



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera Ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 05001-23-31-000-2006-03675-02 (48579)

Actor: LILIANA MARCELA CANO VÉLEZ Y OTRO

Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: ARMA DE DOTACIÓN OFICIAL – muerte de persona sorprendida en flagrancia que emprende la huida - uso desproporcionado de la fuerza pública - uso indebido de arma de dotación oficial por agente del CTI / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVO – aplicación de la teoría de la falla del servicio / RESPETO AL DERECHO A LA VIDA - absoluto e incondicional / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / PERJUICIOS MORALES – reducción de las sumas concedidas en primera instancia en virtud de la calidad de tercera damnificada demostrada por la demandante / LUCRO CESANTE – presunción de ayuda económica hasta

los 25 años requiere de prueba de la dependencia económica - revoca reconocimiento en favor del hijo de la víctima.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia del 27 de febrero de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

«PRIMERO: Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el Consejo Superior de la Judicatura.

«SEGUNDO: Declarar responsable administrativa y patrimonialmente a la Nación – Fiscalía General de la Nación, por los perjuicios morales y materiales ocasionados a los demandantes por los hechos acaecidos el 17 de enero de 2005 en el municipio de Bello en los que falleció el señor Gernerzon García Toro.

«TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración se condena a la Nación – Fiscalía General de la Nación a pagar en proporción indicada en la parte motiva de este fallo, los siguientes valores:

«3.1. Perjuicios morales:

| <i>Demandante</i> | <i>Documento de identificación</i> | <i>Relación</i> | <i>Cantidad</i> |
|--|------------------------------------|----------------------------|----------------------|
| <i>Liliana Marcela Cano Valencia¹</i> | <i>C.C. 21.429.424</i> | <i>Tercera damnificada</i> | <i>40 SMLMV</i> |
| <i>Yeison Duván García Cano</i> | <i>R.C.N. 3030043</i> | <i>Hijo</i> | <i>100 SMLMV</i> |

«3.2. Perjuicios materiales:

¹ Se precisa que, aunque en la parte resolutive del fallo de primera instancia el nombre de la demandante aparece como **Liliana Marcela Cano Valencia**, lo cierto es que, según su registro civil de nacimiento, el nombre correcto es **Liliana Marcela Cano Vélez**. Folio 3 del cuaderno de primera instancia.

«A favor de Yeison Duván García Cano por concepto de indemnización consolidada y futura la suma de ciento diecinueve millones novecientos seiscientos y cinco mil cuatrocientos cincuenta pesos con cuarenta y cuatro centavos (\$119.965.450,44).

«CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

«(...)»².

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 17 de enero de 2005 falleció el señor Gernerzon García Toro como consecuencia de los disparos que le propinó un agente del CTI durante un operativo judicial, cuya finalidad era capturar a las personas que pretendían extorsionar al señor Juan Carlos Ochoa Molina. Por lo anterior, los demandantes pretenden que se declare la responsabilidad del Estado, al considerar que la muerte del señor García Toro se produjo por una falla del servicio atribuible a la Fiscalía General de la Nación.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

En escrito presentado el 14 de noviembre de 2006³, la señora Liliana Marcela cano Vélez, quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hijo Yeison Duván García Cano, por conducto de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación – Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de que se les declarara administrativa y patrimonialmente responsables por la muerte del señor Gernerzon García Toro, ocurrida el 17 de enero de 2005, en el municipio de Bello, Antioquia.

Por lo anterior, solicitaron que se condenara a las demandadas a pagar, por concepto de perjuicios morales, el equivalente a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales

² Folios 284 y 285 del cuaderno de primera instancia.

³ Folio 42 del cuaderno de primera instancia.

vigentes en favor de cada uno de los demandantes; cifra que, a su vez, pidieron por concepto de «*daño a la vida de relación*».

Finalmente, por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante reclamaron la «*ayuda económica*» que la señora Liliana Marcela Cano Vélez⁴ y el menor Yeison Duván García Cano⁵ dejaron de recibir por la muerte de su ser querido.

2. Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda se narró que el 17 de enero de 2005, cuando el señor Gernerzon García Toro se movilizaba en su motocicleta por la carrera 48 con calle 52 del municipio de Bello, el agente del CTI José Duvián Valencia Guevara le disparó en la espalda, causándole la muerte.

De acuerdo con los demandantes, el agente del CTI activó su arma de dotación contra el señor García Toro sin justificación alguna, pues «*no agredía a ninguna persona ni representaba un peligro para nadie*».

Finalmente, se afirmó que las entidades públicas demandadas debían responder por los perjuicios ocasionados por la muerte del señor Gernerzon García Toro, porque fue ocasionada por un agente del Estado, con su arma de dotación oficial y en cumplimiento de una misión de la Fiscalía General de la Nación.

3. Trámite de primera instancia

⁴ «... por concepto de indemnización consolidada, correspondiente a la ayuda económica que dejó de recibir de su compañero Gernerzon García Toro, equivalente a la mitad del 75% que se su salario disponía para el sostenimiento de su hogar (...), suma que deberá ser incrementada en un porcentaje del 25% por prestaciones sociales (...) desde la fecha en que ocurrió la muerte de este hasta cuando la sentencia lo reconozca (...) y desde la fecha de la sentencia que reconozca la indemnización hasta la menor supervivencia probable existente Gernerzon y Liliana». Folios 11 y 12 del cuaderno de primera instancia.

⁵ «... por concepto de indemnización consolidada, correspondiente a la ayuda económica que dejó de recibir de su padre Gernerzon equivalente a la mitad del porcentaje de un 75% que de su salario disponía para la crianza, mantenimiento, alimentación y educación de su hijo, desde la fecha en que ocurrió su muerte hasta cuando la sentencia que lo reconozca quede ejecutoriada (...) y desde la fecha de la sentencia que reconozca la indemnización hasta cuando se cumplan al menos 25 años de edad». Folios 12 y 13 del cuaderno de primera instancia.

3.1. La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante auto del 24 de noviembre de 2006⁶, providencia notificada a las demandadas⁷ y al Ministerio Público⁸.

3.2. La Fiscalía General de la Nación contestó la demanda y se opuso a sus pretensiones.

Señaló que, en virtud de la denuncia instaurada por el señor Juan Carlos Ochoa Molina, funcionarios del CTI organizaron un operativo para capturar a las personas que le exigían la suma de \$500.000 para devolverle su motocicleta y varios objetos que le fueron hurtados el 13 de enero de 2005, en la vereda Tierra Adentro de Bello.

Indicó que, cuando se encontraban en el lugar acordado para la entrega, el agente José Duvián Valencia Guevara se percató de que el señor Gemerzon García Toro, quien apareció en la motocicleta hurtada, pretendía sacar un arma de fuego, motivo por el cual accionó su arma de dotación oficial en contra del referido señor.

Por lo anterior, propuso las excepciones de culpa exclusiva de la víctima y culpa personal del agente y llamó en garantía al señor José Duvián Valencia Guevara⁹.

3.3. En su contestación de la demanda, el Consejo Superior de la Judicatura, en síntesis, manifestó que no era el llamado a responder en caso de una eventual condena, dado que la Fiscalía General de la Nación es una entidad que goza de autonomía administrativa y presupuestal, según lo normado en el artículo 49 de la Ley 446 de 1998¹⁰.

⁶ Folios 43 y 44 del cuaderno de primera instancia.

⁷ Folios 46 y 47 del cuaderno de primera instancia.

⁸ Folio 44 vto.

⁹ Folios 48 – 53 del cuaderno de primera instancia.

¹⁰ Folios 77 – 82 del cuaderno de primera instancia.

3.4. En auto del 28 de marzo de 2007¹¹, el Tribunal Administrativo de Antioquia inadmitió el llamamiento en garantía del señor José Duvián Valencia Guevara, decisión que fue confirmada el 12 de diciembre de 2007 por esta Corporación¹².

3.5. Concluido el período probatorio, mediante proveído 13 de mayo de 2010, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo¹³.

3.5.1. La parte actora y el Consejo Superior de la Judicatura reiteraron lo expuesto a lo largo del proceso¹⁴.

3.5.2. La Fiscalía General de la Nación y el Ministerio Público guardaron silencio.

4. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia del 27 de febrero de 2013¹⁵, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, en los términos expuestos al inicio de esta providencia.

Señaló que, de conformidad con el material probatorio que reposaba en el expediente, la muerte del señor Gernerzon García Toro se produjo luego de que uno de los agentes del CTI que participó en el operativo del 17 de enero de 2005, activó su arma de dotación oficial contra del referido señor, sin que se hubiere demostrado *«una agresión inminente, actual e injusta de su parte, dado que nunca apuntó con su arma y contrario a ello una vez fue requerido emprendió la huida»*.

¹¹ Folios 91 – 93 del cuaderno del llamamiento en garantía.

¹² En esa oportunidad, se indicó: *«en el presente asunto no existe duda de que el escrito del llamamiento no fue acompañado de prueba alguna que acredite que el llamado en garantía actuó con culpa grave o dolo, dado que al revisar el expediente y, en especial la contestación de la demanda, no se observa documento o cualquier otro medio probatorio en tal sentido, lo cual se sustenta, además, en la aceptación que frente a tal omisión efectuó la propia parte recurrente dentro de su recurso de apelación»*. Folios 174 – 179 del cuaderno del llamamiento en garantía.

¹³ Folio 200 del cuaderno de primera instancia.

¹⁴ Folios 210 – 251 del cuaderno de primera instancia.

¹⁵ Folios 257 – 285 del cuaderno del Consejo de Estado.

Al respecto, indicó lo siguiente (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

«Para la Sala es claro que en el asunto sub lite no existió la necesidad y la proporcionalidad que reclama la figura de la legítima defensa, pues parafraseando al juez penal para el momento en que sucede el hecho ni la vida ni la honra ni los bienes del señor Carlos Ochoa Molina, que sería el tercero en este caso, estaban corriendo un peligro actual e inminente que fuera necesario conjurar sacrificando una vida (...).

«La forma en que actuó el agente de la Fiscalía General de la Nación el día en que falleció Gernerzon García Toro es reprochable desde todo punto de vista e injustificada, pues de las pruebas se infiere que estos para el momento en que se realizó el presunto requerimiento ya tenían cierta ventaja con relación a este, razón por la cual ante la supuesta reacción de la víctima pudieron dispararle a otras partes del cuerpo donde los impactos o lesiones no fueran mortales, pues se recuerda que para ello estos uniformados reciben capacitación antes de ingresar a la institución».

En ese sentido, sostuvo que como la muerte del señor Gernerzon García Toro se produjo por la reacción desproporcionada de un agente de la Fiscalía General de la Nación, dicha entidad era la llamada a responder por los perjuicios causados a los demandantes, con fundamento en el título de imputación de falla del servicio.

En cuanto al Consejo Superior de la Judicatura, declaró su falta de legitimación en la causa por pasiva, al considerar que no tuvo injerencia en ninguna de las referidas actuaciones.

5. Recurso de apelación

La Fiscalía General de la Nación se opuso a la sentencia de primera instancia, bajo la consideración de que en este caso operó el hecho exclusivo de la víctima, por cuanto el señor Gernerzon García Toro *«encontró su muerte cuando además de estar cometiendo un ilícito emprende la huida para evitar ser aprehendido».*

En cuanto a legitimación en la causa por activa de la señora Liliana Marcela Cano Vélez, señaló que aquella no demostró ser la compañera permanente del señor Gernerzon García Toro y, por tanto, debía revocarse la indemnización de perjuicios morales concedida a su favor.

Finalmente, manifestó su desacuerdo con el reconocimiento de lucro cesante en favor del menor Yeison Duván García Cano, dado que, «*de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, estos no deben ser reconocidos cuando provienen de actividades ilícitas*»¹⁶.

6. Trámite de segunda instancia

6.1. El recurso fue admitido a través de auto del 24 de septiembre de 2013¹⁷. Posteriormente, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera el concepto correspondiente¹⁸.

6.1.2. La Fiscalía General de la Nación reiteró los argumentos de su recurso de apelación¹⁹.

6.1.2. La parte actora y el Ministerio Público no se pronunciaron al respecto.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia de la Sala

La Sala es competente para conocer de este proceso en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia del 27 de febrero de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de

¹⁶ Folios 289 – 294 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁷ Folios 330 – 333 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁸ Folio 335 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁹ Folios 336 – 339 del cuaderno del Consejo de Estado.

Antioquia, toda vez que la cuantía de la demanda, fijada por la mayor de las pretensiones, supera la exigida por la norma para tal efecto²⁰.

2. Ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo previsto en el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, la acción de reparación directa debe instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, de la omisión, de la operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

En el presente asunto, se reclamó la indemnización de perjuicios que se les habrían ocasionado a los demandantes, según ellos, por la muerte del señor Gernerzon García Toro, ocurrida el 17 de enero de 2005, en el municipio de Bello, Antioquia²¹.

Así las cosas, el término de caducidad comenzó a correr a partir del siguiente día, esto es, desde el 18 de enero de 2005 hasta el 18 de enero de 2007.

Bajo ese entendido, toda vez que la demanda se presentó el 14 de noviembre de 2006²², se impone concluir que la acción se ejerció dentro de la oportunidad legal prevista para ello.

3. Legitimación en la causa

²⁰ De conformidad con el numeral 5 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, los Tribunales Administrativos conocían en primera instancia, entre otras, de las acciones de reparación directa cuando la cuantía excediera la suma equivalente a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes; en ese sentido, como en la demanda la mayor pretensión correspondió a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de perjuicios morales, en favor del cada uno de los demandantes, se impone concluir que esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto.

²¹ Registro civil de defunción obrante a folio 6 del cuaderno de primera instancia.

²² Folio 42 del cuaderno de primera instancia.

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, por manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva.

De igual manera, la legitimación material es condición necesaria para obtener una decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

Así, en relación con el extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la parte actora hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

A este proceso acudieron como demandantes la señora Liliana Marcela Cano Vélez y el menor Yeison Duván García Cano, por lo cual está probada su legitimación en la causa de hecho.

En cuanto al menor Yeison Duván García Cano, la Sala encuentra probada su legitimación material, porque, de conformidad con su registro civil de nacimiento²³, aquel es hijo del señor Gemerzon García Toro, quien falleció el 17 de enero de 2005, en Bello, Antioquia.

En relación con la señora Liliana Marcela Cano Vélez, la Sala evidencia que, contrario a lo manifestado por la Fiscalía General de la Nación en su recurso de apelación, el Tribunal *a quo* no la reconoció como compañera permanente del señor Gemerzon García Toro²⁴, sino como tercera damnificada, calidad que, en efecto, se desprende de

²³ De acuerdo con el registro civil de nacimiento del referido menor, aquel es hijo del señor Gemerzon García Toro y Liliana Marcela Cano Vélez, demandante en el presente asunto. Folio 4 del cuaderno de primera instancia.

²⁴ Tal y como lo sostuvo el Tribunal *a quo*, la demandante no acreditó ser la compañera permanente del señor Gemerzon García Toro, porque de las declaraciones que se citan a continuación no se desprende una relación de convivencia entre ellos para la época de la muerte de este último y su relación sentimental se contrae a los años que duró su noviazgo, época en la cual procrearon a su hijo Yeison

las declaraciones de las señoras Reina de las Mercedes Medina Villegas²⁵, Carmen Alicia Gómez Arroyave²⁶, Marta Luz Ortega²⁷ y Rubiela Gómez²⁸ que se recibieron dentro de este proceso y según las cuales la aquí demandante sufrió una afectación moral por la muerte del señor Gernerzon García Toro, con quien tuvo una relación de noviazgo de 6 años, aproximadamente, y procrearon al menor Yeison Duván García Cano.

Duván García Cano, lo que se ubica temporalmente en unos 7 años antes del fallecimiento del referido señor. Adicionalmente, esto se lee del informe No. 23 FGN.CTIA.GV del 18 de enero de 2005, suscrito por la investigadora judicial Rosa Arango con destino a la Fiscal 40 Especializada ante el CTI, según el cual ese día se llevó a cabo la inspección de la vivienda del señor Gernerzon García Toro y se entrevistó, entre otros, a la señora Natalia Andrea Holguín, quien dijo lo siguiente (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos): «...nos manifestó ser la novia de Gernerzon, incluso a veces se quedaba a dormir en esta casa, sobre lo ocurrido manifiesta 'a él no se le podía preguntar nada, sí conozco a sus amigos pero no sé sus nombres, él tenía un hijo con otra mujer. Yo vivo en cabañitas'». Folios 99 – 104 del cuaderno de pruebas 3.

²⁵ Se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos: «PREGUNTADO. Sabe con quién vivía Gernerzon. CONTESTÓ. Él vivía con la familia de él. PREGUNTADO. Durante cuánto tiempo usted vio que Gernerzon y Liliana estuvieran juntos. CONTESTÓ. Yo los vi juntos muchas veces y muchas veces los vi en la casa de Carolina, la mamá de Liliana. PREGUNTADO. Sabe con quién vivía Gernerzon. Él vivía con la familia de él, sus padres, porque con Liliana no era fácil ya que la habitación que ocupaba no tenía espacio. Liliana en esa época no estaba trabajando, arreglaba uñas, cepillaba, hacía arreglos de belleza. PREGUNTADO. Durante cuánto tiempo vio usted que Gernerzon y Liliana estuvieran juntos. CONTESTÓ. Yo los vi juntos muchas veces en la casa de Carolina, mamá de Liliana. Tuvieron esa relación por ahí 6 años. CONTESTÓ. Reciente, porque una muerte violenta afecta mucho, lloraba mucho, el niño veía llorar a la mamá, él se aferraba a ella y ella estaba muy aburrída y se fue para Venezuela, luego volvió ahora se volvió a ir». Folio 198 y vto del cuaderno de primera instancia.

²⁶ Se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos: «Ellos sostuvieron varios años de relación y luego Liliana quedó embarazada, luego conocía al niño. PREGUNTADO. Durante cuánto tiempo hubo relación de pareja entre Gernerzon y Liliana. CONTESTÓ. Que yo me haya dado cuenta por ahí unos cinco años, yo los veía como una pareja normal, esperando un bebé y comprando sus cosas, cuando el niño nació eran muy felices. PREGUNTADO. Sabe usted qué obligaciones tenía Gernerzon. CONTESTÓ. Él vivía con el papá y la mamá y los ayudaba a ellos y a Liliana y al hijo de un todo él cubría los gastos de ellos. PREGUNTADO. Sabe usted de forma directa o indirecta con quién vivía Liliana. CONTESTÓ. Vivía con la mamá y dos hermanitas y el niño. Gernerzon iba todos los días. PREGUNTADO. Pudo darse cuenta de cómo la muerte de Gernerzon afectó a Liliana. CONTESTÓ. Yo no estuve en el sepelio pero sí subí a dar mis condolencias, muy afectada y hasta le manifestó a la mamá que no quería vivir, depresiva, muy triste, no quería nada» (se resalta). Folio 199 y vto del cuaderno de primera instancia.

²⁷ Se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos: «PREGUNTADO. Usted conoció al señor Gernerzon García. CONTESTÓ. Lo conocí desde hace 8 o 9 años porque era pareja de Liliana y papá del niño de Liliana, ella me lo presentó como la pareja de ella, cuando Liliana me lo presentó como pareja ellos sostuvieron varios años de relación y luego Liliana estuvo embarazada y después conocí al niño. Él vivía donde los padres, porque donde Liliana no había espacio para vivir juntos. Liliana vivía con la mamá, las hermanas y el niño. PREGUNTADO. Durante cuánto tiempo Gernerzon y Liliana Marcela estuvieron en convivencia de pareja. CONTESTÓ. Aproximadamente 7 años sostuvieron relaciones. PREGUNTADO. Durante esos siete años cómo se manifestaba la relación de ellos dos. CONTESTÓ. Yo los veía muy amorosos el uno con el otro, no sé cada cuánto se visitaban. PREGUNTADO La muerte de Gernerzon afectó a Liliana y en qué forma. CONTESTÓ. Uno la encontraba toda triste, llorando. Ella estuvo bastante tiempo así y se fue para Venezuela como en 2006, luego regresó y volvió a irse». Folio 199 vto y 200 del cuaderno de primera instancia.

²⁸ Se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos: «PREGUNTADO. Durante cuánto tiempo conoció a Gernerzon antes de que muriera. CONTESTÓ. Lo conocí 5 o 6 años antes, en relación de la amistad que yo tenía con Liliana y llegué a salir varias veces con ellos, era una relación muy bonita, amorosa y amistosa. PREGUNTADO. La muerte de Gernerzon afectó la vida de Liliana Marcela, en qué forma. CONTESTÓ. Mucho, mucho, ella se encerró mucho y ha sido una persona muy alegre, dejó de frecuentar amistades y no le gustaba que uno le preguntara mucho por Gernerzon». Folio 200 del cuaderno de primera instancia.

Finalmente, frente a la Nación – Fiscalía General de la Nación (apelante único en este asunto), se tiene que es una de las entidades públicas a las cuales se les endilgó responsabilidad por la muerte del señor García Toro, de ahí que le asista legitimación en la causa por pasiva de hecho. La material hará parte del estudio de fondo en el caso concreto.

4. Cuestión previa: valoración de la prueba trasladada

En el presente asunto, la parte actora solicitó que se allegara el proceso penal que se adelantó en contra del señor José Duvián Valencia Guevara por el homicidio del señor Gernerzon García Toro y, a su vez, que se remitiera la investigación disciplinaria seguida por los mismos hechos.

En su escrito de contestación, la Fiscalía General de la Nación solicitó, únicamente, el traslado del proceso No. 2006-03675 seguido contra el señor Luis Javier Henao Miranda por el delito de extorsión.

Mediante auto del 25 de junio de 2009²⁹, el Tribunal Administrativo de Antioquia decretó dichos medios de prueba.

A través de los oficios No. 61301 del 28 de octubre de 2006³⁰ y No. 7230 del 12 de marzo de 2007³¹, la Directora del Cuerpo Técnico de Investigación de la Seccional Antioquia y la Fiscal 230 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bello remitieron copia auténtica de la investigación disciplinaria que se adelantó contra el señor José Duvián Valencia Guevara y de las actuaciones que se habían surtido dentro del proceso penal No. 147.713 por la muerte del señor Gernerzon García Toro, respectivamente.

²⁹ Folios 116 – 118 del cuaderno de primera instancia.

³⁰ Folio 1 del cuaderno de pruebas 5.

³¹ Folio 1 del cuaderno de pruebas 7.

A su vez, mediante oficio No. 2.232 del 25 de septiembre de 2009³², el jefe del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados Penales Especializados de Medellín allegó copia auténtica de las providencias dictadas dentro del proceso penal No. 2006-03675 adelantado contra el señor Luis Javier Henao Miranda por el delito de extorsión.

Frente a la valoración de la prueba trasladada, esta Corporación ha señalado que aquella debe cumplir con los requisitos previstos en la normativa procesal vigente – artículo 185 del Código de Procedimiento Civil³³–, es decir, que hubiere sido solicitada en el proceso contencioso administrativo por la parte contra la cual se aduce o que hubiere sido practicada con audiencia de esta, pues, de lo contrario, no podría ser valorada en el proceso al cual se traslada.

De igual manera, se ha dicho que cuando el traslado de las pruebas fue solicitado por ambas partes, aquellas pueden ser valoradas aun cuando hubieren sido practicadas sin su citación o su intervención en el proceso original y sin su ratificación en el proceso contencioso administrativo, porque, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que una prueba haga parte del acervo probatorio, para luego, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invocar las formalidades legales para su inadmisión.

Con fundamento en lo anterior, la Sala valorará los documentos e informes técnicos que hacen parte de los procesos penales No. 147.713 y No. 2006-03675 y de la investigación disciplinaria seguida contra el señor José Duvián Valencia Guevara, porque, al permanecer a disposición de los sujetos procesales para su contradicción, de conformidad con el párrafo del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, cualquier irregularidad que se hubiere podido presentar quedó saneada.

Asimismo, se tendrán en cuenta los testimonios que se recibieron dentro del proceso penal No. 147.713 y la referida investigación disciplinaria, por cuanto fueron practicados por la Fiscalía General de la Nación.

³² Folio 191 del cuaderno de primera instancia.

³³ «Artículo 185. Prueba trasladada. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella».

En cuanto a la versión dada por el sindicado del homicidio del señor Gemerzon García Toro en su diligencia de indagatoria, sin el apremio del juramento, debe precisarse que se valorará de conformidad con la jurisprudencia de esta Subsección³⁴ y en conjunto con las demás pruebas que reposen en el expediente.

5. Análisis del caso concreto

5.1. El daño

Como prueba del daño, en el expediente reposa copia del registro civil de defunción del señor Gemerzon García Toro, según el cual el referido señor falleció el 17 de enero de 2005, en el municipio de Bello, Antioquia.

Asimismo, en el informe técnico de necropsia No. 2005P-0096 del 18 de enero de 2005 se consignó (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

«Descripción de heridas por proyectil de arma de fuego de carga única:

«Orificios de entrada de bordes invertidos con bandeleta contusiva de 5 mms de diámetro cada uno en: 1) región lumbar derecha inferior. 2) tercio distal cara anterior de la pierna derecha.

«Orificios de salida de bordes evertidos de 7 mms de diámetro cada uno en: 1) costado inferior anterior izquierdo. 2) maléolo interno derecho.

³⁴ «[L]a valoración integral de las pruebas obrantes en el proceso administrativo, han permitido que las indagatorias no solo sean tomadas como medio de defensa judicial cuando estas satisfacen los principios de contradicción, necesidad, pertinencia y conducencia, sino también como medios de convicción válidos para el fallador judicial, de tal suerte que sí pueden ser incorporadas a los procesos de responsabilidad estatal». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de noviembre de 2017, exp. 48.553, entre muchas otras.

«Herida vascular estómago, intestino, meso. Hemoperitoneo. Edema pulmonar.

«Conclusión.

«La muerte de quien en vida respondió al nombre de Germerzon García Toro fue consecuencia natural y directa del shock hipovolémico por la herida vascular. Lesiones producidas por proyectil de arma de fuego. La herida No. 1 tuvo un efecto de naturaleza mortal y la dirección fue de atrás a adelante, derecha – izquierda y hacia arriba»³⁵.

Pues bien, del análisis conjunto de las anteriores pruebas se desprende que el primer elemento de la responsabilidad está acreditado, por cuanto el señor Germerzon García Toro falleció el 17 de enero de 2005, como consecuencia de un shock hipovolémico, causado por un proyectil de arma de fuego que ingresó por «*la región lumbar derecha inferior*» y salió por «*su costado inferior anterior izquierdo*».

5.2. Imputación

En este punto, conviene señalar que no se analizarán las actuaciones del Consejo Superior de la Judicatura, por cuanto en la sentencia de primera instancia se declaró su falta de legitimación en la causa por pasiva y dicho aspecto no fue cuestionado por la Fiscalía General de la Nación en su recurso de apelación.

En ese sentido, deberá establecerse si el daño irrogado a los demandantes le resulta atribuible a la Fiscalía General de la Nación y cuál es el fundamento jurídico de dicha determinación o si operó alguna causal eximente de responsabilidad³⁶.

De conformidad con el material probatorio que reposa en el expediente, la Sala encuentra acreditado lo siguiente:

³⁵ Registro civil de defunción y protocolo de necropsia No. 2005P-0096 del 18 de enero de 2005. Folios 12 del cuaderno de anexos y 465 – 469 del cuaderno de pruebas 6.

³⁶ Al respecto, se considera oportuno precisar que, tal y como lo ha sostenido la Sección Tercera de esta Corporación, todo debate acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado debe resolverse con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, cláusula general de responsabilidad que, al no privilegiar un título de imputación específico, permite que el fundamento jurídico de la obligación de reparar no sea el mismo en todos los casos, sino que su determinación dependa de lo que el juez encuentre probado en cada caso concreto. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación del 19 de abril de 2012, exp. 21.515. C.P. Hernán Andrade Rincón.

El 14 de enero de 2005 el señor Juan Carlos Ochoa Molina denunció en la «*inspección de permanencia*» de Bello que el 13 de enero de ese año dos sujetos le hurtaron su motocicleta³⁷ y varios artículos personales³⁸ en la vereda Tierra Adentro de ese municipio y que en horas de la noche recibió una llamada telefónica en la que le exigieron la suma de \$500.000 para devolverle sus pertenencias³⁹.

El 17 de enero de 2005, los extorsionistas se comunicaron con la víctima y acordaron que el dinero se entregaría ese día a las 18:30 horas en la iglesia de Bello, por lo que funcionarios del CTI organizaron el operativo «*Jamaica*»⁴⁰, con el propósito de capturarlos⁴¹.

En ese lugar, a las 19:00 horas, el señor Juan Carlos Ochoa Molina recibió otra llamada telefónica en la que le pidieron ubicarse en la carrera 48 con calle 51 del referido municipio⁴².

Por lo anterior, el señor **Juan Carlos Ochoa Molina** (denunciante) se ubicó en la esquina de la carrera 48 con calle 51, en dirección hacia el parque; el agente **Gildardo Giraldo** se quedó en la otra esquina de la carrera 48 con calle 51 y el agente **Jorge Iván López Agudelo** se ubicó diagonal al denunciante, sobre la calle 51, entre carreras 48 y 49, mientras que los agentes **Juan Carlos Galvis Restrepo** y **José Duvián**

³⁷ «*motocicleta Suzuki TS 125 de placas VSK-61 color negro*». Informe No. 133 del 18 de enero de 2005, suscrito por el coordinador del grupo de capturas del CTI de Antioquia con destino a la Fiscal 40 Especializada Destacada ante el CTI. Folios 7 – 11 del cuaderno de pruebas 5.

³⁸ «*una camisa color verde con logotipo de la empresa Consultel Ltda, documentos de propiedad de la motocicleta, el carnet de la empresa, herramienta y una argolla de matrimonio*». Informe No. 133 del 18 de enero de 2005, suscrito por el coordinador del grupo de capturas del CTI con destino a la Fiscal 40 Especializada Destacada ante el CTI. *Ibíd.*

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ De acuerdo con la información brindada por el coordinador del grupo de capturas del CTI de Antioquia, Jorge Iván López Agudelo, al funcionario de policía judicial que realizó la diligencia de inspección del cadáver del señor Germerzon García Toro, los investigadores del CTI que participaron en el operativo «*Jamaica*» fueron los señores Juan Carlos Galvis Restrepo, Gildardo Giraldo, José Duvián Valencia Guevara y él. Folios 54 – 57 del cuaderno de pruebas 5. Lo anterior fue corroborado por el mencionado coordinador ante la Fiscalía 98 Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Bello. Folios 531 – 534 del cuaderno de pruebas 6.

⁴¹ Declaraciones de los señores Gildardo Giraldo, Juan Carlos Galvis Restrepo y Jorge Iván López Agudelo ante la Fiscalía 98 Delegada ante los Juzgados Penales Especializados de Bello. Folios 109 – 125 del cuaderno de pruebas 5.

⁴² Informe No. 133 del 18 de enero de 2005, suscrito por el coordinador del grupo de capturas del CTI de Antioquia, Jorge Iván López Agudelo, con destino a la Fiscal 40 Especializada Destacada ante el CTI. Folios 7 – 11 del cuaderno de pruebas 5.

Valencia se quedaron en la carrera 48, entre calles 50 y 51, y en la calle 52, respectivamente⁴³.

Según el informe No. 133 del 18 de enero de 2005, suscrito por el coordinador del grupo de capturas del CTI de Antioquia con destino a la Fiscalía 40 Especializada Destacada ante el CTI, a las 19:45 horas, aproximadamente, se presentaron los señores Luis Javier Henao Miranda (parrillero) y Gernerzon García Toro (conductor) en la motocicleta hurtada y le indicaron a la víctima que los siguiera hasta el cruce de la carrera 48 con calle 52 donde, luego de que el parrillero descendió del vehículo para acercarse al denunciante, el investigador José Duvián Valencia Guevara abordó al señor Gernerzon García Toro, ordenándole que se bajara *«sin que este obedeciera, sino que por el contrario, reaccionó tomando, al parecer, un arma de fuego que portaba en sus piernas, de inmediato, José Duvián respondió con su arma de dotación, realizó dos disparos, el sujeto ipso facto arrojó el arma y emprendió la huida (...), siendo perseguido por el investigador, quien ejecutó un tercer disparo»*.

Adicionalmente, se consignó lo siguiente (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

«Con motivo de esta acción, el acompañante de la moto emprendió la huida hacia el cruce de la calle 51 con carrera 48, lugar donde se encontraba el investigador judicial II Juan Carlos Galvis Restrepo, al observar que el sujeto escapaba, previa identificación, lo abordó con su arma de dotación y lo retuvo frente al inmueble demarcado en la carrera 48 No. 51- 46.

«Es de anotar que el arma que portaba el conductor de la motocicleta no logró ser hallada, luego de haber realizado una exhaustiva búsqueda en el lugar de los hechos, toda vez que al escucharse las detonaciones ocasionadas por los disparos realizados, en el lugar se conglomeró un sin número de personas, pudiendo ser ocultada o sustraída por una de estas personas»⁴⁴.

⁴³ Declaraciones de los señores Gildardo Giraldo, Juan Carlos Galvis Restrepo y Jorge Iván López Agudelo ante la Fiscalía 98 Delegada ante los Juzgados Penales Especializados de Bello.

⁴⁴ Folios 7 – 11 del cuaderno de pruebas 5.

Ese mismo día, el señor Gemerzon García Toro fue trasladado al Hospital Marco Fidel Suárez⁴⁵, institución en la que le brindaron primeros auxilios y lo remitieron a la Clínica Villa Nueva⁴⁶, donde falleció como consecuencia de un shock hipovolémico, causado por uno de los proyectiles que impactaron su cuerpo.

De acuerdo con el acta de asignación de armamento No. 11 del 25 de marzo de 2004⁴⁷, al señor José Duvián Valencia Guevara le fue asignada la pistola marca «Jericho», serie No. 32301427 y calibre 9 mm como arma de dotación oficial.

Dicha pistola fue entregada a los funcionarios de policía judicial que inspeccionaron el lugar de los acontecimientos⁴⁸ para ser analizada con las demás evidencias encontradas en la carrera 48 con calle 52⁴⁹. Las conclusiones a las que arribó el laboratorio de balística del Instituto de Medicina Legal – Seccional Medellín fueron las siguientes (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

«El proyectil y las vainillas incriminadas remitidos para estudio fue disparado y percutidas por el arma de fuego tipo pistola, marca Jericho, calibre 9 x 19 mm, número 32301427.

«El proveedor recibido se encuentra en buen estado de conservación y funcionamiento para cumplir con su función, alojar cartuchos calibre 9 x 19 mm, como los recibidos anteriormente, este al igual que los cartuchos pueden ser utilizados en el arma de fuego en mención»⁵⁰.

Por la muerte del señor Gemerzon García Toro, el coordinador del grupo de control interno disciplinario de la Fiscalía Seccional de Antioquia inició la indagación preliminar No. 703⁵¹, que culminó con el archivo de las diligencias en favor del señor José Duvián Valencia Guevara⁵².

⁴⁵ Historia clínica de urgencias en el Hospital Marco Fidel Suarez. Folios 433 – 435 del cuaderno de pruebas 6.

⁴⁶ Historia clínica Corporación IPS Saludcoop. Folios 437 – 446 del cuaderno de pruebas 6.

⁴⁷ Con vencimiento el 16 de octubre de 2012. Folios 100 y 101 del cuaderno de pruebas 5.

⁴⁸ Folios 102 – 106 del cuaderno de pruebas 5.

⁴⁹ Según el informe de inspección al lugar de los hechos del 17 de enero de 2005, las evidencias que se encontraron en la escena fueron las siguientes: «tres vainillas percutidas color dorado, al parecer 9mm, tres fragmentos de plomo deformados, dos proyectiles desnudos deformados, una muestra de sangre tomada de la motocicleta VSK-61 Suzuki TS-125 color negra». Folios 54 – 56 del cuaderno de pruebas 5.

⁵⁰ Folios 169 – 176 del cuaderno de pruebas 5.

⁵¹ Folio 29 del cuaderno de pruebas 5.

⁵² Folios 220 – 226 del cuaderno de pruebas 5.

Por su parte, la Fiscalía 98 Delegada ante los Jueces Penales Especializados de Bello, a través de proveído del 24 de enero de 2005⁵³, ordenó la apertura de la instrucción y dispuso la vinculación del señor José Duvián Valencia Guevara y, mediante providencia del 8 de marzo de 2007⁵⁴, profirió resolución de acusación en su contra por el delito de homicidio culposo.

De lo anterior se desprende que la muerte del señor Gernerzon García Toro se produjo como consecuencia de los disparos que le propinó el agente del CTI José Duvián Valencia Guevara, con su arma de dotación oficial durante la operación «*Jamaica*», cuyo objetivo era capturar a las personas que extorsionaron al señor Juan Carlos Ochoa Molina.

En criterio de la Fiscalía General de la Nación, el señor Gernerzon García Toro dio lugar, con su conducta, a la causación del daño por el cual hoy se reclama una indemnización, toda vez que, además de intentar sacar un arma de fuego, se dio a la fuga, razones suficientes para que el agente José Duvián Valencia Guevara disparara en contra suya.

Así pues, de conformidad con la postura reiterada y sostenida de esta Sección⁵⁵, para que opere la causal eximente de responsabilidad denominada **hecho exclusivo de la víctima** es necesario establecer si su proceder, ya sea activo u omisivo, tuvo injerencia o no y en qué medida en la producción del resultado lesivo, pues para que esta exonere plenamente de responsabilidad es necesario acreditar que la actuación de la víctima fue la causa eficiente y determinante del daño⁵⁶, dado que si lo que acaeció fue

⁵³ Folios 72 y 73 del cuaderno de pruebas 5.

⁵⁴ Folios 313 – 320 del cuaderno de pruebas 7.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 19 de abril de 2018, exp.41766, entre muchas otras.

⁵⁶ En ese sentido, resulta importante precisar que en los casos en los cuales se alegue el hecho exclusivo de la víctima como causal eximente de responsabilidad, como lo ha aceptado la jurisprudencia de esta Corporación, no se requiere para su configuración la demostración de su irresistibilidad e imprevisibilidad, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño. En ese sentido, se ha pronunciado esta Corporación: *«No significa lo señalado que en esta situación no opere la causa extraña, en sus diversas modalidades, como eximente de responsabilidad por ausencia de imputación, sino que, como se ha venido indicando, tal acreditación debe hacerse a través de la demostración de que en estos precisos eventos le resultaba a la entidad demandada absolutamente imprevisible e irresistible el resultado dañoso, sin olvidar que, tratándose de la culpa exclusiva de la víctima o el hecho*

un fenómeno de coparticipación o de concausalidad, los efectos exoneradores serán parciales y el Estado deberá responder por los perjuicios ocasionados en proporción a la causación del daño. Así lo ha entendido esta Corporación:

«Ha considerado la Sala que para que la conducta de la víctima pueda exonerar de responsabilidad a la entidad demandada, la misma debe ser causa determinante en la producción del daño y ajena a la Administración:

«Por tanto, es necesario examinar si el comportamiento de la víctima fue causa única o concausa en la producción del daño, o si, por el contrario, tal actividad no fue relevante en el acaecimiento de este. En efecto, la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, puede conducir a la exoneración total o parcial de la responsabilidad administrativa, dependiendo de la trascendencia y grado de participación del afectado en la producción del daño.

«Ahora bien, no toda conducta asumida por la víctima constituye factor que destruya el nexo de causalidad existente entre el hecho y el daño, toda vez que para que la culpa de la víctima releve de responsabilidad a la administración, aquella debe cumplir con los siguientes requisitos:

‘1) Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño. Si la culpa del afectado resulta la causa única, exclusiva o determinante del daño, la exoneración es total...

‘Ahora bien, si la actuación de la víctima deviene causa concurrente en la producción del daño, se producirá una liberación parcial, por aplicación del principio de concausalidad y de reducción en la apreciación del daño, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2357 del Código Civil.

‘2) El hecho de la víctima no debe ser imputable a la administración, toda vez que si el comportamiento de aquella fue propiciado o impulsado por la

*de un tercero, por regla general, como lo ha aceptado la doctrina, no se requiere, para su configuración, la demostración de su imprevisibilidad e irresistibilidad (...). **En síntesis, no se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquélla fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño**»* (se destaca). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de agosto de 2008, exp. 17042. C.P. Enrique Gil Botero.

*administración, de manera tal que no le sea ajeno a ésta, no podrá exonerarse de responsabilidad a la entidad demandada*⁵⁷.

«Cabe precisar que en los eventos en los cuales la actuación de la víctima resulta ser la causa única, exclusiva o determinante del daño, carece de relevancia la valoración de su subjetividad. Si la causalidad constituye un aspecto objetivo, material de la responsabilidad, la labor del juez frente a un daño concreto debe limitarse a verificar si dicha conducta fue o no la causa eficiente del daño, sin que para ello importe establecer si al realizarla, su autor omitió el deber objetivo de cuidado que le era exigible, o si su intervención fue involuntaria. Por tal razón, resulta más preciso señalar que la causal de exoneración de responsabilidad del demandado es el hecho de la víctima y no su culpa.

«Ahora bien, cuando la intervención de la víctima incide en la causación del daño, pero no excluye la intervención causal del demandado, habrá lugar a la reducción de la indemnización establecida en el artículo 2357 del Código Civil, conforme al cual 'La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente'»⁵⁸.

Pues bien, aunque el agente José Duvián Valencia Guevara le manifestó a sus compañeros⁵⁹ y a la Fiscalía 98 Delegada ante los Jueces Penales Especializados de Bello que cuando se identificó ante el señor Gernerzon García Toro *«él sacó de entre sus piernas y la silla de la moto un arma de fuego, girándola hacia donde yo me encontraba, por lo que realicé un disparo en las piernas y él arrojó el arma y emprendió la huida»*⁶⁰, lo cierto es que la supuesta arma de fuego no se encontró en el lugar de los acontecimientos, de hecho, así se consignó en el informe No. 133 del 18 de enero

⁵⁷ Original en cita: *«sentencia del 28 de febrero de 2002, exp. 13.011. En el mismo sentido, sentencias de 18 de abril de 2002, exp. 14.076, de 30 de julio 1998, exp. 10.981 y de 29 de enero de 2004, exp. 14.590, entre muchas otras».*

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, exp. 17957. MP Ruth Stella Correa Palacio.

⁵⁹ En sus declaraciones ante la Fiscalía 98 Delegada ante los Jueces Penales Especializados de Bello, los señores Gildardo Giraldo y Juan Carlos Galvis Restrepo señalaron, respectivamente, lo siguiente (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

«PREGUNTADO. Le preguntó a Duvián que lo motivó a dispararle a este señor. CONTESTÓ. Me dijo que vio como si el señor fuera a sacar un arma y a emprender la huida y que por eso le había disparado».
«PREGUNTADO. Duvián le explicó a usted o a otro compañero por qué le disparó a esa persona. CONTESTÓ. Él comentó que trató de detener al occiso diciéndole 'alto, Fiscalía' y este trató de agredirlo metiéndose la mano entre sus piernas y el tanque de la moto, sacando un arma y él reaccionó».

⁶⁰ Durante su diligencia de indagatoria, el sindicado sostuvo (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos): *«cuando yo me identifiqué él sacó de entre sus piernas y la silla de la moto un arma de fuego, girándola hacia donde yo me encontraba, por lo que realicé un disparo en las piernas y él arrojó el arma y emprendió la huida, aproximadamente a unos veinte o veinticinco metros de la esquina donde él se encontraba sobre la calzada había un vehículo tipo camioneta, él trató de huir sobre la calzada de la vía, yo me desplacé en persecución de él a pie, corrí en diagonal hacia él, al ver que yo corría inclinó su cuerpo hacia adelante en posición de escape y zigzagueando trató de coger el lado derecho de la vía, pero seguramente al observar de que yo me le acercaba en diagonal montó la motocicleta al lado izquierdo, antes de que él se metiera entre el carro parqueado y la pared, le realicé dos disparos perdiendo él el equilibrio y precipitándose hacia el suelo».* Folios 634 – 641 del cuaderno de pruebas 6.

de 2005, suscrito por el coordinador del grupo de capturas del CTI de Antioquia, Jorge Iván López Agudelo.

De igual forma, esto se lee del informe No. 51 de inspección judicial a lugares, suscrito por el investigador judicial Jorge Iván Gómez (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

«Es de resaltar que el arma, que al parecer portaba el delincuente, no fue hallada, aclarando que al momento de ocurridos los hechos, hubo gran afluencia de curiosos y pudo ser hurtada por uno de estos»⁶¹.

Adicional a ello, se tiene que ninguno de los agentes que participaron en el operativo observó que el señor Gernerzon García Toro portara la aludida arma de fuego.

Al respecto, el señor Gildardo Giraldo declaró ante el ente investigador (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

«... en ese momento observé que pasó una moto de color negro y más atrás otra moto con las características de la moto que estaba buscando, que era una TS-125, color negra (...). Pasaron aproximadamente cinco o diez minutos, cuando volví a observar una de las motos, la moto pequeña que pasó por la calle de abajo, seguidamente escuché una detonación y seguidas otras dos, yo escuché tres tiros, por lo que salí corriendo a ver qué era lo que había pasado en la parte de abajo, salí con el arma en la mano, cuando me encontré con Juan Carlos que ya tenía una persona retenida y me dijo que siguiera a Duvián y a Jorge que el que iba en la moto se había volado, seguí corriendo y como algo más de media cuadra estaba Duvián con un sujeto en el suelo al bordo de una moto TS negra, inmediatamente pedí apoyo a la policía para que nos ayudara a controlar la situación porque se estaba llenando de gente. PREGUNTADO. Fue usted el primero en llegar a ese punto. CONTESTÓ. Primero llegó Jorge y seguidamente llegué yo. PREGUNTADO. Manifieste si usted, Jorge o Duvián recuperaron algún arma, bien sea de la persona que allí estaba, de la moto o del puso. CONTESTÓ. En ningún momento observé armas, ni en la moto, ni en la persona ni en ninguna parte. PREGUNTADO. Presenció usted el momento exacto en que la persona fue lesionada. CONTESTÓ. No. PREGUNTADO. De acuerdo a su percepción puede decirnos en qué posición estaba Duvián en relación con la persona que iba en la moto. CONTESTÓ. Creo que estaba un poco detrás de él. PREGUNTADO. Percibió usted cuando cualquiera de estas dos personas hizo contacto. CONTESTÓ. No, no percibí cuando hicieron contacto, no me di cuenta que le hayan hecho señas. PREGUNTADO. En el

⁶¹ Folios 55 – 58 del cuaderno de pruebas 7.

momento que los individuos pasaron cerca a usted y cerca el señor Ochoa, cualquiera de ellos esgrimió un arma. CONTESTÓ. En ningún momento observé que hubieren sacado armas. PREGUNTADO. Si cualquiera de estas personas hubiere sacado un arma, usted lo habría visto. CONTESTÓ. Lo más seguro es que sí. PREGUNTADO. Cuál de sus compañeros considera, de acuerdo a su posición, pudo haber visto. CONTESTÓ. Juan Carlos era el que estaba más cerca de Duvián»⁶² (se resalta).

En el mismo sentido, el señor Juan Carlos Galvis Restrepo indicó (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

«PREGUNTADO. En cualquier momento mientras estuvieron en el operativo, observó si los individuos de la moto esgrimían un arma. CONTESTÓ. No, no les observé un arma. PREGUNTADO. Manifieste si los señores de la moto le hicieron alguna señal al señor Ochoa. CONTESTÓ. Sí, observé que el parrillero agitó su mano izquierda, indicándole que subiera un poco más arriba. PREGUNTADO. A qué distancia estaba usted de esa seña. CONTESTÓ. Entre unos 25 y 30 metros. CONTESTÓ. En el momento en que el parrillero agitó su mano vio que tuviera algún arma de fuego. CONTESTÓ. No observé armas, vi la mano estirada, si hubiera tenido armas creo que lo hubiera observado. PREGUNTADO. En el momento en que Duvián hace uso del arma, esta de frente del motociclista, de lado izquierdo, derecho o atrás. CONTESTÓ. No puedo afirmar en qué posición lo vi porque no lo tenía en la visual, estaba concentrado era en el extorsionado y el parrillero de la moto. PREGUNTADO. Cuando usted, Jorge y Gildardo llegaron al sitio donde estaba el herido y Duvián había más gente ahí. CONTESTÓ. Había más gente. PREGUNTADO. Le aseguró Duvián que el occiso sacó un arma. CONTESTÓ. Sí. PREGUNTADO. Alguno de sus compañeros o usted recuperó esa arma que dijo Duvián. CONTESTÓ. En ningún momento vi el arma»⁶³ (se destaca).

Lo anterior permite concluir que, contrario a lo alegado por la recurrente, en el expediente no reposa medio probatorio alguno que dé cuenta de que el señor Gernerzon García Toro sacó un arma de fuego cuando fue abordado por el agente José Duvián Valencia Guevara, quien, por el contrario, está demostrado que activó su arma de fuego sin razón aparente.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución Política, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, así como

⁶² Folios 541 – 543 del cuaderno de pruebas 6.

⁶³ Folios 544 – 546 del cuaderno de pruebas 6.

también para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Una de esas finalidades encuentra su concreción en el principio «*de exclusividad de la fuerza pública*» previsto en el artículo 216 superior, dado que uno de los rasgos esenciales del poder público lo configura justamente el «*monopolio del ejercicio de la coacción del Estado*».

En cuanto al uso de armas de fuego por parte de miembros de las Fuerzas Militares y de otros organismos del Estado, esta Sección ha señalado:

«La Sala, en reiterada jurisprudencia, ha reconocido la legítima defensa como causal de exoneración de responsabilidad de la administración; sin embargo, en situaciones como la que se discute en el presente proceso, ha prestado especial atención a los casos en que la ley permite el uso de las armas por parte de los miembros de la fuerza pública en el cumplimiento de sus funciones. El examen de la proporcionalidad que debe existir entre la respuesta de la fuerza pública y la agresión que ella misma padece, en éste tipo de eventos, para que su conducta pueda configurar una legítima defensa, debe someterse a un examen más riguroso que el que se pudiera hacer en el común de los casos. Efectivamente, los elementos configurantes de la legítima defensa deben aparecer acreditados de manera indubitable, de modo que el uso de las armas de fuego aparezca como el único medio posible para repeler la agresión o, dicho de otra forma, que no exista otro medio o procedimiento viable para la defensa; que la respuesta armada se dirija exclusivamente a repeler el peligro y no constituya una reacción indiscriminada, y que exista coherencia de la defensa con la misión que legal y constitucionalmente se ha encomendado a la fuerza pública»⁶⁴.

De lo anterior se desprende que, si bien el Estado puede recurrir al uso de las armas para el cumplimiento de sus funciones, lo cierto es que dicha potestad solo puede ser utilizada como el último recurso, luego de haber agotado todos los medios a su alcance que representen un menor daño a las personas, pues la razón de ser de las autoridades no es otra que la de proteger a todos los residentes en Colombia. Lo contrario implicaría legitimar el restablecimiento del orden en desmedro de la vida y demás derechos fundamentales de las personas.

⁶⁴ Original en cita: «CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 14 de julio de 2004. Exp. 14902. M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez. En el mismo sentido ver sentencias del 27 de noviembre de 2003, expediente 14118 y del 29 de enero de 2004, expediente 14222. Sobre el uso indiscriminado de armas de fuego por miembros de la fuerza pública la Sala se ha pronunciado, entre otras, en sentencias del 14 de marzo de 2002, expediente: 12054, del 21 de febrero de 2002, expediente: 14016, y del tres de mayo de 2001, expediente: 13231; Sentencia de 27 de julio de 2000, expediente: 12788». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de agosto de 2010, exp. 19127. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

En el presente asunto, ello no fue lo que sucedió, toda vez que, sin tener certeza de qué era lo que el señor Gernerzon García Toro pretendía al buscar entre sus piernas, el agente José Duvián Valencia Guevara disparó contra la integridad del referido señor.

De igual forma, considera la Sala que, aun cuando se hubiere demostrado que el señor García Toro sacó un arma de fuego, ello en forma alguna justificaba el actuar del aludido agente, por cuanto dicha circunstancia, por si sola, no constituía un peligro actual e inminente que autorizara a disparar, máxime si se tiene en cuenta que de ninguno de los medios de convicción aportados se desprende que el primero de los mencionados demostró una intención de agresión que hubiere conducido a tal reacción.

Al respecto, esta Subsección se ha pronunciado de la siguiente manera:

«No escapa a la Sala el hecho de que aun cuando el anterior hecho se hubiere acreditado debidamente en el sub lite, la respuesta del miembro de la Fuerza Pública, una ráfaga de disparos emanada de su fusil de dotación aun cuando hubiere podido constituirse como idónea o necesaria, no fue proporcional frente a la supuesta conducta desplegada por el señor Hugo Galindo Muñoz, puesto que no existían razones para pensar que se estaba ante un posible enfrentamiento armado o que más allá de ese único disparo pudiera estar en peligro la vida del soldado voluntario Londoño Carmona. Aun cuando es factible y entendible que ante el uso de armas de fuego exista un peligro real de una afectación a su integridad y un correlativo temor por ello, no es menos cierto que el entrenamiento militar que reciben los miembros del Ejército los prepara –o, en todo caso, debe prepararlos– para analizar la situación con cabeza fría y escoger la respuesta más adecuada y proporcional ante la amenaza que enfrentan, por lo tanto su actuación debe analizarse bajo esos parámetros particulares»⁶⁵ (subrayas por fuera del original).

A la misma conclusión arriba la Sala respecto de los disparos que recibió el señor García Toro cuando intentó huir, dado que, si bien el hecho de ser sorprendido en flagrancia con la moto del señor Carlos Ochoa Molina imponía su captura, lo cierto es que dicho procedimiento no debió adelantarse bajo cualquier costo disparando indiscriminadamente y cegando la vida del referido señor.

Para la Sala, debe insistirse en la desproporción existente entre la conducta de la víctima –huir para no ser capturado– y la respuesta del agente que intervino en el hecho

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2013, exp. 25173. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

–disparando contra la integridad personal del señor García Toro–, dado que, como se desprende de los distintos informes que se suscribieron con ocasión de su muerte y las declaraciones que se recibieron dentro del respectivo proceso penal, había cuatro agentes en la operación «*Jamaica*», quienes, ante la intención de fuga del hoy occiso, pudieron reaccionar de otra forma para lograr su captura, sin utilizar armas de fuego como el único mecanismo de aprehensión.

Adicional a lo anterior, debe tenerse en cuenta que, según el informe técnico de necropsia No. 2005P-0096 del 18 de enero de 2005⁶⁶, el señor Gernerzon García Toro se encontraba de espalda cuando ingresó el proyectil de arma de fuego que lo lesionó de manera mortal, esto es, que no tenía la posibilidad de protegerse ante los disparos que provenían del agente, quien se encontraba algunos metros atrás⁶⁷.

En cuanto a la inviolabilidad del derecho a la vida, esta Subsección se ha pronunciado de la siguiente manera:

*«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 (sic) habrá pena de muerte'. (sic) **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 (sic) el único esencial porque si se viola de ninguna manera se pueden desarrollar los demás'.*

*«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**⁶⁸ que inspiró al constituyente en el diseño del ordenamiento constitucional y por lo mismo es uno de los pilares de nuestra democracia (...).*

*«Deberán entonces evaluarse las condiciones de la amenaza real -que no hipotética- para que, solo 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.*

⁶⁶ Registro civil de defunción y protocolo de necropsia No. 2005P-0096 del 18 de enero de 2005. Folios 12 del cuaderno de anexos y 465 – 469 del cuaderno de pruebas 6.

⁶⁷ Folios 313 – 321 del cuaderno de pruebas 7.

⁶⁸ Original en cita: «Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C 013 de 1997 y C 239 de 1997».

*«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»⁶⁹ (negrita incluida dentro del texto).*

Así las cosas, resulta incuestionable que el proceder irregular del agente José Duvián Valencia Guevara fue la causa determinante del daño y no la conducta de la víctima, como lo sugiere la entidad pública demandada, dado que fue él quien, de manera precipitada, desproporcionada e innecesaria, activó su arma de dotación oficial contra el señor García Toro, sin que se hubiere demostrado que aquel, en algún momento, puso en peligro la integridad de los agentes que participaron en la operación «*Jamaica*» o la del señor Juan Carlos Ochoa Molina.

Bajo ese entendido, considera la Sala que, como la muerte del señor Gemerzon García Toro se produjo por la reacción de uno de los agentes del CTI de la Fiscalía General de la Nación que no se ajustó a los parámetros de razonabilidad, necesidad y de proporcionalidad que imponía el desarrollo de la operación «*Jamaica*», se impone concluir, así como lo sostuvo el Tribunal *a quo*, que aquella es la llamada a responder por los perjuicios causados a los demandantes, con fundamento en el título de imputación de falla del servicio.

De conformidad con lo expuesto, la Sala confirmará la declaratoria de responsabilidad de la Nación – Fiscalía General de la Nación por la muerte del señor Gemerzon García Toro el 17 de junio de 2005, en el municipio de Bello, Antioquia, razón por la cual se analizarán las indemnizaciones concedidas en la sentencia de primera instancia.

6. Indemnización de perjuicios

A pesar de que en el recurso de apelación se cuestionó la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación y las indemnizaciones concedidas a la señora Liliana Marcela

⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de septiembre de 2015, exp. 38224. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Cano Vélez y al menor Yeison Duván García Cano, por concepto de perjuicios morales y lucro cesante, respectivamente, la Sala es competente para analizar los demás perjuicios que reconoció el Tribunal *a quo*, porque, de conformidad con la sentencia de unificación del 6 de abril de 2018 –exp.46.005–, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, dicho aspecto es consustancial a la declaratoria de responsabilidad⁷⁰.

6.1. Perjuicios morales

En la sentencia de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Antioquia condenó a la Fiscalía General de la Nación a pagar las siguientes sumas, por concepto de perjuicios morales:

| Demandante | Indemnización en S.M.L.M.V. |
|----------------------------|------------------------------------|
| Yeison Duván García Cano | 100 S.M.L.M.V. |
| Liliana Marcela Cano Vélez | 40 S.M.L.M.V. |

En relación con la indemnización de perjuicios morales cuando el daño proviene de la muerte de las personas, la Sección Tercera del Consejo de Estado, a través de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014⁷¹, sostuvo que su reconocimiento se efectuaría dependiendo del grado de parentesco o de cercanía que cada uno de los demandantes tuviera con la víctima, así:

«Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 SMLMV.»

⁷⁰ En este punto, se considera oportuno señalar que, a pesar de que la postura expuesta en la aludida sentencia de unificación no es compartida por la suscrita, por cuanto, en mi sentir, se incurrió en una vulneración del principio de congruencia al analizar la indemnización de perjuicios materiales concedida en el fallo de primera instancia, sin que tal aspecto hubiere sido atacado directamente en el recurso de apelación interpuesto por la entidad pública demandada, en esta providencia se acata la posición mayoritaria de la Sección Tercera de esta Corporación.

⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, exp. 26251. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

«(...).

«Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio» (subrayas fuera del original).

Lo anterior, con la finalidad de lograr indemnizaciones más o menos equitativas, dado que por la naturaleza del perjuicio moral, aquellas no pueden ser restitutorias ni reparadoras, sino, únicamente, compensatorias.

En cuanto a su acreditación, en la referida sentencia de unificación se precisó que a las personas que se encontraren en el primer y segundo nivel, únicamente, les bastaba con aportar la prueba del parentesco o de la relación marital para inferir su afectación moral; para los niveles tercero y cuarto se indicó que, además de lo anterior, debía aportarse prueba de la relación afectiva y para el nivel quinto se exigió demostrar la relación afectiva.

Como se advirtió en el acápite de legitimación en la causa, el menor Yeison Duván García Cano acreditó su relación de parentesco, en primer grado de consanguinidad, con el señor Gernerzon García Toro, de ahí que se infiera que se vio afectado por la muerte de su ser querido.

Así las cosas, toda vez que la indemnización reconocida en favor del aquí demandante correspondió a la suma equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes, la Sala no efectuará modificación alguna al respecto.

Frente a la señora Liliana Marcela Cano Vélez, debe señalarse que, como se indicó en el acápite correspondiente, aquella no demostró ser la compañera Gernerzon García Toro, pero sí su calidad de tercera damnificada, motivo por el cual la Sala no accederá a la petición de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de revocar el reconocimiento en favor de ella realizado, sino que procederá a modificarlo al 15% del tope indemnizatorio, de conformidad con los parámetros jurisprudenciales antes descritos.

En ese sentido, la Sala modificará en este punto la sentencia de primera instancia y le reconocerá a la referida demandante, por concepto de perjuicios morales, el equivalente a quince salarios mínimos legales mensuales vigentes.

6.2. Lucro cesante

En el presente asunto, el Tribunal Administrativo de Antioquia reconoció la suma de \$119'965.450,44, por concepto de lucro cesante, en favor del menor Yeison Duván García Cano, bajo las siguientes consideraciones:

«En el presente caso solo es procedente el reconocimiento de dicho perjuicio a favor del menor Yeison Duván García Cano, pues, en efecto, desde el punto positivo del derecho a obtener ayuda económica por parte del cónyuge y de la madre, se tiene que partiendo de la relación existente entre ellos, el Código Civil dispone que se deben alimentos al cónyuge y a los descendientes legítimos.

«Los testimonios rendidos a instancias de este proceso señalan que el señor Gernerzon García Toro, antes de su fallecimiento laboraba como mensajero, pero no indican con claridad en qué empresa lo hacía, no obstante ello, ante la falta de prueba que respalde los dichos de los declarantes de la que se pudiera desprender el monto devengado por el occiso, se tomará para la liquidación el salario mínimo legal mensual vigentes, en atención a la reiterada jurisprudencia que señala que en Colombia nadie puede devengar menos de él»⁷².

Para la Fiscalía General de la Nación, la indemnización reconocida en favor del menor Yeison Duván García Toro debe revocarse, al considerar que los ingresos de su padre provenían de actividades ilícitas.

Tal y como se estableció en la sentencia del 4 de octubre de 2007 –exp. 16.058⁷³–, la presunción jurisprudencial, según la cual los padres contribuyen al sostenimiento de

⁷² Folio 281 vto.

⁷³ «De igual forma, se modifica el criterio jurisprudencial que se tenía en relación con la presunción de manutención de los hijos hasta la mayoría de edad si no se acreditaba la escolaridad, desechando esta distinción, y dando por presumido que la condición de dependencia económica de aquellos respecto de los padres se mantiene hasta la edad de 25 años, con fundamento en los artículos 13 y 45 de la Constitución Política y en consideración además, a las reglas de la experiencia, siempre y cuando se acredite tal dependencia por cualquier medio probatorio» (se destaca). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de octubre de 2007, exp. 16058. C.P. Enrique Gil Botero.

sus hijos opera siempre y cuando se demuestre la dependencia económica de aquellos con cualquier medio probatorio.

Revisado el expediente, la Sala observa que, si bien dentro de este proceso se recibieron las declaraciones de las señoras Reina de las Mercedes Medina Villegas⁷⁴, Carmen Alicia Gómez Arroyave⁷⁵, Marta Luz Ortega⁷⁶ y Rubiela Gómez⁷⁷, quienes manifestaron que la señora Liliana Marcela Cano Vélez y su hijo dependían económicamente del señor Gernerzon García Toro, lo cierto es que sus afirmaciones se contradicen con los siguientes medios probatorios:

⁷⁴ Se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos: «PREGUNTADO. Usted conoce a qué se dedicaba el señor Gernerzon García. CONTESTÓ. Sí, era mensajero de trámites, pero no sé qué trámites. PREGUNTADO. Sabe usted de forma directa o indirecta cuáles eran las obligaciones de Gernerzon. CONTESTÓ. Con la familia de él no sé qué obligaciones tendría, sé que le ayudaba a Liliana con el niño. PREGUNTADO. Sabe con quién vivía Gernerzon. Él vivía con la familia de él, sus padres, porque con Liliana no era fácil ya que la habitación que ocupaba no tenía espacio. Liliana en esa época no estaba trabajando, arreglaba uñas, cepillaba, hacía arreglos de belleza. PREGUNTADO. Durante cuánto tiempo vio usted que Gernerzon y Liliana estuvieran juntos. CONTESTÓ. Yo los vi juntos muchas veces en la casa de Carolina, mamá de Liliana. Tuvieron esa relación por ahí 6 años. PREGUNTADO. Cómo era la relación entre Liliana y Gernerzon. CONTESTÓ. La relación de ellos era amorosa, amistosa, procrearon un hijo y él quería mucho a ese hijo, se preocupaba por él». Folio 198 y vto del cuaderno de primera instancia.

⁷⁵ Se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos: «PREGUNTADO. Sabe usted qué actividad o qué hacía Gernerzon. CONTESTÓ. Él trabajaba como mensajero de una empresa de una moto y no sé qué empresa, sé que llegaba a llevarle cosas al niño. Era como de un juzgado o algo así porque él movía papelería, pero no tengo claro eso. PREGUNTADO. Sabe usted qué obligaciones tenía Gernerzon. CONTESTÓ. Él vivía con el papá y la mamá y los ayudaba a ellos y a Liliana y al hijo de un todo él cubría los gastos de ellos. PREGUNTADO. Sabe usted de forma directa o indirecta con quién vivía Liliana. CONTESTÓ. Vivía con la mamá y dos hermanitas y el niño. Gernerzon iba todos los días. PREGUNTADO. Díganos durante cuánto tiempo había conocido a Gernerzon antes de que muriera. CONTESTÓ. Lo conocí 5 o 6 años antes. PREGUNTADO. En ese tiempo que usted conoció a Gernerzon como era la relación con Liliana. CONTESTÓ. Era bonita, amistosa a la vez que eran pareja, llegué a salir a bailar con ellos y se limitaban a bailar ellos dos». Folio 199 vto y 200 del cuaderno de primera instancia.

⁷⁶ Se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos: «PREGUNTADO. Sabe a qué se dedicaba el referido señor. CONTESTÓ. Yo sabía que él trabajaba en una empresa de mensajería, más no sé qué empresa era. PREGUNTADO. Sabe usted de forma directa o indirecta cuáles eran los ingresos de Gernerzon. CONTESTÓ. No sé, sé que Liliana aportaba también. PREGUNTADO. Sabe usted cuáles eran las obligaciones de Gernerzon. CONTESTÓ. No le sé decir cuáles eran las obligaciones, sé que Liliana y él dependían económicamente de él y sé que él vivía con el papá y la mamá y ella vivía con su madre y sus hermanas y con su bebé, pero sé que compartía todo el tiempo con él porque varias veces que fui él estaba ahí. PREGUNTADO. Diga al Despacho si lo sabe cuánto tiempo hubo de relación de pareja entre Liliana y Gernerzon. CONTESTÓ. Que yo me haya dado cuenta por ahí unos 5 años. PREGUNTADO. Cómo era la relación de Liliana y Gernerzon. CONTESTÓ. Yo los veía como una pareja normal, esperando al bebé y comprando sus cosas, ya cuando el bebé nació eran felices». Folio 199 y vto del cuaderno de primera instancia.

⁷⁷ Se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos: «PREGUNTADO. Sabe usted qué actividad o a qué se dedicaba Gernerzon. CONTESTÓ. Él trabajaba como mensajero de una empresa en una moto y no sé qué empresa. PREGUNTADO. Sabe cuáles eran los ingresos de Gernerzon. CONTESTÓ. No. PREGUNTADO. Sabe con quién vivía Gernerzon. CONTESTÓ. Él vivía donde los padres de él porque donde Liliana no había espacio para vivir juntos. Liliana vivía con la mamá, las hermanas y el niño. PREGUNTADO. Sabe qué obligaciones tenía Gernerzon. CONTESTÓ. No sé. PREGUNTADO. Sabe si Liliana y Gernerzon llegaron a vivir juntos. CONTESTÓ. Vivieron por ahí un año, luego cada uno en su casa, por ahí un año. PREGUNTADO. Cuánto tiempo Gernerzon y Liliana estuvieron juntos sin compartir lecho ni casa. CONTESTÓ. Aproximadamente 7 años sostuvieron relaciones. Yo los veía muy amorosos el uno con el otro, no sé cada cuánto se visitaban». Folio 200 del cuaderno de primera instancia.

- Oficio No. 662 del 2 de diciembre de 2005⁷⁸, por medio del cual el Juzgado Primero Penal Municipal de Bello informó que el 1° de marzo de 1996 el señor Gernerzon García Toro fue condenado a 18 meses y 27 días de prisión por el delito de hurto calificado y «*se le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional*», decisión que fue confirmada el 14 de marzo de 1996 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad. A su vez, se indicó que el 3 de diciembre de 1998, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas declaró la extinción de la condena⁷⁹.

- Oficio No. 30 del 16 de enero de 2006⁸⁰, mediante el cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello informó que en contra del señor Gernerzon García Toro se adelantó la investigación No. 2001-234 dentro de la cual resultó condenado a una pena de 48 meses de prisión, «*sin derecho al subrogado de la condena*», por los delitos de secuestro simple y hurto calificado. Adicionalmente, se consignó lo siguiente (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

«El Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, mediante auto interlocutorio del 11 de octubre de 2004, declaró la liberación definitiva del procesado».

- Sentencia del 13 de agosto de 2001⁸¹, por medio de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello condenó al señor García Toro a 48 meses de prisión, sin beneficio de libertad domiciliaria, por la comisión de los delitos de secuestro simple y hurto calificado. En la referida providencia se señaló que el señor García Toro fue capturado en flagrancia el 27 de abril de ese año.

- Sentencia del 10 de octubre de 2001⁸², a través de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín confirmó íntegramente la anterior providencia.

De lo expuesto se desprende que, cuando el menor Yeison Duván García Cano nació, el señor Gernerzon García Toro se encontraba recluso en establecimiento carcelario,

⁷⁸ Folio 213 del cuaderno de pruebas 7.

⁷⁹ Entre folios 214 y 229 del cuaderno de pruebas 7 obran las respectivas providencias.

⁸⁰ Folios 222 – 227 del cuaderno de pruebas 7.

⁸¹ Folios 233 – 244 del cuaderno de pruebas 7.

⁸² Folios 246 – 251 del cuaderno de pruebas 7

en virtud de la sentencia del 1° de marzo de 1996, proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Bello. Asimismo, que cuando el referido menor tenía 1 año y 8 meses, el 27 de abril de 2001, su padre fue capturado en flagrancia y, más adelante, condenado a la pena de 48 meses de prisión en establecimiento carcelario, que se cumplió el 11 de octubre de 2004, cuando el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín ordenó su libertad.

A juicio de la Sala, la situación acabada de describir desvirtúa por completo la supuesta dependencia económica del menor Yeison Duván García Cano hacia su padre, pues aunque esta Subsección no desconoce que durante el tiempo que el señor Gernerzon García Toro estuvo en libertad –3 meses⁸³ –, según los dichos de las señoras Reina de las Mercedes Medina Villegas, Carmen Alicia Gómez Arroyave, Marta Luz Ortega y Rubiela Gómez, pudo estar pendiente de su hijo, dicha circunstancia no constituye una colaboración constante y reiterada que conduzca a demostrar la dependencia económica alegada en la demanda⁸⁴, máxime si se tiene en cuenta que ninguna de las referidas testigos indicó con algún detalle en qué consistía la ayuda económica que Gernerzon García Toro le prodigaba a su hijo, la cual tampoco se demostró que proviniera de una fuente lícita de ingresos⁸⁵.

En ese sentido, toda vez que el Tribunal *a quo* partió de un razonamiento equivocado y que, a su vez, no se demostró que el menor Yeison Duván García Cano dependiera económicamente de su padre, el señor Gernerzon García Toro, la Sala modificará en este punto el fallo de primera instancia y, en su lugar, revocará la indemnización concedida por este concepto.

7. Condena en costas

En vista de que no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en

⁸³ Se recuerda que, según el oficio No. 30 del 16 de enero de 2006 del Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, el señor Gernerzon García Toro recuperó su libertad el 11 de octubre de 2004 y, de acuerdo con su registro civil de defunción, aquel falleció el 17 de enero de 2005.

⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de mayo de 2019, exp. 46858. C.P. María Adriana Marín.

⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de octubre de 2018, exp. 46864.

el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 27 de febrero de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, la cual quedará así:

*«**PRIMERO:** Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Consejo Superior de la Judicatura.*

*«**SEGUNDO:** Declarar responsable administrativa y patrimonialmente a la Nación – Fiscalía General de la Nación por los hechos acaecidos el 17 de enero de 2005 en el municipio de Bello en los que falleció el señor Gemerzon García Toro.*

*«**TERCERO:** Como consecuencia de la anterior declaración se condena a la Nación – Fiscalía General de la Nación a pagar las siguientes sumas de dinero, por concepto de perjuicios morales:*

«- Para el menor Yeison Duván García Cano, en su calidad de hijo del señor Gemerzon García Toro, la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de expedición de esta sentencia.

«- Para la señora Liliana Marcela Cano Vélez, en su calidad de tercera damnificada por la muerte del señor Gemerzon García Toro, la suma equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de expedición de esta sentencia.

*«**CUARTO:** Negar las demás pretensiones de la demanda.*

*«**QUINTO:** Sin condena en costas.*

«**SEXTO:** Las condenas se cumplirán en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo».

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

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA