

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Niega pretensiones. Caso lesiones a un joven por un agente de la Policía Nacional, en Barranquilla / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Niega. No hay certeza ni demostración probatoria del uso de arma de fuego de dotación oficial / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Niega pretensiones. No hay nexo instrumental entre el arma y el hecho dañoso ni la actuación del agente y el servicio / AGENTE ESTATAL - Acto privado, actividad privada, actividad personal. Lesión con arma de fuego ocurrió durante acto privado del agente de Policía, mientras asistía a una fiesta, fuera de la prestación del servicio

En el recurso de apelación, el accionante manifiesta que un indicio de que el arma era dotación oficial se encontraba en el hecho de que el agente era encargado del armerillo que el día que recibió el mismo le fueron entregadas 24 armas calibre 38 y faltaba una que el agente Pino no había entregado; que cuando hizo entrega del armerillo anotó que devolvía 25 cuando no hay anotación de la devolución del arma, por lo que era de suponer que había tomado para sí el arma del agente Pino, que como quiera que el comandante de la estación en los oficios allegados al plenario manifiesta que no puede precisar si el arma era o no de dotación oficial, era de suponer que el arma si lo era y, además, que en la indagatoria el señor Cienfuegos guardó silencio sobre donde había dejado el arma. Sobre el particular, la Sala observa que los supuestos indicios de que habla el actor no constituyen como tales, pues si bien Cienfuegos fue encargado del armerillo, no hay constancia en los libros de que aquel al dejar su puesto tomó para sí alguna de las armas ubicadas en la estación, y el hecho de que no dejara constancia del momento de cuando el agente Pino devolvió su arma no lleva a concluir que Cienfuegos se apropió de aquella, máxime cuando de las pruebas obrantes en el plenario, en especial del expediente penal no se puede hacer dicha inferencia. (...) si bien no hay constancia en el libro del momento en el cual el agente Pino entregó su arma, lo cierto es, que el miembro de la policía que recibió el puesto de manos del agente Cienfuegos, no hizo ninguna anotación de que faltaba algún arma por entregar por parte de este. (...) En las sentencias proferidas por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito y Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla donde se estudió el punible de homicidio y lesiones personales, no se hace alusión a que el arma que portaba Cienfuegos era de dotación oficial, (...) Se reitera que en ningún aparte de los proveídos citados se hace referencia a si el arma que accionó el señor Cienfuegos era de dotación oficial, y se indica que aquel actuó bajo su propia responsabilidad. En todo caso, bajo el supuesto de que el arma utilizada era de dotación oficial, el solo nexo instrumental no es suficiente para condenar a la entidad demandada, máxime cuando se tiene establecido que el señor Cienfuegos estaba actuando fuera del servicio. (...) En el recurso de apelación, el apoderado del actor manifestó que la prueba de que el señor Cienfuegos actuaba como servidor público se encontraba entre otras, en los testimonios obrantes en el plenario. Sobre el particular, como fue señalado anteriormente, los testigos presenciales del hecho manifestaron que José Oswaldo se encontraba de particular, departiendo en la fiesta y en medio de una discusión con Franklin Acevedo disparó su arma, llevando una conducta totalmente ajena al servicio. (...) Luego entonces, tampoco se encontró plenamente probado que el arma era de propiedad de Cienfuegos, (...) La Sala encuentra que lo único que está probado es que fue el señor Cienfuegos quien disparó y causó las heridas al aquí demandante, y como quiera que su actuación fue en una actividad estrictamente privada y al margen de las funciones que desempeñaba, esto es fuera del servicio, la Sala conforme lo expuesto confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda conforme lo expuesto en este. **NOTA DE RELATORIA:** Con aclaración de voto de la consejera Stella Conto Díaz del

Castillo. A la fecha, esta Relatoría no cuenta con el medio magnético ni físico de la citada aclaración.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO

Bogotá D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 08001-23-31-000-2001-02651-01(37807)

Actor: JOSE GREGORIO COHEN ARIAS

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 3 de junio de 2009 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS

Se demanda la responsabilidad extracontractual de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por las lesiones sufridas por el joven José Gregorio Cohen Arias a manos de un integrante de la Policía Nacional en hechos ocurridos el 1 de enero de 2000, en la ciudad de Barranquilla (Atlántico).

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El 18 de diciembre de 2001 (f, 12, c. ppal 1), en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso

Administrativo, por intermedio de apoderado judicial, el señor José Gregorio Cohen Arias presentó demanda contra la Nación -Ministerio de Defensa - Policía Nacional, solicitando las siguientes pretensiones (f. 1-2, c. ppal 1):

PRIMERA: Se declare a la Nación Colombiana – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, responsable de las lesiones causadas a la integridad física de JOSÉ GREGORIO COHEN ARIAS, ocurrida el día 1 de enero de dos mil (2000), en Barranquilla (Atlántico), cuando fue alcanzado por un proyectil de arma de fuego disparado por el agente de la Policía Nacional JOSÉ OSWALDO CIENFUEGOS OSPINO.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, la Nación Colombiana debe pagar a mi poderdante la totalidad de los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) que les fueron causados con motivo de dicho insuceso y que se demuestren pericialmente en este proceso o posteriormente durante el trámite incidental previsto en los artículos 135, 136 y 137 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con lo preceptuado por el Artículo 172 del Código Contencioso Administrativo para la condena in-genere.

TERCERA: Que la Nación Colombiana debe pagar a mis poderdantes el valor de los perjuicios morales en todo orden que le fueron causados con las lesiones a JOSÉ GREGORIO COHEN ARIAS, ocurrida en las circunstancias de tiempo, modo y lugar a que se contrae el proceso. Los perjuicios morales subjetivos, serán equivalentes, en moneda nacional, hasta de 1000 salarios mínimos mensuales vigentes, al monto que tengan el día de ejecutoria de la sentencia.

CUARTA: Que se actualice el monto o valor de los perjuicios de acuerdo con el poder adquisitivo de la moneda en la fecha de la sentencia; que se hagan los incrementos anuales de las entradas o ingresos e igualmente en la indemnización se distingan dos (2) periodos: El de los perjuicios actuales, debido y los futuros, y que para el primer periodo se condene a la Nación a pagar a mi poderdante el valor de los intereses de las sumas debidas.

QUINTA: Que la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, adoptarán las medidas necesarias para el cumplimiento de la sentencia dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, y reconocerá los intereses comerciales y moratorios sobre las sumas anteriores, así como los ajustes de valor a que haya lugar, de conformidad con los artículos 175, 177 y 178, del Código Contencioso Administrativo.

2. Fundamentos de hecho

Como fundamento fáctico de la acción, adujo el actor que el día 1 de enero de 2000, aproximadamente a las 8:30 p. m., se presentó un cruce de disparos entre los señores José Oswaldo Cienfuegos Ospino y Franklin de Jesús Avendaño Llanos, en medio de un bazar bailable que se llevaba a

cabo en el barrio Carrizal de la ciudad de Barranquilla y en el cual el demandante participaba.

El señor José Oswaldo Cienfuegos Ospino, quien era agente de la Policía Nacional y se encontraba en el lugar de los hechos vestido de civil y fuera del servicio, al huir del lugar continuó disparando su arma de dotación oficial e hirió de gravedad al demandante, quien quedó con paraplejía de miembros inferiores, más pérdida de senilidad desde el límite inferior del tercio superior de los muslos hasta el resto de los miembros inferiores.

Las lesiones y perjuicios causados al accionante son responsabilidad de la entidad demandada, toda vez fue un agente de la Policía Nacional –que fue condenado por estos hechos penalmente- el que en forma innecesaria e imprudente disparó su arma de dotación oficial, causando así un daño antijurídico.

3. Oposición a la demanda

En escrito presentado en forma oportuna el 17 de octubre de 2002 (f. 63-66, c. ppal 1), la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional contestó la demanda manifestando no constarle ninguno de los hechos señalados por el actor, e indicó que en el presente asunto existió una culpa personal del agente que exonera de responsabilidad a la entidad. El disparó que le causó las graves lesiones a José Gregorio Cohen Arias y que lo dejó parapléjico, si bien fue con un arma accionada por el señor José Oswaldo Cienfuegos, no fue en actos de servicio y el arma no era de dotación oficial.

El señor Cienfuegos para el día de los hechos se encontraba en franquicia y tan cierto es que su actividad estuvo desligada del servicio, que fue la justicia penal ordinaria y no la penal militar el que lo judicializó y condenó a la pena de 28 años y siete meses de prisión por los punibles de homicidio y lesiones personales cometidos respectivamente en Jairo Hurtado Dorado y José Gregorio Cohen Arias.

II. LA SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 3 de junio de 2009, el Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico negó las pretensiones de la demanda (f. 347-

359, c. ppal 2.) al considerar que de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario y en especial la providencia mediante el cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla condenó por los delitos de homicidio y lesiones personales al señor Cienfuegos Ospino, se tiene que el día primero de enero de 2000 luego de una pelea entre Franklin Avendaño y Oswaldo Cienfuegos, éste último defendiéndose de los disparos de Franklin, accionó el arma que portaba y causó la muerte del señor Jhon Jairo Hurtado Dorado y lesiones personales a José Gregorio Cohen Arias.

El Tribunal señaló que aunque si bien es cierto el señor Oswaldo Cienfuegos para la época de los hechos fungía como agente de la Policía Nacional, su actuación estuvo desligada del servicio, en tanto que: i) no actuó valiéndose de su condición de autoridad pública, ii) los hechos no ocurrieron en horas, ni lugar del servicio, iii) el señor Cienfuegos vestía de civil y iv) no se tiene certeza que el arma accionada era de dotación oficial.

Al no existir un nexo causal con el servicio no se puede responsabilizar a la accionada de las lesiones sufridas por el actor.

III. SEGUNDA INSTANCIA

1. Recurso de apelación

Mediante recurso de apelación interpuesto (f. 361, c. ppal 2) y sustentado (f. 362-383, c. ppal 2) dentro de la oportunidad legal, la parte demandante solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, conforme los siguientes argumentos:

- 1.1 Si se analiza el caso bajo diferentes teorías de responsabilidad, se llega a la misma conclusión: Existe responsabilidad de la entidad demandada, máxime cuando se considera que hay un nexo instrumental.
- 1.2 Contrario a lo señalado por el *a quo*, el arma disparada por el agente José Oswaldo Cienfuegos Ospino si era de dotación oficial, tal como se sustrae de las declaraciones de los testigos obrantes en el expediente y de las copias allegadas del proceso penal.

- 1.3 Una de las pruebas que demuestra que el arma era de dotación oficial se encuentra en los documentos acompañados con el oficio No. 180 COMAN-ESCIU del 06 de mayo de 2008 suscrito por el teniente Díaz Rojas, y en los cuales se aportó copia del libro de armerillo de la estación en la cual prestaba servicios el agente Cohen Arias, de la cual se tiene que: i) el día 30 de diciembre de 1999 se anota que el agente Cienfuegos entregó al señor Villalobos Correa la caja de segunda sesión con 25 revólveres calibre 38 Smith Wesson a fin de que efectuara el segundo turno de vigilancia, ii) el día 31 de diciembre de 1999 el agente Villalobos entrega al agente Cienfuegos la misma caja, esta vez con 24 revólveres anotando que falta el revólver que entregó el agente pino, iii) el día 1 de enero de 2000 cuando *“entrega el turno de armerillo no deja constancia de la falta del revolver c/38 Smith Wesson y entrega el listado como si el armamento estuviera completo incluyendo el revólver que presuntamente no entregó el agente pino”*.

Luego entonces, el agente Cienfuegos al momento de los hechos el 1 de enero de 2000, *“se encontraba portando el arma de dotación oficial, la que reportó en el armerillo como no entregada y luego presentó como si hubiera sido devuelta y entregada al siguiente turno, sin entregarla físicamente a su reemplazo en armerillo”*. Lo cual coincide con la posición del condenado, quien en la indagatoria guardó absoluto silencio sobre el lugar de destino final del arma, así como la entidad, *“quien en la contestación de la demanda se allanó a contestar que no estaba probado la existencia de un arma de dotación oficial”* (f. 371, c. ppal 2).

- 1.4 Al aplicarse la teoría de la presunción en la falla del servicio, se tiene que por el mero hecho de ser el arma de dotación oficial ya existe responsabilidad de la entidad; sin embargo, y contrario a lo dicho en la sentencia impugnada, el agente Cienfuegos sí cometió el daño en su calidad de servidor público, pues aunque estuviera de civil y gozando de permiso, los testimonios en el proceso señalan que actuó como agente de la Policía Nacional, y fue en virtud de su investidura como autoridad policiva que pretendió desarmar a uno de los involucrados en la riña. *“El agente Cienfuegos intervino en la riña valiéndose de su calidad de agente de la Policía, de su experiencia en el manejo y tenencia de las armas, y del conocimiento que tenía la*

comunidad de ese hecho, y de esa manera actuó y causó la muerte y lesiones que han dado lugar a esta demanda”.

2. Alegatos de conclusión en segunda instancia¹

El agente del Ministerio Público presentó concepto mediante el cual solicitó que el fallo recurrido sea confirmado, pues el señor José Oswaldo Cienfuegos Ospino actuó en forma personal, desligado totalmente del servicio.

De las pruebas obrantes en el plenario, se tiene que para la fecha de los hechos, aquel se encontraba de franquicia y en uso de la misma, acudió a un bazar. El hecho de que el policial fuera el responsable del armerillo, no da pie para tener que aquel utilizó un arma de dotación oficial como lo quiere hacer ver el demandante, pues no hay prueba alguna que demuestre que las heridas causadas al señor Cohen fueron producidas por proyectiles de armas de dotación oficial, pues no obra dictamen de balística que así lo confirme, como tampoco existe prueba de que en su calidad de guardián del armerillo, utilizó un arma de la entidad y la devolvió después de haber cometido el hecho. Las afirmaciones de la parte actora carecen de respaldo probatorio.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN

1.1 Competencia y procedencia de la acción

En relación con la competencia de esta Corporación para desatar la controversia, se tiene que el proceso tiene vocación de doble instancia ya que la pretensión mayor individualmente considerada asciende a la suma de mil salarios mínimos mensuales vigentes, valor que supera la cuantía mínima exigida para que un proceso tenga acceso a la misma², según los

¹ Mediante auto del 12 de marzo de 2010 (f. 402, c. ppal 2), notificado por estado el 24 de marzo de dicha anualidad, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, término que venció el día 14 de abril de 2010, tal y como se observa en constancia visible en folio 427 del cuaderno principal No. 2. La parte actora guardó silencio, mientras que la Nación-Ministerio de Defensa- Policía Nacional presentó sus alegatos el 15 de abril de 2010 (f. 404-409, c. ppal 2), razón por la cual los mismos no serán tenidos en cuenta.

² La demanda fue presentada el 18 de diciembre de 2001, la sentencia de primera instancia se notificó por edicto del 4 al 6 de agosto de 2009, y el recurso de apelación se interpuso el 6 de agosto de 2009. De conformidad con el artículo 129 y 132 del Decreto 01 de 1984, así como el artículo 20 del Código de

parámetros de competencia establecidos en el Decreto 01 de 1984, toda vez que el recurso de apelación fue interpuesto durante su vigencia.

La acción ejercitada es la procedente, toda vez que a través de ella se pretende imputar responsabilidad extracontractual a la demandada por las lesiones sufridas por el joven José Gregorio Cohen Arias a manos de un miembro de la Policía Nacional.

1.2 Caducidad de la acción

Observa la Sala que no hay operancia de las misma, por cuanto los hechos en los que resultó lesionada la víctima acaecieron el día 1 de enero de 2000 y la demanda fue presentada el 18 de diciembre de 2001 (f. 12, c. ppal 1), antes del vencimiento de los dos años de caducidad para impetrar la acción de reparación directa de que trata el numeral 8 del artículo 136 C.C.A

1.3 Legitimación en la causa

El accionante José Gregorio Cohen Arias se encuentra legitimado en la causa por activa, al ser la persona que resultó herida por un arma de fuego que le causó varias lesiones en su cuerpo en hechos del 1 de enero de 2001, tal y como se demuestra entre otros documentos, con la historia clínica aportada al plenario (f. 49-53, c. ppal 1), y copias de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla (f. 16-47, c. ppal 1).

De otro lado, la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional se encuentra legitimada como demandada, toda vez que se trató de la entidad a la que pertenecía el agente involucrado en los hechos del 1 de enero de 2000 y a quien el actor acusa de haber disparado el arma que lo dejó parapléjico. La responsabilidad de la entidad, será analizada de fondo.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala determinar si en el presente caso la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional es extracontractualmente responsable de las lesiones de José Gregorio Cohen Arias, para lo cual es

Procedimiento Civil sin las modificaciones introducidas por la Ley 1395 de 2010, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa fuera conocido en segunda instancia por esta Corporación debía exceder los 500 smlmv y la mayor de las pretensiones de la demanda fue estimada en la suma de 1000 smlmv, por concepto de daño moral.

necesario establecer si en la materialización del daño existió o no un nexo con el servicio o, si por el contrario, no se encuentra demostrada la responsabilidad de la entidad pública demandada toda vez el suceso tuvo su génesis en la culpa personal del agente estatal.

3. CUESTIONES PRELIMINARES

3.1 En relación con los hechos de que trata el proceso, obran las pruebas aportadas por las partes y las allegadas por orden del *a quo*, sobre las que la Sala hace las siguientes precisiones:

3.1.1 Al plenario fueron aportados algunos documentos en copia simple, que podrán ser valorados por cuanto estuvieron a disposición de las partes y no fueron tachados de falsos. Al respecto, la Sección Tercera de esta Corporación en reciente fallo de unificación de jurisprudencia³, consideró que las copias simples tendrán mérito probatorio, en virtud de los principios constitucionales de buena fe y lealtad procesal, en tanto se hayan surtido las etapas de contradicción y su veracidad no hubiere sido cuestionada a lo largo del proceso. Adujo la Sala, que una interpretación contraria implicaría afectar el acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal.

3.1.2 En el expediente obran algunas copias del proceso penal adelantado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla como consecuencia de la muerte de John Jairo Hurtado Dorado y las lesiones personales de José Gregorio Cohen Arias en hechos del 1 de enero de 2000 (f. 193-249 c. ppal 1), las cuales fueron allegadas al plenario en copia auténtica por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla (f. 192, c. ppal. 1) en respuesta al oficio No. 1870-CH (f. 90, c. ppal 1) y que serán apreciables sin limitación alguna, toda vez que las mismas si bien solo fueron solo solicitadas por la parte demandada (f. 65, c. ppal 1), su traslado se produjo con el cumplimiento de los requisitos previstos al efecto por la ley, y la parte actora fundamento su recurso de apelación entre otros, en dichas pruebas.

3.1.3 Se aportó al plenario varios recortes y ejemplares de periódico de

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, exp. 25022, M.P. Enrique Gil Botero.

diferentes medios de prensa que refieren de los hechos acaecidos el 1 de enero de 2000 (f. 54-59, c. ppal 1), los que serán valorados en la medida en que guarden relación con los hechos probados en el expediente.

4. LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

4.1. Con el fin de abordar integralmente la problemática que supone el recurso de apelación interpuesto, la Sala analizará la demostración del daño, toda vez que se trata del primer elemento que debe dilucidarse para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado⁴, de manera que, resuelto el tema relativo a la afectación patrimonial de los actores que se alega en la demanda, se entrará a estudiar la imputación.

4.2. El daño

En el *sub lite*, el daño alegado por el actor se concretó en las lesiones que sufrió por disparos recibidos de arma de fuego en hechos del 1 de enero de 2001. En ese orden, obran en el plenario los siguientes documentos:

- i) Historia clínica de José Gregorio Cohen Arias al interior del Hospital General de Barranquilla, y en la que se observa que el 20 de enero de 2000, el servicio de neurología del hospital diagnosticó que aquel presentó “*paraplejia de miembros inferiores + perdida de sensibilidad desde el límite inferior del 1/3 superior de los muslos hasta el resto de los miembros inferiores*” luego de haber sido ingresado por un impacto de arma de fuego en la región abdominal derecha (f. 49-53, f. 124-140, c. ppal 1).
- ii) Sentencia del 9 de febrero de 2001 (f. 16-47, c. ppal 1), proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Barranquilla y confirmada por el Tribunal Superior de Barranquilla el 11 de mayo de 2001 (f. 202-211, c. ppal 1), proveídos en los que se hace referencia al estado de salud en el quedó el señor José Gregorio Cohen Arias.

En la sentencia del 9 de febrero de 2001, frente a las lesiones se indicó que José Gregorio Cohen Arias como consecuencia del disparo sufrido

⁴ HENAO, Juan Carlos. *El daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 37.

el 1 de enero de 2000 presentó una “*perturbación funcional del sistema nervioso central de carácter permanente, con afectación de la micción, excreción, locomoción, reproducción y sensibilidad, además de la pérdida funcional de los miembros inferiores*”.

Del análisis conjunto de las anteriores pruebas se desprende, el daño deprecado.

4.2. La imputación

4.2.1. En cuanto a la imputabilidad del daño a la administración, es pertinente poner de presente que en reciente pronunciamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno señaló que, así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que este puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación⁵:

En lo que se refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta sentencia.

⁵ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón, reiterada en la sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 23219, C.P. Hernán Andrade Rincón.

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia citada, no todos los casos en los que se discuta la responsabilidad del Estado por daños derivados de un supuesto de hecho que guarde semejanzas tienen que resolverse de la misma forma pues, se insiste, el juez puede –en cada caso concreto- válidamente considerar que existen razones tanto jurídicas como fácticas que justifican la aplicación de un título o una motivación diferente.

4.2.2. En ese orden, frente a la imputación del daño irrogado a los actores, de las pruebas allegadas al plenario, se tiene:

1.2.2.1 El 1 de enero de 2000 en horas de la noche, se llevó a cabo en el Barrio Carrizal de la ciudad de Barranquilla un bazar o “pick up” en la que participaron varias personas del sector, incluyendo el joven José Gregorio Cohen Arias (sentencia del 9 de febrero de 2001 proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla, f. 16-47, c. ppal 1; sentencia del 11 de mayo de 2001 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla f. 202-211, c. ppal 1).

1.2.2.2 Hacia las 8:30 p.m., en el referido lugar se presentó una discusión entre los señores José Oswaldo Cienfuegos Ospino y Franklin Avendaño, quienes finalmente se enfrentaron en un cruce de disparos (sentencia del 9 de febrero de 2001 proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla, f. 16-47, c. ppal 1, sentencia del 11 de mayo de 2001 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla f. 202-211, c. ppal 1).

1.2.2.3 Los disparos que realizó el señor José Oswaldo Cienfuegos Ospino hirieron de gravedad a los jóvenes John Jairo Hurtado y José Gregorio Cohen Arias, terminado el primero de los mentados muerto y el segundo con paraplejía de los miembros inferiores, pérdida de sensibilidad y compromiso de varias funciones (sentencia del 9 de febrero de 2001 proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla, f. 16-47, c. ppal 1, historia clínica de José Gregorio Cohen Arias en el Hospital General de Barranquilla f. 49-53 y 124-140, c. ppal 1).

1.2.2.4 Por los anteriores hechos el señor José Oswaldo Cienfuegos Ospino fue investigado por la justicia ordinaria, y finalmente el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla en sentencia del 9 de febrero de 2001, confirmada por el Tribunal Superior de Barranquilla el 11 de mayo de dicho año, lo declaró penalmente responsable de los delitos de homicidio y

lesiones personales y lo condenó a la pena principal de veintiocho años y siete meses de prisión, sin derecho a la condena de ejecución condicional. Decisión que se encuentra en firme. (sentencia del 9 de febrero de 2001 proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla, f. 16-47, c. ppal 1, sentencia del 11 de mayo de 2001 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla f. 202-211, c. ppal 1, oficio del 19 de diciembre de 2002 por medio de la cual la Secretaria Penal del Tribunal Superior de Barranquilla informó al Juzgado Cuarto Penal que la Corte Suprema de Justicia inadmitió el recurso de casación interpuesto por el apoderado del señor José Cienfuegos, y por ende, la condena se encuentra en firme).

1.2.2.5 Lo acaecido el 1 de enero de 2000, así como lo concerniente al juicio y condena del señor José Oswaldo Cienfuegos fue seguido por la prensa, que en varios diarios dio noticia de lo concerniente al caso (recortes de periódicos del 4 de enero de 2000 del Diario el Tiempo, f. 56, c. ppal 1, del diario La Libertad de Barranquilla del 20 de enero de 2000 y 2 de diciembre de 2000 f. 57 y 58, c. ppal 1, y del diario el Herald del 21 de febrero de 2001, f. 54. c. ppal 1).

Ahora bien, tanto en la demanda como en el recurso de apelación, el demandante señala que la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional es responsable administrativamente por los perjuicios que le causaron, toda vez que señala fue un agente de policía el que disparó en contra de su humanidad, valiéndose para ello de su arma de dotación oficial, tal y como se evidencia de los testimonios y pruebas obrantes en el plenario.

Sobre el particular, la Sala encuentra que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, toda vez que si bien es cierto el joven resultó lesionado a manos del agente de la Policía Nacional José Oswaldo Cienfuegos Ospino, no lo es menos que su actuación fue personal y totalmente desligada del servicio, tal y como pasa a explicarse a continuación.

Tratándose de los daños causados con ocasión de la utilización de armas de fuego, esta Corporación en varias oportunidades ha señalado que en principio el régimen de responsabilidad será objetivo, y al accionante le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, esto es, resulta necesario que se acredite que

el daño ocasionado por el agente tuvo vínculo con el servicio público. En sentencia del 12 de febrero de 2014 se indicó que⁶:

La Jurisprudencia reiterada de la Corporación ha sostenido que tratándose de la producción de daños originados en el despliegue –por parte de la entidad pública o de sus agentes– de actividades peligrosas, lo cual ocurre cuando se utilizan armas de diversas clases, como las de fuego, aquel a quien corresponda jurídicamente la guarda de la actividad quedará obligado a responder por los perjuicios que se ocasionen al realizarse el riesgo creado⁷; así mismo, en cuanto al reparto de la carga de la prueba que tiene lugar en litigios en los cuales el aludido sea el asunto objeto de controversia, se ha advertido, en forma reiterada, que

‘[A]l actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa. Y de nada le servirá al demandado demostrar la ausencia de falla; para exonerarse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima.

Ahora bien, para que se configure la responsabilidad el Estado en aplicación del anterior título de imputación, resulta necesario que se acredite que el daño ocasionado por el agente haya tenido vínculo con el servicio; dicho de otra manera, las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando tienen algún nexo o vínculo con el servicio público, pues la simple calidad de servidor público que pueda predicarse respecto del autor del hecho dañoso no vincula necesariamente al Estado en lo patrimonial, dado que dicho individuo también puede actuar dentro su ámbito privado, esto es separado por completo de toda actividad pública.

Lo anterior significa, que en cada caso concreto se requiere estudiar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el suceso, pues a partir de las mismas se debe definir la intencionalidad o subjetividad del agente, esto es, si aquel actuó en conexión con el servicio.

Por su parte, para determinar cuándo el hecho tuvo o no vínculo con el servicio “se debe examinar la situación concreta para establecer si el funcionario actuó frente a la víctima prevalido de su condición de autoridad pública, es decir, que lo que importa examinar no es la intencionalidad del sujeto, su motivación interna sino la exteriorización de su comportamiento. En otros términos lo que importa para atribuir al Estado, por ejemplo, el hecho del policía que agrede a una persona es establecer ‘si a los ojos de la víctima aquel

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 12 de febrero de 2014, Exp. No. 29206. M.P Mauricio Fajardo Gómez.

⁷ Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Consejero Ponente: Alíer E. Hernández Enríquez, expediente 15473; sentencia del 4 de diciembre de 2.007, exp. 16.827.

*comportamiento lesivo del policía aparecía como derivado de un poder público, siquiera en la vertiente del funcionamiento anormal de un servicio público*⁸.

De otro lado, el que en el hecho dañoso se haya utilizado de por medio un arma de dotación oficial, no implica que de forma automática se produzca la responsabilidad de la entidad estatal, pues el nexo instrumental no es suficiente para comprometer su responsabilidad. En este sentido, la Corporación señaló que⁹:

*En relación con el argumento de la entidad apelante según el cual los agentes de la policía actuaron por fuera del servicio, la Sala debe indicar que, para establecer los límites entre el nexo con el servicio y la culpa personal del agente, se deben analizar y valorar las particularidades de cada caso específico, comoquiera que **el vínculo instrumental, funcional u ocasional, por sí mismo no compromete, la responsabilidad patrimonial del Estado.** (...)*

*Como se aprecia, en cada asunto particular se requiere estudiar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los acontecimientos puesto que, a partir de ellas será que se define en qué casos se está en presencia de una culpa personal del agente o ante a un daño antijurídico imputable al Estado*¹⁰.

*Conviene igualmente precisar que aunque el agente del Estado que cause el daño se encuentre en servicio activo, ello no compromete la responsabilidad patrimonial de la entidad accionada, pues como lo ha sostenido la Jurisprudencia de la Corporación¹¹, cuando un miembro de la Fuerza Pública se encuentra en estado de “disponibilidad”, consecuentemente está en servicio activo; empero, esa circunstancia no significa, per se, el ejercicio de funciones propias del cargo, las cuales se desarrollarán, por ejemplo, cuando encontrándose en esa situación le sean asignadas tales funciones por quien corresponda, evento éste en el cual se establecerá un claro nexo con el servicio, por manera que de no presentarse dicho vínculo, las actuaciones adelantadas por el agente no comprometerán a la entidad pública y por ende sus consecuencias radicarán, exclusivamente, en cabeza del servidor, quien actúa dentro de su ámbito privado*¹². –Negritas fuera de texto–.

⁸ Consejo de Estado, Subsección C, Sentencia del 20 de octubre de 2014, Exp. No. 26653. M. P. Olga Melida Valle de De la Hoz.

⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia del 28 de abril de 2014, Exp. No. 21896. M.P Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de junio de 2013. Expediente: 25180. MP: Enrique Gil Botero.

¹¹ Al respecto, la Sección Tercera de la Corporación, en sentencia de agosto 10 de 2001, exp. 13.666 – reiterada en sentencia de 28 de abril de 2010, exp. 18.322–, expresó: “*Se concluye, entonces, que el agente de la Policía que se encuentra disponible está en servicio activo, pero no tiene señalada una función específica, la cual, sin embargo, puede serle asignada en cualquier momento. Así las cosas, **mientras no se le ordene desarrollar una determinada labor, no cumplirá funciones propias del servicio, y sus actuaciones, por lo tanto, no vincularán al Estado, a menos que existan elementos adicionales que permitan considerar que su conducta tiene un nexo con el servicio respectivo.***” (Se destaca).

¹² Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 27 de febrero de 2013. Expediente: 26089.

En el caso bajo estudio, de las pruebas allegadas al plenario se tiene que si bien el señor José Oswaldo Cienfuegos Ospino era agente de la Policía Nacional, la actuación surtida el 1 de enero de 2000 estuvo desligada totalmente del servicio y enmarcada dentro de su ámbito personal.

En efecto, en primer lugar se cuenta con los oficios No. 180 / COMAN – ESCIU del 06 de mayo de 2008 (f. 310, 384, c. ppal 1), No. 206 / COMAN – ESCIU del 27 de mayo de 2008 (f. 324, c. ppal 1), No. 219 / COMAN – ESCIU del 12 de junio de 2008 (f. 333, c. ppal 1), todos proferidos por el comandante de la Estación Ciudadela del Departamento de Policía del Atlántico, en los que refiere:

Me permito informar a ese despacho que el señor AG. OSWALDO CIENFUEGOS OSPINO se encontraba para la fecha 01 de enero de 2000 después de las 08:00 horas de la mañana en descanso según lo demuestra el libro de entrega, recibo y anotaciones del servicio de armerillo de la Estación Ciudadela en sus folios No. 127 y 128; se desconoce si el agente OSWALDO CIENFUEGOS OSPINO poseía armamento de dotación oficial ya que no reposa ningún documento que lo demuestre, cabe anotar que el mencionado policial cumplía funciones de encargado del almacén del armamento (armerillo) de la estación siendo su turno de descanso y trabajo de 24 horas.

Del anterior documento, se tiene que el señor Oswaldo Cienfuegos Ospino era uno de los encargados del armerillo de la estación, que cumplía su función en un turno de 24 horas, y que para el primero de enero de 2000 entregó su puesto quedando en descanso desde las ocho de la mañana.

Luego entonces, para las ocho de la noche del primero de enero de 2000, el señor José Oswaldo Cienfuegos Ospino se encontraba en descanso y no estaba prestando ningún tipo de servicio para la Policía Nacional.

Ahora bien, a las ocho y media de la noche el mentado agente concurrió a un bazar del barrio Carrizal, y durante el mismo, tuvo un altercado con el señor Franklin Acevedo, en el cual el primero terminó disparando un arma e hiriendo de gravedad a dos jóvenes que yacían en el lugar, incluyendo al demandante.

Sobre las circunstancias que rodearon la discusión entre los señores José Cienfuegos Ospino y Franklin Acevedo, reposan en el plenario varios

testimonios, que al ser comparados con las pocas copias que fueron allegadas del proceso penal -en especial las sentencias por las cuales el señor Cienfuegos fue condenado-, se tiene que éste no actuó investido como autoridad policial.

El señor Carlos Restrepo Hernández, testigo presencial de los hechos, en declaración que rindiera al interior del presente proceso, manifestó que (f. 150-151, c. ppal 1):

Como de costumbre en el barrio los primeros de enero de cada año, colocan un baile, o sea un pickuop (sic), nosotros los jóvenes fuimos a escuchar música, somos JOSÉ COHEN, ELIAS VERGEL, ROQUE PARADA, JHON JAIRO HURTADO, ELKIN HURTADO y mi persona, cuando de pronto escuchando música el señor JOSÉ CIENFUEGOS se lanzó contra FRANKLIN AVENDAÑO en forma de discusión, cuando de pronto el agente CIENFUEGOS sacó un revólver haciéndole disparo a FRANKLIN, al escuchar los disparos FRANKLIN se refugió dentro de la multitud, nosotros también hicimos lo mismo, nos refugiamos en una casa, cuando nos dimos de cuenta JOSÉ COHEN se encontraba tirado en el suelo, JHON JAIRO HURTADO al verlo en el suelo corrió hacia él contando con la suerte de que un disparo lo cogiera, es decir, le diera en el pecho causándole la muerte instantáneamente, de inmediato recogimos a JHON paramos un taxi y lo llevamos al Hospital, pero ya era demasiado tarde, pero no pudimos hacer nada por él (...) PREGUNTADO: En respuesta anterior usted califica al señor CIENFUEGOS como agente de policía, en razón a que hace esa identificación. CONTESTÓ: Yo fue (sic) patrullerito de la estación "ciudadela 20 de julio" allí lo conocí (...) PREGUNTADO: Como usted manifiesta en respuesta anterior que conoció en la estación "CIUDADELA" al agente CIENFUEGOS OSPINO, manifieste al declarante si el día de los hechos el mencionado señor vestía prendas policivas. CONTESTÓ: No. Estaba de civil.

El señor Restrepo Hernández refirió que hubo una discusión entre el señor José Cienfuegos y Franklin Avendaño en el cual el primero, disparó el arma que llevaba consigo.

Sobre lo dicho por el deponente, se destaca que manifestó que el señor Cienfuegos concurrió al bazar de civil, que lo reconoció como agente no porque haya actuado como tal en el bazar, sino porque sabía que era agente de la Policía al haber sido el testigo patrullerito de la estación la Ciudadela 20 de Julio, lugar donde conoció al señor Cienfuegos.

Lo expuesto por Carlos Restrepo Hernández, se encuentra en concordancia con la sentencia del 9 de febrero de 2001 del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla, en donde se indica que aquel también declaró en el

proceso penal seguido contra Cienfuegos, siendo su declaración consistente con lo depuesto en el presente proceso. En la sentencia referida, frente al señor Carlos Restrepo se indicó que (f. 16-47, c. ppal 1):

Carlos Alberto Restrepo Hernández en declaración jurada el 21 de marzo de 2000. Vecino del sector.

En el lugar de los acontecimientos, de pronto JOSÉ CIENFUEGOS, busco a FRANKLIN y le reclamó algo, desencadenándose una serie de disparos resultando herido JHON JAIRO y JOSÉ ARIAS, quienes se hallaban en la parte de atrás del último de los contrincantes, es decir de FRANKLIN, por lo que le atribuye a CIENFUEGOS, las consecuencias sufridas por los dos jóvenes.

Sostiene que JORGE CIENFUEGOS primo del policial empezó la reyerta por tratar de desarmar a FRANKLIN, en la que ambos contendores agotaron sus municiones.

Otro de los testigos del hecho, fue el señor Elkin Enrique Hurtado Dorado, quien ante esta Corporación manifestó que (f. 157-159, c. ppal 1):

El día 1 de enero del año 2000, a eso de las 8 y 30 de la noche varios compañeros cuyos nombres son: JOSÉ ARIAS COHEN (sic), JHON JAIRO HURTADO DORADO, ROQUE ANTONIO PARADA CURA, ELIAS VERGEL, CARLOS ALBERTO RESTREPO HERNÁNDEZ y mi persona, salimos a un baile que se encontraba en el sector, en el mismo sector donde vivía un señor llamado FRANKLIN AVENDAÑO, se encontraba departiendo en la fiesta, después observamos cuando llegó el señor JOSÉ OSWALDO CIENFUEGOS OSPINO, agente de policía que cuando se vio de cara con el joven FRANKLIN sacó su arma y comenzó hacerle disparos, el joven FRANKLIN al ver que su contendor le hacia los disparos, él corrió donde nos encontramos nosotros, él no pensó en las consecuencias y siguió disparando, en el intercambio de disparos nosotros salimos corriendo para salvar nuestras vidas, cuando todo terminó todo fue cuando nos dimos cuenta que a mi hermano JHON JAIRO HURTADO una bala le había traspasado el corazón, después en el mismo instante vimos al compañero JOSÉ GREGORIO ARIAS COHEN (sic) tirado en el suelo quien hoy en día está en estado paralítico, de ahí los cogimos y los llevamos al hospital (...) ese día todo se vio tan claro porque el agente de policía JOSÉ OSWALDO CIENFUEGOS OSPINO, primero fue el que abusó contra el señor FRANKLIN, entonces FRANKLIN corrió por el lado donde estamos nosotros, nosotros nos encontramos en la parte de arriba de una carretera, el policía corrió hacia abajo y desde esa posición el policía hacia los tiros contra FRANKLIN que se encontraba escudado con nosotros (...) PREGUNTADO: En su respuesta anterior usted identifica al señor OSWALDO CIENFUEGOS OSPINO como agente de policía a que se debe esa identificación. CONTESTÓ: El día de los hechos el señor agente de Policía se encontraba de civil y si lo conozco como policía porque lo vi dos veces en la SIJIN con el uniforme de Policía. De vista lo conocía. Antes de los hechos lo conocía de vista porque familiares de él residían dos cuadras más atrás de mi esposa.

En la declaración rendida al interior de este proceso, Elkin Enrique Hurtado Dorado señaló que distinguía al señor Cienfuegos como policía por haberlo visto vestido como tal en dos oportunidades, que aquel llegó al bazar de civil, y que una vez en el sitio al ver al señor Franklin Acevedo, se abalanzó sobre él.

Frente a su dicho, al observar la sentencia penal del 11 de mayo de 2001 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que confirmó la dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito, y en la que se transcribe el testimonio que Elkin Enrique Hurtado al interior del proceso penal, se tiene que en dicho proceso el testigo también manifestó que Cienfuegos estaba de civil, con la diferencia que precisó que aquel llegó al lugar a escuchar música y que se encontraba en estado de embriaguez, así (f. 207, c. ppal 1):

Nos sentamos al frente a ver y escuchar la fiesta sentados en la esquina, después llegó el policía JOSÉ CIENFUEGOS, con un hijo de Vitico que se llama JORGE y que son del barrio, llegaron al sitio y al igual de nosotros llegaron a esa esquina a escuchar la música y a beber, allí también estaba FRANKLIN AVENDAÑO, el policía estaba tomando y estaba ebrio y JORGE el hijo de VITICO, se alzó y le iba a quitar el revólver a FRANKLIN y este hizo como tres tiros al aire y se ambala (sic) a correr y cuando vemos que viene JOSÉ CIENFUEGOS con el revólver y empieza a disparar, el primer disparo se lo tiro a JOSÉ COHEN y le dio en la espalda abajo quien dicen que va a quedar invalido, el tercer tiro le dio a mi hermano en el pecho que le quemó la mano a ROQUE PARADA y mató a mi hermano.

El señor Roque Parada, también testigo presencial quien declaró en este proceso, confirma lo dicho por Elkin Enrique Hurtado al señalar que fue José Oswaldo el que causó las heridas al demandante, al expresar que: “José Oswaldo Cienfuegos salió hacia la carretera y franklin corrió hacia arriba y más arriba estamos nosotros, el oficial José Oswaldo Cienfuegos disparaba hacia donde estaba franklin no dándose cuenta que habían más personas en esa dirección, propinándole un tiro a John Jairo Hurtado y a José Gregorio Cohen en el abdomen, se desplomaron enseguida, de ahí llevamos a John al hospital barranquilla y a José lo llevó otro muchachos que estaban con nosotros” (f. 162-163, c. ppal 1).

El señor Elías Moisés Vergel Fuentes, también testigo presencial de los hechos, coincide con el señor Elkin Hurtado al referir que Cienfuegos se encontraba en aparente estado de embriaguez, así (f. 160-161, c. ppal 1):

Siendo el 1 de enero del año 2000, salimos mis compañeros y yo hacía un bazar que hacen anualmente como festejo del 1 de enero de cada año, ahí todos los años colocan un pickup, mis compañeros eran ROQUE PARADA, ELKIN HURTADO, JOHN JAIRO HURTADO, quien fue el fallecido en esos hechos, JOSÉ ARIAS COHEN (sic) y mi persona. Estando allí vimos cuando había un forcejeo o una discusión entre el señor OSWALDO CIENFUEGOS y el señor FRANKLIN AVENDAÑO, en medio de ese forcejeo, el señor Agente de la Policía, JOSÉ OSWALDO CIENFUEGOS, desenfundó o sacó su arma haciéndole disparo al señor Franklin quien corrió a escudarse, dada las consecuencias corrió hacia donde estamos nosotros, que estamos departiendo, al parecer no quería problema con el señor Agente de la Policía, el Policía como estaba en estado de embriaguez le hizo unos disparos al señor Franklin y éste al ver que le disparaban sacó el arma e hizo unos disparos al aire solamente para desparcir (sic) a la gente, eso lo hizo el señor Franklin. El señor OSWALDO CIENFUEGOS siguió disparando hacia donde estaba él y fue cuando vimos cuando cayeron nuestros amigos, JHON JAIRO HURTADO, la bala le impactó directamente en el pecho dándole muerte instantáneamente y mi otro compañero o sea JOSÉ GREGORIO ARIAS COHEN (sic), quien fue impactado en el abdomen quedando tendido en el piso, nosotros al verlos en el suelo corrimos auxiliarlos, yo llevé a JHON hacia el Hospital de Barranquilla donde nos dijeron que ya había fallecido (...) estoy seguro de que dio muerte a mi amigo fue el señor JOSÉ OSWALDO CIENFUEGOS, de su arma de dotación fueron las que impactaron en el cuerpo de mi amigo.

Frente a lo transcrito, se tiene que aunque el señor Elías Vergel refirió que el policía portaba su arma de dotación, no obra en el plenario prueba que avale su dicho y su dicho no es prueba conducente para suponer que el arma es de dotación oficial (el testigo no es miembro de la Policía Nacional, y no puede certificar si un arma pertenece a la institución).

En efecto, aunque de las copias allegadas al proceso penal se tiene que la bala que impactó al aquí actor era de calibre 38, no por ello se tiene que pertenezca a un arma de dotación oficial a cargo de José Cienfuegos, máxime cuando no obra en autos un dictamen que coteje la bala con la que portaba el señor Cienfuegos, ni que indique que tipo de arma aquel tenía.

En el recurso de apelación, el accionante manifiesta que un indicio de que el arma era dotación oficial se encontraba en el hecho de que el agente era encargado del armerillo que el día que recibió el mismo le fueron entregadas 24 armas calibre 38 y faltaba una que el agente Pino no había

entregado; que cuando hizo entrega del armerillo anotó que devolvía 25 cuando no hay anotación de la devolución del arma, por lo que era de suponer que había tomado para sí el arma del agente Pino, que como quiera que el comandante de la estación en los oficios allegados al plenario manifiesta que no puede precisar si el arma era o no de dotación oficial, era de suponer que el arma si lo era y, además, que en la indagatoria el señor Cienfuegos guardó silencio sobre donde había dejado el arma.

Sobre el particular, la Sala observa que los supuestos indicios de que habla el actor no constituyen como tales, pues si bien Cienfuegos fue encargado del armerillo, no hay constancia en los libros de que aquel al dejar su puesto tomó para sí alguna de las armas ubicadas en la estación, y el hecho de que no dejara constancia del momento de cuando el agente Pino devolvió su arma no lleva a concluir que Cienfuegos se apropió de aquella, máxime cuando de las pruebas obrantes en el plenario, en especial del expediente penal no se puede hacer dicha inferencia.

Así mismo, de los libros del armerillo se tiene constancia que al momento en que el agente Cienfuegos entregó su puesto al agente Alberto Rivera Carro a las 8:00 horas (esto es 8:00 a.m.) del 1 de enero de 2000, el agente Rivera no hizo ninguna anotación de que faltaba algún arma por entregar.

En efecto, se anotó en el libro de armerillo que (f. 385-387, c. ppal 2):

Fecha	Hora	Asunto	Anotaciones																																																												
01-01-2000	08:00	El puesto	De Armerillo al Sr. Ag. Rivera Carro Alberto, enterándolo de consignas y novedades, dejando bajo su responsabilidad y cuidado el material de guerra perteneciente a la estación, relacionados así: <table border="1"> <thead> <tr> <th>Elementos</th> <th>servicio</th> <th>caja</th> <th>nov</th> <th>total</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Fusil Galil</td> <td>02</td> <td>04</td> <td>00</td> <td>06</td> </tr> <tr> <td>Sub Met</td> <td>00</td> <td>04</td> <td>00</td> <td>04</td> </tr> <tr> <td>Escopeta Musberg</td> <td>00</td> <td>03</td> <td>00</td> <td>03</td> </tr> <tr> <td>Revolver Smitt</td> <td>00</td> <td>115</td> <td>00</td> <td>115</td> </tr> <tr> <td>Revolver ruger</td> <td>12</td> <td>46</td> <td>00</td> <td>58</td> </tr> <tr> <td>Granada m 26</td> <td>00</td> <td>04</td> <td>00</td> <td>04</td> </tr> <tr> <td>Munición c-762</td> <td>50</td> <td>550</td> <td>00</td> <td>600</td> </tr> <tr> <td>Munición c-9mm</td> <td>00</td> <td>274</td> <td>26</td> <td>300</td> </tr> <tr> <td>Munición c-12</td> <td>00</td> <td>420</td> <td>00</td> <td>420</td> </tr> <tr> <td>Munición c-38</td> <td>1454</td> <td>2500</td> <td>139</td> <td>4093</td> </tr> <tr> <td>(...)</td> <td></td> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> </tbody> </table>	Elementos	servicio	caja	nov	total	Fusil Galil	02	04	00	06	Sub Met	00	04	00	04	Escopeta Musberg	00	03	00	03	Revolver Smitt	00	115	00	115	Revolver ruger	12	46	00	58	Granada m 26	00	04	00	04	Munición c-762	50	550	00	600	Munición c-9mm	00	274	26	300	Munición c-12	00	420	00	420	Munición c-38	1454	2500	139	4093	(...)				
Elementos	servicio	caja	nov	total																																																											
Fusil Galil	02	04	00	06																																																											
Sub Met	00	04	00	04																																																											
Escopeta Musberg	00	03	00	03																																																											
Revolver Smitt	00	115	00	115																																																											
Revolver ruger	12	46	00	58																																																											
Granada m 26	00	04	00	04																																																											
Munición c-762	50	550	00	600																																																											
Munición c-9mm	00	274	26	300																																																											
Munición c-12	00	420	00	420																																																											
Munición c-38	1454	2500	139	4093																																																											
(...)																																																															

Por su parte, si bien no hay constancia en el libro del momento en el cual el agente Pino entregó su arma, lo cierto es, que el miembro de la policía que recibió el puesto de manos del agente Cienfuegos, no hizo ninguna anotación de que faltaba algún arma por entregar por parte de este.

De otro lado, frente a lo expuesto en la indagatoria por el señor Cienfuegos, la Sala resalta que la misma no obra en el plenario, y aun cuando obrara la misma solo podría ser valorada como prueba de manera excepcional si se cumplen los requisitos para ello, y en todo caso, el que Cienfuegos guardara silencio sobre la ubicación del arma con la que cometió el punible, no se torna en ningún indicio para suponer que el arma era dotación oficial, pues no hay un hecho indicador que así lo avale.

En las sentencias proferidas por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito y Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla donde se estudió el punible de homicidio y lesiones personales, no se hace alusión a que el arma que portaba Cienfuegos era de dotación oficial, ni mucho menos se explica que tipo de arma era pues al parecer la misma no fue encontrada, sin embargo, el hecho de que no se tenga el tipo, ni clase de arma que utilizaba el señor Cienfuegos no le relevó de responsabilidad penal, pues estuvo probado que aquel si accionó un arma, y en el proceso penal se concluyó que aquel actuó bajo su esfera privada, por lo que era la justicia ordinaria la encargada de llevar el proceso penal.

En el proveído del 9 de febrero de 2001, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla, frente a los hechos del 1 de enero de 2000 concluyó que (f. 16-47, c. ppal 1):

Analizadas las pruebas en conjunto se concluye que los disparos que acabaron con la vida de JHON JAIRO HURTADO DORADO y dejaron en estado de gran postración a JOSÉ GREGORIO ARIAS COHEN, se produjeron no cuando combatía, sino en el momento en que CIENFUEGOS huía y respondía el fuego a su agresor que lo seguía. Así lo indican también las lesiones del occiso por cuanto el experticio científico localizó el orificio de entrada en la región pectoral, a 42cm del vértice y a 10 cm de la línea media anterior izquierda (...) por lo que no son de recibo los testimonios de descargo, habida cuenta a que es de colegir que el impacto se recibió casi de frente y a larga distancia donde se encontraba el procesado de marras, cuando se alejaba disparando, téngase en cuenta que no se dejó constancia de haber encontrado tatuaje o ahumamiento.

Nadie en la actuación se ha atrevido afirmar que el acusado abandonó el sitio hacia arriba, todos incluso, el mismo enjuiciado así lo dan a conocer.

No resulta de recibo que se presenta presentar la acriminación como un deseo de obtener una cuantiosa indemnización por parte del Estado, cuando el agente no se encontraba de servicio, ni siquiera exhibía el uniforme que lo caracterizaba como tal, por lo que no es posible en esas circunstancias que el Estado entre a responder por los perjuicios causados. La responsabilidad civil, en este caso solo se radica única y exclusivamente en él (...).

JOSÉ CIENFUEGOS con su acción lesionó sin justa causa la integridad personal de JOSÉ GREGORIO ARIAS COHEN (sic) y acabó con la vida de JHON JAIRO HURTADO DORADO, por cuanto nada indica que actuó amparado por una causal de justificación. Por el contrario todo deja saber que a él se le atribuye el desenlace de esos hechos al proceder a desarmar a FRANKLIN LINEROS, contra quien abrió fuego, por lo que el otro se defendió.

De igual manera, en la sentencia del 11 de mayo de 2001 (f. 202-211. c. ppal 1) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que confirmó la dictada por el juzgado penal, frente a la responsabilidad del señor Cienfuegos Ospino, refirió que:

[C]on la aplicación de los principios de la sana crítica, para llegar a la necesaria conclusión de que JOSÉ OSWALDO CIENFUEGO OSPINO, fue la persona que en forma voluntaria y consciente disparó el arma de fuego que causó la muerte a JHON JAIRO HURTADO DORADO y graves lesiones personales a JOSÉ GREGORIO ARIAS COHEN.

Además de lo anterior, el hecho de que FRANKLIN AVENDAÑO LLANOS fuese un antisocial y portara un revolver sin salvoconducto, no tiene carácter indiciario para reputarlo autor de los delitos investigados como lo pretende el Censor, porque de otra parte se halla establecido que los disparos que lesionaron el bien jurídico de la vida y el de la integridad personal, salieron del arma de fuego que accionaba el acusado.

En cuanto al supuesto indicio que le atribuye a AVENDAÑO LLANOS, también le es endilgable a su asistido, porque el expediente enseña con suma claridad que cuando agotó la provisión de balas, salió corriendo para evadir un posible linchamiento de la multitud ofendida por su indebido proceder (...).

La conclusión del a quo, en cuanto atribuye la autoría de los delitos al enjuiciado tiene apoyo en el resultado de la necropsia que se practicó al cadáver del finado, donde se localizó el orificio de entrada en la región pectoral, a 42 cms, del vértice y a 10 cms de la línea media anterior izquierda, y el orificio de salida en la región escapular a 32 cms por la trayectoria antero posterior, de izquierda a derecha e inferior a superior, lo cual impide darle credibilidad a los testigos de descargos, porque en sana lógica se colige que el impacto lo recibió el finado casi de frente y a larga distancia de donde el acusado hacía los disparos cuando se alejaba del

lugar, porque de haber sido desde una distancia muy cercana, como tratan de hacerlo creer, hubiese aparecido tatuaje en el cuerpo del ofendido.

La Sala prohíja en su integridad el acertado análisis del recaudo probatorio realizado por el juez de conocimiento en debida armonía con la evaluación contenida en el pliego de cargos, para adquirir la certeza de la responsabilidad penal de JOSÉ OSWALDO CIENFUEGOS OSPINO como autor de los delitos de homicidio y de lesiones personales agravadas por sus consecuencias, de que resultaron víctimas JHON JAIRO HURTADO DORADO y JOSÉ GREGORIO ARIAS COHEN (sic) respectivamente, por lo cual surgen las exigencias que para condenar establece el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal en armonía con el “ del Código Penal, lo que conlleva a que la Sala le imparta su aprobación a la providencia impugnada verticalmente.

Se reitera que en ningún aparte de los proveídos citados se hace referencia a si el arma que accionó el señor Cienfuegos era de dotación oficial, y se indica que aquel actuó bajo su propia responsabilidad. En todo caso, bajo el supuesto de que el arma utilizada era de dotación oficial, el solo nexo instrumental no es suficiente para condenar a la entidad demandada, máxime cuando se tiene establecido que el señor Cienfuegos estaba actuando fuera del servicio.

En el recurso de apelación, el apoderado del actor manifestó que la prueba de que el señor Cienfuegos actuaba como servidor público se encontraba entre otras, en los testimonios obrantes en el plenario.

Sobre el particular, como fue señalado anteriormente, los testigos presenciales del hecho manifestaron que José Oswaldo se encontraba de particular, departiendo en la fiesta y en medio de una discusión con Franklin Acevedo disparó su arma, llevando una conducta totalmente ajena al servicio.

Solo es la testigo Rosario Amador Dorado¹³ la que en declaración dada en este proceso señaló que una vez cometido el punible, el señor Cienfuegos manifestó que había dado de baja a un criminal (f. 154-156, c. ppal 1).

Frente al dicho de la testigo, la Sala observa que en primer lugar se trata de un testigo no presencial de los hechos y su declaración se encuentra

¹³ También reposa en el plenario el testimonio de Alfonso Enrique Hurtado Rodríguez (f. 152-153, c. ppal 1) padre del fallecido Jhon Jairo Hurtado Dorado, testigo no presencial de los hechos y quien narró que fu un compañero de su hijo el que le aviso que a este le habían disparado, por lo que al llegar al lugar y ser notificado de que aquel había muerto, sufrió de un “infarto” y perdió el conocimiento.

basada en los comentarios que le fueron allegados, por lo que se les resta credibilidad, en especial cuando aducen que el señor Cienfuegos Ospino actuó en uso de sus funciones, en contraposición de los que son testigos directos y que refieren que el señor acudió al lugar en aparente estado de embriaguez para luego discutir con Franklin Acevedo.

Efectivamente, la señora Rosario Amador Dorado en su declaración señaló que Cienfuegos se lanzó sobre Franklin Avendaño y utilizó su arma de dotación y que *“el señor agente después de cometido el ilícito llamó a la subestación de la Policía que vinieran a recogerlo porque él había matado a un jefe de la banda de Carrizal, se trataba de mi hijo”*; sin embargo, al ser preguntada sobre si fue testigo presencial de los hechos, manifestó que no al referir que: *“en el momento cuando me dijeron a que mi hijo lo mataron uno no ve quien lo mató ya que en el instante el asesino huyó”*.

Respecto del comentario de la señora Amador de que *“José Cienfuegos había manifestado que había disparado dado de baja a un jefe de una banda delincuencia”*, observa la Sala que su dicho no tiene ningún respaldo probatorio, pues las sentencias por las cuales Cienfuegos fue condenado no hacen ninguna alusión a lo narrado por la señora Amador, esto es, que el agente buscó exculparse bajo el argumento de que estaba prestando servicio y por el contrario, los jueces penales mencionan que el agente en su defensa alegó que los disparos no fueron de su arma, sino de los hechos por Franklin Acevedo.

Cabe indicar que además de la señora Acevedo, el señor Elkin Enrique Hurtado Dorado, hermano del hoy occiso Jhon Jairo Hurtado Dorado y por ende hijo de la señora Rosario Amador Dorado, realizó el mismo comentario de aquella al señalar que *“se hizo el reporte a la estación de la “ciudadela 20 de julio” que él (Cienfuegos) había matado era a un delincuente”*, sin embargo, al ser indagado sobre tal afirmación, refirió que la hizo solo porque la leyó en la prensa, Así (f. 157-159, c. ppal 1):

PREGUNTADO: Como usted en respuesta anterior manifiesta que el señor OSWALDO CIENFUEGOS OSPINO una vez ocurrido los hechos informó que había dado muerte a un delincuente, usted por que hace esta afirmación. CONTESTÓ: Hago esta afirmación porque así salió en la prensa que el agente de policía JOSÉ OSWALDO CIENFUEGOS OSPINO había dado de baja a un delincuente.

En los recortes allegados por la parte actora no se hace ninguna manifestación sobre lo señalado por el señor Elkin Hurtado (esto es, que Cienfuegos manifestó a la Policía que había dado de baja a un delincuente) y por el contrario, solo se hace una narración de los hechos que rodearon la muerte de Jhon Jairo Hurtado y las lesiones de José Gregorio Cohen, de lo cual no se puede tener por cierto la manifestación de Elkin Hurtado. Cabe decir, que aún bajo el supuesto de que en algún periódico se hiciera alguna alusión de que se había dado de baja a un delincuente, ello no es suficiente para tener probado que el agente actuó en ejercicio de sus funciones, pues como ya fue expresado en apartes anteriores, de las pruebas obrantes en el plenario se tiene que aquel estaba en su tiempo de descanso, y concurrió a un bazar, en donde terminó discutiendo con el señor Acevedo.

Otro aspecto a tener en cuenta y confirma que el agente no estaba en ejercicio de sus funciones, se encuentra en el hecho de que el mismo actor así lo señala en la demanda. Ciertamente, en los hechos de la acción, el apoderado del accionante refirió que *“durante un bazar bailable que allí se llevaba a cabo, resultó muerto Jhon (sic) Jairo Hurtado Dorado y herido José Gregorio Arias Cohen, a raíz de un cruce de disparos suscitado entre el agente de policía José Osvaldo (sic) Cienfuegos Ospino y el civil Franklin de Jesús Avendaño Llanos, cuando el primero que se encontraba fuera de servicio intentó desarmar al otro”* (f. 2, c. ppal 1).

Así mismo, otro elemento a tener en cuenta y que podría evidenciar que el arma incluso no era de propiedad del agente Cienfuegos se encuentra en las versiones dadas por el señor Elkin Enrique Hurtado en el proceso penal. En la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Barranquilla se anotó que en declaración jurada del 27 de marzo de 2000, dicho testigo manifestó que (f. 16-47, c. ppal 1):

*relatando que el policía CIENFUEGOS y su primo JORGE al advertir la presencia de FRANKLIN reaccionaron, **cediéndole el arma el último de éstos al otro**, abriendo este fuego contra FRANKLIN, cuando trataba de refugiarse detrás de JOSÉ GREGORIO ARIAS y JHON JAIRO, quienes resultaron heridos (...) – Negrillas fuera de texto-.*

Luego entonces, tampoco se encontró plenamente probado que el arma era de propiedad de Cienfuegos, pues uno de los testigos señaló que quien la portaba era Jorge, un familiar de Cienfuegos.

La Sala encuentra que lo único que está probado es que fue el señor Cienfuegos quien disparó y causó las heridas al aquí demandante, y como quiera que su actuación fue en una actividad estrictamente privada y al margen de las funciones que desempeñaba, esto es fuera del servicio, la Sala conforme lo expuesto confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda conforme lo expuesto en este.

COSTAS

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 3 de junio de 2009 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico, que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. ABSTÉNGASE de condenar en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidente de Subsección
Aclaró voto

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO
Magistrado