



C3

+15 134- 664

Radicado: 19001-23-31-000-2006-00279-01 (44019)
Demandante: Alberto Eloy Rosero y Otros

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

Magistrado Ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: Acción de Reparación Directa (sentencia)
Proceso: 19001-23-31-000-2006-00279-01 (44019)
Demandante: Alberto Eloy Rosero y Otros
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional

Tema: Responsabilidad del Estado en la prestación del servicio del Escuadrón Móvil Antidisturbios – ESMAD.

Subtemas: Prueba del medio instrumental causante del daño.

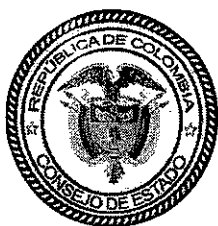
Sentencia: Revoca y niega las pretensiones de la demanda.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Resuelve la Subsección el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca el 4 de octubre de 2011, mediante la cual el juez de primera instancia accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Mientras formaba parte de un grupo de trabajadores que protestaba frente al Ingenio “La Cabaña” del municipio de Puerto Tejada – Cauca, el 13 de septiembre de 2005, Alberto Eloy Rosero fue atacado por miembros del Escuadrón Móvil Antidisturbios -ESMAD-, quienes lo agredieron físicamente y le lanzaron gas lacrimógeno, producto de lo cual, resultó lesionado con fractura en el antebrazo izquierdo y la mano derecha; por cuya responsabilidad se demanda en el presente proceso.



II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

Alberto Eloy Rosero (lesionado), Irene Magdalena Cortés (cónyuge), a nombre propio y en representación de su hijo menor Andrés Alberto Rosero Cortés, Diana Rosero Cortés, Alexander Rosero Cortés, Carlos Alberto Rosero Hurtado, Luis Alberto Rosero Cortés (hijos), Elba Graciela Cortés Rosero, Marina Felisa Cortés Rosero, Zacarías Porfirio Rosero y Ángel Esteban Rosero (hermanos); el 14 de marzo de 2006¹ presentaron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación – Ministerio Defensa – Policía Nacional, con la pretensión de que fueran declaradas patrimonialmente responsables por los perjuicios causados a los demandantes con motivo de las lesiones sufridas por Alberto Eloy Rosero el día 13 de septiembre de 2005.

Como fundamento de hecho de sus pretensiones la parte demandante sostuvo que Alberto Eloy Rosero estaba vinculado a la Cooperativa CORCAÑA CTA, prestando los servicios de cortero de caña de azúcar en las instalaciones del INGENIO LA CABAÑA S.A., al ser aquella contratista de este.

El 13 de septiembre de 2005, a las 10:30 am, Alberto Eloy Rosero se encontraba en los alrededores del patio del INGENIO LA CABAÑA con 600 trabajadores más, quienes se reunieron para desarrollar una protesta pacífica ante las directivas de dicha empresa por el incumplimiento de un acuerdo sobre sus condiciones laborales suscrito el 27 de junio de 2005, con el que se garantizaba el empleo de 800 trabajadores de corte de caña pertenecientes a las cooperativas como intermediarios laborales.

En desarrollo de la protesta y en las instalaciones del ingenio se hizo presente un numeroso grupo de policías pertenecientes al Escuadrón Móvil Antidisturbios - ESMAD-, quienes estaban esperando a los trabajadores que concurrieron ese día y los atacaron con gases lacrimógenos a quemarropa, golpeándolos y efectuando otras agresiones. Situación que dio como resultado 25 heridos graves y múltiples trabajadores lesionados.

¹ Fls. 1-76 C.1.



En la demanda se indicó que el señor Alberto Eloy Rosero recibió el impacto de una granada de gas lacrimógeno en su antebrazo izquierdo y en su mano derecha y padeció golpes que le causaron múltiples contusiones en todo el cuerpo.

Alberto Eloy Rosero fue auxiliado por uno de sus compañeros y llevado al servicio de urgencias del Hospital El Cincuentenario del municipio de Puerto Tejada - Cauca. En dicho centro médico se determinó que el señor Rosero tenía graves fracturas en el antebrazo izquierdo y en la mano derecha, por lo que fue remitido a la Unidad de Traumatología de la Clínica Comfandi Tequendama en la ciudad de Cali.

En réplica de la demanda, el Ministerio de Defensa – Policía Nacional solicitó que se negaran las pretensiones con fundamento en que las lesiones se produjeron *“cuando Alberto Eloy Rosero hacía parte de un grupo de manifestantes que violentamente se tomaron las instalaciones del Ingenio La Cabaña en el municipio de Puerto Tejada”*, por cuanto, en su sentir, no hay prueba que demuestre que las lesiones *“fueron causadas por miembros del Escuadrón Antidisturbios, pues tal como se puede observar en las diligencias adelantadas por el Juzgado 183 de Instrucción Penal Militar, se encuentra demostrado que en los hechos se presentaron enfrentamientos entre los trabajadores a contrato y los trabajadores de planta del Ingenio La Cabaña”*. En ese sentido, en la contestación al libelo se afirmó que el *“Juzgado 183 de Instrucción Penal Militar, en obediencia a la denuncia instaurada por Alberto Eloy Rosero, adelantó (sic) la Preliminar 1086, la cual culminó (sic) mediante providencia de fecha 23 de agosto de 2006, resolvió INHIBIRSE de abrir formal investigación, por el presunto punible de lesiones personales, en razón a que no existe prueba que conduzca a la certeza que el denunciante fue lesionado por personal policial”*².

2.2. Actuación procesal relevante en primera instancia.

La demanda fue admitida³ y notificada en debida forma al Ministerio de Defensa – Policía Nacional⁴, quien dio contestación a la misma⁵.

² Fls. 88-92 C.1

³ Fls. 78-79 C.1

⁴ Fl. 80 C.1



Agotada la etapa probatoria⁶ se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que aquellas alegaran de conclusión y este rindiera el concepto de fondo⁷, como en efecto lo hizo la parte actora⁸ y la Procuraduría 40 Judicial Administrativa⁹.

El 4 de octubre de 2011¹⁰, el Tribunal Administrativo del Cauca, dictó sentencia de primera instancia en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

La entidad demandada interpuso recurso de apelación¹¹ contra la sentencia de primera instancia con exposición de los motivos de inconformidad que la Sala resumirá en acápite posterior.

2.3. La sentencia de primera instancia

En sentencia de primera instancia del 4 de octubre de 2011 el Tribunal Administrativo del Cauca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, considerando que el Escuadrón Móvil Antidisturbios – ESMAD-, perteneciente a la Policía Nacional, realizaba sus funciones el 13 de septiembre de 2005, con el propósito de asegurar la normalidad de la protesta adelantada por los corteros de caña en el Ingenio la Cabaña de Puerto Tejada- Cauca, pero a su juicio, la actuación que inicialmente fue lícita, terminó en un exceso del uso de la fuerza y en el desconocimiento de su labor constitucional de proteger a los residentes en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, que debe desarrollar con el fin primordial de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes convivan en paz, lo que conllevó a que se agredieran a los manifestantes, entre ellos al demandante.

⁵ Fls. 87-94 C.1

⁶ Fls. 99-102 C.1

⁷ Fl. 114 C.1

⁸ Fls. 116-125 C.1

⁹ Fls. 127-130 C.1

¹⁰ Fls. 134-150 C.1

¹¹ Fls. 154-164 C.3



2.4. El recurso de apelación

La entidad demandada presentó recurso de apelación¹², con el objeto de que se revoque la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca y, en su lugar, sean negadas las pretensiones de la demanda.

Como sustento del recurso de apelación, la Policía Nacional consideró que los testimonios en los que el Tribunal apoyó su sentencia dejan serias dudas, porque el grupo de Control de Disturbios ESMAD de la Policía Nacional no porta armas de fuego para el control de multitudes, solamente acuden con los elementos autorizados para restablecer el orden público, como son: gases lacrimógenos, bastón de mando, escudos, granadas de gas y de aturdimiento, al igual que los aspersores de gas pimienta, sin que ninguno de ellos sea letal y por tanto no podrían producir fractura alguna ya que solamente expelen el gas que sirve para poder disolver manifestaciones en el momento que se tornen violentas. Indicó que se presentó una gran cantidad de manifestantes que usaban elementos contundentes y corto punzantes, lo cual, sumado a la actitud violenta y el desorden, propiciaron las lesiones y debieron ser la causa del daño. Explicó que el uso de la fuerza para el control de disturbios es legítimo y que los elementos que emplearon para ello están autorizados por el Estado. Afirmó que el daño imputado no puede endilgarse con fundamento en las declaraciones de los testigos Elcias Castillo, Felipe Cambindo y Uldarico Torres Vidal, porque estas no reúnen las condiciones de credibilidad, y en su criterio sus manifestaciones son dudosas, debido a que tales testigos eran compañeros del lesionado que hoy pretende la indemnización.

2.5. Trámite en segunda instancia

Mediante auto del 12 de junio de 2012¹³ esta Corporación admitió el recurso de apelación y con de auto del del 16 de julio del mismo año¹⁴ corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto. La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional presentó sus

¹² Fls. 154-164 C.3

¹³ Fl. 200 C.3

¹⁴ Fl. 202 C.3



alegatos de conclusión¹⁵, en tanto que la parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

La Sala es competente para resolver en segunda instancia el presente proceso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa, pues el valor de la suma de todas las pretensiones acumuladas asciende a \$7.180.800.000,00, equivalentes a 17.600,00 SMLMV del año 2006 cuando se presentó de la demanda, a razón de que el salario mínimo legal mensual vigente ascendía a la suma de \$408.000,00, conforme a lo dispuesto en el artículo 129 y numeral 6 del artículo 132 del C.C.A.¹⁶.

3.2. Vigencia de la acción

La acción de reparación directa se ejerció oportunamente. En lo que respecta a la **caducidad de la acción**, el artículo 136 del C.C.A. – numeral 8º dispone que la acción *“de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa”*.

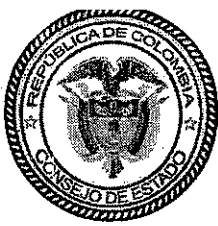
En el caso concreto, la Sala observa que las lesiones sufridas por Alberto Eloy Rosero tuvieron lugar el **13 de septiembre de 2005** y la demanda de reparación directa se presentó el **14 de marzo de 2006**, esto es, dentro del término de caducidad previsto en el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A.

3.3. Legitimación para la causa

El hecho reputado por los demandantes como generador del daño fue el enfrentamiento presentado a raíz de la protesta en las instalaciones del ingenio La Cabaña, en el que intervino la fuerza pública y en el que se causaron las lesiones

¹⁵ Fls. 203-206 C.3

¹⁶ Fl. 200 C.3



al señor Alberto Eloy Rosero, quien afirmó que fue a manos de los agentes del Escuadrón Móvil Antidisturbios -ESMAD, de manera que la Nación – Ministerio Defensa – Policía Nacional se encuentran legitimados en la causa por pasiva.

La Sala encuentra que el lesionado señor Alberto Eloy Rosero, por ser la víctima directa del daño, al igual que su núcleo familiar conformado por: Irene Magdalena Cortés (cónyuge)¹⁷, Andrés Alberto Rosero Cortés¹⁸, Diana Rosero Cortés¹⁹, Alexander Rosero Cortés²⁰, Carlos Alberto Rosero Hurtado²¹ y Luis Alberto Rosero Cortés²² (hijos), a causa de los perjuicios que afirman haber padecido, se encuentran legitimados en la causa por activa.

Ahora bien, con relación a quienes demandan en calidad de hermanos de la víctima, esto es, Elba Graciela Cortés Rosero, Marina Felisa Cortés Rosero, Zacarías Porfirio Rosero y Ángel Esteban Rosero, el Tribunal de primera instancia consideró que carecen de legitimación en la causa por activa en razón a que *“no se logra acreditar su parentesco, debido a que se anexó copia simple del registro civil de nacimiento del Sr. Alberto Eloy Rosero (fl.11 C.Ppal); el cual carece de valor probatorio”*. Por lo cual, la Sala se abstiene de pronunciarse en este sentido, toda vez que este punto no fue objeto del recurso de apelación interpuesto por la demandada al ser apelante único, de manera que no podría modificarse la decisión en aquellos puntos que le fueron favorables²³.

3.4. La prueba de los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones

- Solicitud de retiro voluntario como trabajador asociado que presentó Alberto Eloy Rosero a la Cooperativa de Trabajo Asociado CORCAÑA C.T.A.²⁴ a partir del 30

¹⁷ Registro civil de matrimonio celebrado entre Alberto Eloy Rosero e Irene Magdalena Cortés (sic).

¹⁸ Registro civil de nacimiento, donde consta que es hijo de Alberto Eloy Rosero e Irene Magdalena Cortés (sic). (Fl. 12 C.1)

¹⁹ Registro civil de nacimiento, donde consta que es hija de Alberto Eloy Rosero e Irene Magdalena Cortés (sic). (fl. 13 C.1)

²⁰ Registro civil de nacimiento, donde consta que es hijo de Alberto Eloy Rosero e Irene Magdalena Cortés (sic). (Fl. 14 C.1)

²¹ Registro civil de nacimiento, donde consta que es hijo de Alberto Eloy Rosero. (Fl. 15 C.1)

²² Registro civil de nacimiento, donde consta que es hijo de Alberto Eloy Rosero e Irene Magdalena Cortés (sic). (Fl. 16 C.1)

²³ El juez superior se encuentra limitado por el objeto de la apelación y, además, el principio de la no reformatio in pejus impide que, por regla general, se haga más gravosa la situación del apelante único.

²⁴ Fl. 23 C.1



de agosto de 2005 y en cuyo efecto requirió la liquidación de los valores compensados pendientes y de sus aportes como asociado.

- Oficio (s/f)²⁵, por medio del cual CORCAÑA C.T.A., da respuesta al derecho de petición presentado por el apoderado de Alberto Eloy Rosero, en donde le explica que esta Cooperativa es de carácter privado, de manera que no es procedente el derecho de petición, pero accede a responder la solicitud del interesado, aclarándole que el vínculo asociativo entre Alberto Eloy Rosero y CORCAÑA terminó el 30 de agosto de 2005. *“por solicitud del mismo señor Rosero”*, de manera que para el 13 de septiembre de 2005, no había contrato asociativo de trabajo.

- Solicitud de admisión como asociado, presentada por Alberto Eloy Rosero el 30 de agosto de 2005 a la Cooperativa COOTRAFUERZA UNIDA C.T.A.²⁶.

- Acta de Acuerdo suscrita el 27 de junio de 2005 entre *“los directivos del Ingenio La Cabaña S.A. y un grupo de personas quienes expresan tener representación de los asociados que prestan sus servicios en las labores de corte de caña como asociados de las Cooperativas de Trabajo Asociado, los representantes de los sindicatos SINTRAICANAZUCOL y SINTRACABAÑA, los asesores de la comisión negociadora por parte de los corteros en cabeza de la CUT y los representantes del Ministerio de la Protección Social como garantes de lo acordado en la presente acta”*, quienes, entre otros puntos, acordaron que:

“8. El ingenio La Cabaña S.A. garantiza a las cooperativas de trabajo asociado que se formen y organicen de acuerdo a la Ley con los asociados que actualmente prestan el servicio en el corte de caña y cumplan con los requisitos que exige la Empresa, un cupo o tonelaje de caña a cortar, siempre y cuando cumplan con las normas y calidad exigidas para la labor convenida, teniendo en cuenta las necesidades y requerimientos del Ingenio La Cabaña S.A. en el corte manual de caña.

(...)

11. En cuanto a las Cooperativas y preoperativas (sic) que a la fecha prestan el servicio de corte de caña, escuchadas y analizadas las inconformidades (...) la Empresa se compromete a intervenir en el desmonte de las mismas, el cual se haría antes del 30 de agosto de 2005.”

- Oficio No. 2482/COMAN GRUNE DECAU, de 29 de noviembre de 2005²⁷, por medio del cual el Comandante del Departamento de Policía Cauca dio respuesta a

²⁵ Fls. 21-22 C.1

²⁶ Fl. 27 C.1



la petición mediante el cual se solicitó información sobre los hechos ocurridos el 13 de septiembre de 2005²⁸, y en el que se certifica que:

"(...) El día 13 de septiembre de 2005, se hizo necesaria la intervención de un personal del Escuadrón Móvil Antidisturbios (ESMAD) de la Policía Nacional, con el fin de evitar que un grupo de corteros de caña que realizaban una protesta, continuaran impidiendo el ingreso de vehículos al Ingenio la Cabaña del Municipio de Puerto Tejada – Cauca.

(...)

"(...) la intervención de los miembros de la Policía Nacional se hizo necesaria para impedir que se continuara obstaculizando el libre ingreso de vehículos al Ingenio la Cabaña; lo cual permite deducir, que al momento en que se hizo urgente la intervención de la Fuerza Pública, la protesta no tenía el carácter de pacífica.

De los antecedentes se desprende que se realizaron en los días posteriores otros actos de protesta. En cuanto a lo demás, le aclaro que la actuación de la Policía Nacional se limitó a intervenir, de conformidad con las normas constitucionales y legales, en aquellas situaciones o hechos en los cuales se presentaron bloqueos a las vías, saqueos a locales comerciales, actos de vandalismo, etc.

(...)"

- Epicrisis de Atención de Urgencias en el Hospital Nivel I Cincuentenario Puerto Tejada - Cauca²⁹, con fecha de ingreso 13 de septiembre de 2005 a las 12:05; motivo de consulta: "herida por arma de fuego (...) en manifestación en Ingenio Cabaña con herida en antebrazos"

- Primer reconocimiento médico practicado a Alberto Eloy Rosero por el Hospital Cincuentenario Puerto Tejada³⁰, en donde se consignó:

"ANTECEDENTES En enfrentamiento con Policía en Ingenio Cabaña sufre heridas con arma de fuego en antebrazo izquierdo y mano derecha el martes 13 de sep/05 a las 11h.

HALLAZGOS Presenta en el momento férula de yeso a nivel antebrazo izquierdo y en III dedo mano derecha se encuentra cubierta con gasa y esparadrapo.

Radiografías del 13-sep/05 muestran fractura compleja de radio (izquierdo) y fractura de 1ª falange III dedo mano derecha (...)

Reducción quirúrgica de las mismas.

ELEMENTO CAUSAL Arma de fuego

INCAPACIDAD PROVISIONAL 30 días DEFINITIVA

SECUELAS a determinar en 2º reconocimiento x (sic) trauma"

²⁷ Fls. 38-39 C.1

²⁸ Fl. 37 C.1

²⁹ Fl. 45 C.1

³⁰ Fl.40 C.1



Radicado: 19001-23-31-000-2006-00279-01 (44019)
Demandante: Alberto Eloy Rosero y Otros

- Diagnóstico emitido por Imágenes Tequendama el 13 de septiembre de 2005³¹, sobre los Rayos X practicados a Alberto Eloy Rosero en el antebrazo izquierdo y a la mano derecha, que reveló:

"RX ANTEBRAZO IZQUIERDO:

*Se observa reducción de la fractura descrita en el estudio anterior la cual se ha fijado con una placa con tornillos.
Existe una férula de yeso.*

RX DE MANO DERECHA AP Y OBLICUA

Se observa reducción de la fractura de la falange proximal del 3er dedo, con clavos cruzados con adecuada alineación de fragmentos".

- Informe Técnico Médico Legal de Lesiones No Fatales, elaborado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses el 27 de octubre de 2005³², que concluye:

*"MECANISMO CAUSAL: Proyectil de Arma de Fuego (según historia clínica)
Incapacidad médico legal: PROVISIONAL CINCUENTA Y CINCO (55) DÍAS CONTADOS A PARTIR DE LOS HECHOS. SECUELAS MEDICO LEGALES: SI LAS HUBIERE A DEFINIR EN UN SEGUNDO RECONOCIMIENTO, DEBE REGRESAR CON ULTIMO CONTROL MEDICO".*

- Dictamen emitido por la Junta de Calificación de Invalidez de Valle del Cauca³³, en donde consta que Alberto Eloy Rosero sufrió una pérdida de la capacidad Laboral Total de 18.99%, resultado de las "heridas por proyectil de arma de fuego en antebrazo izquierdo y mano derecha el 13,09,2005 – RX muestra fractura completa de radio izquierdo y 3º dedo mano derecha".

- Denuncia presentada por Alberto Eloy Rosero ante el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación³⁴, el 19 de septiembre de 2005, en donde relató:

"Resulta que yo trabajo con el ingenio la cabaña como cortero de caña, por contrato, y el día martes trece de septiembre de los corrientes estábamos todos los corteros haciendo manifestación pacífica, por motivo de que nos quieren dejar s in trabajo, el ingenio no nos ha firmado el contrato y quieren sacarnos del ingenio. Entonces razón por la cual estamos protestando y el martes estábamos allá en el ingenio a ver si el señor OSCAR MORA nos firmaba el contrato de trabajo y nos encontramos con la sorpresa de que él le había dicho a la Policía de que nosotros éramos guerrilleros, entonces la Policía antimotines nos agredió, nos atacó indiscriminadamente,

³¹ Fl. 51 C.1

³² Fl. 183 C.2

³³ Fls. 260-264 C.2

³⁴ Fls. 52 C.1 y 160 C.2



ocasionándonos grandes lesiones, a mí me fracturaron el brazo izquierdo y el tercer dedo de la mano derecha, (...) lesiones vendadas”.

Denuncia ratificada ante el Juzgado 183 de Instrucción Penal Militar dentro de la preliminar No.1086, en donde el demandante sostuvo:

“(...) Si (sic) me ratifico de la denuncia que se me pone de presente (...) Cortador de caña de lunes a sábado en un horario de 06:00 de la mañana hasta que se acabe el material (...) El señor OSCAR MORA si (sic) solicitó la Policía Antimotines, según tengo entendido por que (sic) el no había cumplido con el acta que teníamos que firmar todos los cortadores de caña mas (sic) o menos 950 hombres para la nueva cooperativa que el (sic) nos había prometido a partir del 30-08-05, y el día 12-09-05 en visto (sic) de que no éramos llamados nos fuimos para el ingenio a ver como (sic) nos iban a resolver nuestro problema de trabajo, y allí fue cuando nos encontramos con los Antimotines y según tengo entendido el señor OSCAR MORA disque (sic) les dijo a los Policías que nos atacaran que nosotros éramos guerrilleros, y nosotros les dijimos a los Antimotines que no éramos guerrilleros que simplemente íbamos a reclamar nuestros derechos, y el señor les dijo a los Antimotines que nos sacaran a como diera lugar, los Policías empezaron a echarnos gases lacrimógenos y atacarnos con el arma que dispara el gas, como me dispararon al cuerpo allí fue cuando me fracturaron el brazo izquierdo y el derecho (...)”³⁵.

- Testimonio rendido por Elcías Cantillo³⁶, quien con relación a los hechos en que resultó lesionado Alberto Eloy Rosero, manifestó:

“Conozco al señor Alberto Eloy Rosero hace mas (sic) o menos diez años, lo conozco ya que somos vecinos, también trabajamos juntos en la misma empresa o sea en el Ingenio La Cabaña, (...) el día 13 de septiembre de 2005 nosotros estábamos en una marcha pacífica los corteros de caña del Ingenio La Cabaña, cuando fuimos atacados por la policía y nos hicieron tiros y en los tiros que nos hicieron le fracturaron a Alberto Eloy Rosero el brazo derecho y un dedo de la mano izquierda, también nos lanzaron gases lacrimógenos y nos dieron garrotazos, por eso no puedo asegurar si las lesiones sufridas por Alberto Eloy fueron causadas por disparos o por los garrotazos que nos dieron ya que como hubo mucha humareda y cuando nosotros que éramos mas (sic) o menos 500 hombres los que participábamos en la marcha pacífica procedimos a recoger los lesionados encontramos que Alberto Eloy tenía el brazo derecho partido y un dedo de la mano izquierda, después de que lo recogimos unos compañeros en una ambulancia que no vi de donde era y como eran varios heridos se trasladaron al hospital de aquí de Puerto Tejada y de aquí lo remitieron a la Clínica Tequendama de Cali (...) yo estaba allí y vi que eran los policías antimotines los que nos atacaban con las armas que traían, con gases lacrimógenos, bolillo y garrotes pero en la parte de adentro del ingenio estaban los tanques (...) entre las personas que integraban la marcha (...) [NO] se encontraba personal armado (...)”

³⁵ Fls. 172-173 C.2

³⁶ Fls. 105-108 C.2



- Testimonio rendido por Vicente Emilio Orjuela Suárez³⁷, quien con relación a los hechos en que resultó lesionado Alberto Eloy Rosero, manifestó:

"(...) me pude enterar de que mi compadre Alberto Eloy Rosero sufrió un accidente por parte de la policía antimotines, cuando se celebraba una manifestación pacífica en el Ingenio La Cabaña, porque me llamaron por teléfono y me dijeron que había resultado fracturado (...) yo asistí a la casa de él (...) por boca de él mismo me manifestó que les dispararon con esas balas que producen los gases lacrimógenos (...)"

- Testimonio rendido por Felipe Cambindo³⁸, quien con relación a los hechos en que resultó lesionado Alberto Eloy Rosero, manifestó:

"Al señor Alberto Eloy Rosero, lo conozco hace quince años, lo conocí como compañero de trabajo cortando caña, en el Ingenio La Cabaña, él trabaja allí hace por ahí unos veinte años (...) pero ya no como antes, porque se le encalambran las manos cuando esta cortando, (...) porque le fracturaron las manos, en el brazo derecho y la mano izquierda, y eso se lo hizo el orden público, al decir así me refiero a los antimotines, porque ellos nos atacaron a nosotros indefensamente, porque nosotros estábamos en un paro pacífico en el ingenio La Cabaña y los señores de la Fuerza Pública nos atacaron a nosotros con gas lacrimógeno, nos echaban agua, y allí fue donde salió herido Eloy, nos tiraban una pepa parecida al luminio (sic) y con eso fue que hirieron a Eloy (...) la protesta era porque queríamos que los contratistas se salieran del Ingenio para nosotros conformar una cooperativa por eso era la protesta.- Cuando vimos a Eloy herido lo sacamos a Puerto Tejada, en una ambulancia al Hospital y luego lo remitieron a Cali (...) el señor Alberto Eloy, [yo y los otros compañeros que participamos en la protesta NO estábamos armados]"

- Testimonio rendido por Uldarico Torres Vidal³⁹, quien con relación a los hechos en que resultó lesionado Alberto Eloy Rosero, manifestó:

"Conozco al señor Alberto Eloy Rosero (...) hace siete años que entré a trabajar en el Ingenio La Cabaña (...) el día 13 de septiembre de 2005, nosotros todos los corteros de caña [unos cuatrocientos cincuenta hombres] estábamos reunidos afuera del ingenio estábamos haciendo una manifestación pacífica porque estábamos reclamando nuestros derechos, que sacaran los contratistas y conformaran unas cooperativas, y estábamos en esa reunión cuando nos vimos atacados por los antimotines, sé que eran antimotines porque vestían de negro y estaban armados con armas largas y unos metales, (...) eso se lo tiraban a la gente y echaban un humo con eso hirieron a Alberto Eloy en la mano izquierda y en los dedos derechos, le causaron fracturas graves, cuando lo vimos así los compañeros lo agarramos y lo sacamos cincuenta metros atrás, llegó la ambulancia y lo trajeron para el Puerto para el Hospital y de allí lo despacharon para Cali, hubo como diez heridos, pero el mas (sic) grave era Eloy, (...) los trabajadores [NO le causaron daños a las instalaciones de la empresa y no estaban armados] todos estábamos mani vacíos (sic).(...)"

³⁷ Fls. 109-114 C.2

³⁸ Fls. 144-146 C.2

³⁹ Fls. 147-149 C.2



- Testimonio rendido por Isaac Elías Caicedo⁴⁰, quien con relación a los hechos en que resultó lesionado Alberto Eloy Rosero, manifestó:

"Al señor Alberto Eloy Rosero lo conozco hace 15 años (...) porque hemos laborado en la misma empresa en el Ingenio La Cabaña aquí en Puerto Tejada como corteros de caña el día 13 de septiembre de 2005 nos encontrábamos nosotros los trabajadores del Ingenio La Cabaña en una protesta pacífica porque no queríamos seguir laborando con los contratistas o sea los intermediarios (...) cuando los agentes del Gobierno, los policías nos atacaron con armas largas, con esas armas lanza gases, como esos proyectiles de gases tienen una cosa de aluminio con eso le dieron al compañero Alberto Eloy Rosero en la mano izquierda y en los dedos de la mano derecha, es decir le fracturaron la mano izquierda y los dedos de la mano derecha y después de eso cuando tratamos de auxiliar al compañero Alberto Eloy Rosero nos atacaron a los demás que hacíamos parte de la protesta que en total éramos mas (sic) o menos 250 trabajadores, cuando vimos herido que él cayó en una sequia tratamos de auxiliarlo y en eso nos disparaban a los otros que estábamos allí, de ahí otros compañeros gritaban que lo habían matado y en ese momento dejaron de disparar y de allí llegó una ambulancia que no sé si era del ingenio o de que parte (sic) y lo trasladaron aquí a Puerto Tejada al Hospital de ahí le prestaron los primeros auxilios y lo trasladaron para Cali (...) eran los antimotines (...) cuando ellos los policías nos dispararon estábamos como a unos seis metros de distancia (...) el gas que nos tiraban nos ahogaba y con un proyectil de esos fue que le dieron al señor Alberto Eloy Rosero, porque después de que lo levantamos de donde cayó, unos compañeros encontraron el artefacto con que le dieron (...) a las instalaciones del ingenio La Cabaña NO [le hicimos] ninguna clase de daños (...) yo estaba aproximadamente a un metro distancia (sic) del señor Alberto Eloy Rosero cuando le dispararon, lo vi porque estaba a un metro aproximadamente cuando los antimotines en grupo se nos vinieron encima y nos dispararon de frente (...)"

- Declaración rendida por Oscar Eduardo Mora Barriaga⁴¹, Gerente de Recursos Humanos del Ingenio La Cabaña, quien con relación a los hechos manifestó:

"(...) Es cierto que desde el 28-05-05 se presentaron varias protestas en seis ingenios azucareros del valle del Río Cauca, y las protestas fueron escalonadas hasta el 22 de noviembre de 2005, entre esas en septiembre se presentaron quemas de equipos como tracto mulas, llantas de lo (sic) bagones (sic) remolcadores de caña, cierres en las porterías por parte de los corteros, machetearon a un trabajador de servicios generales al señor JAVIER GARCES y le dieron piedra a los vehículos que salían del ingenio cargados con azúcar, cerraron las porterías con buses que fueron secuestrados los dueños que prestan el servicio con personal del corte en el ingenio la cabaña, se pidió la colaboración de la policía y el ejército del batallón Pichincha y el Codazzi, el Grupo ESMAD y el EMCAR, esta toma la realizaron más de dos mil personas coterros (sic), gritaban consignas como tenemos ya seguridad, pidiendo que se disolviera esta protesta que era ilegal e injusta debido a que estaban manipulados por políticos y un sindicato que sólo quería los aportes del sindicalismo (...) Ellos tenían mantenían (sic) sus cascos, escudos y

⁴⁰ Fls. 150-153 C.2

⁴¹ Fls. 174-177 C.2



protectores de piernas y algunos fueron heridos y atendidos por los médicos de la empresa por los golpes que sufrieron por los corteros, ellos si tiraron gases lacrimógenos, si no hubieran hecho hubieran (sic) destruido el ingenio (sic) los corteros, siempre amenazaron con dinamitar las calderas, una calderas (sic) de estas (sic) manera una presión de ciento veinticinco mil libras y si una llanta de carro que se pasa ciento veinte libras de presión sale disparado el ring hasta matar al montallanta se puede imaginar que (sic) pasaría con una caldera de estas, la reacción de estas cuatro calderas puede casi destruir a Puerto Tejada y Guachene (...) En el ingenio estuvieron presentes más de dos mil hombres, recogidos entre corteros del cauca (sic) y el ingenio el Castillo, estos empezaron a dar piedra y amenazar con machetes y a herir a algunos trabajadores, hubo un enfrentamiento entre trabajadores debido a que en Junio más de una semana no permitieron el ingreso a ningún trabajador a la empresa, no hubo pago por este tiempo de la huelga, esto ofendió demasiado a trabajadores que decían que no iban a permitir que nuevamente los secuestraran en las instalaciones y que iban a defender la empresa si era garrote y piedras por lo cual se veía un trato injusto (...) se necesitó la presencia disuasiva del grupo ESMAD solicitada por mí, (...) [la protesta la hicieron] personas que antes trabajaron con las cooperativas y ellos en junio 22 de 2005 realizaron un paro pidiendo que se acabara con los contratistas y con las cooperativas y dieron plazo hasta el día 30-08-05, la empresa cumplió con esto y a partir del 01 de septiembre 2005 consiguió cinco contratistas para la vinculación en el corte de caña de todos los trabajadores que desearan trabajar con ellos como también en propiedad en el ingenio la Cabaña, (...), si no hubiera sido por el apoyo de las fuerzas policiales y militares hubieran destruido la empresa, ya de que (sic) la cooperativa de los trabajadores fue saqueada, dañada las mercancías, se llevaron los alimentos, de todos estos hechos tenemos fotografías, filmaciones las cuales podemos entregarlas al despacho, los daños ocasionados a la empresa ascienden a cinco mil millones de pesos, la empresa los denunció (sic) penalmente a los líderes del sindicato que promovió esta marcha que fue la CUT, SINTRA Y (sic) CAÑA SUCO y al Exalcalde de Puerto Tejada señor FERNANDO SANTA (...) La pidió la gerencia general el Doctor EDUARDO VALDERRAMA y yo, pedimos apoyo a la presidencia (sic) de la República, al Ministro y nos comunicamos con el General Meza, el CR. CELYS y tuvimos la presencia del CR. MORENO, los uniformados la actitud fue siempre conciliadora hasta cuando fueron atacados a piedra y machete, a los uniformados les dañaron los cascos y escudos de protección, cuando hubo un enfrentamiento entre trabajadores que no estaban de acuerdo con la protesta de los corteros de caña que pertenecían a los contratistas y mientras que empleados y corteros que tienen su vinculación con el ingenio que son mil setecientos setenta y dos trabajadores y muchos de ellos al no estar de acuerdo con este paro ilegal les tiraron piedra a los que nos tenían secuestrados, motivo por el cual tuvo que intervenir las autoridades tirando gases lacrimógenos y disuadir el conflicto que se estaba presentando en la portería central (...) los corteros se tomaron la portería de la empresa, estábamos secuestrados y fueron los mismos trabajadores que estaban encerrados cuando ellos les dieron piedra también, contestándoles a los que no permitían el buen funcionamiento del ingenio o sea los corteros de caña ante esta agresión les contestaron también a los corteros de contrato y por eso se pidió la ayuda a la policía para disuadir estas agresiones ante esta toma ilegal de los corteros de caña (...) estaba la trabajadora social (...) ellos no aceptaron esto si no que querían bajo las condiciones que ellos le impusieran a la compañía, como esto no fue aceptado procedieron nuevamente en septiembre a tomarse la compañía con amenazas, bloqueos y machetes y con la presencia de otros corteros de contratistas de los ingenios Cauca y Castilla y esta vez ya los trabajadores de vinculación directa de la



compañía no se aguantaron y los recibieron a piedra a estos contratistas, así como estos también quisieron tomarse la empresa, por eso los propios se defendieron y hubo necesidad de haber presencia del Batallón Pichincha, del batallón Codazzi, grupo EMCAR y antimotines de la Policía (...)”⁴².

- Oficio No. 0497 ESMAD MEVAL de 30 de marzo de 2006, por medio del cual el Comandante del Escuadrón Móvil Antidisturbios Regional No. 6⁴³, certifica que:

“(...) en ningún momento el Escuadrón Móvil Antidisturbios Regional No 06, recepciono (sic) (...) tuvo conocimiento de que se hayan presentado estas novedades [heridos]. (...)”

Por lo anterior en los archivos del escuadrón no reposa documentación alguna con respecto a las lesiones que haya podido sufrir el señor ALBERTO ELOY ROSERO por parte del personal del Escuadrón, Cabe (sic) anotar que debido a las manifestaciones violentas que ellos realizaron si se pudieron lesionar con los elementos que utilizaban para atacar al personal uniformado, además en desarrollo de estas turbas violentas al momento de ellos arrancar a correr se veía constantemente como se caían y como ellos mismos se lesionaban con los elementos contundentes que poseían como lo son (machetes, palos, botellas, piedra etc.) dejando como saldo varios vehículos de particulares y de la institución bastante averiados”.

- Oficio No. 608 ESMAD No.3 de 7 de junio de 2006⁴⁴, por medio del cual el Comandante del Escuadrón Móvil Antidisturbios Número 03, certifica:

“(...) la relación (sic) de los elementos que se utilizaron en los procedimientos realizados por el Escuadrón (sic) Móvil (sic) Antidisturbios Número (sic) 03 para restablecer el orden público (sic) en el Ingenio LA CABAÑA.

- a. Granadas de Gas Lacrimogeno (sic) 37 mm.*
- b. Granadas de Aturdimiento.*
- c. Aspersores de Gas Pimienta.*
- d. Granadas de Gas lacrimogeno (sic) de mano.*

Igualmente me permito informar que estos elementos se encuentran amparados por las leyes Jurídicas (sic) como uso de la fuerza para el Manejo de disturbios ya que no son letales, y sí se usaron los Lanza Gases debido a los graves desordenes (sic) que se produjeron en el Ingenio La Cabaña y a la amenaza de riesgo latente ya que estos manifestantes se encontraban arrojando gran cantidad de elementos contundentes como piedras, palos, botellas y se encontraban armados con grandes machetes los cuales son utilizados para su trabajo de recolección de caña de azúcar (sic) y son totalmente filosos con lo cual se muestra la desventaja para nosotros al momento de proceder”.

⁴² Fls. 174-177 C.2

⁴³ Fl. 180 C.2

⁴⁴ Fl. 186 C.2



- Comunicación de julio 7 de 2006⁴⁵ por medio de la cual el Juzgado 183 de Instrucción Penal Militar solicita al Comandante del Escuadrón Móvil de Antidisturbios Número 3,

"informar si las granadas de gas lacrimógeno 37 mm, granadas de aturdimiento, aspersores de gas pimienta y granadas de gas lacrimógeno de mano al ser lanzadas para controlar los disturbios y en especial los hechos presentados el 13 de septiembre de 2005 en el Ingenio La Cabaña, podían lesionar de tal forma a una persona que le fracturara el antebrazo izquierdo y de una falange de uno de los dedos de la mano derecha".

- Oficio No. 0681 de 19 de julio de 2006⁴⁶, en donde el Comandante del Escuadrón Móvil Antidisturbios Número 3, responde:

"(...) que el material utilizado por el Escuadrón Movil (sic) Antidisturbios Numero (sic) Tres el pasado 13 de Septiembre (sic) del 2005 en el Ingenio La Cabaña, como granadas de gas y de aturdimiento, al igual que los aspersores de Gas Pimienta; No son letales, y en ningún caso pueden producir fractura alguna ya que solamente expelen gas que sirve para poder disolver manifestaciones en el momento en que se tornen violentas.

Igualmente me permito informar que si se produjeron lesiones de parte de los manifestantes se debio (sic) a la gran cantidad de elementos contundentes y corto punzantes con que ellos contaban y a la actitud violenta de ellos para agredirnos, notandose (sic) claramente como ellos mismos se lesionaban debido al desorden y a la cantidad desmedida de elementos que nos arrojaban".

- Resolución de 23 de agosto de 2006⁴⁷, por medio de la cual el Juzgado 183 de Instrucción Penal Militar resolvió archivar la indagación preliminar e inhibirse de abrir formal investigación por el presunto delito de lesiones personales en Alberto Eloy Rosero, en consideración a que:

"(...) si bien se encuentra demostrada la materialidad del delito de lesiones personales del que dice fue objeto el denunciante, (...) no hay certeza de que tales lesiones fueron ocasionadas por el personal policial que se encontraba de servicio en el restablecimiento del orden público en el Ingenio La Cabaña en la fecha investigada, (...) las lesiones que sufrió el antes mencionado tuvo que habérselas causado entre trabajadores contratistas y nombrados, ya que hubo un enfrentamiento entre los trabajadores que no estaban de acuerdo con la protesta de los corteros de caña que pertenecían a los contratistas, (...).

No se cuenta con ningún [medio de prueba] que corrobore (...) que fue efectivamente el personal policial que lo lesionó, (...).

⁴⁵ Fl. 189 C.2

⁴⁶ Fl. 190 C.2

⁴⁷ Fls. 192-194 C.2



Así mismo, [prevé] que debido a las manifestaciones violentas que realizaron los manifestantes (sic) estos mismos se pudieron lesionar con los elementos que utilizaban para atacar al personal uniformado, (...).

Igualmente tal como se puede observar en el álbum fotográfico que se aportó como prueba (...) la actitud de los manifestantes en ningún momento fue pasiva, pues procedieron a atentar contra la propiedad de la empresa, dañando sus plantaciones, vehículos e instalaciones en general, daños que ascendieron a más de cinco mil millones de pesos, según versión del señor MORA BARRIAGA representante de dicha empresa".

3.5. Problema jurídico que debe ser resuelto en razón del recurso de apelación

En atención a las exigencias derivadas de la estructura de la responsabilidad patrimonial pública, la apelación y la situación fáctica presentada, la Sala plantea el siguiente problema jurídico: ¿Se encuentra probado que el daño sufrido por la víctima le es imputable a la Nación – Policía Nacional?

3.6. Consideraciones y solución del problema.

Antes de entrar a resolver el problema jurídico que se ha planteado, es oportuno hacer unas consideraciones generales sobre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad por la prestación del servicio del Escuadrón Móvil Antidisturbios – ESMAD.

3.6.1. Consideraciones generales sobre la responsabilidad del Estado.

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991⁴⁸ consagró dos condiciones para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado: i) la existencia de un daño antijurídico y ii) la imputación de éste al Estado.

El daño antijurídico es la lesión injustificada a un interés protegido por el ordenamiento. En otras palabras, es toda afectación que no está amparada por la ley o el derecho⁴⁹, que contraría el orden legal⁵⁰ o que está desprovista de una

⁴⁸ "Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de marzo de 2000. Rad.: 11945



causa que la justifique⁵¹, resultando que se produce sin derecho al contrastar con las normas del ordenamiento y, contra derecho, al lesionar una situación reconocida o protegida⁵², violando de manera directa el principio *alterum non laedere*, en tanto resulta violatorio del ordenamiento jurídico dañar a otro sin repararlo por el desvalor patrimonial que sufre, de donde la antijuridicidad del daño deviene del necesario juicio de menosprecio del resultado y no de la acción que lo causa.

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el daño especial, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto⁵³.

Es decir, verificada la ocurrencia de un daño antijurídico y su imputación al Estado, surge el deber de indemnizarlo plenamente, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido.

3.6.2. Consideraciones generales sobre la responsabilidad por la prestación del servicio del Escuadrón Móvil Antidisturbios – ESMAD.

Tenemos que el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley tiene que ser excepcional y razonablemente necesario y proporcional, acorde con las condiciones que cada caso presente, siempre tendiente a cumplir los fines establecidos en las normas, es así como el Decreto 1355 de 1970 Código de Policía vigente para la época de los hechos, determinó la función del cuerpo de policía así:

“ARTICULO 1o. La policía está instituida para proteger a los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de ésta se derivan,

⁵⁰ Cfr. De Cupis. Adriano. Teoría General de la Responsabilidad. Traducido por Ángel Martínez Sarrión. 2ª ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A.1975. Pág.90.

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 1999, Rad.: 11499; Sentencia del 27 de enero de 2000, Rad.: 10867

⁵² Cosso. Benedetta. Responsabilità della Pubblica Amministrazione, en obra colectiva Responsabilità Civile, a cargo de Pasquale Fava. Pág. 2407, Giuffrè Editore, 2009, Milán, Italia.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C, sentencia de 18 de mayo de 2017, rad.: 36.386, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



por los medios y con los límites estatuidos en la Constitución Nacional, en la ley, en las Convenciones y Tratados Internacionales, en el Reglamento de Policía y en los principios universales del derecho."

Luego en sus artículos 29 y 30, se indica que el empleo de la fuerza y de otros medios coercitivos tan solo resulta viable cuando sea estrictamente necesario y únicamente procede en determinados eventos y bajo ciertas circunstancias:

"ARTICULO 29. Sólo cuando sea estrictamente necesario, la policía puede emplear la fuerza para impedir la perturbación del orden público y para restablecerlo.

Así, podrán los funcionarios de policía utilizar la fuerza:

- a) Para hacer cumplir las decisiones y las órdenes de los jueces y demás autoridades;*
- b) Para impedir la inminente o actual comisión de infracciones penales o de policía;*
- c) Para asegurar la captura del que debe ser conducido ante la autoridad;*
- d) Para vencer la resistencia del que se oponga a orden policial que deba cumplirse inmediatamente;*
- e) Para evitar mayores peligros y perjuicios en caso de calamidad pública;*
- f) Para defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor y sus bienes;*
- g) Para proteger a las personas contra peligros inminentes y graves.*

ARTICULO 30. <Artículo modificado por el artículo 109 del Decreto 522 de 1971. El nuevo texto es el siguiente:> Para preservar el orden público la Policía empleará sólo medios autorizados por ley o reglamento y escogerá siempre entre los eficaces, aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes. Tales medios no podrán utilizarse más allá del tiempo indispensable para el mantenimiento del orden o su restablecimiento.

Salvo lo dispuesto en la ley sobre régimen carcelario, las armas de fuego no pueden emplearse contra fugitivo sino cuando éste las use para facilitar o proteger la fuga."

Para comprender mejor el servicio de policía y la responsabilidad del Estado por los daños causados por uso excesivo de la fuerza, la jurisprudencia de esta



Corporación⁵⁴ ha dicho que acorde con la Convención Americana de Derechos Humanos se deben aplicar los criterios de excepcionalidad y uso racional de los instrumentos de coerción de que disponen las autoridades del Estado. También que la acción legítima de la función confiada por la Constitución Política a la Policía Nacional, implica un uso proporcional de los medios con los que cuentan los miembros de la fuerza pública, para hacer cumplir la ley y el ordenamiento jurídico.

Con relación al título de imputación aplicable en las situaciones que se alega la ocurrencia de un daño por el uso excesivo de la fuerza por parte de la Policía Nacional, el Consejo de Estado⁵⁵ ha establecido que es la de la falla en el servicio.

4.4.2.2 Solución al problema jurídico

Para resolver el problema jurídico la Sala analizará el material probatorio válidamente allegado al plenario; entre estos, valorará los medios de prueba arimados en copia autenticada, así como aquellos allegados en copia simple⁵⁶ y las pruebas trasladadas del proceso penal adelantado por el Juzgado 183 de Instrucción Penal Militar, de conformidad con el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil y en consideración a que han obrado a lo largo del proceso sin que hayan sido objeto de tacha por parte de la entidad demandada y fueron practicadas a petición y con audiencia de la Policía Nacional, quien tuvo pleno conocimiento de este material durante el trasegar procesal, igualmente contó con la garantía y oportunidad para contradecirlas o usarlas en su defensa⁵⁷.

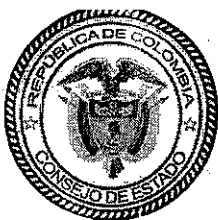
Así, el material probatorio será valorado en conjunto y a la luz de los criterios de la sana crítica, es decir, bajo las razones de la lógica, la ciencia y el correcto

⁵⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 8 de abril de 2014. Radicación número: 68001-23-15-000-2000-03456-01(29195)

⁵⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 08 de abril de 2014. Radicado No. 68001-23-15-000-2000-03456-01 (29195).

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, Exp. 25022. Previó la valoración de la copia simple *“específicamente [en los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas”*

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 19 de julio de 2017. Exp. 38251.



entendimiento humano, incluidas las pruebas testimoniales allegadas al plenario, aún aquellas que puedan considerarse sospechosas de conformidad con el artículo 217 del C.P.C., según el cual *“son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”*.

De manera que corresponde a esta Sala valorar los testimonios allegados al plenario y determinar la credibilidad e imparcialidad que en cada uno de ellos evidencia bajo su juicio y sana crítica, por cuanto los testimonios sospechosos no pueden ser desechados de plano sino que exigen en su valoración y examen mayor severidad y rigor, de cara al restante material probatorio y a las circunstancias del caso en concreto, conforme al artículo 218 – ibídem.

Finalmente, la Sala advierte que se allegaron al plenario una serie de copias de fotografías, presuntamente del lugar de los hechos, con las cuales se pretende acreditar la forma en que resultaron atacadas y destruidas las instalaciones del Ingenio La Cabaña, sin embargo, debe precisarse que estas solo dan cuenta del registro de varias imágenes, sin que pueda determinarse su origen, el lugar y la época en que fueron tomadas, y no han sido objeto de reconocimiento ni ratificación dentro del plenario, de modo que no logró establecerse su autoría. En consecuencia, no serán valoradas con el restante material probatorio⁵⁸.

Ha quedado dicho, como colofón del recuento de pruebas obrantes en el plenario en lo atinente al daño, que este se encuentra debidamente demostrado con pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, que Alberto Eloy Rosero sufrió lesiones en su antebrazo izquierdo y en el tercer dedo de la mano derecha, que finalmente conllevaron una pérdida de su capacidad laboral en un total de 18.99%, y no cabe duda que este hecho representa una lesión definitiva al bien jurídico fundamental – derecho fundamental de las personas a preservar su integridad psicofísica.

⁵⁸ Sobre el valor probatorio de las fotografías, consultar Corte Constitucional, sentencia de 29 de marzo de 2012, Exp. T-269. En el mismo sentido consultar Consejo de Estado, sentencia de 10 de junio de 2009, Exp. 18.108 y sentencia de 3 de febrero de 2002, Exp. 12497.



Con relación al presupuesto de antijuridicidad del daño, consistente en la inexistencia de un título jurídico que lo justifique o que exija soportarlo a quien lo padece, es preciso advertir, como punto de partida, que el mismo ordenamiento constitucional protege el derecho a la integridad personal y le otorga una mayor relevancia en tanto tiene una estrecha e inherente relación con otros derechos de rango constitucional como el derecho a la vida o el derecho a la salud⁵⁹. Asimismo, se halla amparado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su artículo 5.1 consagra que: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.”* De modo pues, que el daño aquí demostrado revistiría clara antijuridicidad, siempre que no haya tenido ocurrencia como consecuencia de un hecho propio y exclusivo de la víctima, e igualmente, habría lugar a su compensación, siempre y cuando se encuentre que el mismo resulta imputable a la entidad demandada.

Al respecto, el *A quo* concluyó que las lesiones sufridas por Alberto Eloy Rosero son imputables a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a título de falla en el servicio, porque en el cumplimiento de su función de evitar que se produjeran disturbios *“abusó de su investidura, (...) [y] agredieron a los manifestantes, entre ellos al demandante, con granadas de gas lacrimógeno, aspersores y “bolillos”*”.

Sin embargo, la entidad demandada como sustento de su recurso de apelación, advirtió que las heridas causadas al demandante se produjeron con arma de fuego y que *“el grupo de Control de Disturbios ESMAD de la Policía Nacional, no porta armas de fuego para el control de multitudes, solamente portan los elementos autorizados para restablecer el orden público, como son: gases lacrimógenos, bastón de mando, escudos, (...) granadas de gas y de aturdimiento, al igual que los aspersores de gas pimienta [que] no son letales y en ningún caso pueden producir fractura alguna ya que solamente expelen gas que sirve para poder disolver manifestaciones en el momento que se tornen violentas”*.

Planteado así el objeto de la apelación⁶⁰, y una vez analizado el material probatorio citado *in extenso* en esta providencia, la Sala encuentra probado que el

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-584/98.

⁶⁰ Con relación al sustento fáctico y el objeto del recurso de apelación, la Sala resalta que su competencia se encuentra limitada a los aspectos indicados en el recurso de apelación, por lo cual,



señor Alberto Eloy Rosero resultó lesionado el 13 de septiembre de 2005 durante el desarrollo de las protestas efectuadas en las instalaciones del Ingenio La Cabaña, en las que según el dicho de los testigos Elcias Cantillo y Uldarico Torres, participaron entre 450 y 500 manifestantes, contratistas del mencionado Ingenio que, entre otros asuntos reclamaban su vinculación laboral directa con su empleador según lo establecido en el acuerdo suscrito el 27 de junio de 2005.

Asimismo la Sala considera acreditado que, aunque las protestas tuvieron lugar por iniciativa de los corteros de caña, que con anterioridad se encontraban vinculados al Ingenio La Cabaña mediante las cooperativas de trabajo, tanto los informes de policía como el testimonio del Gerente de Recursos Humanos - Oscar Eduardo Mora Barriaga, coinciden en afirmar que abultado número de trabajadores directos de dicho ingenio reaccionaron a la toma efectuada por otros corteros de caña pertenecientes a las cooperativas quienes estaban protestando por su desvinculación al Ingenio La Cabaña, suscitándose el disturbio entre ambas facciones, lo que requirió de la intervención del grupo antimotines de la Policía Nacional.

Ahora bien, los manifestantes que rindieron su versión dentro del plenario afirmaron no haber hecho uso de algún tipo de arma, en tanto que los informes policiales y la declaración del Gerente de Recursos Humanos aseveran que en el desarrollo de la protesta los corteros *"se encontraban arrojando gran cantidad de elementos contundentes como piedras, palos, botellas y se encontraban armados con grandes machetes los cuales son utilizados para su trabajo de recolección de caña de azúcar (sic)"*; afirmación esta que la Sala no encuentra desvirtuada, ni siquiera con el dicho de Elcias Cantillo, Uldarico Torres o Isaac Elías Caicedo, pues aunque estos testifican que *"no estaban armados"*, su versión no es suficiente para tener por establecido que los restantes participantes no se hallaran proveídos de tales elementos. Adicionalmente se tiene en cuenta lo afirmado por el señor Oscar Eduardo Mora Barriaga quien indicó que trabajadores suyos se

en principio, los demás asuntos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, donde debe preverse lo dispuesto en el artículo 357 del C.P.C., según el cual, *"la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso (...)"*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 27 de febrero de 2015. Exp.: 27.183.



enfrentaron con los corteros huelguistas resultando en una reyerta entre empleados y exempleados del ingenio quienes se arrojaban unos a otros elementos contundentes, de donde se puede afirmar que los corteros huelguistas se enfrentaron no solo con los miembros del ESMAD que estaban controlando la alteración del orden público, sino también con otros corteros de caña empleados del Ingenio y que a su vez se lanzaban elementos contundentes entre ellos.

Y este hecho es importante, precisamente, porque el interrogante que surge para la Sala es ¿Con qué arma o elemento resultó lesionado Alberto Eloy Rosero, y a quién le pertenecía?, pues, como bien se desprende del objeto de la apelación, sólo la respuesta a este interrogante podrá conllevar con certeza a la atribución de la responsabilidad en cabeza de la entidad demandada.

Al respecto, en el material probatorio se observó que los documentos médicos, esto es la Epicrisis de Atención de Urgencias del Hospital Nivel I Cincuentenario Puerto Tejada y el primer reconocimiento médico practicado por el mismo hospital, así como el Informe Técnico Médico Legal y el dictamen emitido por la Junta de Calificación de Invalidez de Valle del Cauca, registraron como elemento causal de las heridas un *“proyectil de arma de fuego”*.

Sin embargo, el demandante Alberto Eloy Rosero afirmó ante la Justicia Penal Militar que la herida fue causada *“con el arma que dispara el gas”*, en tanto que el manifestante Elcías Cantillo sostuvo que *“los tiros que nos hicieron le fracturaron a Alberto Eloy Rosero el brazo izquierdo y un dedo”*, quien subsiguientemente especificó que *“también nos lanzaron gases lacrimógenos y nos dieron garrotazos, por eso no puedo asegurar si las lesiones sufridas por Alberto Eloy fueron causadas por disparos o por los garrotazos (...) los policías antimotines nos atacaban con las armas que traían, con gases lacrimógenos, bolillo y garrotes”*.

Por su parte, el manifestante Uldarico Torres Vidal, sostuvo que *“con armas largas y unos metales (...) con eso hirieron a Alberto Eloy en la mano izquierda y en los dedos derechos”*; así como Isaac Elías Caicedo sostuvo *“con esas armas lanza gases, como esos proyectiles de gases tienen una cosa de aluminio con eso le dieron al compañero Alberto Eloy Rosero en la mano izquierda y en los dedos de la mano derecha”*.



Podemos ver que lo consignado en los testimonios obedece a la percepción personal que cada uno tuvo frente a los hechos presenciados, por supuesto, en consideración a las circunstancias que rodearon su ocurrencia. La Sala observa que los testigos Elcías Cantillo, Felipe Cambindo, Uldarico Torres e Isaac Elías Caicedo ostentan un vínculo subjetivo con relación a la ocurrencia de los hechos, formaban parte del grupo de corteros que adelantó la protesta, son amigos cercanos y de vieja data del demandante y, adicionalmente, en su relato se evidencia que ninguno tuvo percepción directa del momento exacto en que Alberto Eloy Rosero resultó herido. Tenemos que las pruebas testimoniales deben ser contrastadas con los demás medios probatorios, evidenciando que estas no concuerdan con la información consignada en los documentos médicos que constituyen una fuente de información confiable y pieza importante para individualizar e integrar todos los aspectos concernientes a la situación reportada por el paciente al momento de solicitar la atención en salud, concretamente, la patología o herida puesta bajo el conocimiento médico en la cual se indicó que la herida fue causada por arma de fuego, de donde puede deducirse que no fue ocasionada por elemento contundente alguno.

A la sazón debe preverse que tales documentos forman parte de la historia clínica del paciente y de conformidad con la Ley 23 de 1981, artículos 34 y 36, *“La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente [y] en todos los casos (...) deberá diligenciarse con claridad”*.

En resumen, la Sala encuentra acreditado que Alberto Eloy Rosero fue lesionado con arma de fuego el día 13 de septiembre de 2005, durante el desarrollo de la protesta laboral que tuvo lugar en el Ingenio La Cabaña, asistida por la intervención de la Policía Nacional – Escuadrón Móvil Antidisturbios que adelantó el operativo con el uso de armas no letales, de manera que se puede inferir, que ninguno de sus integrantes pudo herir con arma de fuego al señor Alberto Eloy Rosero dentro del operativo para controlar la reyerta en la cual se encontraban enfrentados varios grupos de corteros de caña.

Ahora bien, aun en atención a lo manifestado por los testigos Felipe Cambindo, Uldarico Torres Vidal e Isaac Elías Caicedo, según los cuales los proyectiles de



gases tienen una “cosa” o “pepa” de aluminio y con eso fue que hirieron a Alberto Eloy Rosero, quien a su vez denunció que la lesión fue causada con “*el arma que dispara el gas*”, la Sala observa que no existe prueba dentro del plenario que permita establecer con grado de certeza que el proyectil de arma de fuego puede asimilarse al de otro tipo de arma de aquellas empleadas por el ESMAD, o que la herida propinada por uno y otro artefacto se equiparan en su apariencia o efectos, al punto que hubiera conllevado confusión en el registro médico⁶¹ que fue claro en señalar: “*ANTECEDENTES En enfrentamiento con Policía en Ingenio Cabaña sufre heridas con arma de fuego en antebrazo izquierdo y mano derecha el martes 13 de sep/05 a las 11h.*”.

Por el contrario, la Sala advierte que el Juzgado 183 de Instrucción Penal Militar, en aras de establecer la responsabilidad penal por el delito de lesiones en la persona de Alberto Eloy Rosero, indagó al Comandante del Escuadrón Móvil Antidisturbios Número 3, para que informara si el material empleado por el ESMAD podía llegar a fracturar el antebrazo izquierdo y la falange de uno de los dedos de la mano derecha del demandante, ante lo cual se reiteró la imposibilidad de causar letalidad con estos elementos y se dijo que “*en ningún caso pueden producir fractura alguna ya que solamente expelen gas que sirve para poder disolver manifestaciones en el momento en que se tornen violentas*”.

Así las cosas, en el *sub judice* surge idéntica conclusión a la resuelta por el Juez 183 de Instrucción Penal Militar que, aunque consideró acreditadas las lesiones personales sufridas por Alberto Eloy Rosero, finalmente encontró que “*no hay certeza de que tales lesiones fueron ocasionadas por el personal policial que se encontraba de servicio en el restablecimiento del orden público en el Ingenio La Cabaña en la fecha investigada*”.

El Consejo de Estado⁶², ha dicho que la valoración de la prueba trasladada es procedente⁶³ cuando: i) en el proceso del que se trasladan se hubieren practicado

⁶¹ FI.40 C.1

⁶² Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 16 de mayo de 2016. Radicación número: 66001-23-31-000-1999-00900-01(31333).

⁶³ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. En su modulación puede verse las siguientes sentencias: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334.



a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia⁶⁴, ii) las pruebas trasladadas y practicadas dentro de las investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración no requieren ratificación o reconocimiento, según sea del caso, dentro del proceso de responsabilidad⁶⁵; (iii) la ratificación de la prueba trasladada se suple con la admisión de su valoración⁶⁶; y, (iv) la prueba trasladada de la investigación disciplinaria puede valorarse ya que se cuenta con la audiencia de la parte contra la que se aduce, por ejemplo la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional⁶⁷.

Se advierte que las pruebas trasladadas de la investigación penal militar siempre estuvieron en el expediente a disposición de las partes, quienes pudieron controvertirlas, además que no fueron tachadas de falsas⁶⁸ y por ende procede valorarlas en el presente proceso.

En este sentido, la Sala evidencia que en el caso de autos no quedó acreditado que la lesión fuera causada por el ESMAD, toda vez que ni siquiera pudo establecerse que haya sido propinada con una de sus armas de dotación oficial, en ese sentido no se demostró a quien pertenecía el arma de fuego con la que se ocasionaron las lesiones, ni quien fue el que la disparó, de manera que no logró comprobarse la imputación fáctica del daño, que permitiría avanzar hacia el análisis jurídico de la conducta desplegada por la fuerza pública dentro del cumplimiento de sus funciones.

Por lo expuesto, se encuentra demostrado que el día de los hechos se presentó un enfrentamiento entre los empleados y los exempleados del cultivo de caña, quienes se agredían unos a otros, también que el ESMAD acudió al llamado para controlar la protesta y restablecer el orden público, de lo que tenemos que coexistieron tres actores, sin que se hubiera acreditado cuál de ellos fue el autor de las lesiones sufridas por el demandante, ni a quien pertenecía el arma con que se perpetraron. Además, como se mencionó anteriormente, los testimonios en los que se relatan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló el

⁶⁴ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2011, expediente 19969.

⁶⁵ Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989, expediente 5573.

⁶⁶ Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004, expediente 15088.

⁶⁷ Sección Tercera, sentencia 20 de mayo de 2004, expediente 15650. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2008, expediente 16741.

⁶⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de abril de 2011, expediente 20374.



evento que originó el daño no son consistentes y discrepan del elemento o arma que generó las lesiones, lo que indefectiblemente lleva a la conclusión de que se desconoce con qué dispositivo se causó la herida y por consiguiente quien fue el autor, lo que impide que sea imputable a la entidad demandada, pues no se acreditó que fuera con un arma perteneciente al ESMAD, ni que éste la accionara en contra del demandante. Lo que nos lleva a concluir que la parte demandante no demostró un uso desproporcionado o irracional de la fuerza por parte de los agentes de la Policía Nacional, ni que estos fuera los autores de sus lesiones.

Por último, llama la atención de la Sala que pese a quedar advertida por el juez de instrucción penal militar la falta de acreditación probatoria en la sede del enjuiciamiento penal, en esta sede, que corresponde al estudio de la reparación directa por los daños antijurídicos sufridos por el señor Rosero, la parte actora tampoco ejecutó actividad probatoria alguna que permitiera establecer con certeza que las lesiones sufridas se produjeron con un arma de dotación oficial del ESMAD, pese a la carga que le impone el artículo 177 del ordenamiento procesal vigente para la época de la lesión, según el cual incumbe a las partes probar el supuesto de hecho en que funda sus pretensiones.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia apelada porque quedó suficientemente desvirtuada la atribución que del daño antijurídico efectuó en primera instancia el Tribunal Administrativo del Cauca, en contra de la entidad demandada.

4.5. Condena en costas

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de alguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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



RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca el 4 de octubre de 2011, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: NO CONDENAR en costas.

CUARTO: En firme esta providencia, **ENVÍESE** el expediente al tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE



NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado



JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado



GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

legis

