los tiros que hicieron usted o su compañero recogieron vainillas, cartuchos, o proyectiles o cualquier otro elemento del lugar donde fueron dados de baja los sujetos? CONTESTO- Yo personalmente en un principio traté de recoger las mías pero no creí conveniente traerlas porque era un procedimiento legal y tampoco se necesitaban para mi concepto para elclarecer (sic) los hechos, toda vez que no he negado haber disparado.

Más adelante agregó:

“Todavía se veía de muy cerca hacia el suelo pero a la distancia se notaban en forma regular las siluetas de las personas, alcanzandose (sic) a ver el color de la ropa, las pertenencias que traían en la mano, es decir una mano ocupada es muy distinta a una mano vacía y cuando uno de ellos, dijo la expresión hay hijueputa! Se les notó algún objeto en la mano y se escuchó **el disparo**. (negrillas fuera de texto - fls. 19 a 21 cdno. No. 3).

En similar sentido testificó Diego Javier Sánchez Peña ante el mismo Inspector de Policía, bajo la gravedad de juramento, narró sus vivencias así:

“El Comandante de la Estación Teniente Díaz Galindo Camilo Andres, ordenó a un personal de que hiciera un desplazamiento hacia el lado de los pinales (sic) detrás de la Alcaldía, y verificaran la procedencia de unos individuos que andaban por ese sector en actitud sospechosa, entonces se formaron varios grupos, unos se fueron para los pinales (sic); cabo Sanchez Mejía Eduard, Patrullero Cano, y por otro lado se fueron los Agentes Vera Leo Adrian y Mendoza Luis por los lados de la Lucía y aquí por los lados de Cristo Rey me fui en compañía del Agente Montoya y permanecemos ahí aproximadamente veinte minutos, en la parte alta de Cristo Rey cuando vimos que por uno de los últimos cerros, hacia el oriente subían unos individuos los cuales habían huído (sic) al notar la presencia de la Policía, entonces buscamos un camino de tal forma que pudieramos (sic) llegar al mismo cerro y verificar que clase de personas eran, nos hicimos en un sitio

donde teníamos visibilidad para, y nos podíamos dar cuenta por qué (sic) lado podían bajar esas personas, nos acostamos ahí en el piso, tratando de cubrirnos porque no sabíamos qué clase de personas eran, cuando menos pensamos aparecieron y con voz de alerta les gritamos Alto Policía, y ellos no hicieron caso sino que simplemente cuando vimos fue que sacaron unas armas y nos apuntaron y nos dispararon y entonces simplemente nosotros lo que hicimos fue defendernos y respondimos con la armas que llevábamos (sic), nos acercamos a donde ellos habían caído y uno de ellos cuando yo iba llegando me encañonó y me dijo Policía hijueputa y yo llevaba el revolver en la mano y al ver que volvía a dispararme entonces me defendí. (...)

“En ese momento todavía había luz diurna y se veía perfectamente. (...)

“PREGUNTADO: Diga bajo la gravedad del juramento si usted se dio cuenta en cuantas oportunidades dispararon los sujetos. CONTESTO: una, yo escuché un disparo y en ese momento no me di cuenta cual fue el que disparó y cuando me acerqué a uno de ellos me amenazó con el trabuco pero no alcanzó a dispararme.”
(se resalta - fls. 22 a 23 cdno. No. 3).

Los anteriores testimonios guardan coherencia entre si, así como con los rendidos por otros agentes de la policía que participaron en el operativo de reconocimiento del lugar, pero que no se enfrentaron con las víctimas; por ejemplo, Oscar Luis Castellano Contreras, indicó:

“En el comando de Policía se recibió una llamada en la fecha citada [27 de julio de 1994] de una persona que no sé si habrá rendido declaración, como yo no fui quien recibió la llamada no le puedo decir si se identificó o no de que en el sitio de LOS PINOS mas arriba de la Alcaldía Municipal se encontraban varios sujetos con armas esperando a las personas para atracarlas, sitio en el que ya han ocurrido de esos casos y por eso tiene sus antecedentes; se organizó una patrulla en el Comando de Policía por parte del Comandante de la Estación y salimos los agentes integrantes de la Sub Sijín CS Sánchez Peña, Vera Taborda, Mendoza Uparela y los agentes de la estación Dragoneante Montoya, Carmona Ortiz, Estrada Velásquez y los patrulleros Carlos López; salimos con armamento de dotación fusil Galil y revólver; en el momento en el que se llegó al sitio se encontro (sic) al menor JUAN CARLOS HERRERA HERRERA quien tenía en su poder marihuana, el cual se condujo a las instalaciones del Comando; los otros sujetos emprendieron la huída por los Pinos hacia adentro; se esparció la patrulla en grupos con el fin de seguirlos; a mi persona y al agente Carmona Ortiz y Estrada Velásquez nos fuimos por los lados de la vereda Lucía con el fin de envolver el sector el cual venimos a dar mas arriba de Los Pinos; de allí ya no nos volvimos a encontrar con el resto de la patrulla nuestra, de donde ya nos decidimos venirnos para el Comando, hasta ahí mi actuación.” (fl. 49 cdno. No. 3).

Las declaraciones rendidas por los agentes de Policía son coherentes y concordantes entre ellas, por lo que sus dichos resultan verídicos y creíbles para la Sala, respecto de algunas circunstancias; en consecuencia, de los testimonios recepcionados en el proceso penal militar, de quienes participaron en los hechos, se concluye que el 27 de julio de 1994, se recibió una llamada de alerta acerca de personas sospechosas en el barrio 20 de julio, del municipio de Urrao, por lo que se organizó un operativo con nueve miembros de la Policía y la Sijín. Al llegar al lugar donde presuntamente se había visto a los sospechosos, el grupo se dividió en tres, uno de los grupos fue el conformado por los agentes Diego Javier Sanchez Peña y Leobaldo Montoya Arredondo, quienes en su recorrido, que efectuaban a pié, se encontraron con las víctimas, Alcides Rivera Jiménez y Dayber León Oquendo; los demás miembros del operativo luego de realizar un patrullaje volvieron a la estación; sin embargo, con posterioridad, llegaron al lugar del enfrentamiento entre los agentes y las víctimas, para apoyar el operativo; es decir, que de los testimonios rendidos por el personal militar se concluye que en la patrulla de la policía no se subió a los señores Rivera y Oquendo, máxime cuando los oficiales contra quienes se enfrentaron se desplazaban pedestremente, según lo dejan claro los distintos testimonios, por ejemplo señaló Oscar de Jesús Estrada Velasquez:

“(...) el CS SANCHEZ PEÑA de la Sijin con el dragoneante [Leobaldo Montoya Arredondo] se fueron a pie por otro lado, por el lado de Cristo Rey” (fl. 55 cdno. No. 3).

Igualmente, indicó el agente Albeiro Alcides Carmona Ortiz:

“Pues por lo que tengo conocimiento del caso la persecución de esos muchachos se hizo a pie por la zona montañosa alrededor del pueblo (...)” (fl. 54 cdno. No. 3).

En ese mismo sentido, el agente de la Sub Sijín, Luis Enrique Mendoza Uparela, señaló:

“Ellos dos andaban a pie; el cabo Sánchez Peña de civil y el dragoneante [Leobaldo Montoya Arredondo] me parece que estaba uniformado” (fl. 50 cdno. No. 3).

Lo anterior es corroborado por Liliana María López Montoya y Diana María Benítez Rodas, quienes en sus testimonios bajo la gravedad de juramento, confirmaron que para la hora y fecha de los hechos dieron indicaciones a dos agentes de la policía de cómo llegar a la parte alta del barrio 20 de julio del municipio de Urrao, y que estos se

desplazaban a pie y que posteriormente escucharon unos disparos (fls. 47 a 48 cdno No. 3).

4. En relación con la imputación de los daños a la entidad demandada, obran en el proceso las siguientes pruebas:

4.1. Copia auténtica del proceso penal adelantado por la Justicia Penal Militar (cdno No. 3), del que resultan relevantes las siguientes:

4.1.1. El acta de necropsia del cadáver de Dayber Leon Oquendo Oquendo, en la que se lee:

“EXAMEN EXTERIOR DEL CADÁVER:

(...) Con las siguientes heridas exteriores:

“1- Orificio de entrada 1 cm de diámetro a nivel de 6º espacio intercostal izquierdo con línea media clavicular dirección adelante – atrás y abajo – arriba, penetrante a tórax.

“2- Orificio de entrada 1 cm de diámetro 6º espacio intercostal izquierdo con línea paraesternal izquierda dirección adelante- atrás y abajo arriba penetrante a tórax.

“3- Orificio de entrada 1 cm de diámetro 7º espacio intercostal izquierdo junto a apendicexifoides dirección adelante – atrás y abajo arriba penetrante a tórax.

“4- Orificio de entrada 1 cm de diámetro fosa – iliaca derecha dirección adelante atrás y abajo- arriba penetrante abdomen.

“5- Orificio de salida 2 cm de diámetro supraescapular izquierda.

“EXAMEN INTERIOR:

“1- Sistema oseo (sic) y articulaciones: Fractura columna vertebral sobre T10 y T11 se localiza un proyectil a este nivel; fractura del 2º arco costal izquierdo.

“2- Sistema muscular: desgarros múltiples (sic) producidos a nivel de los orificios producidos por los proyectiles. Se localizan 2 proyectiles entre tejido celular subcutáneo y musculo (sic) infraescapular izquierdo y a nivel de T6 paravertebral izquierdo.

“3- Sistema nervioso central: sin lesiones.

“4- Cavidad torácica (sic): Hemotórax +/- 300 cc.

“5- Aparato respiratorio: Lesión extensa de pulmón izquierdo #2 a nivel de vertice (sic) y lóbulo ½.

“6- Aparato circulatorio: Presenta lesion (sic) #3 en corazón a nivel de ventrículo izquierdo en apex y base, ventrículo derecho, septun interventricular de aorta a nivel de tracto de salida.

“7- Sistema linfatico (sic) y hematopoyetico: sin lesiones

“8- Cavidad abdominal: Hemoperitoneo +/- 500 cc, se observan ascaris en cavidad.

“9- Aparato digestivo: Lesón (sic) en intestino delgado #5, lesión en mesocolón.

“(…)

“DIAGNOSTICO MACROSCOPICO:

“Multiples (sic) heridas por arma de fuego, hemotórax y Hemoperitoneo extensos, lesión de pulmon (sic) izquierdo, corazón, intestino delgado, lesión de columna dorsal, todas la heridas fueron de naturaleza mortal.

“CONCLUSIÓN:

“La muerte fue consecuencia natural y directa de Shock hipovolémico producido por lesión de corazón y pulmones producida por multiples (sic) heridas por arma de fuego.” (Fl. 33 a 34 cdno. No. 3).

4.1.2 Asimismo en la necropsia médico legal de Alcides de Jesús Rivera Jiménez se consignó lo siguiente:

“EXAMEN EXTERIOR DEL CADÁVER:

(…) Siguietes heridas exteriores:

“1- Orificio entrada: 1 cm de diámetro paravertebral derecho a nivel de T6 penetrante a torax (sic) dirección atrás- adelante y derecha-izquierda.

“2- Orificio entrada: 1 cm de diámetro paranasal izquierdo, fractura de maxilar superior, occipital y temporal izquierdo dirección arriba-abajo y derecho izquierda.

“3- Orificio de salida: 2 cm de diámetro 4^o espacio intercostal izquierdo con línea media clavicular.

“4- Laceración de piel, tejido celular subcutáneo, y músculo a nivel de cuello lado izquierdo producido por proyectil #2.

“EXAMEN INTERIOR:

“1- Sistema óseo y articulaciones: Fractura múltiple de bóveda craneana descrita, fractura de columna dorsal T4.

“2- Sistema muscular: Desgarros musculares múltiples a nivel de los orificios producidos por los proyectiles. Se encuentran proyectiles #1 entre tejido celular subcutáneo y muscular, paravertebrales izquierdo a nivel del T5 y pequeño fragmento del mismo proyectil a nivel del T5.

“3- Sistema nervioso central: Hemorragia subdural, laceración encefálica extensa a nivel de la base.

“4- Cavidad torácica: Hemotorax +/- 400 cc.

“5- Aparato respiratorio: Lesión de lóbulo superior pulmón izquierdo.

“6- Aparato circulatorio: Lesión de cava y vasos pulmonares en área cercana al corazón.

“(…)

“DIAGNOSTICO MACROSCOPICO:

“Múltiples heridas por arma de fuego, lesiones en encéfalo, pulmón izquierdo cava y vasos pulmonares, anemia severa.

“CONCLUSIÓN:

“La muerte fue consecuencia natural y directa de hipertensión endocraneana producida por laceración encefálica extensa por heridas por arma de fuego.” (Fl. 36 a 37 cdno. No. 3).

De las necropsias practicadas a los cuerpos de Alcides Rivera y Dayber Oquendo, del informe de los hechos y de los testimonios citados, se concluye que estos murieron con ocasión del enfrentamiento que tuvieron con miembros de la Policía Nacional.

4.1.3 Igualmente obra en el proceso penal la diligencia de levantamiento de cadáveres, en la que consta que a Alcides de Jesús Rivera en la mano derecha se le encontró una pistola de juguete marca Brownin, “la que a simple vista parece real”; a Dayber León Oquendo se le halló “abajo de la mano derecha un trabuco, sin marcas ni número, y en el interior del cañón una vainilla calibre 38 SPL amarilla” (fl. 8 a 9 cdno. No. 3)

También obra el informe de balística, en el que se lee:

“RESULTADO DEL ESTUDIO

“A. CARACTERISTICAS GENERALES DE LA VAINILLA

“Cantidad: Una (1)

“Calibre: 38 SPL

“Constitución:	Latón color amarillo
“Fulminante:	Percutido
“Longitud:	29 milímetros
“Marcas en la base:	“IMI 38 SPL”
“Forma:	Cilíndrica con reborde

“B. CARACTERISTICAS GENERALES DEL ARMA:

“Tipo:	Pistola (trabuco)
“Marca:	No presenta marca visible
“Calibre:	Compatible con el 38 SPL
“Número de Serie:	No posee marca visible
“Número de Estrías:	Cañón de ánima lisa
“Funcionamiento:	Mecánico o de repetición
“Capacidad de Carga:	Recámara para un cartucho de su mismo calibre
“Acabado:	Oxido total
“Longitud del Cañón:	10.46 centímetros
“Fabricación:	Artesanal (no original de fábrica)
“Tipo de empleo:	De puño
“Cachas:	En madera, color marrón con grabado
“Estado de funcionamiento:	En el momento de practicar el examen, no se halló apta para hacer disparos.

“RESPUESTA A LO SOLICITADO

“Los interrogantes unos (sic) y dos se absolvieron durante la descripción del arma, con relación al interrogante número tres [si es apta para disparar la vainilla que se anexa] no se pudo establecer ya que **el arma enviada para estudio no es apta para hacer disparos**, por ello no fue posible obtener vainillas patrones para adelantar el respectivo cotejo (resalta la Sala).

Lo anterior permite inferir que Alcides Rivera y Dayber Oquendo, se encontraban armados en el momento de lo hechos, con una pistola (trabuco) y otra de juguete que a simple vista parecía de verdad.

En cuanto al estado de funcionamiento de la pistola, existen serias dudas pues según el informe de balística, ésta se encontraba en óxido total y no apta para hacer disparos en el momento del examen; sin embargo no es clara la razón por la cual no es apta para hacer disparos, si por el óxido o si existía otra circunstancia que impedía su funcionamiento.

Tampoco indica el informe de balística, si el arma fue disparada recientemente, y la vainilla que se encontró, no es indicativo de ese hecho ya que por no haberse podido realizar disparos, no se obtuvieron vainillas para su cotejo y no se pudo comprobar si la misma fue disparada por el trabuco que portaban las víctimas.

La versión de los agentes que participaron en los hechos, señaló que escucharon un sólo disparo:

El agente Leobaldo Montoya Arredondo, indicó:

“y se escuchó **el disparo**” (negrillas fuera de texto - fls. 19 a 21 cdno. No. 3).

El agente Diego Javier Sánchez, señaló:

“PREGUNTADO: Diga bajo la gravedad del juramento si usted se dio cuenta en cuantas oportunidades dispararon los sujetos. CONTESTO: una, yo escuche un disparo (...)” (se resalta - fls. 22 a 23 cdno. No. 3).

4.1.4 En el proceso penal militar reposan los extractos de las hojas de vida de los agentes de la Policía Nacional que intervinieron en los hechos. (fls. 86 a 93 cdno. No. 3).

Es por lo anterior, que la Sala da por acreditado que las muertes de Alcides Rivera y Dayber Oquendoz, se produjeron en un enfrentamiento armado en el que participaron miembros de la Policía Nacional, sin que exista claridad sobre quien inició el ataque, máxime cuando los occisos portaban, se itera un arma de juguete y un trabuco en regular estado de funcionamiento.

4.2. Se encuentra demostrado que a través de providencia del 29 de noviembre de 1996, la Justicia Penal Militar acogió los veredictos absolutorios a favor de Diego Javier Sánchez Peña y Leobaldo Montoya Arredondo, por los hechos ocurridos el 27 de julio de 1994.

Y esa decisión se adoptó, luego de encontrar probada la legítima defensa objetiva de los agentes policiales, en relación con la muerte de los señores Rivera Jiménez y Oquendo Oquendo, como quiera que estos reaccionaron ante la agresión de aquellos y en cumplimiento de un deber legal.

La anterior decisión fue confirmada por el Tribunal Superior Militar, mediante proveído de 7 de abril de 1997, en el que se reiteró que los agentes actuaron amparados en las

causales de justificación del hecho frente al estricto cumplimiento de un deber legal y la legítima defensa, consagrados en los numerales 1 y 4 del artículo 26 del Código Penal Militar (fls. 264 a 268 cdno. No. 3).

La Sala sin embargo hará el análisis y valoración de los diferentes medios probatorios allegados a este proceso, aunado al hecho reiterado por la jurisprudencia de esta Corporación, según el cual la sentencia penal no genera efectos de cosa juzgada respecto del proceso contencioso administrativo de responsabilidad patrimonial de la administración pública².

5. Los elementos probatorios aportados al proceso, permiten demostrar, de manera diáfana, que el día 27 de julio de 1994, murieron los señores Alcides de Jesús Rivera

² “La Sala reitera el criterio jurisprudencial conforme al cual la sentencia penal que se profiera en el proceso penal que se adelante contra el servidor estatal, sea ésta condenatoria o absolutoria, no tiene efectos de cosa juzgada en la acción de reparación que se adelante contra el Estado por esos mismos hechos, porque, conforme se ha sostenido en las providencias en las que se ha acogido dicho criterio: (i) las partes, el objeto y la causa en ambos procesos son diferentes: a través del ejercicio de la acción penal, el Estado pretende la protección de la sociedad, con la represión del delito y para ello investiga quién es el autor del mismo y cuál su responsabilidad; a través del ejercicio de la acción de reparación, la víctima del daño antijurídico pretende la indemnización de los perjuicios que le ha causado el Estado con una acción que le sea imputable; (ii) los principios y normas que rigen ambos procesos son, en consecuencia, diferentes, lo cual incide, entre otros eventos en los efectos de las cargas probatorias, así: en el proceso penal la carga de la prueba de la responsabilidad del sindicado la tiene el Estado, quien deberá desvirtuar la presunción de responsabilidad que por mandato constitucional ampara a todas las personas; en tanto que en la acción de reparación directa, quien finalmente soporta los efectos adversos de la carencia de prueba de los elementos de la responsabilidad estatal es el demandante, y (iii) el fundamento de la responsabilidad del Estado no es la culpa personal del agente, sino el daño antijurídico imputable a la entidad; de tal manera que aunque se absuelva al servidor por considerar que no obró de manera dolosa o culposa, en los delitos que admiten dicha modalidad, el Estado puede ser condenado a indemnizar el daño causado, bajo cualquiera de los regímenes de responsabilidad y, en cambio, el agente puede ser condenado penalmente, pero el hecho que dio lugar a esa condena no haber tenido nexo con el servicio.

“Adicionalmente, se observa que la responsabilidad patrimonial del Estado no constituye el efecto civil de un ilícito penal, por eso, no son aplicables las normas relacionadas con los efectos de la sentencia penal absolutoria sobre la pretensión indemnizatoria que se formule en proceso separado del penal. Ello por cuanto la responsabilidad del Estado, conforme a lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, se genera en los eventos en los cuales se causa un daño antijurídico imputable a la entidad demandada, al margen de que ese daño hubiera sido causado con una conducta regular o irregular.

(...)

“En consecuencia, aunque en el caso concreto se hubiera proferido en el proceso penal decisión definitiva, favorable a los intereses del servidor público, dicha decisión no impide que se valore esa misma conducta para establecer si la misma fue o no constitutiva de falla del servicio, es decir, que a pesar de que para el juez penal el servidor estatal no fue penalmente responsable del daño, podrán valorarse las pruebas que obren en este proceso, incluida esa decisión, para establecer si el daño sufrido por los demandantes es imputable al departamento de Caldas y si, además, el título de imputación es el de falla del servicio”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 2008, radicación: 17001233100019950602401 (16.533), actor: Libardo Sánchez Gaviria y otros.

Jiménez y Dayber León Oquendo Oquendo, como consecuencia de un enfrentamiento con agentes de la Policía Nacional.

Si bien, está acreditado que los occisos se encontraban armados, también lo es que la necesidad de la defensa aducida por los agentes de la policía que se enfrentaron con ellos, no fue demostrada.

Por el contrario, ello aparece desvirtuado por sus propios testimonios en los que indican que escucharon un disparo, pero sin embargo reaccionaron disparando aproximadamente cuatro veces cada uno, frente a este aspecto la única prueba de la cantidad de disparos es el propio dicho de los agentes, toda vez que la escena de los hechos fue manipulada por ellos; en efecto el Agente Montoya reconoció que recogió los proyectiles disparados, los que no entregó en el proceso penal; de igual manera se desvirtúa con la prueba técnica, según la cual la pistola no era apta para hacer disparos y la misma presentaba óxido total.

De manera adicional a lo que evidencian las necropsias, se puede advertir que el ataque de los policías fue desproporcionado, por cuanto, las lesiones fueron de carácter mortal, teniendo la posibilidad de neutralizarlos con un disparo de advertencia; pero no, los uniformados dispararon tres y cuatro veces cada uno, impactando a las víctimas a una en cuatro ocasiones, y a la otra en dos.

Igualmente resulta extralimitada la reacción de los uniformados, si se tiene en cuenta que a las víctimas no se los encontró en ninguna circunstancia delictiva, se pretendía realizar una requisita, es decir, no se tenía certeza de que estuvieran perpetrando un delito.

6. Efectuadas las anteriores consideraciones, y arribando a las conclusiones probatorias expuestas, para la Sala es evidente que en el caso concreto se incurrió en una falla del servicio por exceso de la fuerza pública, como quiera que el resultado fue desproporcionado en relación con la inminencia de la circunstancia.

En relación con los parámetros en el uso de la fuerza estatal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puntualizado³:

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corteidh), sentencia Caso Neira Alegría y otros vs. Perú, sentencia del 19 de enero de 1995.

“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 estuvieren 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).”**

Por su parte, el Consejo de Estado ha defendido la inviolabilidad del derecho a la vida en los términos que se transcriben a continuación *in extenso*⁴:

“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 desaparece el sujeto del derecho (...) [e]s el único esencial porque si se viola de ninguna manera se pueden desarrollar los demás”⁵.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 17318, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵ Delegatario ZALAMEA COSTA, Alberto, Comisión primera de la ANAC, 16 de abril de 1991.

“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**⁶ en tanto se trata del primer derecho y el supuesto de todos los derechos⁷, 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**⁸.

“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 absoluto⁹ 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 latitudes¹⁰).

“Si se trata del fundamento de los demás derechos¹¹, o *“el punto de arranque”* o *“prius lógico y ontológico para la existencia y*

⁶ 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.

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena, Sentencia de 30 de octubre de 1978, MP Luis Carlos SÁCHICA Aponte.

⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA, Sentencia de 4 de agosto de 1981, MP Mario Latorre Rueda.

⁹ VERGÉS RAMÍREZ, Salvador, Derechos humanos: Fundamentación, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 197 y ss.

¹⁰ 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).

¹¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe No. 86/99, Caso 11.589, Armando Aljandre y otros vs. Cuba, 29 de septiembre de 1999.

*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 posible*¹², para usar la 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 vida¹³.

“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 Mundial¹⁴.

“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 vida¹⁵ (se subraya).

“Más recientemente, fue incorporado al derecho interno el **Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de derechos civiles**

¹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Sentencia STC 53/1985 FJ 3º

¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, Sentencia de 19 de septiembre de 1999.

¹⁴ 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”.

¹⁵ Vid. NACIONES UNIDAS, La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos, 1991, págs. 84 y ss y 110 y ss.

y políticos destinado a abolir la pena de muerte, mediante la Ley 297 de 1996¹⁶, 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.

“Síguese de todo lo anterior que no son admisibles las ejecuciones extrajudiciales y por ello en varias oportunidades, no sólo esta Corporación -como ya se indicó- sino también la Comisión Interamericana ha declarado responsable al Estado Colombiano por actuaciones de esta naturaleza, por parte de miembros del Ejército Nacional¹⁷.

“No debe perderse de vista que el artículo 11 Superior contempla a la vida como un derecho intangible en tanto fundamento, sustento y -por lo mismo- primero de los derechos inherentes a la persona. Se trata sin duda de la más importante motivación política de nuestro orden constitucional que irradia -por supuesto- el resto de la Carta y su primacía es reconocida por el artículo 5º CN junto con los demás derechos inalienables de la persona.

“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**¹⁸ que inspiró al constituyente en el diseño del ordenamiento constitucional y por lo mismo es uno de los pilares de nuestra democracia.

“Fines del Estado que encuentra una de sus concreciones más caracterizadas en el *principio de exclusividad de la fuerza pública*, previsto en el artículo 216 Superior, como que uno de los rasgos esenciales del poder público lo configura justamente el *monopolio del ejercicio de la coacción del Estado*.

“(…) **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

¹⁶ Revisión de constitucionalidad Sentencia C 144 de 1997.

¹⁷ Vid. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe No. 32, Caso 10545 (Colombia), en www.cidh.org

¹⁸ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C 013 de 1997, MP Hernández Galindo y C 239 de 1997, MP Gaviria.

Interamericana de Derechos Humanos ha indicado, en criterio que esta Sala prohíja, 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.)¹⁹ 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 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 del original).

¹⁹ 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.

Como se desprende de los anteriores planteamientos, el uso de la fuerza y, concretamente, la necesidad de segar una vida humana se establece como un criterio de *ultima ratio*, es decir, que se trata del último recurso al cual debe acudir la fuerza pública para neutralizar o repeler un delito o agresión. No debe perderse de vista que el artículo 2 de la Carta Política asigna en cabeza de las autoridades públicas la protección genérica de la vida, honra y bienes de todos los asociados, inclusive frente a aquellos que pueden ser catalogados como delincuentes.

Frente a episodios de naturaleza similar, que nunca se deberían haber dado y menos repetir, esta Corporación ha reflexionado desde una perspectiva humanística y jurídica, que bien vale la pena recordar, así:

“La fuerza pública, tanto más quienes asumen la defensa judicial de sus actos, deben eliminar el discurso maniqueísta que clasifica a los muertos en buenos y malos, para justificar la muerte de los segundos con el argumento de la defensa social o del bien que se hace a la comunidad con la desaparición física de determinadas personas. El derecho a la vida no puede ser reivindicado según el destinatario, pues su respeto debe ser absoluto. Tal vez la única vulneración tolerable sea aquella que ocurre en ejercicio de las causales de justificación o de inculpabilidad que las normas penales consagran, a pesar de lo cual en algunas de esas ocasiones la no responsabilidad del agente no libera a su vez de responsabilidad al Estado.

“En numerosas oportunidades la Sala ha hecho una verdadera apología de la vida, exaltando las hermosas palabras del inolado TÓMAS Y VALIENTE: “No hay nada en la creación más importante ni más valioso que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre”. Y lo seguirá haciendo, cada vez que encuentre, como en el presente caso, que se sigue aplicando en el país la pena de muerte, proscrita por la Carta Fundamental desde hace más de un siglo.

“La vida de cualquier hombre es digna de respeto, aún se trate del peor de los delincuentes. Dijo en alguna ocasión Eca de Queiroz: “El Niágara, el monte de cristal color de rosa de Nueva Zelandia, las selvas del Amazonas son menos merecedoras de nuestra admiración consciente que el hombre más sencillo”. Y Federico Hegel resaltó: “El pensamiento más malvado de un criminal es más sublime y más grandioso que todas las maravillas del cielo”

“La muerte injusta de un hombre no podrá considerarse más o menos admisible dependiendo de la personalidad, de la identidad, de la influencia o de la prestancia de ese hombre. La muerte injusta de una persona con antecedentes delictivos, continúa siendo injusta a pesar de los antecedentes que registre y lo será tan injusta, tan insoportable

y tan repudiable como la del hombre bondadoso de irreprochable conducta.”²⁰

Ahora bien, lo anterior no significa que en asuntos de responsabilidad patrimonial del Estado, siempre que se ponga fin a una vida humana haya lugar a decretar una indemnización de perjuicios, toda vez que, dependiendo del régimen o título jurídico aplicable es posible que se haya acreditado una causal eximente de responsabilidad por ausencia de imputación, o que se establezca un comportamiento diligente y cuidadoso, circunstancias que enervarían las pretensiones de la demanda en esos casos concretos; como quiera que, en todo proceso en que se juzgue la responsabilidad de la administración pública, en los términos del artículo 90 de la Carta Política, se necesitará de la acreditación del daño y de la imputación del mismo a una entidad de derecho público. En consecuencia, la sola demostración del daño antijurídico no basta para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que éste es condición necesaria más no suficiente de la misma.

Así las cosas, a efectos de establecer si en el presente caso se incurrió en una falla del servicio, por desproporción en el uso de la fuerza pública, resulta 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 respecto de la agresión.

En el caso concreto se tiene que, no se tenía certeza en el momento de los hechos si los señores Dayber Oquendo y Alcides Rivera eran delincuentes y menos que estuvieran realizando alguna actividad delictiva, sin embargo fueron neutralizados mediante un uso desproporcionado e injustificado de la fuerza ya que estaban prácticamente desarmados, como se vio un arma era de juguete y la otra no se encontraba funcionando o de entenderse que funcionó, realizaron un único disparo, a cambio recibieron heridas múltiples en órganos vitales, que les ocasionaron la muerte.

Así las cosas, como se desprende de la valoración probatoria, los dos uniformados no procuraron una neutralización más efectiva que no implicara dar muerte a las víctimas, sino que partieron de una falsa convicción consistente en una presunta agresión por parte de aquellos, lo que configuró una falla del servicio, que dio al traste con el derecho a la vida de Dayber León Oquendo y Alcides de Jesús Rivera. Se insiste, este derecho es inviolable y sólo puede ceder en estas situaciones o circunstancias, cuando se

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de abril de 1997, expediente 10.138, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

demuestra una legítima defensa o un estado de necesidad, pero siempre ponderando otro bien jurídico de igual rango, es decir, otra vida humana en términos de inminencia y urgencia.

En cuanto al uso de las armas en forma proporcional, la Sala indicó:

“A la luz de la realidad que se deja expuesta, el sentenciador encuentra que el caso sub examine no permite concluir prima facie, que por haberse dado la legítima defensa, la administración no responde. Si ella resultó excesiva, como en puridad lo fue, el centro de imputación jurídica demandado debe llevar su cuota de responsabilidad, y, por lo mismo, indemnizar los perjuicios causados en la proporción que corresponda. **La ley colombiana, se enseña, sólo reconoce como legítima la que resulta proporcionada a la agresión. En ningún caso bendice o patrocina los excesos.** Por ello el profesor Alfonso Reyes Echandía, en su obra "Derecho Penal, Parte, General. Editorial Temis", enseña:

"La correspondencia entre defensa y agresión debe subsistir tanto en relación con los medios empleados, como respecto de los bienes puestos en juego. Esta proporción, en todo caso, no ha de entenderse en forma abstracta y de manera absoluta; es necesario determinar concretamente cuándo la defensa de un determinado bien o el empleo de cierto instrumento justifican el sacrificio del interés perteneciente al agresor. En todo caso la valoración judicial de esta adecuación ataque-defensa, aunque obviamente se realiza ex post facto, requiere por parte del funcionario que deba calificarla un juicio ex ante, vale decir, un esfuerzo mental que lo sitúe idealmente en el escenario de los hechos, en forma tal que su decisión se ajuste en la medida de lo posible a la situación vivida por los protagonistas" (Obra citada, p. 170) (Destacado de Sala).

“Dentro de la misma perspectiva discurre el profesor Juan Fernández Carrasquilla, cuando predica:

"En cuanto a los bienes en conflicto, la proporcionalidad es la misma necesidad de la defensa. El agredido solo esta autorizado para causar el menor mal posible en las circunstancias del caso, de ningún modo para el “revanchismo”, y esto quiere decir que ha de dirigir su reacción contra el bien menos importante del agresor dentro de los que es necesario lesionar, conservando la utilidad de la defensa para suprimir el peligro de la agresión. Así, si es suficiente con matar al perro azuzado, no se tolerará la lesión corporal de quien lo incita; si lesionar es suficiente, no se permitirá matar; si basta con asustar o amedrentar, no se toleran lesiones o muerte...” (Derecho Penal Fundamental. Volumen II. Temis, pp. 337 y ss.).

“(…)

“Pero es más: La valoración de la realidad fáctica exige, igualmente, que el juez aprecie las condiciones subjetivas de las personas comprometidas en el conflicto, pues la comunidad demanda que la autoridad policiva esté especialmente educada y preparada para hacerle frente a situaciones con el universo que tiene la que se estudia. Ella no puede acudir a excesos como los que ahora se deploran. **Los que infringen la ley deben ser sometidos en la forma más razonable posible, tratando de evitar, hasta el exceso, el uso de las armas.** La ley y los reglamentos de la policía señalan, en forma muy precisa, en qué casos puede darse la legítima defensa. Esta es lícita, pero tiene contornos jurídicos muy claros. En esta oportunidad la Corporación reitera la filosofía que ha recogido en muchos fallos en los cuales ha predicado:

La administración, cualquier que sea la forma de actuación y cualquiera que sea la realidad social sobre que recaiga, ha de respetar como algo Sagrado e inviolable, la dignidad de la persona humana, que es fundamento del orden político y de la paz social. **El Estado puede utilizar, con toda energía, dentro de los límites impuestos por el principio de proporcionalidad, todos los medios de que dispone para impedir que el hombre realice conductas antijurídicas, pero no tiene el poder de segar la vida humana, ni de torturar al hombre.** La autoridad no es en su contenido social, una fuerza física. Los integrantes de la fuerza física deben actuar siempre con la especial consideración que demanda la persona humana, pues como lo dijeron Tomas y Valiente, al terminar una conferencia sobre la tortura judicial, en la Universidad de Salamanca, en 1971, no hay nada en la creación más importante que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre²¹ (resalta la Sala).

Es evidente que se transgredió el derecho a la vida de las víctimas ya que no se agotaron todos los mecanismos para garantizar su captura o su requisa; en efecto, el ataque a los agentes no se encuentra acreditado, no se probó que el arma haya sido disparada; no se trataba de un evento de urgencia, ya que se encontraban atendiendo una llamada de personas sospechosas, pero sin que se hubiera denunciado algún delito en especial; de otro lado, no fue proporcional, porque la agresión –supuesto disparo de un arma hechiza– no se ajustó a la reacción, esto es, dos agentes del orden disparando en más de cuatro oportunidades cada uno, causando lesiones mortales y no de aviso.

Sobre el particular, la Sala ha precisado:

“En efecto, se ha considerado por la Sala que la utilización de armas de dotación por la Fuerza Pública y otros organismos del Estado resulta necesaria para garantizar la seguridad de los ciudadanos, no obstante lo cual, el ejercicio de esta actividad peligrosa constituye un

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de marzo de 1993, exp. 7237, M.P. Julio César Uribe Acosta.

título de imputación idóneo para deducir responsabilidad al Estado, cuando se causa un daño antijurídico a alguna persona²². Sin embargo, no debe perderse de vista que los miembros de la Fuerza Pública no sólo reciben suficiente instrucción y preparación en el ejercicio de esta actividad, al punto de estar obligados a observar las indicaciones sobre el manejo mecánico y las medidas de seguridad, sino que también son capacitados para actuar en operativos oficiales, al punto que ese nivel de instrucción les debe permitir solventar situaciones como la ocurrida en el *sub lite*, de manera que cuando se advierte que éstos actuaron de manera irregular en el cumplimiento de sus funciones y durante un servicio oficial obviando los procedimientos para los cuales han sido preparados, se confirma una falla del servicio que debe declararse, salvo que logre probar una causa extraña, circunstancia que como se verá no ocurrió o no se acreditó en el proceso.

“(…) En cuanto en el presente caso no existe elemento de juicio alguno que indique, con un grado de convicción mínimo, que el señor Alvaro Rafael De Luque habría disparado su arma contra los agentes de Policía y que esa hubiese sido la causa por la cual ellos se habrían visto obligados a accionar sus correspondientes armas de dotación oficial, según lo ha sostenido en su defensa la entidad estatal demandada y a ello se opone, en contraste, como único hecho cierto que la muerte del señor Alvaro Rafael De Luque Celedón se produjo por cuenta de unos agentes de Policía, quines accionaron sus armas de dotación sin razón aparente, puesto que las pruebas indican que los agentes dispararon contra el sujeto cuando éste iba caminando.”²³

En consecuencia, no le asiste razón al *a quo*, al haber sostenido que los agentes no actuaron con exceso, de conformidad a lo que se ha venido explicando, lo que permite a la Sala arribar a una conclusión contraria a la contenida en la sentencia de primera instancia, esto es, que se desbordó el empleo de la fuerza policial, motivo por el que se revocará la sentencia apelada.

7. Los perjuicios

7.1 Materiales

7.1.1 En cuanto al daño emergente solicitado en la demanda, se tiene que el mismo no fue acreditado con ningún medio de prueba, motivo por el que será negado.

7.1.2 Frente a lucro cesante, la señora Arnobia Rivera Jiménez indicó:

²² Ver, entre otras, sentencia del 18 de mayo de 2000, expediente 12.053.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 23 de 2008, exp. 16525, M.P. Mauricio Fajardo.

“Ellos cogían café o ayudantes de construcción, Dayber me parece que estudiaba, no sé en que año, y Alcides no estoy segura si estudiaba.

“(…)”

“PREGUNTADA: Sabe con quien vivía cada uno. CONTESTO: Dayber con el papá, la mamá y los hermanos no sé como se llaman y Alcides vivía con la mamá y los hermanos” (fl. 39 vto. cdno. No. 2)

La declaración transcrita sobre la actividad económica que desarrollaban Alcides Rivera y Dayber Oquendo, no brinda la convicción necesaria, por cuanto se contradice con lo afirmado con la señora Edilma de Jesús Herrera Sepúlveda, quien indicó: “cuando estaban trabajando le colaboraba a la mamá (...) yo los veía con herramientica y ropa de trabajo, por ahí tirando azadón, empradizando, no los vi trabajar en construcción” (fl. 44 cdno No. 2), es decir que, no se trataba de una actividad permanente, ni permite tener certeza sobre la posible actividad a la que se dedicaban, por lo que se negará el reconocimiento de este perjuicio.

7.2 Perjuicios morales

En lo que concierne a la indemnización de perjuicios, se tiene que Alcides de Jesús Rivera Jiménez era hijo de Rosalba Jiménez, hermano de José Elías, Hermes de Jesús, María Luzmila, Blanca Irian, Rubiela y Javier de Jesús Rivera Jiménez, conforme a los certificados de los registros civiles de nacimiento de la notaría única del círculo de Urrao (fls. 5 a 12 cuad. No. 1).

Se encuentra acreditado que Dayber León Oquendo Oquendo tenía por padres a Hernando de Jesús Oquendo y Bernarda Oquendo, y por hermanos a Alba Lucía, Aleyda de Jesús, John Jairo, Luis Hernando y Jarbín Alonso Oquendo Oquendo, según dan certificados de los registros civiles de nacimiento de la notaría única del círculo de Urrao (fls. 3 a 10 cuad. No. 2).

Así las cosas, la prueba de la relación de consanguinidad permite inferir la existencia de afecto y unión entre las víctimas y sus padres y hermanos. La jurisprudencia ha considerado que el daño corporal de alguno de los miembros de la familia afecta a los demás, en lo que concierne al perjuicio moral.

Establecido el parentesco con los registros civiles, la Sala da por probado el perjuicio moral en los demandantes, con motivo de la muerte de sus familiares, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el daño sufrido por un pariente cercano causa dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las

relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, entendida la familia como núcleo básico de la sociedad.

Las reglas del común acontecer, y la práctica científica han determinado de manera general, que cuando se está ante un atentado contra la integridad física o psíquica de un ser querido, se siente aflicción.

En consecuencia, como la entidad demandada no desvirtuó la presunción de aflicción ocasionada a los demandantes con la muerte de su pariente (hijo y hermano) en primer y segundo grado de consanguinidad, de acuerdo con los certificados de los registros civiles allegados al proceso, se da por probado el daño moral con fundamento en la presunción judicial o de hombre, que constituye un criterio de valoración; en el derecho americano a dichas presunciones judiciales se les llama “inferencias”; la presunción es un razonamiento que está basado enteramente en la lógica y la experiencia, por ello no se puede confundir con el indicio ya que este es un hecho. Sin embargo, en su estructura lógica-deductiva, participa de la naturaleza de los indicios, como quiera que el juez las deriva de premisas mayores y de inferencias lógicas.

En efecto, conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado²⁴.

En ese orden de ideas, respecto de los gramos de oro solicitados como indemnización se hará la equivalencia a salarios mínimos legales mensuales del 2010 y se condenará, a la demandada a pagar, la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales para cada uno de los hermanos de las víctimas y 100 salarios mínimos legales para los padres de las víctimas.

7.3 En el curso del proceso fallecieron la señora Bernarda Oquendo de Oquendo y John Jairo Oquendo, según dan cuenta los certificados de los registros civiles de defunción

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

de la notaría única del círculo de Urrao (fls. 43 y 44 cdno. No. 1), razón por la cual la indemnización que les corresponde se concederá a favor de las sucesiones respectivas.

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

FALLA:

1) REVÓCASE la sentencia de 10 de mayo de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en su lugar se decide:

2) **Declárase** administrativamente responsable a la Nación, Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por los daños causados a los demandantes con la muerte de Alcides de Jesús Rivera y Dayber León Oquendo Oquendo.

3) Como consecuencia, **condénase** a la Nación – Ministerio de Defensa- Policía Nacional a pagar a los demandantes los perjuicios morales causados, así:

A Rosalba Jiménez, madre, el equivalente en pesos a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A José Elías Rivera Jiménez, Hermes de Jesús Rivera Jiménez, María Luzmila Rivera Jiménez, Blanca Irian Rivera Jiménez, Rubiela Rivera Jiménez y Javier de Jesús Rivera Jiménez, hermanos, el equivalente en pesos a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de ellos.

A Hernando de Jesús Oquendo, padre, el equivalente en pesos a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A favor de la sucesión de Bernarda Oquendo, madre, el equivalente en pesos a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A Alba Lucía Oquendo Oquendo, Aleyda de Jesús Oquendo Oquendo, Luis Hernando Oquendo Oquendo y Jarbín Alonso Oquendo Oquendo, hermanos, el equivalente en pesos a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de ellos.

A favor de la sucesión de John Jairo Oquendo Oquendo el equivalente en pesos a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

4) Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

5) Sin costas

6) Dese 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.

7) En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidenta de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ

