



208

**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN QUINTA**

**Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO**

Bogotá D.C., quince (15) noviembre de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación Número: 11001-03-15-000-2017-01440-01**

**Actor: CLAUDIA MARTÍNEZ VILLATE Y OTRAS**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN "A" Y OTRO**

**Acción de Tutela – Fallo de segunda instancia**

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación interpuesta por la parte actora en contra de la sentencia de 6 de septiembre de 2017, por medio de la cual el Consejo de Estado Sección Cuarta, negó las pretensiones de la acción de tutela.

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. Solicitud**

Las señoras Claudia Martínez Villate, Johanna Lozano Martínez, Dany Alejandra Lozano Martínez y Claudia Marcela Lozano Martínez, mediante apoderado judicial y con escrito presentado el 6 de junio de 2017, interpusieron acción de tutela contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "A" y el Juzgado 35 Administrativo de Bogotá, autoridades judiciales que conocieron del proceso de reparación directa radicado con el número 11001-33-36-035-2013-00151 por ellas iniciado en contra de la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

Lo anterior, con el fin de que les sean amparados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y de acceso a la administración de justicia que consideran vulnerados como consecuencia de las decisiones adoptadas en las sentencia de: (i) 10 de diciembre de 2015, con la que el Juzgado 35 Administrativo de Bogotá, Sección Tercera negó las pretensiones de la demanda de reparación directa y; (ii) 7 de diciembre de 2016 mediante la cual el



Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A” confirmó la negativa.

## 1.2. Hechos

La solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

- El señor Fabio Lozano Martínez falleció en la Clínica del Occidente de la ciudad de Bogotá, el 17 de enero de 2012 a las 2:30 de la tarde, como consecuencia de una herida ocasionada por un proyectil de arma de fuego de dotación oficial que disparó el subteniente de la Policía Nacional Luis Felipe Pérez Díaz, adscrito a la Policía Metropolitana de Bogotá, en desarrollo de un operativo propio de sus funciones oficiales asignadas para el día de los hechos.
- Los señores Claudia Martínez Villate, Dany Alejandra Lozano Martínez, Johanna Lozano Martínez, Claudia Marcela Lozano Martínez, Olga Tatiana Zambrano Rojas, Sara Mariana Lozano Zambrano y John Wilson Salazar Bejarano presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa en contra de la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional con el fin de que se le declarara responsable por la muerte del señor Fabio Lozano Martínez causada por un miembro de la institución con su arma de dotación oficial.
- El proceso fue radicado con el número 11001-33-36-035-2013-00151 y su conocimiento correspondió por reparto al Juzgado 35 Administrativo de Bogotá que con sentencia de 10 de diciembre de 2015<sup>1</sup>, negó las pretensiones de la demanda.

Como punto de partida para adoptar su decisión la autoridad judicial indicó que en el caso estaba plenamente probado el daño consistente en la muerte del señor Fabio Lozano Martínez

No obstante lo anterior, concluyó que *“...la acción de los agentes de Policía en el caso concreto (...) estuvo ajustada, en principio, a la conducta esperada por el ordenamiento ante circunstancias como las que ocurrieron el*

<sup>1</sup> Folios 410 a 428 del cuaderno No. 6 del expediente ordinario.



209

17 de enero de 2012 (...). En efecto, como se ha dicho, debe tenerse por demostrado que los señores FABIO LOZANO MARTÍNEZ, LUIS HERNANDO DAZA QUIROGA y un tercero que logró evadir la reacción policiaca, el día 17 de enero de 2012, a alturas de la carrera 87 B con calle 59 sector el Tropezón – Bosa, se encontraban perpetrando un hurto a un furgón conducido por el hijo del señor RAFAEL HUMBERTO ZAMBRANO PARRADO quien actuaba como acompañante. Que con base en la información de un taxista los efectivos policiales proceden a detener el mencionado automotor, momento en el cual, de su interior saltan dos individuos, emprendiéndose así una persecución por parte del Subteniente LUIS FELIPE PÉREZ DÍAZ quien al percatarse que uno de los individuos portaba arma de fuego, advierte y dispara para repeler la posible agresión y el desacato a detenerse por parte de los sujetos, que se aprestaban a huir en la motocicleta involucrada”.

Agregó que los agentes estatales pueden disparar sus armas de fuego para evitar la fuga de los involucrados en una conducta punible lo que crea un riesgo normal y legal, el cual se convierte en desproporcionado cuando la reacción policial excede el resultado legal esperado, tal como sucedió en el caso, pues se produjo la muerte de los perseguidos. Sin embargo, estaba probado que la víctima del daño obró de forma contraria a la ley “...pues al desobedecer la orden del policía de detenerse y emprender la fuga en las circunstancias narradas lo que hizo fue determinar la situación de riesgo inminente del cual finalmente resultó víctima”.

Por lo anterior, se concluyó que “... si bien el Estado e[ra] responsable, en este caso, por falla en el servicio dado el uso desproporcionado de las armas al que sometió a la víctima, lo cierto es que dicha imputación resulta[ba] exonerada, dado que en el proceso aparec[ía] claramente demostrado que los hechos fueron ocasionados por la culpa exclusiva de la víctima, quien con su actuación, altamente imprudente y al margen de la ley, determinó el riesgo en virtud del cual sufrió las lesiones que le ocasionaron la muerte”.

- La sentencia ordinaria de primera instancia fue apelada por la parte actora. Argumentó que el fallo era incongruente porque a pesar de encontrarse probada la falla del servicio por el uso desproporcionado de la fuerza y que el agente no actuó en legítima defensa se exoneró de responsabilidad a la institución.

De otra parte, señaló que el juez *a quo* omitió valorar pruebas que daban cuenta de la indefensión del señor Fabio Lozano Martínez (informe pericial de necropsia, acta de inspección, levantamiento del cadáver, dictamen balístico de la Policía Nacional resultante de la inspección judicial) y, por el contrario, tuvo en cuenta elementos que no podía valorar como el interrogatorio de parte del señor Luis



Hernando Daza Quiroga, la indagatoria rendida por el subintendente Luis Felipe Pérez y un fallo disciplinario.

Insistió en que la muerte del señor Lozano Martínez fue producto del uso desproporcionado del arma de dotación del miembro de la Policía Nacional y cuando la víctima se encontraba en estado de indefensión, contrario a lo que afirmó el juez ordinario al encontrar probada la causal de culpa exclusiva de la víctima.

- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "A" con sentencia de 7 de diciembre de 2016<sup>2</sup> confirmó la decisión de primera instancia.

Al efecto, señaló que causaba extrañeza que las pruebas que la parte actora adujo no podían ser valoradas fueron aportadas por ella misma con la demanda o solicitadas como prueba trasladada, por ello y por cumplir con los requisitos legales concluyó que era perfectamente válida su valoración. Asimismo, indicó que la parte actora no especificó cuáles fueron las pruebas que a su juicio dejaron de ser apreciadas en primera instancia por lo que dijo que analizaría en conjunto todo el material probatorio.

Superado lo anterior, indicó que *"... si bien en el caso resultaría procedente la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva derivado del uso de armas de dotación oficial, se advertía que, en el caso se hicieron imputaciones a la Policía Nacional por el uso desmedido y desproporcionado del arma de dotación oficial que entregada y usada por uno de sus miembros"*, por ello abordó al análisis del asunto bajo el título de imputación de falla el servicio en aras de establecer si el empleo del arma de dotación fue desproporcionado o devino de una conducta negligente del oficial.

Sobre el punto, expuso que conforme los medios de convicción allegados al expediente, existían distintas versiones sobre las circunstancias en las cuales se produjo la muerte del señor Lozano Martínez. Por un lado, aquella según la cual aquél se encontraba armado, levantó su arma de fuego y encañó al miembro de la Policía Nacional, según lo expuesto por el oficial Pérez Díaz, quien en ese contexto, disparó su arma de fuego.

<sup>2</sup> Folios 74 al 91 del expediente de tutela.



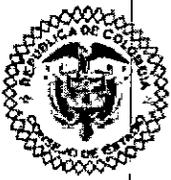
Y de otra parte, la que sostenía en el momento en el que fue abatida la víctima no portaba arma y mucho menos la disparó, aunado a que se encontraba de espaldas al agresor en estado de indefensión, situaciones frente a las cuales *“...no obraba prueba alguna que permita inferir certeza de lo realmente sucedido”*.

Por lo anterior, al no tenerse acreditado *“... si en efecto, el policía disparó su arma al ser encañonado y amenazado por la víctima, como tampoco si la víctima portaba un arma de fuego, si la misma fue o no disparada, ni el estado de indefensión en que se encontraba el señor Lozano Martínez”*, solo podía analizarse si la conducta del agente fue excesiva o no.

Concluyó que no se logró demostrar en el proceso el uso desproporcional del arma de fuego porque si bien el uso de esta clase de implementos es la última ratio, luego de haberse agotado todos los medios que representen un menor daño, y aunque no se acreditó que la víctima hubiese puesto en peligro la vida del agente o hubiese disparado el arma que se afirmó portaba *“... e[ra] claro que no podía emplear otros medio para evitar la huida de los posible delincuentes, máxime si se tiene en cuenta que la persecución del señor Luis Hernando Daza Quiroga se dio a pie y solo se accionó el arma, una vez es ayudado por el señor Fabio Lozano Martínez al recogerlo en motocicleta”*.

Igualmente indicó que, de conformidad con los artículos 29 del Código de Policía vigente para la época – Decreto 1355 de 1970 – y 131 numerales 1° y 3° de la Resolución No. 9960 de 13 de noviembre de 1992, se permite el empleo de la fuerza, por los medios que causen el menor daño, para asegurar la captura de quien deba ser conducido ante la autoridad. Resaltó que en relación con el uso de las armas debe tenerse en cuenta la naturaleza de la contingencia y del peligro *“... su empleo requiere equilibrio emocional, medida, serenidad, firmeza y control, evitando siempre cualquier exceso, como último recurso debe utilizarse para proteger la integridad personal o la de terceros”*.

Aseguró que no se logró probar el estado de indefensión de la víctima pero sí que esta contribuyó con su muerte porque actuaba en la presunta comisión de un ilícito, no atendió a la orden de alto del agente y, además, en el lugar de los hechos fue encontrada un arma que no fue detonada pero si portada.



Finalmente, indicó que aun cuando se analizara el caso desde el régimen de responsabilidad objetiva, como lo afirmó el *a quo*, se tendría probada la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima quien con su actuar sospechoso determinó la reacción del uniformado.

El fallo ordinario de segunda instancia fue notificado mediante correos electrónicos enviados el 13 de diciembre de 2016<sup>3</sup>.

### 1.3. Fundamentos de la acción

A juicio de la parte actora el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A” y el Juzgado Administrativo 35 de Bogotá incurrieron en las siguientes causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial:

**1.3.1. Defecto sustantivo “por desconocimiento del precedente vertical” de la Sección Tercera del Consejo de Estado**, que *“ha rechazado y sancionado contundentemente este tipo de uso injustificado, irracional y desmedido de las armas de dotación oficial por parte de los miembros de la fuerza pública aun en eventos donde la víctima huye por la aparente comisión de un acto ilícito”*.

Se citaron como desconocidas las sentencias de:

(i) 5 de abril de 2013, radicación 25000-23-26-000-2001-00242-01, (reparación directa) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, caso en que se declaró la responsabilidad de la Policía Nacional cuando, porque *“sin existir una agresión armada previa, sus integrantes deciden accionar las armas de dotación en contra de ciudadanos que después de cometer un hurto emprenden la huida a bordo de una motocicleta, resultando muerto uno de ellos a raíz del impacto de proyectil recibido en zona posterior de su cuerpo (glúteo) es decir encontrándose de espaldas, situación fáctica idéntica a la acontecida con Fabio Lozano Martínez”*

(ii) 8 de abril de 2014, radicación 68000-12-31-5000-2000-03456-01, (reparación directa) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, decisión que se invocó en su integridad *“por las valiosas consideraciones que el Consejo de Estado esboza sobre los parámetros convencionales, constitucionales, legales y reglamentarios que debe atender la fuerza pública para emplear sus armas de fuego, e igualmente porque en ella se citan numerosos pronunciamientos donde de manera uniforme dicha corporación*

<sup>3</sup> Folios 491 a 494 del cuaderno No. 6 del expediente ordinario.



*proscribe y sanciona el uso irracional, excesivo e ilegítimo que en eventos como el que aquí se analiza, le han dado sus integrantes”.*

**(iii)** 5 de julio de 2016, radicación 52001-12-33-1000-2006-01616-01, (reparación directa) Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección “B”, pronunciamiento que se citó por identidad fáctica con el caso acusado, pues en éste a juicio de los peticionarios se hizo una *“reiteración de la regla jurisprudencial sobre el compromiso que surge para la fuerza pública por el uso excesivo e indebido de armas de fuego de dotación oficial, justifican la cita de este precedente por cuanto, en particular, debió ser acatado y aplicado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a la hora de proferir la sentencia en segunda instancia que impartía una decisión final al proceso de reparación directa”.*

Agregaron que en esta sentencia el Consejo de Estado concluyó claramente que es inaceptable que se configure una *“culpa de la víctima”* por la evasión o huida del ciudadano requerido y abatido por la fuerza pública, argumento central empleado por las decisiones objeto de la presente acción para liberar de responsabilidad a la Policía Nacional que, de acuerdo a este precedente, no podía producir los efectos exoneratorios que las autoridades judiciales le concedieron.

**(iv)** 1º de agosto de 2016, radicación 1700-12-33-1000-2006-00524-01, (reparación directa) Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección “A”. La parte actora citó el pronunciamiento porque considera que en él *“el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa aún en el evento de haberse acreditado la existencia y/o tenencia de un arma de fuego por parte de la víctima, dicha circunstancia no resulta suficiente para exonerar a la fuerza pública pues, considera el Consejo de Estado como obligatorio para dicho efecto, demostrar que la misma fue accionada en contra y con la intención de causar daño a sus miembros”.*

Indicó que el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo se ha referido a la necesidad y proporcionalidad en el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por parte de los empleados públicos encargados de hacer cumplir la ley. En concreto, ha señalado que para que la fuerza pública pueda accionar armas de fuego contra particulares, se requiere que se configuren algunas causales de justificación, la legítima defensa o el estado de necesidad. Entonces, para que tenga cabida, como última *ratio*, el uso extremo y subsidiario de la fuerza, es necesario que exista una amenaza individualizada, grave, actual e inminente contra la vida del uniformado o de un tercero.



A juicio de la parte actora, las providencias judiciales acusadas concluyeron, desconociendo el criterio del órgano de cierre, que los miembros de la fuerza pública se encuentran plenamente legitimados y autorizados para emplear sus armas de fuego de dotación en contra de todo ciudadano que decida huir del requerimiento de la autoridad con el fin de procurar su captura con mayor razón si se encuentra cometiendo o participando de un hecho ilícito, sin que deba existir una agresión armada previa de su parte, sin importar que se encuentre en condiciones de inferioridad o de espaldas a su agresor y sin que sea necesario agotar otros mecanismos que causen un menor daño o que atenten contra su integridad física o contra su vida.

Finalmente, señaló que no sobraba traer a colación de manera muy resumida, los precedentes que en el recurso de apelación se invocaron para que fueran atendidos y acatados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, *“todos como se observa en el fallo de segunda instancia, completamente ignorados y desechados sin ningún tipo de justificación ni de sustentación”*:

(v) 17 de marzo de 2011, Rad. No. 25000-23-25-000-2005-01043-01(284-08), (nulidad y restablecimiento del derecho). Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. En esta decisión se indicó que *“por regla general, los miembros de la Policía no pueden utilizar las armas de fuego contra fugitivos que huyen de la acción de la autoridad valiéndose por sí mismos o utilizando vehículos, ni siquiera bajo la errada concepción de inmovilizar el medio de locomoción disparando a sus partes (motor, llantas, etc.), lo cual, por sí mismo, configura el tipo penal de disparo de arma de fuego contra vehículo<sup>4</sup>. Entiéndase por fugitivo cualquier persona que huye del requerimiento de la autoridad, con o sin señalamiento de haber participado en una conducta contravencional o penal” (negrillas fuera de texto)*

(vi) 6 de marzo de 2015 Rad. No. 050012331000200403617-01. (reparación directa) Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección, Subsección “B” en la que se consideró:

*“14. En ese orden de ideas, la Sala tiene como ciertos los hechos que se sintetizan a continuación, los cuales son el fundamento de la presente decisión, así:*

*14.1. **Impacto de proyectil de arma de fuego recibido de atrás hacia adelante.** En el acta de necropsia practicada al cadáver del señor Luis Enrique Zapata Castrillón se destaca que se le propinó una herida de proyectil de arma de fuego cuyo orificio de entrada presenta bordes invertidos con bandaleta contusiva de 5 mms. de diámetro **ubicado en la***

<sup>4</sup> Código Nacional de Policía artículo 30; Código Penal, Ley 599 de 2000, artículo 356.



**región occipital derecha**, y orificio de salida bordes evertidos de 7mms. de diámetro en pabellón auricular izquierdo, **impacto recibido de atrás-adelante**, derecha-izquierda (v. párr. 8.6). **Esta herida caracterizada por ser un disparo efectuado desde atrás indica que la víctima se encontraba en estado de indefensión e inferioridad.**

(...)15.2.1. **Se afirma que el occiso enfrentó a la unidad militar destacada en la zona y ofreció un grado de peligro considerable**, frente a lo cual los militares obraron en cumplimiento estricto de un deber legal y en aras de proteger su integridad física. **Para la Sala es claro, según lo dice el mismo estudio de balística y el registro de evidencias, que la víctima no percutió su arma de fuego**, así pues, resulta extraño afirmar que sostuvo un enfrentamiento armado con los oficiales. Ahora bien, **teniendo en cuenta la trayectoria del impacto que recibió el occiso que le ocasionó la muerte, el cual según se lee en el acta de levantamiento de cadáver fue posterior-anterior, derecha- izquierda, se evidencia que el supuesto atacante no se encontraba de frente a su agresor, sino de espaldas al mismo, lo que significa que la víctima no estaba en equivalente relación de fuerza con el capitán Rojas Martínez; en ese orden, la supuesta amenaza inminente y el grado de peligrosidad en la que se encontraba el oficial, en este caso específico, no es de recibo ni está probado para la Sala**".

1.3.2. Defecto fáctico, por falta de valoración de pruebas debidamente decretadas e incorporadas al proceso administrativo, que a su juicio demostraban que la víctima no tenía un arma de fuego, ni la accionó y fue atacado por la espalda lo que daba cuenta de su indefensión:

- La inspección judicial con reconstrucción de los hechos, practicada el 26 de julio de 2013 por el Juzgado 142 de Instrucción Penal Militar, que indicó que el proyectil había impactado la parte posterior de la cabeza de Fabio Lozano Martínez, lo que desvirtuó la versión del Policía, que indicó que la víctima había efectuado un "giro en C", para apuntarle de frente con un arma de fuego, cuestión que "no coincide" con lo descrito en el protocolo de necropsia ya que en dicho informe forense, se indicó como **orificio de entrada** del proyectil la "**región occipital izquierda**" y como "**trayectoria**" del mismo (anatómica-plano coronal) "**Posterior – Anterior**" (de atrás hacia adelante), lo cual demuestra la inexistencia del supuesto enfrentamiento, agresión o giro que adujo el integrante de la Policía Nacional como justificación para haber accionado su arma en contra de la humanidad de este ciudadano".
- El protocolo de necropsia el cual demostró que el proyectil impactó a Fabio Lozano Martínez en la región occipital izquierda de su cabeza y que su trayectoria fue posterior – anterior, es decir de atrás (espalda) hacia adelante (pecho).



La historia clínica y el acta de levantamiento del cadáver que dan certeza del motivo de la muerte “herida de con arma de fuego con proyectil alojado en el espesor del parénquima cerebral. Fractura hueso occipital...” y “orificio con exposición de maza (sic) encefálica en región occipital izquierda”.

Especificó que la autoridad judicial no tuvo en cuenta la prueba que demostraba la falta de veracidad de la versión que expuso el Policía para justificar la muerte del señor Lozano Martínez, que no guardó coherencia con las demás pruebas aportadas, que demostraron que el ciudadano fue abatido mientras huía del lugar de los hechos, desarmado y en estado de indefensión.

Insistió en que “...conforme quedó expuesto en el numeral 1º de este escrito, en las decisiones judiciales objeto de la presente acción se aceptó que **no existió prueba alguna que acreditara que FABIO LOZANO MARTINEZ hubiese portado y mucho menos accionado un arma de fuego momentos** previos a su fallecimiento, así mismo no se desvirtuó el informe de necropsia con el que se demostró la posición o condición de indefensión (de espaldas) de aquel cuando fue disparado el proyectil que provocó su deceso; no obstante, en cada una de ellas se consideró que el Subintendente Luis Felipe Pérez Díaz se encontraba **plenamente legitimado y autorizado para disparar en contra de FABIO LOZANO MARTINEZ solo para impedir su fuga**, circunstancia que riñe en absoluto con la doctrina del máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa por cuanto en todas las providencias que sobre este tópico ha elaborado, se sanciona drásticamente esta clase de conductas y actuaciones arbitrarias e ilegales de la fuerza pública”.

En tal sentido, precisó que en el proceso administrativo que a pesar de que los jueces ordinarios aseguraron que existían dos versiones en el caso, lo cierto es que la de la entidad demandada solo estaba sustentada en afirmaciones del agente que cometió el homicidio mientras que, la de la parte demandante según la cual el señor “Fabio Lozano Martínez no portaba arma y que se encontraba de espaldas a su agresor, cabe resaltar, no se desprende del relato de ningún testigo de los hechos, sino de los resultados exactos y/o de las conclusiones contenidas en varios medios de prueba debidamente adosados al expediente: **historia clínica, acta de levantamiento del cadáver e informe de necropsia**”.

#### 1.4. Pretensiones:

A título de amparo formularon las siguientes:

“1.- Tutelar los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia vulnerados con las sentencias de fechas 10 de diciembre de 2015 y 7 de diciembre de 2016 (cuyo auto de obediencia fue



notificado el 9 de marzo de 2017) proferidas en primera y segunda instancia respectivamente por el JUZGADO TREINTA Y CINCO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ y el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA ORAL – SUBSECCIÓN A, dentro del proceso de reparación directa radicado bajo el No. 11001333603520130015100, que adelantaron en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL por la muerte de su pariente FABIO LOZANO MARTÍNEZ.

2.- Como consecuencia del amparo, dejar sin efecto y/o revocar la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2016 por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN TERCERA ORAL – SUBSECCIÓN A, por adolecer de un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente jurisprudencial vertical y de un defecto fáctico por omisión de valoración probatoria, causales específicas de procedibilidad señaladas por la jurisprudencia constitucional para declarar la ilegalidad o ilicitud de una providencia judicial en sede de tutela.

3.- Ordenar al TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA ORAL – SUBSECCIÓN A, profiera una nueva decisión que desate el recurso de apelación formulado por los demandantes en contra de la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, en la que: i) obligatoriamente deberá aplicar y acatar el precedente jurisprudencial elaborado por el Consejo de Estado – Sección Tercera, en virtud del cual este órgano de cierre de manera uniforme y con suficiente contundencia y claridad, ha señalado que ningún integrante de la fuerza pública se encuentra legitimado ni autorizado por el ordenamiento jurídico vigente en nuestro país, para emplear su arma de dotación oficial en contra de aquella persona que decide escapar de su control por estar incurso en actos ilícitos, menos cuando se halla desarmada y en condición de indefensión o inferioridad fruto de su posición de escape, tal y como ocurrió con FABIO LOZANO MARTÍNEZ, y, ii) deberá valorar la inspección judicial practicada el 26 de julio de 2013 por el Juzgado 142 de Instrucción Penal Militar junto con los informes que hacen parte de dicha diligencia, donde se concluyó que la versión o justificación entregada por el Subintendente Luis Felipe Pérez Díaz para haber dado de baja a este ciudadano no es cierta o lo que es lo mismo, que no goza de respaldo ni guarda coherencia con los demás medios probatorios acopiados con ocasión de dicho homicidio<sup>5</sup>.

### 1.5. Trámite de la acción

Con auto de 14 de junio de 2017<sup>6</sup> se admitió la solicitud de tutela y ordenó su notificación a los peticionarios y a los Magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A” y al Juez 35 Administrativo de Bogotá en calidad de autoridades judiciales demandadas, para que en un término de 2 días rindieran informe sobre los hechos expuestos en la solicitud de amparo.

En la misma providencia se vinculó en calidad de terceros interesados en las resultas del proceso, al Ministerio de Defensa y a la Policía Nacional, por ser demandados dentro del proceso ordinario y, a los señores Olga Tatiana Zambrano Rojas y Jhon Wilson Salazar

<sup>5</sup> Folios 29 a 30 del expediente de tutela.

<sup>6</sup> Folio 132 del expediente de tutela.



Bejarano<sup>7</sup>, quienes fungieron como demandantes. Asimismo, en atención a lo dispuesto por el artículo 610 del CGP se vinculó la ANDJE.

## **1.6. Contestaciones**

Ordenada la notificación y surtidas las respectivas comunicaciones no contestaron:

### **1.6.1. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A”.**

Con memorial enviado por correo electrónico el 29 de junio de 2017<sup>8</sup> el ponente de la sentencia acusada pidió que se declare la improcedencia de la acción de tutela o en su defecto se negara la solicitud.

Manifestó que las pruebas del proceso de reparación directa demostraron que el daño se produjo como consecuencia de la conducta imprudente de la propia víctima, que provocó y propició la reacción de la Policía Nacional. Agregó que al ser sorprendido en flagrancia en la comisión de un hecho ilícito, emprendió la huida e hizo caso omiso del llamado de las autoridades y que, además, se acreditó que portaba un arma de fuego con la que amenazó a un agente de Policía. Por ello, aunque no se demostró que hubiera disparado contra el Policía, era claro que su conducta fue la que desencadenó la reacción desplegada por el agente.

Insistió en que tal como se argumentó en la providencia acusada, el agente de la Policía accionó el arma como último recurso, pues la víctima se disponía a huir en una motocicleta, mientras el oficial lo perseguía a pie, por lo que la conducta del uniformado estaba amparada por el Código Nacional de Policía, que permitía el empleo de la fuerza para asegurar la captura de la persona que debía ser conducida ante la autoridad competente.

Finalmente, aseguró que la Sala no dejó de valorar la inspección

<sup>7</sup> Con el fin de obtener los correos de notificación de los señores Olga Tatiana Zambrano Rojas y Jhon Wilson Salazar Bejarano se requirió al abogado Eduardo Cardona Mora, quien fue el apoderado del proceso de reparación directa de los demandantes e interpuso la acción de tutela de la referencia. El mencionado profesional del derecho mediante correo enviado el 6 de julio de 2017 (ver folio 156 del expediente de tutela) y bajo la gravedad de juramento suministró las direcciones electrónicas y físicas a las que se enviaron los Oficios de notificación No. 47004, 47005, JAS-11637 (ver folios 157 a 158 y 163 del expediente de tutela).

<sup>8</sup> Folios 138 a 142 del expediente de tutela.



judicial con reconstrucción de los hechos practicada por el Juzgado 142 de instrucción Penal Militar, sino que el resultado de la valoración fue distinto a los intereses de los demandantes, lo que no involucra la configuración de un defecto fáctico.

### **1.6.2. Juzgado 35 Administrativo de Bogotá**

Con memorial radicado el 29 de junio de 2017 remitió el expediente ordinario solicitado en préstamo y en relación a la tutela indicó que se atenía *“a lo contenido en el proceso como quiera que el Despacho actuó conforme a lo señalado en la ley”*.

### **1.6.3. Policía Nacional**

Por conducto del Secretario General y con escrito enviado por correo electrónico el 30 de junio de 2017, *“denegar las súplicas de la tutela ante la improcedencia de la acción de tutela planteada”*.

De una parte, sostuvo que la entidad no es responsable de la vulneración de los derechos fundamentales del actor, pues entre sus obligaciones no se encuentra expedir decisiones judiciales.

Y de otro lado, señaló que al apelar la sentencia del 10 de diciembre de 2015, los demandantes no expusieron las pruebas que, en concreto, el Juzgado 35 Administrativo de Bogotá habría dejado de valorar en primera instancia. En consecuencia, al no cumplir con la carga argumentativa en el proceso ordinario, no podían pretender reabrir, por vía de tutela, la discusión relativa a la valoración de las pruebas, pues lo contrario implicaría desconocer el verdadero objeto de esta acción constitucional.

Indicó que, en todo caso, la autoridad judicial demandada sí valoró las pruebas aducidas en la tutela, pero que éstas no otorgaron certeza acerca del supuesto estado de indefensión en que se encontraba el señor Fabio Lozano Martínez, por lo que no se acreditaron los presupuestos de la responsabilidad del Estado por falla en el servicio.

Por último, se refirió a las causales de para la prosperidad de la tutela contra providencias judiciales y dijo que a las sentencias que se controvierten en este caso no les cabe ningún reproche constitucional, por lo que la solicitud de amparo es improcedente.



## 1.7. Sentencia de primera instancia

El Consejo de Estado, Sección Cuarta con sentencia de 6 de septiembre de 2017<sup>9</sup> negó la solicitud de tutela.

Consideró que en el caso bajo estudio se superaron los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, por lo que procedió con el estudio de las causales específicas de procedibilidad.

1.7.1. En relación con el **desconocimiento del precedente** expuso que en los casos invocados por los demandantes, las víctimas, que habían sido requeridas para identificarse o ser requisadas, no portaban armas de fuego y simplemente intentaron huir de las autoridades, por lo que no representaban ningún peligro para la integridad de los miembros de la fuerza pública que les dispararon.

En cambio, en el *sub lite*, quedó demostrado que el señor Fabio Lozano Martínez acababa de cometer un hurto e intentaba evadirse de la Policía en una motocicleta en compañía de otro individuo. Además, según se desprendió del informe de necropsia, en el lugar de los hechos se encontró un revolver, de lo que la autoridad judicial demandada concluyó razonablemente que el actor o el acompañante lo habían esgrimido para amenazar a los uniformados y facilitar la huida.

Respecto de la sentencia del 1º de agosto de 2016, indicó que bastaba precisar que, a diferencia del *sub lite*, *“aunque la víctima sí portaba un arma, no acababa de perpetrar un hecho ilícito ni la empleó con el objeto de facilitar la huida. En ese caso, la Corporación concluyó que se había configurado la falla en el servicio, porque la Policía había acudido al lugar de los hechos para impedir el secuestro del grupo familiar que se encontraba en una finca, pero que, al actuar de manera imprudente e improvisada, acabó con la vida de una de las personas que debía proteger”*.

1.7.2. En lo concerniente al **defecto fáctico**, el juez *a quo* de tutela expresó que con la inspección judicial con reconstrucción de los hechos, practicada el 26 de julio de 2013 por el Juzgado 142 de Instrucción Penal Militar, no desvirtúan las razones que dieron lugar a que el tribunal demandado denegara las pretensiones de la reparación directa, esto es, que el daño no era imputable al Estado, porque: (i) la

<sup>9</sup> Folios 168 a 173 del expediente de tutela.



normativa que rige la actividad de la Policía Nacional autoriza a los uniformados para accionar el arma de fuego con el objeto de impedir la huida de quien debe ser llevado ante autoridad y, (ii) la actuación del Policía fue proporcional, porque la víctima y su acompañante portaban un arma de fuego, por lo que representaban peligro para el uniformado.

El fallo de tutela de primera instancia fue notificado mediante correos electrónicos enviados el 13 de septiembre de 2017<sup>10</sup>.

### 1.8. Impugnación

Con escrito enviado el 18 de septiembre de 2018<sup>11</sup>, la parte actora impugnó el fallo de tutela de primera instancia.

Expuso sus motivos de inconformidad en el siguiente sentido:

**1.8.1.** Indicó que las pretensiones de protección constitucional de los accionantes fueron negadas con sustento en dos argumentos que contrarían la verdad procesal y desconocen el precedente del Consejo de Estado, Sección Tercera: (i) la existencia de un arma de fuego en el lugar de los hechos y (ii) la facultad de la Policía Nacional para accionar sus armas de fuego para impedir la huida de cualquier ciudadano.

Aseguró que sin ningún tipo de razonamiento o justificación, la Sección Cuarta escogió y citó apartes de los numerales 2.3.14, 2.3.18 y 2.3.19 de la sentencia del 7 de diciembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección "A", de los cuales destacó las siguientes dos afirmaciones:

(i) "2.3.18....*máxime cuando se acredita con el informe de necropsia que se recolectó un revólver con el que se amenazó al oficial..*" y, (ii) "2.3.19. ...*tampoco puede desconocerse que en lugar de los hechos se encontró un arma y que si bien no se prueba su detonación si es claro que se portaba, y permite inferir que fue mostrada por alguno de los implicados en complicidad para emprender la huida...*".

Lo anterior, para concluir que los precedentes relacionados por los actores no podían ser tenidos en cuenta dado que en la mayoría de ellos la víctima se encontraba desprovista de un arma de fuego,

<sup>10</sup> Folios 174 y 182 del expediente de tutela.

<sup>11</sup> Folios 183 a 194 del expediente de tutela.



situación que a su juicio con base en lo aseverado por la autoridad judicial accionada, no ocurrió en el *sub examine*.

**1.8.2.** La parte actora aseguró, en relación con la premisa de la Sección Cuarta según la cual existió en el caso de un arma de fuego que fue portada por el señor Fabio Lozano Martínez, que en la misma sentencia acusada se consideró que *“ni aquel ni quien lo acompañaba portaban un arma de fuego, ni antes ni en el instante en el que el Subteniente Luis Felipe Pérez Díaz accionó su arma de dotación oficial en contra de este ciudadano”*.

Resaltó que en la sentencia de 7 de diciembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección "A", se reconoció directa y expresamente dicha verdad procesal:

*"2.3.8. Significa lo anterior que no se tiene por acreditado, conforme las pruebas obrantes si en efecto, el policía disparó su arma al ser encañonado y amenazado por la víctima, como tampoco si la víctima portaba o no arma de fuego, si la misma fue o no disparada"*

En tal sentido, la parte actora insistió en que no existe una sola prueba en el expediente que acredite la existencia de un arma incautada a la víctima o mucho menos que hubiese sido esgrimida o disparada en contra del uniformado de la Policía Nacional. Así se indicó que la impugnación:

*"...NO reposa una sola de las siguientes pruebas o elementos que hubiesen acreditado con veracidad y certeza su existencia: (i) fotografías en donde se pueda apreciar física y directamente el arma que el Subintendente Luis Felipe Pérez Díaz aseguró haber recaudado en la escena de los hechos; (ii) un informe en el que se especifique de aquella sus características tales como el calibre, el serial, capacidad etc.; (iii) un dictamen de balística sobre su estado de funcionamiento; (iv) un experticia que certificara que las huellas dactilares de la víctima fueron encontradas en un arma de fuego, o (v) un informe donde se señale que Fabio Lozano Martínez disparó un arma de fuego antes de morir. No obstante lo anterior, aun cuando tuvo al alcance todo el expediente de reparación directa y pudo verificar que allí no reposan los elementos anteriormente enlistados, la Sección Cuarta presentó como un hecho cierto la existencia de un arma en el lugar donde fue abatido FABIO LOZANO MARTINEZ, esgrimiendo como sustento solamente los dos apartes que resaltó de la sentencia definitiva del litigio administrativo en donde se invoca el "informe de necropsia" como único instrumento de acreditación de tal circunstancia, sin importarle a la Sala (i) que renglones atrás en la misma providencia se había aceptado que "no se tiene por acreditado, conforme las pruebas obrantes si en efecto... la víctima portaba o no arma de fuego" y (ii) que dicho elemento (necropsia) no es, en lo mínimo, un medio de demostración de lo acontecido o encontrado en la escena donde fue asesinado este ciudadano por parte de un miembro de la fuerza pública".*



216

**1.8.3.** Respecto de la facultad de la Policía Nacional para accionar sus armas de fuego para impedir la huida de cualquier ciudadano, indicó que esta consideración desconoce el precedente sobre el injustificado, inadecuado y excesivo uso de las armas de dotación oficial contenido en las sentencias de: (i) 5 de abril de 2013, (ii) 8 de abril de 2014, (iii) 5 de julio de 2016, (iv) 1 de agosto de 2016, (v) 17 de marzo de 2011 (vi) 6 de marzo de 2015, citadas en el escrito inicial de tutela.

Además, aseguró que contrario a lo afirmado por la Sección Cuarta todos los pronunciamientos anteriormente citados deben ser aplicados al caso en concreto, pues en las sentencias:

- (i), (ii), (iii) y (iv) se estudió la muerte de personas que momentos previos a su deceso, **eran señaladas como delincuentes o autores de actos ilícitos de suma gravedad** (vr. gr. secuestro, hurto agravado).
- (i), (ii), (iii) y (vi) las **víctimas fueron dadas de baja cuando huían y por ende se encontraban de espaldas al miembro de la fuerza pública que les ocasionó la muerte.**
- (v) **se calificó de excesiva e irracional la conducta de un uniformado de la Policía Nacional por pretender evitar la huida de personas que se desplazaban en un vehículo que se negaron a detenerse.**
- Si bien en los casos (i), (ii), (iii), las víctimas estaban desarmadas; en los asuntos (iv) y (vi) **sí contaban con arma de fuego en su poder.**

Superado lo anterior, el apoderado de la parte actora insistió en los argumentos expuestos en el escrito de tutela sobre los parámetros que, según el máximo órgano de la jurisdicción administrativa, deben atender los integrantes de las fuerzas del orden a la hora de emplear o usar sus armas de dotación oficial, aun en eventos donde el ciudadano se encuentra cometiendo un acto ilícito, huye de la autoridad y/o porta también un arma de fuego.

Argumentó que de acuerdo con los precedentes invocados, la simple posición de inferioridad de la víctima (al encontrarse de espalda)



independientemente si estaba armada o no, genera responsabilidad para el Estado, por cuanto ello resulta ser un hecho que demuestra la inexistencia de una agresión de su parte o lo que es lo mismo, la ausencia de un riesgo o peligro que hubiese justificado al miembro de la fuerza pública emplear su arma de dotación oficial (Sentencia de 6 de marzo de 2015); (ii) la participación en un delito y la intención o acción de escapar de la escena de los hechos, no legitiman ni facultan a la autoridad policial para impedir la fuga de la persona a través del uso de sus armas de dotación oficial (Sentencia de 5 de julio de 2016); (iii) le está absolutamente prohibido a cualquier integrante de la fuerza pública disparar contra el vehículo donde huye una persona del requerimiento de la autoridad, por cuanto esta conducta *per se* constituye un delito (Sentencia de 17 de marzo de 2011).

**1.8.4.** Igualmente, insistió en que en el proceso administrativo se estableció que Fabio Lozano Martínez ni su acompañante portaban un arma y que aquél fue impactado por el proyectil disparado con arma de dotación oficial en la parte posterior de su cuerpo (*región occipital del cráneo-trayectoria de atrás hacia adelante*). Esta posición de indefensión e inferioridad en la que se encontraba, se acreditó con cuatro elementos de prueba debida y oportunamente adosados y controvertidos en el expediente de reparación directa: (i) la historia clínica, (ii) el acta de levantamiento, (iii) el informe pericial de necropsia y, (iv) la inspección judicial con reconstrucción de los hechos practicada el 26 de julio de 2013 por el Juzgado 142 de Instrucción Penal Militar de la Policía con sede en Bogotá.

Agregó que el juez *a quo*, consideró que la prueba dejada de valorar no desvirtuaba las razones que dieron lugar a que el tribunal demandado denegara las pretensiones de la reparación directa, esto es, que el daño no era imputable al Estado, porque: (a) la normativa que rige la actividad de la Policía Nacional autoriza a los uniformados para accionar el arma de fuego con el objeto de impedir la huida de quien debe ser llevado ante autoridad, y (b) la actuación del Policía fue proporcional, porque la víctima y su acompañante portaban un arma de fuego, por lo que representaban peligro para el uniformado.

Frente al punto (a), expuso que resulta inaceptable que en su condición de Juez Constitucional, la Sección Cuarta del Consejo de Estado admita que los integrantes de las fuerzas del orden de nuestro país (en este caso de la Policía Nacional) pueden disparar sus armas



en contra de cualquier ciudadano, con la simple justificación de que pueden hacerlo para "impedir" su huida, pues ello no solo no respeta en lo mínimo los derechos y la garantías constitucionales a la vida e integridad de todo ser humano por legalizar la pena de muerte a manos de la fuerza pública cuando se desatiende su llamado, sino también que desconoce flagrantemente los cientos de pronunciamientos del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde se rechaza este tipo de conductas o actuaciones por parte de los agentes estatales.

Finalmente, consideró que, contrario a lo afirmado por el juez *a quo* de tutela, valorar la reconstrucción de los hechos practicada el 26 de julio de 2013 por el Juzgado 142 de Instrucción Penal Militar tenía gran importancia pues con dicha prueba se demostró que el Subteniente Luis Felipe Pérez Díaz mintió cuando adujo la existencia de un arma de fuego y la amenaza que con la misma y en clara posición de enfrentamiento efectuó en su contra la víctima.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación interpuesta por la parte actora en contra de la sentencia de 6 de septiembre de 2017, proferida por el Consejo de Estado Sección Cuarta, de conformidad con lo establecido por el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015 y el Acuerdo 55 de 2003.

### 2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si confirma, modifica o revoca el fallo de tutela de 6 de septiembre de 2017 por medio del cual el Consejo de Estado, Sección Cuarta, negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la parte actora.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: (i) el criterio de la Sala sobre procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial y; (ii) el caso concreto.



### 2.3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

Esta Sección, mayoritariamente<sup>12</sup>, venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos éstos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012<sup>13</sup> **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema<sup>14</sup>.

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales<sup>15</sup>.

Señaló la Sala Plena en el fallo en mención:

*"De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.**"<sup>16</sup> (Negrilla fuera de texto)*

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en

<sup>12</sup> Sobre el particular, el Consejero Ponente mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todas las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001031500020110054601. Accionante: Oscar Enrique Forero Nontien. Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, y otro.

<sup>13</sup> Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

<sup>14</sup> El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

<sup>15</sup> Se dijo en la mencionada sentencia: "**DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia.

<sup>16</sup> Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.



2/8

consecuencia, **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente** como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los **“fijados hasta el momento jurisprudencialmente”**.

Al efecto, en virtud de reciente sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014<sup>17</sup>, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 Constitucional y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y, en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia<sup>18</sup> a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, no ha distinguido con claridad cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden analizar el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

Por tanto, la Sección verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios,

<sup>17</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

<sup>18</sup> Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.



siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión a tomar será declarar **improcedente** el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

Cumplidos esos parámetros, corresponderá adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la **prosperidad** o **negación** del amparo impetrado, se requerirá principalmente: **i)** que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y **ii)** que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

#### **2.4. Caso concreto**

En el *sub lite*, los accionantes consideraron que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A” y el Juzgado 35 Administrativo de Bogotá, autoridades judiciales que conocieron del proceso de reparación directa por ellas iniciado en contra de la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional incurrieron en defecto fáctico y desconocimiento del precedente.

Corresponde a la Sección Quinta del Consejo de Estado establecer si, de acuerdo con los cargos expuestos por los peticionarios en el escrito de impugnación en que además se reiteraron los propuestos en la demanda inicial, en el caso se configuraron las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

**2.4.2.** Por efectos metodológicos la Sala abordará los cargos planteados por la actora así:



- Analizará si la autoridad judicial acusada desconoció el **precedente** sobre *“los parámetros que según el máximo órgano de la jurisdicción administrativa deben atender los integrantes de las fuerzas del orden a la hora de emplear o usar sus armas de dotación oficial, aun en eventos donde el ciudadano se encuentra cometiendo un acto ilícito, huye de la autoridad y/o porta también un arma de fuego”*;
- Determinará si con la decisión atacada se incurrió en **defecto fáctico**, esto, al omitir la valoración de: (i) la inspección judicial con reconstrucción de los hechos practicada el 26 de julio de 2013 por el Juzgado 142 de Instrucción Penal Militar de la Policía con sede en Bogotá, (iii) la historia clínica y (iv) el acta de levantamiento del cadáver, pruebas que a su juicio de la parte actora demostraban que la víctima no tenía un arma de fuego, ni la accionó y fue atacado por la espalda lo que daba cuenta de su indefensión.

2.4.1. Para comenzar, la Sala debe referirse de manera sucinta a lo que ha definido como “precedente”, este entendido como ratio de la decisión o la regla o subregla que permite definir o resolver al juez el asunto sometido a su discernimiento, es la razón que ella contiene o define la argumentación jurídica del asunto, como tal solo puede ser establecido por las Altas Cortes u órganos de cierre de cada jurisdicción.

Además de lo anterior, es necesario hacer mención a las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, Secciones Segunda y Tercera citadas como desconocidas por la parte actora, en relación con las cuales, únicamente se analizará la regla de derecho sobre la utilización de armas de dotación oficial en desarrollo de un operativo propios de sus funciones oficiales de los agentes de la fuerza pública.

(i) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 5 de abril de 2013, Rad. No. 25000-23-26-000-2001-00242-01, (reparación directa). A juicio de la parte actora, esta sentencia es aplicable al caso porque en ella se declaró la responsabilidad de la Policía Nacional porque *“sin existir una agresión armada previa, sus integrantes deciden accionar las armas de dotación en contra de ciudadanos que después de cometer un hurto emprenden la huida a bordo de una motocicleta, resultando muerto uno de ellos a raíz del impacto de proyectil recibido en zona posterior de su cuerpo (glúteo) es decir encontrándose de espaldas, situación fáctica idéntica a la acontecida con Fabio Lozano Martínez”*



Hechos	Consideraciones que la parte actora considera aplicables al caso
<p>Aproximadamente a las 9 de la mañana del día domingo 7 de febrero de 1999, cuando el señor Manuel Edgardo Álvarez Silva se movilizaba como parrillero en una moto conducida por el señor William Javier Rodríguez por la intersección de la avenida Boyacá con avenida Candelaria en Bogotá D.C., los pasajeros del automotor, quienes no contaban con documentación y llevaban consigo un radio vehicular recientemente hurtado por ellos, evadieron una señal de "pare" que se les hizo en un retén implementado por la Policía Nacional, momento en el cual varios de los agentes policiales desplegados en el puesto de control, abrieron fuego en contra de quienes viajaban en la motocicleta. En dicha acción resultó herido en un glúteo el señor Manuel Edgardo Álvarez Silva quien, a bordo de una patrulla de la Policía Nacional, fue trasladado al Hospital "El Tunal", donde falleció a causa del disparo recibido.</p> <p>Los miembros de la Policía Nacional involucrados en los hechos, elaboraron informes oficiales y los divulgaron a la opinión pública, en el sentido de afirmar que el parrillero de la moto –familiar de los hoy demandantes en reparación– lanzó una granada de fragmentación en contra del retén policial, señalamiento que resultó no ser cierto.</p>	<p><i>"12.2.1. Frente a lo primero, esto es la falla del servicio que se alega por los disparos que se efectuaron en contra del señor Manuel Edgardo Álvarez Silva, la Sala considera que en el proceso está demostrado ese defecto en el despliegue de las actividades policiales, pues los agentes de la entidad demandada accionaron sus armas de dotación en forma imprudente y contraria a los protocolos de seguridad que deberían observarse en la utilización de unos elementos que, como las armas de fuego, tienen el poder suficiente como para poner en serio peligro la integridad y vida de las personas, riesgo éste que en el presente caso se vio materializado en las condiciones que se narraron en los párrafos 9.2 a 9.6 del acápite de hechos probados.</i></p> <p><i>12.2.1.1. En efecto, cuando Manuel Edgardo Álvarez Silva y su compañero de juega –William Javier Rodríguez– <u>evadieron el retén policial</u> al que se ha hecho alusión, transcurridos varios metros después de que hubieran pasado de largo por el sitio de los hechos, <u>los agentes allí presentes efectuaron disparos con sus armas de dotación apuntadas al vehículo en el que se desplazaba el familiar de los hoy demandantes en reparación.</u> Fue precisamente uno de los proyectiles tirados de esa forma –el proveniente del arma que detentaba el agente policía de nombre José Javier Días Cufiño– <u>el que impactó en la parte posterior del cuerpo del hoy occiso, quien después murió a causa de esa herida,</u> circunstancia ésta que quedó ampliamente documentada en las versiones juramentadas que sobre los hechos dieron el señor William Javier Rodríguez –párrafo 9.6.1– y los agentes de policía –párrafo 9.6.2–, así como en la historia clínica elaborada por el Hospital el Tunal y en los estudios post mortem practicados sobre el cadáver del señor Álvarez Silva –párrafo 9.7–.</i></p> <p><i>12.2.1.2. <u>Los ocupantes de la moto estaban desarmados, se encontraban en franca retirada del sitio de los hechos, habían dado la espalda a quienes estaban presentes en el puesto de control y, por tanto, estaban en una situación en la que no representaban riesgo alguno para la integridad de los policías,</u> de forma tal que no se observa una amenaza inminente que justificara el uso de la fuerza, mucho menos con la intensidad en que ello ocurrió, es decir, <u>con el uso de una medida tan extrema como lo es la realización de disparos con arma de fuego directamente dirigidos contra personas que, se reitera, no tenían la posibilidad de causar daño alguno.</u></i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>12.2.1.4. La Sala considera que si la intención los agentes policiales era detener la marcha de los sujetos que se movilizaban en la motocicleta y darles captura, lo habrían podido hacer con medidas</i></p>



	<p><b>menos radicales que la realización de disparos en contra de ellos</b>, como sería –por ejemplo- la implementación de obstáculos físicos en la vía que obligaran la disminución de la velocidad de los transeúntes, o la disposición de agentes policiales en diferentes sitios del lugar de los hechos, de tal forma que se propiciara de mejor forma una eventual persecución y que, de ese modo, se ejecutaran con profesionalismo las labores de control que la Policía Nacional tiene a su cargo. En contrariedad con ese deber, lo que se observa es que el puesto de control fue dispuesto en la vía de forma improvisada, sin que se observara criterio alguno de planeamiento, lo cual estuvo acreditado con lo dicho en declaración juramentada por el oficial de policía que estaba a cargo de la implementación de ese tipo retenes –ver párrafo 9.4.</p> <p>12.2.1.6. <b><u>A este respecto, el Consejo de Estado ha dicho que las fuerzas armadas no tienen patente de curso para atentar contra la integridad y la vida de las personas, aún cuando se demuestre que éstas realizan –o han realizado- actividades contrarias al ordenamiento jurídico</u></b>, a menos que ello se haga en cumplimiento de una labor de legítima defensa la cual, en todo caso, debe estar mediatizada por un criterio de proporcionalidad.</p> <p>12.2.1.7. En el presente caso, se insiste, <b><u>los agentes de policía involucrados en los hechos ocurridos en la mañana del 7 de febrero de 1999, antes que ponderar las acciones que podían realizar para dar captura a las personas que viajaban en la moto y que evadieron el retén, procedieron utilizar a sus armas de fuego las cuales, a la luz de las circunstancias demostradas, eran el medio menos adecuado que podían escoger para conseguir el fin que buscaban –detener a los fugitivos-, pues es claro que tal conducta era la que más peligro representaba, tanto para los delincuentes a los que se quería aprehender como para las demás personas que eventualmente pudieran estar transitando por el sitio de los hechos, o incluso para los mismos policías que se encontraban laborando en el sitio del retén.</u></b></p>
<p><b>Regla de decisión que se extrae del caso (i)</b></p>	<p>De la anterior sentencia se puede extraer que en los casos en los que la fuerza pública busca detener la huida o capturar a las personas que se encuentran involucradas en la comisión de delitos, deben utilizarse las medidas más adecuadas y menos radicales. Por ello, la utilización de un arma de fuego en estos eventos es la medida más extrema, máxime si los sujetos que se pretenden aprehender no presentan un riesgo para la integridad de los policiales.</p> <p>Asimismo, se extrae que en los eventos en los que las balas impactan el cuerpo de las personas en una trayectoria de atrás hacia adelante la víctima se encontraba de espaldas a la autoridad o en posición de huida, cuestión que permite presumir que no está en posición de atacar a la autoridad.</p>



(ii) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 8 de abril de 2014, radicación 68000-12-31-5000-2000-03456-01, (reparación directa), esta decisión se invocó en su integridad *“por las valiosas consideraciones que el Consejo de Estado esboza sobre los parámetros convencionales, constitucionales, legales y reglamentarios que debe atender la fuerza pública para emplear sus armas de fuego, e igualmente porque en ella se citan numerosos pronunciamientos donde de manera uniforme dicha corporación proscribe y sanciona el uso irracional, excesivo e ilegítimo que en eventos como el que aquí se analiza, le han dado sus integrantes”*.

Hechos	Consideraciones que la parte actora considera aplicables al caso
<p>El día 4 de abril de 1999 unos sujetos ingresaron al local Video “X” de la ciudad de Bucaramanga para cometer un hurto, una vez perpetrado el delito los asaltantes huyeron en un vehículo tipo taxi.</p> <p>El propietario del establecimiento informó a las autoridades de policía sobre el ilícito que se acababa de cometer y una vez avisados de la situación los uniformados salieron en búsqueda de los ladrones, con la suerte que en el trayecto vieron el mencionado automotor, procediendo de esta forma a dar la orden del alto al conductor del mismo, quien la acató y detuvo el vehículo, del cual se bajaron tres ocupantes, quienes se dieron a la huida, razón por la cual los agentes que se encontraban atendiendo el operativo salieron tras ellos, obteniendo como resultado que uno de los individuos fuera capturado, el otro murió y el tercero se escapó.</p>	<p><i>“No obstante, el ejercicio legítimo de la función encomendada por la Constitución Política a la Policía Nacional, no se justifica el uso desproporcionado de los medios con los que cuentan los miembros de la institución, para hacer cumplir la ley y el ordenamiento jurídico, su actuar debe estar siempre precedido o enmarcado por el respeto a los derechos humanos, especialmente aquellos como la vida, la dignidad, la honra, entre otros.</i></p> <p><i>Así las cosas, en pronunciamiento del 19 de octubre del 2011 la Subsección se refirió a los parámetros que deben tener en cuenta los miembros de las fuerzas armadas en el uso de la fuerza estatal, señalando que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puntualizado: “...</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>Por otra parte, esta Corporación ha entendido la inviolabilidad del derecho a la vida en los términos que se transcriben a continuación:</i></p> <p><i>“...En definitiva, en un Estado de Derecho como el nuestro no son admisibles las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Y por ello, nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, salvo que se haga bajo una de las causales de justificación (vgr. legítima defensa o estado de necesidad). <b><u>Evento en el cual la amenaza individualizada, grave, actual e inminente contra la vida del uniformado o de un tercero, debe revestir tal entidad que sólo mediante el uso extremo y subsidiario de la fuerza (última ratio) pueda protegerse ese mismo bien jurídico [la vida, en este caso de las víctimas o de los uniformados].</u></b></i></p> <p><i><b><u>“Deberán entonces evaluarse las condiciones de la amenaza real -que no hipotética- para que, sólo si razones de necesidad y proporcionalidad lo imponen, pueda llegarse a esa situación extrema. Todo lo demás, desborda el limitado espacio que brindan las normas disciplinarias y penales a los agentes del orden.</u></b></i></p> <p><i>“Así las cosas, cuando se infringe este deber de usar la fuerza guiado por los principios de <b>necesidad y proporcionalidad</b> y si la conducta es atribuible a un agente del Estado en ejercicio de sus funciones se compromete la responsabilidad patrimonial de este último frente a las eventuales víctimas, por uso excesivo de la fuerza por parte de los agentes del Estado.” (negritas, subrayado y cursivas propios de la sentencia).</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>7. Caso concreto</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>La Sala observa que de acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente, el día 4 de abril de 1999 unos sujetos</i></p>



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

(...)

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

Lo anterior evidencia en primer lugar, que el joven Fonseca Amaya en el momento de los disparos no podía encontrarse de frente al policía, ni mucho menos esgrimir un arma de fuego en su contra, debido a que el Informe de Medicina Legal demuestra que el sujeto se encontraba de espaldas al agente, el cual disparó contra la humanidad de Fonseca, en dos oportunidades.

Acción que no puede pasar inadvertida y que le pone de presente a la Sala, que existió por parte del uniformado un uso desproporcionado de la fuerza, ignorando los procedimientos o protocolos, que deben ser utilizados ordinariamente en aquellos casos en que un ciudadano que se encuentra desarmado este huyendo de la autoridad. (negrillas y subrayas fuera de la sentencia)

(...)

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

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



	<p><b>una persona.</b></p> <p><i>Así pues, en el sentir de la Sala el último recurso que debió utilizar la fuerza pública era disparar varias veces sobre la humanidad del señor Fonseca Amaya, <u>aun mas cuando este se encontraba desarmado y no representaba un peligro.</u> Además los hechos se dieron en una vía pública que como tal, es de abundante afluencia ciudadana, pudiendo resultar muertos o lesionados otros ciudadanos, que no tenía nada que ver en el operativo que estaban adelantando los uniformados. (negrilla y subrayas de dos párrafos anteriores fuera de la sentencia)</i></p> <p><i>Por tanto, si bien las autoridades cuentan con la potestad de emplear y escoger los medios que consideren eficaces para evitar o reducir la comisión de delitos, estos siempre deben obedecer, a criterios de proporcionalidad y razonabilidad, que implica que en cualquier evento se deben verificar y analizar las condiciones dadas por la situación fáctica y de los elementos que intervienen en su desarrollo.”</i></p>
<p><b>Regla de decisión que se extraen del caso (ii)</b></p>	<p>De la sentencia en mención se tiene que cuando la fuerza pública busca detener la huida o capturar a las personas que se encuentran involucradas en la comisión de delitos, la utilización de un arma de fuego por parte de un uniformado constituye la última ratio, por ello en el caso en que el agente u otra persona se vean frente a una amenaza real pueden emplearse estos artefactos como defensa. Por ello, el policial debe acudir primero a otros medios persuasivos.</p> <p>Igualmente, se extrae que cuando los protocolos de necropsia demuestran que la trayectoria de las balas son de atrás hacia adelante la víctima no está en posición de atacar a la autoridad.</p>

(iii) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 5 de julio de 2016, Rad. No. 52001-12-33-1000-2006-01616-01, (reparación directa). Fue citada por la parte actora pues en éste a juicio de los peticionarios se hizo una *“reiteración de la regla jurisprudencial sobre el compromiso que surge para la fuerza pública por el uso excesivo e indebido de armas de fuego de dotación oficial, justifican la cita de este precedente por cuanto, en particular, debió ser acatado y aplicado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a la hora de proferir la sentencia en segunda instancia que impartía una decisión final al proceso de reparación directa”*.

Agregaron que en esta sentencia el Consejo de Estado concluyó claramente que es inaceptable que se configure una *“culpa de la víctima”* por la evasión o huida del ciudadano requerido y abatido por la fuerza pública, argumento central empleado por las decisiones objeto de la presente acción para liberar de responsabilidad a la Policía Nacional que, de acuerdo a este precedente, no podía producir los efectos exoneratorios que las autoridades judiciales le concedieron.

Hechos	Consideraciones que la parte actora considera aplicables al caso
<p>El día sábado 5 de febrero de 2005, el señor Uberney Alegría Solarte, de 31 años de edad, se encontraba en</p>	<p><i>“12.2.1.1. En el caso concreto, cuando Uberney Alegría Solarte intentaba huir del requerimiento del Ejército Nacional en la vereda de Oroyaco, municipio de Villagarzón (Putumayo), los miembros del cuerpo armado estatal</i></p>



222

una casa en la vereda Oroyaco, jurisdicción del municipio de Villagarzón (Putumayo), cuando fue requerido para su identificación por miembros de la patrulla Halcón 2 del Ejército Nacional, perteneciente al Batallón "Gral. Roberto Domingo Rico Díaz", quienes estaban llevando a cabo la operación n°. 005 denominada "Meteoro", la cual tenía como objeto la liberación de una ciudadana secuestrada en la zona. Frente a esta situación el familiar de los demandantes emprendió la huida y, ante la negativa del mismo a detenerse, el soldado José Jader Jiménez accionó su arma de dotación oficial con lo que provocó la muerte del civil. De conformidad con las pruebas visibles en el proceso contencioso, pudo establecerse que el occiso no era integrante de ningún grupo subversivo y, de igual manera, se evidenció que al señor **Alegría Solarte** se le quitó la vida cuando se encontraba en condiciones de indefensión

efectuaron con su arma de dotación dos disparos al aire para intentar disuadir del escape al familiar de los hoy demandantes y, al no conseguirlo, **accionaron un disparo apuntándole supuestamente a los pies. Pero ese tiro impactó en la región escapular derecha del señor **Alegría Solarte** y produjo finalmente su muerte, circunstancia ésta que quedó ampliamente documentada según los informes del Ejército Nacional a los que se hace referencia en los párrafos 9.6.1, 9.6.2, y 9.6.3 del acápite de hechos probados, así como en la versión juramentada que sobre los hechos dio el señor Segundo Noé Gudiño Mafla, la cual se encuentra consignada en el párrafo 9.6.1 del mismo acápite antes mencionado, todo lo cual es coincidente con el protocolo de necropsia realizado al occiso y que también se encuentra reseñado en el párrafo 9.7 del mismo acápite.**

**12.2.1.2. El señor Uberney Alegría Solarte, se encontraba huyendo de los agentes del Ejército Nacional que lo requerían, había dado la espalda a los mismos y no se encontraba con ningún tipo de arma en su poder. Por tanto, estaba en una situación en la que no representaba riesgo alguno para la integridad de los agentes de la entidad demandada, de forma tal que no se observa una amenaza inminente que justificara el uso de la fuerza, mucho menos con la intensidad en que ello ocurrió, es decir, con el uso de una medida tan extrema como lo fue la realización de un disparo con arma de fuego directamente dirigido contra una persona que, se reitera, no tenía la posibilidad de causar daño alguno.**

12.2.1.3. La conducta antes referida denota que los agentes del Ejército Nacional, aunque tenían la legítima intención de detener la huida del señor **Alegría Solarte**, actuaron irreflexivamente en la utilización de sus armas de dotación, pues no contemplaron las consecuencias dañosas que podían derivarse y escogieron, entre las diversas alternativas que tenía a su alcance para detener el escape del hoy occiso, los medios menos apropiados por ser potencialmente más dañosos, lo que a todas luces es un comportamiento imprudente por parte de los uniformados de la entidad demandada.

12.2.1.4. La Sala considera que si la intención del Ejército Nacional era detener a **Uberney Alegría Solarte** y darle captura por la presunta comisión del delito de secuestro, lo habría podido hacer con medidas menos radicales que la realización de un disparo en su contra, más aún si desde la noche anterior a los hechos, el pelotón había puesto un observatorio sobre la casa donde supuestamente se encontraba el familiar de los demandantes, según lo referido en el párrafo 9.5 del acápite de hechos probados, con lo cual se puede deducir que había un número importante de agentes del cuerpo militar instalados en un perímetro alrededor del bien inmueble, y por ende la captura del hoy occiso era perfectamente viable a través de otros medios –como una persecución– a través de los cuales se ejecutara con profesionalismo la labor del ente demandado. En contra de ese deber, lo que se observa es que se actuó de manera imprudente y, por esa vía, se



produjo un daño que los demandantes no estaban en la

12.2.1.5. A este respecto, **el Consejo de Estado ha dicho que las fuerzas armadas no tienen patente de curso para atentar contra la integridad y la vida de las personas, aún cuando se demuestre que éstas realizan – o han realizado- actividades contrarias al ordenamiento jurídico**, a menos que ello se haga en cumplimiento de una labor de legítima defensa la cual, en todo caso, debe estar mediatizada por un criterio de proporcionalidad. Así lo dijo la Sección Tercera:

Este planteamiento de la demandada no es de recibo para la Sala, por cuanto no se desprende del informe rendido por las Fuerzas Militares en relación con los hechos que condujeron a la muerte del señor Raúl Vaca Garzón, que su comportamiento ameritara, que el soldado Jairo Acosta Muñoz, disparara toda vez que, de un lado **no era el procedimiento adecuado para tratar de detener a una persona que solo desatendía las órdenes de las autoridades públicas, en tanto que siempre deben las fuerzas del orden procurar causar el menor daño, pero jamás atentar directamente contra la vida de los ciudadanos**, salvo en casos extremos en los que se ponga en inminente y real peligro la integridad de los uniformados. Y por cuanto la Sala ha considerado que la defensa putativa reconocida en un proceso penal, no constituye elemento suficiente para liberar de responsabilidad patrimonial al Estado, habida cuenta que subsistió una apreciación errónea de la conducta de la víctima por parte del conscripto, como lo refirió la providencia en el proceso penal.

(...)

12.2.1.12. De conformidad con lo anteriormente expuesto, la Sala encuentra que **está demostrada la falla del servicio cometida por el Ejército Nacional, que actuó en contra del ordenamiento jurídico al disparar en contra del señor Uberney Alegría Solarte, en un momento en el que, si bien el occiso trataba de huir del requerimiento de los agentes de la entidad demandada, no representaba riesgo alguno para la vida o integridad de quienes se encontraban presentes en el sitio donde ocurrieron los hechos del 5 de febrero de 2005, que motivan el presente pronunciamiento.**”

“13. Al estudiar la **causal eximente de responsabilidad** que alega la entidad demandada, quien sostiene que el señor Uberney Alegría Solarte **propició su propia muerte puesto que era una persona que contaba con múltiples antecedentes judiciales, que estaba sindicado de la comisión del secuestro de un particular y que, al verse descubierto por las autoridades, emprendió la huida** de la casa donde agentes del Ejército Nacional lo requirieron para su identificación; al estudiar dicha causal, decimos, la conclusión a la que se llega es que la víctima no incurrió en conducta alguna que, por sí sola, tenga virtud para exonerar de responsabilidad a la demandada, pues **el comportamiento desplegado, si bien es reprochable en cuanto implicó la desatención de una orden de detención emanada de las autoridades competentes, no puede tenerse como causa necesaria de las consecuencias lamentadas en el caso de análisis, según**



	<p><b><u>fueron evidenciadas.</u></b></p> <p>13.1. Cabe establecer que en los procesos en los cuales están demostrados los presupuestos básicos de la responsabilidad –como en el caso de análisis-, <b>corresponde a la entidad demandada la carga de demostrar la configuración de cualquiera de las causales excluyentes de responsabilidad previstas por el ordenamiento jurídico, en aplicación de la regla establecida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según la cual “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”</b> (...)</p> <p>13.4. Por otra parte, <b><u> aunque en el proceso se demostró que Uberney Alegría Solarte al ser requerido por el cabo segundo Luis Ferney Ramírez Ramírez emprendió la huida y desatendió la orden de detención hecha por los miembros del Ejército Nacional, la Sala considera que ello no fue la causa del deceso, pues el hacer caso omiso a una orden de detención no es una situación que, de manera indefectible, deba desencadenar el uso imprudente de las armas de dotación por parte del Ejército Nacional, cuyos miembros son seres racionales que pueden reflexionar sobre las consecuencias que puede tener la utilización de ese tipo de elementos y, en consecuencia con dicho razonamiento, abstenerse de usarlos cuando no esté de por medio la protección de la vida o la integridad propias o de otra persona.</u></b></p>
<p><b>Reglas de decisión que se extraen del caso (iii)</b></p>	<p>En los casos en los que una persona intenta huir los agentes no pueden emplear como un medio válido para detener a una persona el accionar de un arma de fuego, pues debe acudirse a los medios de detención menos dañosos. Lo anterior, máxime si el fugitivo no representa riesgo alguno para la vida o integridad del agente o terceras personas.</p>

(iv) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia de 1º de agosto de 2016, Rad. No. 1700-12-33-1000-2006-00524-01, (reparación directa), la parte actora citó el pronunciamiento porque considera que en el “el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa aún en el evento de haberse acreditado la existencia y/o tenencia de un arma de fuego por parte de la víctima, dicha circunstancia no resulta suficiente para exonerar a la fuerza pública pues, considera el Consejo de Estado como obligatorio para dicho efecto, demostrar que la misma fue accionada en contra y con la intención de causar daño a sus miembros”.

Indicó que el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo se ha referido a la necesidad y proporcionalidad en el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por parte de los empleados públicos encargados de hacer cumplir la ley. En concreto, ha señalado que para que la fuerza pública pueda accionar armas de fuego contra particulares, se requiere que se configuren algunas causales de



justificación, la legítima defensa o el estado de necesidad. Entonces, para que tenga cabida, como última *ratio*, el uso extremo y subsidiario de la fuerza, es necesario que exista una amenaza individualizada, grave, actual e inminente contra la vida del uniformado o de un tercero.

Hechos	Consideraciones que la parte actora considera aplicables al caso
<p>El 27 de mayo de 2005, aproximadamente a las 5:00 p.m se recibió una llamada en la línea gratuita 165 del grupo GAULA de la Policía Nacional - Seccional Caldas , la cual informaba sobre la presencia de cuatro personas desconocidas en la finca "Sinaí", ubicada en la vereda "Hoyo frío", jurisdicción del municipio de Manizales, quienes habían ingresado a dicha propiedad armados, intimidando a su moradores, hurtándoles alguna de sus pertenencias y amenazándolos con un posible secuestro</p> <p>El conocimiento de estos hechos, motivó a las autoridades policiales a realizar un operativo en el área, tendente a verificar la información suministrada y proceder a "neutralizar el posible secuestro de personas".</p> <p>En esa fecha se encontraban en dicha finca los hermanos Carlos Adiel, Ángela Shirley y Héctor Javier Castro Castellanos, así como la señora Rosalba Álvarez Álvarez.</p> <p>Cuando los delincuentes se habían marchado, arribaron a la finca los miembros del Grupo GAULA, quienes se encontraron con cuatro personas que se disponían a salir del mencionado predio con unas bolsas en las manos.</p> <p>Finalmente, cuando procedieron a identificarse como miembros de la Policía Nacional se formó</p>	<p><i>"Así las cosas, en el proceso si bien se demostró que el occiso portaba un arma de fuego, lo cierto es que, del acervo probatorio recaudado, no se demostró que hubiera disparado, sin que el argumento del recurso de apelación interpuesto por la demandada, según el cual, el señor Carlos Adiel Castro Castellanos fue el primero en atacar a los miembros de la Policía Nacional, "como lo demuestran las declaraciones de sus propios familiares", encuentre soporte probatorio alguno, pues, como dejó visto, en modo alguno los declarantes expresaron que Carlos Adiel Castro Castellanos hubiera accionado su arma de fuego en contra de los uniformados.</i></p> <p><i>Importa destacar, igualmente, que, si bien obra en el proceso el Informe de Laboratorio practicado por el CTI de la Fiscalía General de la Nación, el cual tenía por objeto el análisis de residuos de disparo a tres fusiles Galil de los miembros del GAULA de la Policía Nacional y a la escopeta que portaba el señor Carlos Adiel Castro Castellanos, el cual arrojó un resultado positivo para detección de residuos de disparo en cada una de ellas, en el mismo se dejó expresa constancia de que el mismo "No determina si el arma ha sido disparada recientemente por cuanto en la actualidad no se ha implementado ningún método técnico científico que permita establecer el tiempo de disparo".</i></p> <p><i>Como se puede apreciar, contrario a lo sostenido por la entidad demandada a lo largo de la presente acción y lo aceptado por el a quo, en el expediente no se tiene elemento alguno a través del cual se logre evidenciar que el señor Carlos Adiel Castro Castellanos hubiera disparado su arma contra los efectivos del Grupo GAULA y, que por ende, habría sido su actuación una de la causa determinantes del daño.</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><b><u>"La Subsección insiste en que el uso de las armas por parte de los miembros de la Fuerza Pública, en el cumplimiento de sus funciones, se instituye como último recurso, esto es luego de haber agotado todos los medios a su alcance que representen un menor daño, puesto que lo contrario implicaría legitimar el restablecimiento del orden en desmedro de la vida y demás derechos fundamentales de las personas.</u></b></p> <p><i>Por lo tanto, es fácil inferir que en este evento no procede la causal eximente de responsabilidad alegada por la demandada. En vez de ello, para la Sala es evidente que en el caso concreto se incurrió en una falla del servicio por exceso de la fuerza pública, como quiera que el resultado fue desproporcionado, no razonable e innecesario, ya que, aunado a que el operativo realizado no</i></p>



224

<p>una balacera, lo que produjo la muerte del señor Carlos Adiel Castro Castellanos y lesiones físicas a dos de sus acompañantes.</p>	<p><i>resultó idóneo ni adecuado, para la obtención del fin legítimo, como era la captura de unos delincuentes, la vida e integridad de los policiales que participaron en el mismo, nunca estuvo en peligro por actuación alguna del señor Carlos Adiel Castro Castellanos, ni de los demás civiles que se vieron afectados por el operativo y por lo tanto, la entidad demandada deberá responder patrimonialmente por los daños causados a los demandantes con la muerte del señor Carlos Adiel Castro Castellanos.” (negritas y subrayas fuera de texto)</i></p>
<p><b>Reglas de decisión que se extraen del caso (iv)</b></p>	<p>El uso de las armas por parte de los miembros de la Fuerza Pública, en el cumplimiento de sus funciones, se instituye como último recurso, esto es luego de haber agotado todos los medios a su alcance que representen un menor daño, puesto que lo contrario implicaría legitimar el restablecimiento del orden en desmedro de la vida y demás derechos fundamentales de las personas.      En tal medida, solo en los casos en los que la víctima represente un verdadero peligro para el agente se justifica el uso de las armas de dotación.      En el mismo sentido se tiene que para que pueda hablarse de la existencia de un enfrentamiento entre la víctima y la autoridad debe tenerse certeza sobre su aquella acciono su arma.</p>

(v) Consejo de Estado, Segunda, Subsección “A”, sentencia de 17 de marzo de 2011, Rad. No. 25000-23-25-000-2005-01043-01(284-08), (nulidad y restablecimiento del derecho). En esta decisión se indicó que *“por regla general, los miembros de la Policía no pueden utilizar las armas de fuego contra fugitivos que huyen de la acción de la autoridad valiéndose por sí mismos o utilizando vehículos, ni siquiera bajo la errada concepción de inmovilizar el medio de locomoción disparando a sus partes (motor, llantas, etc.), lo cual, por sí mismo, configura el tipo penal de disparo de arma de fuego contra vehículo<sup>19</sup>. Entiéndase por fugitivo cualquier persona que huye del requerimiento de la autoridad, con o sin señalamiento de haber participado en una conducta contravencional o penal” (negritas fuera de texto)*

Hechos	Consideraciones que la parte actora considera aplicables al caso
<p>Helmer Ariel Pérez Pardo, ejerció acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., con el fin de que se declarara la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales el Viceprocurador General de la Nación, por medio del cual fue sancionado con destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de un año.          Al efecto, la parte actora manifestó los fallos disciplinarios que le impusieron la sanción mencionada, dan por entendido que de antemano conocía <i>“que se trataba de un borracho que no había pagado ni peaje ni</i></p>	<p><i>“Por regla general, los miembros de la Policía no pueden utilizar las armas de fuego contra fugitivos que huyen de la acción de la autoridad valiéndose por sí mismos o utilizando vehículos, ni siquiera bajo la errada concepción de inmovilizar el medio de locomoción disparando a sus partes (motor, llantas, etc.), lo cual, por sí mismo, configura el tipo penal de disparo de arma de fuego contra vehículo . Entiéndase por fugitivo cualquier persona que huye</i></p>

<sup>19</sup> Código Nacional de Policía artículo 30; Código Penal, Ley 599 de 2000, artículo 356.



<p>gasolina ni le paraba a nadie, cuando en la realidad, ...sólo sabía que se trataba de un vehículo en fuga, pero .. desconocía de su procedencia, de quienes se trataba, que pretendían, porque desarrollaban esa conducta deplorable o porque huían con mayor razón cuando les dijeron que la policía de carreteras los perseguía (esto ocurrió en el peaje de patios) daban a entender de la consumación de un ilícito”</p>	<p>del requerimiento de la autoridad, con o sin señalamiento de haber participado en una conducta contravencional o penal” (negrillas fuera de texto)</p>
<p><b>Reglas de decisión que se extraen del caso (v)</b></p>	<p>Con respecto a esta sentencia la Sala destaca que la misma no contiene una regla decisional que pueda ser aplicable a este caso pues el caso que le dio origen fue un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de un acto administrativo disciplinario, mientras que en el sub judice se trata de un proceso de reparación directa.</p>

(vi) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 6 de marzo de 2015 Rad. No. 05001-23-31-000-2004-03617-01. (reparación directa).

Hechos	Consideraciones que la parte actora considera aplicables al caso
<p>El 21 de noviembre del 2002, el señor Luis Enrique Zapata Castrillón murió cuando un oficial del Ejército Nacional le disparó con su arma de dotación, en cumplimiento de la orden de operaciones fragmentaria n. ° 096 - “Nocturno”- del Grupo Antisecuestro y Antiextorsión (GAULA) del Ejército Nacional - Antioquia-, la cual tenía por objeto capturar una banda de extorsionistas y malhechores de entidades bancarias que acechaban un sector de la ciudad de Medellín.</p>	<p>“14. En ese orden de ideas, la Sala tiene como ciertos los hechos que se sintetizan a continuación, los cuales son el fundamento de la presente decisión, así:</p> <p>14.1. <u>Impacto de proyectil de arma de fuego recibido de atrás hacia adelante.</u> En el acta de necropsia practicada al cadáver del señor Luis Enrique Zapata Castrillón se destaca que se le propinó una herida de proyectil de arma de fuego cuyo orificio de entrada presenta bordes invertidos con bandaleta contusiva de 5 mms. de diámetro <u>ubicado en la región occipital derecha</u>, y orificio de salida bordes evertidos de 7mms. de diámetro en pabellón auricular izquierdo, <u>impacto recibido de atrás-adelante, derecha-izquierda</u> (v. párr. 8.6). <u>Esta herida caracterizada por ser un disparo efectuado desde atrás indica que la víctima se encontraba en estado de indefensión e inferioridad.</u></p> <p>(...)15.2.1. <u>Se afirma que el occiso enfrentó a la unidad militar destacada en la zona y ofreció un grado de peligro considerable, frente a lo cual los militares obraron en cumplimiento estricto de un deber legal y en aras de proteger su integridad física. Para la Sala es claro, según lo dice el mismo estudio de balística y el registro de evidencias, que la víctima no percutió su arma de fuego, así pues, resulta extraño afirmar que sostuvo un enfrentamiento armado con los oficiales. Ahora bien, teniendo en cuenta la trayectoria del impacto que recibió el occiso que le ocasionó la muerte, el cual según se lee en el acta de levantamiento de cadáver fue posterior-anterior, derecha- izquierda, se evidencia que el supuesto atacante no se encontraba de frente a su agresor, sino de espaldas al mismo, lo que significa que la víctima no estaba en equivalente relación de fuerza con el capitán Rojas Martínez; en ese orden, la supuesta amenaza inminente y el grado de peligrosidad en la que se encontraba el oficial, en este caso específico, no es</u></p>



225

<b>Regla de decisión que se extrae del caso (vi)</b>	<b><i>de recibo ni está probado para la Sala</i></b> . En los eventos en los que logra demostrarse que el impacto de proyectil de arma de fuego recibido de atrás hacia adelante, se tiene certeza de que el disparo fue efectuado desde atrás, lo que indica que la víctima se encontraba en estado de indefensión e inferioridad. En el mismo sentido se tiene que para que pueda hablarse de la existencia de un enfrentamiento entre la víctima y la autoridad debe tenerse certeza sobre si aquella acciono su arma.
--	---

**2.4.1.1.** De las sentencias citadas en precedencia advierte la Sección que la única que no puede ser aplicada al caso sub examine es la (iv), esto es, la sentencia de 17 de marzo de 2011, proferida por el Consejo de Estado, Segunda, Subsección “A”, Rad. No. 25000-23-25-000-2005-01043-01(284-08) pues el caso que le dio origen fue un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de un acto administrativo disciplinario, mientras que en el *sub judice* se trata de un proceso de reparación directa.

En relación con las demás decisiones invocadas por la parte actora, proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, esta la Sala puede extraer las siguientes reglas de derecho:

**Primera,** en los casos en los que la fuerza pública busca detener la huida o capturar a las personas que se encuentran involucradas en la comisión de delitos, deben utilizarse las medidas más adecuadas y menos radicales, es decir, todos los medios que tenga a su alcance la autoridad que representen un menor daño, puesto que lo contrario implicaría legitimar el restablecimiento del orden en desmedro de la vida y demás derechos fundamentales de las personas.

**Segunda,** en los mencionados eventos la utilización de un arma de fuego por parte de un uniformado constituye la última ratio, por ello solo en el caso en que el agente u otra persona se vean frente a una amenaza real por parte de la víctima pueden emplearse estos artefactos como defensa.

**Tercera,** cuando los protocolos de necropsia demuestran que la trayectoria de las balas son de atrás hacia adelante la víctima no está en posición de atacar a la autoridad, sino que por el contrario se encontraba en estado de indefensión e inferioridad.

**Cuarta,** para que pueda hablarse de la existencia de un enfrentamiento entre la víctima y la autoridad, no basta con que la



persona haya tenido en su poder un arma de fuego sino que además debe tenerse certeza acerca de si el artefacto se accionó.

**2.4.1.2. Considera la Sección Quinta que la autoridad judicial ordinaria de segunda instancia incurrió en desconocimiento de las reglas judiciales decantadas por el Consejo de Estado, Sección Tercera** toda vez que, a pesar de que encontró que **no estaba acreditado** *“... si en efecto, el policía disparó su arma al ser encañonado y amenazado por la víctima, como tampoco si la víctima portaba un arma de fuego, si la misma fue o no disparada, ni el estado de indefensión en que se encontraba el señor Lozano Martínez”, ni que “la víctima hubiese puesto en peligro la vida del agente o hubiese disparado el arma que se afirmó portaba”, concluyó que “... e[ra] claro que no podía emplear otros medio para evitar la huida de los posible delincuentes, máxime si se tiene en cuenta que la persecución del señor Luis Hernando Daza Quiroga se dio a pie y solo se accionó el arma, una vez es ayudado por el señor Fabio Lozano Martínez al recogerlo en motocicleta”.*

Es decir, el Tribunal acusado expuso que aun cuando en el proceso no se logró establecer con certeza si el señor Fabio Lozano Martínez portaba o no un arma de fuego, si puso o no en peligro la vida del agente, resultaba válido que se evitara su fuga empleando como medio para el efecto, el un arma de fuego o “última ratio”.

Lo anterior, tal como lo afirmó la parte actora, implicaría aceptar que la utilización de armas de fuego es un medio válido para evitar la huida de un persona involucrada en un delito que no representa peligro para el agente, cuando lo cierto es que la Sala del Consejo de Estado especializada en la materia, como se explicó en el acápite 2.4.1. de esta providencia, ha fijado reglas de derecho en un sentido completamente opuesto, siempre evidenciando la proporcionalidad de cada caso en estudio.

**2.4.3.** Asimismo, la parte actora expuso tanto en el escrito inicial de tutela como en el de impugnación, que las autoridades judiciales acusadas incurrieron en un defecto fáctico porque omitieron valorar: (i) el informe pericial de necropsia; (ii) la inspección judicial con reconstrucción de los hechos practicada el 26 de julio de 2013 por el Juzgado 142 de Instrucción Penal Militar de la Policía con sede en Bogotá, (iii) la historia clínica y (iv) el acta de levantamiento del cadáver. Pruebas que a su juicio demostraban que la víctima no tenía un arma de fuego, ni la accionó y fue atacado por la espalda lo que daba cuenta de su indefensión.



226

Frente al punto, lo primero que encuentra la Sala es que la parte actora cumplió con la carga de identificar cuáles fueron las pruebas que no fueron valoradas por parte de los funcionarios judiciales acusados y la incidencia que su falta de valoración tenía en la decisión que debía adoptar.

Sobre el particular, el Tribunal acusado consideró:

“2.3.8. Significa lo anterior, que **no se tiene por acreditado, conforme las pruebas obrantes si en efecto, el policía disparó su arma al ser encañonado y amenazado por la víctima, como tampoco si la víctima portaba o no arma de fuego, si la misma fue o no disparada, ni el estado de indefensión en que se encontraba el señor Lozano Martínez** (págs. 13 y 14)

2.3.9. Lo que en el evento sub-lite **se puede concluir es que la reacción adoptada por el agente del Estado (accionar el arma) se originó en la huida o escape en la motocicleta conducida por Fabio Lozano Martínez** luego de la persecución de una de las personas sorprendidas en el furgón de una NPR, y por lo tanto, sobre tal conducta es que debe analizarse si el proceder del agente fue o no excesivo.

2.3.10. Es claro, que el uso de las armas por parte de los miembros de la Fuerza Pública, en el cumplimiento de sus funciones, se instituye como último recurso, esto es **luego de haber agotado todos los medios a su alcance que representen un menor daño**, puesto que lo contrario implicaría legitimar el restablecimiento del orden en desmedro de la vida y demás derechos fundamentales de las personas.

2.3.11. Analizado el caso concreto, considera la Sala que en el sublite **no puede inferirse una falla en el servicio por parte del actuar del agente de la Policía Nacional al disparar su arma de dotación habida cuenta que si bien no se acredita que el señor LOZANO hubiera puesto en peligro la vida del agente o que hubiera disparado el arma que se afirma portaba, es claro que no podía emplear otros medios para evitar la huida de los presuntos delincuentes**, máxime si se tiene en cuenta que la persecución del señor Luis Hernando Daza Quiroga se dio a pie y solo se accionó el arma una vez es (sic) ayudado por el señor Fabio Lozano Martínez al recogerlo en motocicleta.

2.3.12. Se observa así que los uniformes de balística y prenda allegados y rendidos por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses muestran que el disparo se dio a una distancia mayor a 150 cmts, **sin tener certeza, se reitera, (sic) la forma como se produjo la agresión por parte de la víctima y del uniformado.**

(...)

2.3.17. En este orden de ideas, y teniendo en cuenta las normas en cita para la Sala no se predica una vulneración de dicha normativa y que se haya dado un uso desproporcionado del arma de fuego por parte del uniformado, que dé lugar a declarar la responsabilidad extracontractual del estado en el presente



medio de control, máxime cuando no se lograr establecer de forma exacta las circunstancias en que se produjo la muerte del señor Fabio Lozano Martínez.

2.3.18. Es claro que en el sub lite tampoco **se demostró el estado de indefensión de la víctima, si el disparo se dio o no a sus espaldas como lo afirma el recurrente y que se demuestra con el orificio de entrada del proyectil del arma de fuego, pues si bien este se dio en la parte trasera del cráneo, lo cierto es que existen versiones contradictorias sobre la posición de la víctima**, esto es, la declaración del mismo uniformado que señaló que el señor lozano quien conducía la motocicleta colocó esta en forma de C, como la declaración del señor Daza Quiroga, lo que no permite inferir con certeza en qué momento y como se generó el disparo, aunado a que si bien se cuenta con los dictámenes de medicina legal, ha de tenerse en cuenta que los mismos permite establecer la distancia del disparo, y donde impacto el proyectil, **pero los mismos no dan certeza de la situación de indefensión**, pues aunque está en el lado trasero del cráneo también se afirma que la moto estaba en esa ubicación y por lo tanto es factible a su vez que el proyectil impactara en esa área, **máxime cuando se acredita en el informe de necropsia que se recolecto un revolver con el que se amenazó al oficial.**

2.3.19. Ahora si gracia de discusión, se aceptara que existió un uso desproporcionado del arma de fuego de dotación, **no puede pasarse por alto que la conducta del fallecido, fue la que contribuyo a su muerte pues está probado que actuaba en la presunta comisión de un ilícito**, y colaboró con el señor LUIS HERNANDO DAZA QUIROGA, quien fue sorprendido en flagrancia y en lugar de atender la orden de alto procedió a la fuga, **tampoco puede desconocerse que en el lugar de los hechos se encontró un arma y que si bien no se prueba su detonación si es claro que se portaba, y permite inferir que fue mostrada por alguno de los implicados en complicidad para emprender la huida y en este sentido para la sala no es de recibo que la sociedad colombiana entre a indemnizar por un daño en el que contribuyo la víctima al contribuir con la comisión de un ilícito y desatender las normas policiales**, desatender las normas Policiales, lo que indefectiblemente concurrió al resultado dañoso por huir cuando era requerido por el miembro de la fuerza pública.

2.3.20. En igual sentido, si se analizara el caso bajo el régimen de responsabilidad objetiva, es claro, como lo afirmo el a- quo, que se predica una culpa exclusiva y determinante como quiera que la víctima con su actuar sospechoso determinó la reacción del uniformado.

2.3.21. Por las razones expuestas, se desestimaré el recurso de apelación presentado por la parte actora, para, en su lugar, confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pero conforme las consideraciones expuestas en esta providencia”.

De lo anterior se extrae que en algunos apartes de la providencia ordinaria de segunda instancia se indica que no hay prueba de que la víctima haya portado o mucho menos disparado un arma de fuego, sin embargo, la misma autoridad al referirse a la necropsia asegura que “*existe prueba de la existencia de un revolver con el que se amenazó al oficial*”.

Asimismo se tiene que a juicio del Tribunal demandado no existía prueba sobre el estado de indefensión de la víctima, o de si el disparo



se dio o no a sus espaldas, pues a su juicio, si bien la trayectoria del proyectil fue posterior – anterior, ello no otorgaba certeza sobre el estado de indefensión del señor Fabio Lozano Martínez.

Las pruebas invocadas como desconocidas indican:

(i) **Historia clínica:** *“OPINION: SEVERO EDEMA CEREBRAL CON HEMORRAGIA SUBARACNOIDEA ASOCIADA Y VOLUMINOSO HEMATOMA SUBDURAL PARIETAL DERECHO. CAMBIOS SECUNDARIOS A HERIDA POR ARMA DE FUEGO CON PROYECTIL ALOJADO EN EL ESPESOR DEL PARENQUIMA CEREBRAL. FRACTURA DEL HUESO OCCIPITAL...”*

(ii) **Levantamiento del cadáver** del joven FABIO LOZANO MARTINEZ fue realizado por el Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación al interior de la institución de salud donde falleció. En el formato -FPJ-10 del 18/01/2012 contentivo de esta diligencia, se señaló como uno de los signos de violencia externos: *“ORIFICIO CON EXPOSICION DE MAZA (sic) ENCEFALICA EN REGION OCCIPITAL IZQUIERDO”*.

(iii) **Informe de necropsia Nro. 2012010111001000230 sobre el cadáver de Fabio Lozano Martínez.** Del capítulo correspondiente al “Análisis y Opinión Pericial” se destaca: *“...presenta una herida por proyectil de arma de fuego circular en la región occipital izquierda del cuero cabelludo, Internamente se encontró fractura de los huesos del cráneo y extensa laceración cerebral, se recuperó un proyectil para estudio balístico. Con la información aportada hasta el momento y los hallazgos de la necropsia puedo dar la siguiente opinión forense: “Causa básica de la muerte: herida por proyectil de arma de fuego en cabeza.*

*“1.1 Orificio de Entrada: De 0.8 X 1.5 centímetros, de bordes regulares, equimóticos, con contusión y hematoma en región inferior, **localizado en el cuero cabelludo de la región occipital izquierda** a 19 centímetros del vértice y a 6.0 centímetros de la línea media posterior, sin tatuaje macroscópico ni ahumamiento. “1.2 Orificio de Salida: no hay. Se localiza y recupera un proyectil entre el tejido del lóbulo parietal derecho en su porción superior. “1.3...“1.4 Trayectoria anatómica. Plano horizontal: Ínfero-Superior. Plano coronal: Postero-Anterior Plano sagital: Izquierda-Derecha”*.

(iv) **Inspección judicial con reconstrucción de los hechos,** practicada el 26 de julio de 2013 el Juzgado 142 de Instrucción Penal Militar de la Policía con sede en Bogotá, en la que el perito balístico, que la versión entregada por el Subteniente LUIS



FELIPE PÉREZ DÍAZ no coincidía con lo descrito en el protocolo de necropsia pues según dicho informe, el proyectil había ingresado o impactado en la *región occipital izquierda* del cráneo del occiso y su trayectoria fue *postero – anterior* (de atrás y hacia adelante), demostrando que la víctima se encontraba de espaldas a su agresor, y no de frente o girada como lo aseguró el miembro de la fuerza pública.

Pues bien, con el anterior marco encuentra la Sección Quinta que también le asiste la razón a la parte actora cuando asegura que la autoridad acusada de segunda instancia desestimó pruebas oportuna y debidamente aportadas al proceso y, frente aquellas que valoraron se desestimaron las reglas fijadas por el Consejo de Estado, Sección Tercera sobre el estado de indefensión de la víctima.

En consonancia con lo anterior, existe material probatorio obrante en el expediente que da cuenta de: (i) las condiciones en la que fue asesinado el señor Fabio Lozano Martínez y (ii) las circunstancias bajo las cuales actuó el agente Luis Felipe Pérez Díaz; que no fue valorado por la autoridad judicial acusada al momento de concluir que en el caso no existió ni falla del servicio y que aun cuando los hechos se analizaran bajo un régimen de responsabilidad objetiva se encontraría configurada la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima.

En consideración a lo anterior, encuentra la Sección que la conclusión a la que arribó el tribunal administrativo acusado, según la cual, aunque no existen pruebas de la existencia de una arma de fuego o del peligro que representaba el señor Fabio Lozano Martínez para el Teniente Luis Pérez Díaz y que, a pesar de ello, la conducta del policía estaba ajustada a la normatividad sobre el uso de armas de la Policía Nacional, implica favorecer, sin justificación, la tesis de las fuerzas armadas, a pesar de que el material probatorio no soporta tales conjeturas.

Ello comportaría una “... *ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de*



228

*antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria*<sup>20</sup>.

La Sección Quinta recuerda que en materia de apreciación probatoria la actividad judicial se rige por la reglas de la **sana crítica** o persuasión racional. Por ello, el juzgador por sí mismo, con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia debe llegar a la convicción o certeza de un hecho y, en desarrollo de su valoración debe cumplir con una carga de motivación, *“consistente en la expresión de las razones que ha tenido para determinar el valor de las pruebas, con fundamento en las citadas reglas”*<sup>21</sup>.

En tal medida *“la evaluación del acervo probatorio exige, entonces, la adopción de criterios objetivos, no simplemente supuestos por el juez, racionales, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas”*<sup>22</sup>.

Por ello, la labor probatoria del juez administrativo debe ajustarse a preceptos constitucionales y legales, atender a los criterios de la sana crítica y sustentarse en la totalidad del acervo probatorio, frente al cual, deben esbozarse una labor objetiva y rigurosa de motivación.

En virtud de lo anterior, considera la Sección Quinta del Consejo de Estado que **el cargo de defecto fáctico propuesto por la parte actora debe prosperar**, pues obran en el expediente pruebas que no fueron valoradas en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica por el juez ordinario, al momento de concluir que en el caso no existió responsabilidad del Estado bajo el título de imputación de falla del servicio o de riesgo excepcional.

## 2.7. Conclusión

De conformidad con lo expuesto en precedencia, la Sala revocará la sentencia de 6 de septiembre de 2017, por medio de la cual el Consejo de Estado Sección Cuarta, negó las pretensiones de la acción de tutela para, en su lugar, amparar los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de los tutelantes, toda vez que se encontraron configuradas las causales específicas de procedibilidad

<sup>20</sup> Ob. Cit. 16

<sup>21</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-202 de 2005. MP. Jaime Araujo Rentería.

<sup>22</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-346 de 2012. MP. Adriana María Guillén Arango (E).



de la acción de tutela contra providencia judicial de desconocimiento del precedente y defecto fáctico.

En consecuencia, dejará sin efectos la sentencia de 7 de diciembre de 2016, proferida el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A” dentro del proceso de reparación directa número 11001-33-36-035-2013-00151 iniciado por la parte actora en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional.

Asimismo, teniendo en cuenta que el juez constitucional no puede reemplazar al ordinario, le ordenará a la autoridad acusada que profiera una decisión de reemplazo en la que se observen los lineamientos de esta providencia, esto es, determine si conforme a todas las pruebas obrantes en el expediente, atendiendo a los criterios de la sana crítica luego de una labor objetiva y rigurosa de motivación y el precedente fijado frente al particular por el Consejo de Estado, Sección Tercera en el caso se configuró la responsabilidad de la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de 6 de septiembre de 2017, por medio de la cual el Consejo de Estado Sección Cuarta, negó las pretensiones de la acción de tutela para, en su lugar, **AMPARAR** los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de los señores Claudia Martínez Villate, Johanna Lozano Martínez, Dany Alejandra Lozano Martínez y Claudia Marcela Lozano Martínez, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

**SEGUNDO:** En consecuencia, **DEJAR SIN EFECTOS** la sentencia de de 7 de diciembre de 2016, proferida el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A” dentro del proceso de reparación directa número 11001-33-36-035-2013-00151 iniciado



229

por la parte actora en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional.

**TERCERO: ORDENAR** al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A” que dentro los treinta (30) días siguientes a la notificación de este fallo, dicte una providencia de reemplazo de acuerdo con los lineamientos expuesto en esta sentencia.

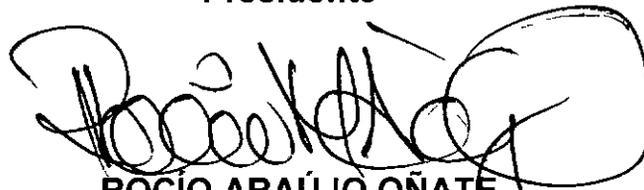
**CUARTO: NOTIFICAR** a las partes y los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

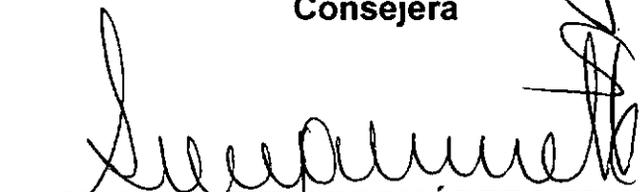
**QUINTO:** Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

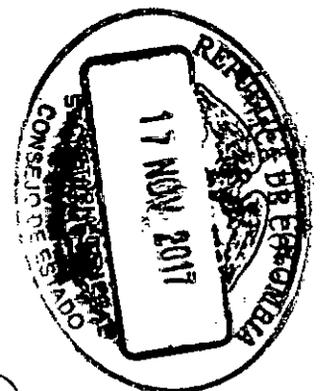
La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.

  
**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Presidente

  
**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**  
Consejera

  
**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Consejera *Salvo voto*

  
**ALBERTO YEPES BARREIRO**  
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

