



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

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013).

Radicación: 660012331000200200717 01 (27.983)

Actor: JOSÉ MONTOYA SOTO Y OTROS

Demandado: LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL

Asunto: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Decide la Subsección C el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 25 de marzo de 2004 (Fls.229 a 237 C.Ppal), en la cual se negaron las súplicas de la demanda:

"1. Se declaran probadas las excepciones de falta de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño y, de culpa personal del funcionario público.

2. Se deniegan las súplicas de la demanda.

3. Se ordena la devolución del remanente de gastos del proceso a que hubiere lugar".

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y pretensiones

El día 28 de mayo de 2002 los señores José Montoya Soto y Noelva Ramírez Gómez (padres), obrando en nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad Ferney, Diana Carolina y Mauricio Montoya Ramírez (hermanos), así mismo, los señores Jorge Arturo, Luis Fernando y Martha Ligia Montoya Ramírez (hermanos), mayores de edad, presentaron demanda de reparación directa por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 del C.C.A., para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas: (Fls.109 a 1122 C.1)

"1ª.) Declárese a LA NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL, son (sic) administrativamente responsables de los daños y perjuicios materiales y morales sufridos por los padres JOSÉ MONTOYA SOTO, NOELVA RAMÍREZ GÓMEZ (Esposos), quienes además, obran en representación de sus hijos menores de edad, FERNEY, DIANA CAROLINA Y MAURICIO MONTOYA RAMÍREZ; de igual forma los hermanos: MARTHA LIGIA, JORGE ARTURO Y LUIS FERNANDO MONTOYA



Expediente: 27.983
 Actor: José Montoya Soto y Otros
 Acción de reparación directa

RAMÍREZ, por razón de la muerte de su hijo y hermano CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ, cuya causa directa no fue otra, que el comportamiento delictivo por parte del agente de la Policía Judicial, quien acolitado por sus compañeros, incluso su Comandante, le permitieron estando en servicio disponible en el cuartel, salir y cometer el homicidio en persona de CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ y posteriormente escudarse en su investidura de autoridad judicial, resguardándose nuevamente en las instalaciones del Cuartel de la Policía, para evadir la acción de la justicia, siendo apoyado en sus exculpaciones mentirosas por parte de sus compañeros de institución, quienes además, omitieron tanto la acción policial, como recibir la denuncia a los familiares del occiso y dar captura a la persona que se señalaba instantes después de cometido el homicidio como su autor material; sin hacer ninguna anotación o reparo frente a los hechos denunciados; a pesar de que fueron prontamente conocidos por ellos, en especial por el Comandante de Guardia. Permitiendo con las omisiones anteriores que el hoy sentenciado, tuviese oportunidad de orquestar su coartada con el único fin de birlar (sic) la acción de la justicia y que su acción delictiva queda en la impunidad.

2ª.) Como consecuencia de la acción que como autoridad policial desarrolló el hoy sentenciado y las acciones y omisiones de sus compañeros de Institución aflora una manifiesta falla en el servicio; por lo anterior, LA NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA POLICIAL NACIONAL, están obligados a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

DAÑOS Y PERJUICIOS MORALES:

1º.-) Los actores: JOSÉ MONTOYA SOTO, NOELVA RAMÍREZ GÓMEZ (Esposos), quienes además, obran en representación de sus hijos menores de edad, FERNEY, DIANA CAROLINA Y MAURICIO MONTOYA RAMÍREZ; de igual forma: MARTHA LIGIA, JORGE ARTURO Y LUIS FERNANDO MONTOYA RAMÍREZ (hermanos), reclaman por PERJUICIOS MORALES EL EQUIVALENTE A: UN MIL (1.000) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES (Art. 97 del Código Penal) COMO INDEMNIZACION MORAL INTEGRAL. Reclamación que hace en calidad de padres y hermanos de la víctima, es decir, la suma de: TRESCIENTOS NUEVE MILLONES DE PESOS MDA CTE. (309.000.000.00).

PERJUICIOS MATERIALES:

Para los señores JOSÉ MONTOYA SOTO Y NOELVA RAMÍREZ GÓMEZ, (padres), o a quien los represente, la suma que resulte la edad promedio que le restaba de vida al momento del fallecimiento de su hijo que conforme con la tabla de vida probable de la Superintendencia de Salud está en los setenta y cinco (75) años, es decir, cuarenta y cinco años de vida le restaban al hoy extinto, igual a quinientos treinta y tres (533) meses, tiempo que le faltaba para cumplir la edad promedio, a razón del salario mínimo legal vigente de hoy (\$309.000), al momento de presentar la presente demanda, o sea, la suma de: CIENTO SESENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL PESOS MDA. CTE (\$164.697.000.00).

1º.-) LUCRO CESANTE CONSOLIDADO: Por la muerte de CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ, NACIDO DICIEMBRE 21 DE 1969 = 30 - 06 - 20 a JULIO 11 DE 2.000 FECHA DEL HOMICIDIO, cuya indemnización se liquidará teniendo en cuenta el promedio de vida probable en nuestro medio, que se establecerá aplicando la tabla colombiana de mortalidad que establece la vida probable en 75 años; de donde una persona de 30 años de edad muerta violentamente, le corresponde un término de vida probable de 45 años, o sea: 533 meses; término por el cual deberá cubrirse la indemnización habida cuenta de que CARLOS ALBERTO, fue muerto violentamente (homicidio) y que corresponderá a dos periodos aplicando la siguiente fórmula:

(...)



Expediente: 27.983
 Actor: José Montoya Soto y Otros
 Acción de reparación directa

2º.-) LUCRO CESANTE FUTURO O ANTICIPADO: Se establecerá aplicando la misma fórmula matemática, de donde se descontará los meses transcurridos y liquidados como LUCRO CESANTE CONSOLIDADO, al momento de dictarse la sentencia.

3º.-) Estos perjuicios materiales se tasarán teniendo en cuenta el promedio de vida productiva, que la ley tiene preestablecida en nuestro medio, que según Resolución Nro. 0497 (Mayo 20/97) "TABLA DE MORTALIDAD DE RENTISTAS", el hoy occiso le quedaba una expectativa de vida de 45 años; si se tiene en cuenta que para el momento del HOMICIDIO contaba con treinta años de edad, (nacido el 21 de diciembre de 1.969), es decir, le quedaba una expectativa de vida de 533 meses de los cuales deberán reconocerse pagarse en un cincuenta por ciento (50%) en favor de sus progenitores JOSÉ MONTOYA SOTO Y NOELVA RAMÍREZ GÓMEZ, o a quienes la representen, teniendo en cuenta el salario mínimo legal vigente, es decir (\$309.000.00).-

DAÑOS Y PERJUICIOS MORALES

1º.-) Los actores: reclaman por PERJUICIOS MORALES EL EQUIVALENTE A: UN MIL (1.000) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES (Art. 97 del Código Penal) COMO INDEMNIZACIÓN MORAL INTEGRAL. Reclamación que hace en calidad de padres y hermanos del hoy occiso CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ.-"

2. Hechos

Como fundamento de las pretensiones, los demandantes expusieron los hechos que la Sala sintetiza así:

PRIMERO: El día once (11) de julio a las 11:30 P.M., del año dos mil (2.000), fue herido mortalmente CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ, hechos ocurridos en el Municipio de Sta. Rosa de Cabal, concretamente en el carrera 14 con calles 25 y 26m quien falleciera posteriormente como consecuencia directa de las heridas recibidas por uno de los miembros de la fuerza pública.

SEGUNDO: Al hoy occiso se le prestaron los primeros auxilios en el hospital de la localidad de Sta. Rosa de Cabal siendo trasladado de inmediato, es decir, la misma noche hacia el hospital San Jorge de Pereira, donde falleciera a las 03:10 horas de la mañana del día doce (12) del mismo mes y año. O sea tres horas cuarenta minutos (03:40) después de haber sido agredido.

TERCERO: Desde el inicio de las primeras diligencias tendientes a esclarecer la muerte violenta indicada en los hechos anteriores se sindicó de manera directa a un agente de la policía de apellido "HOLGUIN", quien a la postre fuera plenamente identificado como EVELIO DE JESÚS HOLGIN (SIC) VILLA, quien perteneciera al grupo de la policía judicial de Sta. Rosa de Cabal, y a quien estaba y engrosaba el número de unidades disponibles en el comando policial de dicho municipio, entre las (10:00 horas P.M) del día 11; a las (06:00 A.M) del día siguiente 12 de julio del año dos mil (2.000).

CUARTO: Las sindicaciones que se hacen contra "HOLGUIN VILLA" nacen del informe suscrito por el (C.T.I), visto a folios 1 y 2 del cuaderno de copias Nro.1 – fechado en julio doce (12) de dos mil (2.000).

Así mismo, como de las declaraciones rendidas en Pereira, por LEONARDO REINOSA SOTO, JORGE ARTURO RAMÍREZ, ante la Fiscalía General de la Nación, unidad



Expediente: 27.983
 Actor: José Montoya Soto y Otros
 Acción de reparación directa

delegada ante los Juzgados Penales Municipales de Pereira, Fiscalía 37; a doce (12) de julio del año dos mil (2.000), siendo las (4:00 y 4:52 horas), testimonios que no dejan duda de las responsabilidades del Agente EVELIO DE JESÚS HOLGUIN VILLA (Vistos a folios 3 a 6 del cuaderno de copias Nro.3).

QUINTO: Los testimonios anteriores son corroborados en la Fiscalía 30 delegada del circuito de Sta. Rosa de Cabal, por LEONARDO REINOSA SOTO, JORGE ARTURO MONTOYA RAMÍREZ, LUIS FERNANDO JIMENES OROZCO, JUAN CARLOS GARCÍA Y GLENIS SMITH BONILLA CASTAÑO; Testimonios vertidos a (folios 10 a 35 Vto.) del cuaderno de copias Nro.1. Así mismo testimonio de CLARA INÉS MONTES CORREA, (folios 38 y 39 Cdo.1), quien manifiesta que el herido cuando fue atendido en el hospital de Sta. Rosa "(...)" él hablaba, le preguntaron el nombre, decía el nombre de él, como se llamaba y ya empezaron a hacerle el procedimiento, (... él si hablo (sic) como dos veces, (...) pero seguro el medico (sic) no estaba). Ello entonces, aunado al caudal probatorio mencionado, no cabe duda alguna de la responsabilidad que le atañe al Estado de responder por los perjuicios aquí causados.

SEXTO: Por ello, al resolverse la situación jurídica del implicado se dispuso imponer medida de aseguramiento, consistente en DETENCION PREVENTIVA, contra el sindicado EVELIO DE JESÚS HOLGUIN VILLA (folios 64 al 74 cuaderno de copias Nro.1). Resolución que fuera confirmada por la Fiscalía Dos delegada ante el Tribunal Superior (folio 101 al 106 del mismo cuaderno)

SEPTIMO: BLANCA LILIANA MORALES COLORADO, quien fue testigo al igual que ANA MARIA MONTOYA SOTO Y DIANA CAROLINA MONTOYA RAMÍREZ, de momento cuando el moribundo al ser interrogado por uno de sus hermanos, de quien lo había herido, aquel contestara que había sido "HOLGUIN" el de la "SIJIN" quien iba con su compañero (folios 240 a 245 Cuaderno de copias nro.2).

OCTAVO: Mediante providencia calificatoria de Noviembre dieciséis (16) del dos mil (2.000), la Fiscalía 30 delegada del Juzgado Penal del Circuito de Sta. Rosa de Cabal, emitió resolución de acusación contra el implicado EVELIO DE JESÚS HOLGUIN VILLA (folios 293 a 310 cuaderno de copias Nro.2).

NOVENO: El menor FERNEY MONTOYA RAMÍREZ, engrosa la prueba que pesa contra el sindicado en este punto (Folios 443 a 447 Cuaderno de copias Nro.3).

DECIMO: Como se encuentra establecido, para la época de la ocurrencia de los hechos, el sentenciado por el punible de homicidio cometido en la persona de CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ, era agente activo de la Policía Nacional, adscrito al Comando del Departamento de Risaralda, Estación de Policía de Santa Rosa de Cabal.

UNDECIMO: Precisamente, para el día once (11) de julio de dos mil (2.000), 11:30 P.M., fecha y hora en la que fuera ultimado el hoy occiso, el Agente activo de la Policía Nacional, se encontraba de servicio de disponibilidad en la Estación de Policía de Santa Rosa de Cabal; como quedó demostrado en la investigación penal, con el testimonio de varios declarantes y prueba de inspección judicial que se realizara a los libros radicadores de la referida Estación de Policía.

DUODECIMO: EL TRIBUNAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA, SALA DE DECISION PENA (SIC), Mediante FALLO proferido el día siete (7) de febrero del año dos mil dos (2.002), REVOCO EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA, proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, en consecuencia resolvió condenar EVELIO DE JESÚS HOLGUIN VILLA, a la pena principal de prisión de catorce (14) años, por haberlo hallado autor responsable del delito de homicidio, cometido en perjuicio de CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ.



Expediente: 27.983
Actor: José Montoya Soto y Otros
Acción de reparación directa

DECIMOTERCERO. Al dosificarse la pena no se partió del mínimo pues, el Honorable Magistrado consideró que la posición del imputado como autoridad no lo hacía merecedor de la pena mínima, le fue impuesta además, inhabilitación en el ejercicio de derecho y funciones públicas por el término de diez (10) años; igualmente, se condena al procesado de perjuicios.

DECIMOCUARTO: El hoy occiso, CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ, residía con sus padres y ayudaba económicamente para el sustento de estos y el de sus hermanos menores, devengando el salario mínimo legal vigente en el ramo de la construcción".

3. Actuación procesal en primera instancia

Por auto de 4 de julio de 2002, el Tribunal Administrativo de Risaralda admitió la demanda (Fl.124 C.1).

La entidad demandada a través de escrito presentado el 16 de agosto de 2002 (Fls.133 a 142 C.1), en relación con los hechos señaló que unos no le constan y los demás son apreciaciones. Seguidamente, solicita se desestimen las pretensiones de la demanda, al considerar que de acuerdo con la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala de Decisión Penal de Pereira, la presunta responsabilidad penal del señor Evelio de Jesús Holguín Villa, no tiene ningún vínculo con el servicio y mucho menos con el ente estatal, pues de ser relacionada con el servicio como se pretende con la demanda, la competencia para investigar al policía la habría tenido la justicia penal militar y no la ordinaria, lo anterior con fundamento en el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia.

Por tal razón, no existe responsabilidad del Estado en el presente asunto, por cuanto no se configura ninguno los tres elementos constitutivos de la misma, recordando que la carga probatoria esta en cabeza del actor. Finalmente, de ser cierta la conducta ilícita del policía Evelio de Jesús Holguín Villa, se trata de una conducta independiente, que en nada compromete el patrimonio de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nación, pues este actuó deslindado de toda actividad pública.

Propone como excepciones la falta de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, la culpa personal del funcionario público, la falta de legitimación en la causa por pasiva y el rompimiento del nexo causal.



A través de providencia del 24 de octubre de 2002, se abrió el proceso a etapa probatoria. (Fl.145C.1)

En proveído del 21 de marzo de 2003 el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda citó a las partes a celebrar audiencia de conciliación (Fl.170 C.1). Una vez llegado el día y la hora de la audiencia, la entidad demandada señaló que de acuerdo con el Comité de Conciliación del Ministerio de Defensa, del cual la Policía Nacional hace parte, consideraron no proponer ninguna fórmula de conciliación. (Fls.174 a 176 C.1)

En providencia del 27 de noviembre de 2003, se ordenó correr traslado a las partes para presentar los alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera el concepto de rigor. (Fl.186 C.1)

4. Alegatos de conclusión en primera instancia

Mediante escrito presentado el 16 de diciembre de 2003, la parte demandante presentó sus alegaciones finales (Fls.188 a 196 C.1) en las que reiteró lo dicho en el escrito contentivo de la demanda.

La entidad demandada en escrito del 16 de diciembre de 2003 alegó de conclusión (Fls.197 a 221 C.1), señalando que es necesario tener en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, el arma de fuego con la que se causó el homicidio, la cual no era de dotación oficial, y la situación laboral en la que se encontraba el Agente Evelio de Jesús Holguín Villa en ese preciso momento, condiciones que permiten demostrar que a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, no le asiste responsabilidad administrativa.

Por otro lado, señala que la presunción de responsabilidad por actividad o cosa peligrosa se aplica siempre y cuando el bien sea de dotación oficial, o que este destinado al servicio público, y en consecuencia, la entidad tenga la guarda del mismo, situación que se no se presentó en el presente caso, ya que no se logró demostrar por la parte demandante que el arma con la que se produjo el hecho fuera de dotación oficial o que estaba bajo la guarda de la entidad demandada. Tampoco existe dentro del plenario una declaración, en la cual manifieste que Holguín Villa al momento de cometer la conducta punible se hubiera identificado como Agente de la Policía Nacional, por el



*Expediente: 27.983
Actor: José Montoya Soto y Otros
Acción de reparación directa*

contrario, reiteradamente a lo largo del proceso se ha dicho que el mencionado policía se encontraba de civil para el momento de los hechos.

Así las cosas, concluye que de las pruebas allegadas se colige que el policía al momento de la ocurrencia de los hechos, no se encontraba en servicio o cumpliendo funciones relacionadas con el mismo, lo que excluye la responsabilidad de la administración, pues la simple calidad de funcionario público no vincula al Estado, aun mas, cuando dicho funcionario actuó dentro de su ámbito privado, separado de la actividad pública. Aunado a lo anterior, es necesario tener en cuenta que la justicia ordinaria se encontraba investigando el presunto delito cometido por el Agente Evelio de Jesús Holguín Villa, lo que refuerza lo dicho anteriormente por cuanto si el funcionario hubiese estado en servicio, la competencia la tendría la justicia penal militar.

En conclusión, existe un rompimiento del nexo causal al estar en presencia de una culpa personal del agente por falta de relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño.

El Ministerio Público, mediante escrito allegado el 22 de enero de 2004 presentó el concepto de rigor (Fls.223 a 227 C.1), en el que solicita se acojan las excepciones propuestas por la parte demandada y se nieguen las súplicas de la demanda. Para sustentar su posición señala que el señor Carlos Alberto Montoya Ramírez, perdió la vida como consecuencia de heridas ocasionadas con arma de fuego accionada por el señor Evelio Holguín Villa, quien para la fecha de los hechos, era miembro activo de la Policía Nacional; sin embargo, por la sola circunstancia de pertenecer a la institución, no es un argumento válido para pretender condenar al Estado.

No se puede hablar de falla del servicio, toda vez que el agente no actuó bajo ordenes de sus superiores o en cumplimiento de un deber. Por otro lado, no se logró demostrar que el arma con la que se cometió el ilícito fuera la de dotación oficial del funcionario, tampoco que hubiese obrado portando su uniforme oficial, de lo anterior se puede establecer que el señor Holguín Villa, en el momento de ocasionar la muerte del señor Carlos Alberto Montoya Ramírez, estaba disponible a cualquier orden de sus superiores, pero no estaba ejecutando ninguna labor propia de su cargo, por lo tanto, no hay lugar a imputarle responsabilidad a la entidad demandada.



5. Sentencia del Tribunal

El Tribunal Administrativo del Risaralda mediante sentencia de 25 de marzo de 2004, negó las pretensiones de la demanda. Para tomar esta decisión, el A quo tuvo en cuenta las siguientes consideraciones (Fls.229 a 237 C. Ppal):

"6.- Como puede observarse con mediana claridad, al señor Evelio de Jesús Holguín Villa como causante de la muerte del señor Montoya Ramírez fue judicializado por la Fiscalía Treinta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Santa Rosa de Cabal, dentro del trámite procesal penal se mantuvo al agente atrás mencionado bajo medida de aseguramiento, siendo entonces acusado como autor material del homicidio en la persona del señor Valencia tantas veces citado, y por último ha sido sentenciado en segunda instancia como responsable del punible de homicidio en la forma como quedó dicho en el numeral anterior y de conformidad con la prueba documental obrante en el dossier.

Significa lo anterior que la competencia para conocer de la investigación del hecho punible realizado por el señor Evelio de Jesús Holguín Villa se lo atribuyó la Justicia Ordinaria, no obstante la calidad de servidor policial del agente materia del homicidio, el proceso se rituó (sic) sin que se disputara la competencia entre la justicia ordinaria y la especial jurisdicción penal militar estatuida para investigar y sancionar los delitos de los servidores policiales y militares en ejercicio del servicio o con ocasión de éste.

El mandato superior 221 citado por el apoderado de la parte demandada es irrefutable, claro y categórico en cuanto a la competencia para el conocimiento de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo. La discusión acerca de la competencia para el conocimiento del punible que ocupa la atención de esta sala no se cuestionó en momento alguno y se inicia, perfecciona y termina ante la jurisdicción ordinaria como ha quedado suficientemente dicho.

Lo anterior determina como ineluctable conclusión que el señor Holguín Villa actuó por fuera del servicio, pues de haberlo hecho con ocasión del mismo la jurisdicción llamada a judicializarlo sería la penal militar, caso que no ocurrió.

(...)

Es cierto que el señor Holguín Villa cometió el delito de homicidio en persona de Montoya Ramírez, de ello existe plena prueba, el acto comprometió su responsabilidad personal y se descarta que haya sido con ocasión del servicio o en cumplimiento de actividades propias del mismo.

(...)

No existe prueba en el sub judice de que el señor Holguín Villa al obrar de manera personal, o sea, sin atribución de su función haya utilizado arma oficial que comprometa la responsabilidad de quien funge como demandada. (...) Las armas de dotación oficial asignadas al policial condenado por el homicidio tampoco fueron objeto de valoración pericial momento después del crimen para determinar si por lo menos habían sido accionadas recientemente.

Tampoco está acreditado en el caso sub análisis que en relación con el actuar delictivo del policial hubiese existido conocimiento previo o coetáneo de otros policiales que a sabiendas hubieren actuado en complicidad, o prestado ayuda posterior para asegurar



Expediente: 27.983
Actor: José Montoya Soto y Otros
Acción de reparación directa

el resultado y la impunidad del punible. De manera que según lo discurrido no puede atribuirse responsabilidad alguna al Estado con ocasión de los hechos que da cuenta el presente asunto”.

6. El recurso de apelación y actuación en segunda instancia.

Contra lo así decidido, se alzó la parte demandante mediante escrito presentado el 1 de abril de 2004 (Fl.239 C. Ppal), el cual sustentó a través de escrito presentado el 14 de abril del mismo año (Fls.240 a 250 C.Ppal), el apoderado expuso los motivos de su disenso en los siguientes términos:

La parte demandante, no comparte la decisión tomada por el Tribunal Administrativo del Risaralda de negar las súplicas de la demanda, por encontrar probada la excepción de falta de causalidad en la falta o falla de la administración y el daño, y la culpa personal del funcionario público, por cuanto se encuentra probado que la persona que dio muerte a Carlos Alberto Montoya Ramírez, fue el ex agente de la Policía Nacional, Evelio de Jesús Holguín Villa. Así mismo, está suficientemente probado que Holguín Villa, al momento de cometer el homicidio se encontraba en servicio, bajo la subordinación, orden y vigilancia del Comandante de Policía de Santa Rosa de Cabal.

Por otro lado, resalta que la conducta que se le imputa a la demandada consiste en falla en el servicio por falta de vigilancia sobre el agente policial, quien se encontraba en servicio activo para el momento de los hechos, quien fue auxiliado y encubierto por sus compañeros y el Comandante de Guardia de la Estación de Policía de Santa Rosa de Cabal.

Para sustentar su petición, enumera las clases de responsabilidad, en relación con la responsabilidad por culpa, falta o falla del servicio, precisó que se presenta cuando un funcionario público no actúa cuando debía hacerlo, actuó mal o tardíamente. En sentir del recurrente, la conducta de los integrantes del comando de la policía de Santa Rosa de Cabal fue tardío, por cuanto debió actuar en el instante en que el agente Holguín Villa, se retiró de las instalaciones del comando con un compañero, pues estaba en servicio disponible, pero nada se hizo al respecto a pesar del poco personal que se encontraba prestando servicio la noche del 11 de julio de 2000, adicionalmente, la institución actuó mal cuando Holguín Villa y su compañero regresaron al comando después de haber dado muerte a Carlos Alberto Montoya Ramírez, y a pesar de ser



Expediente: 27.983
Actor: José Montoya Soto y Otros
Acción de reparación directa

señalado ante el Comandante de Guardia de la Policía, no se tomaron las medidas pertinentes, pues de haberse hecho algo es posible que la investigación hubiese tenido que ser adelantada y fallada por la justicia penal militar, pero para el caso de la indemnización de perjuicios a los actores, considera el apoderado que en nada influye, pues lo que aquí se pretende es la responsabilidad por falla o falta en servicio por parte de la administración.

De otra parte, esa falta o falla del servicio, por omisión, retardo, irregularidad, insuficiencia o ausencia, estriba en la falta de control por parte de la administración, en este caso, el comando de la Estación Santa Rosa de Cabal, que permitió que el personal que estaba en servicio disponible actuara como ruedas sueltas sin control, quienes aprovecharon esta circunstancia para hacer de las suyas y ser encubiertos por todos sus compañeros y el comandante de guardia el día de los hechos. Por lo dicho, para la parte demandante, queda demostrada claramente la relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño causado sobre el bien protegido, este es, la vida de Carlos Alberto Montoya Ramírez.

Aunado a lo anterior, la actuación del Agente de la Policía Nacional Holguín Villa, es imputable a la Nación, toda vez que la falta de previsión por parte de sus superiores al permitir alejarse de la estación acompañado de otro policía y el encubrimiento que se realizó en el Comando de la Policía, constituye una falla en el servicio.

Así mismo, el apelante considera que aun cuando la jurisdicción que adelantó la investigación por la muerte del señor Montoya Ramírez, fue la justicia ordinaria, esto constituyó una falla procedimental que en nada incide respecto de las responsabilidades de la administración por la falla en el servicio, no es óbice para que se despachen desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

En proveído del 13 de mayo de 2004, el Tribunal Administrativo del Risaralda concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo (Fl.252 C. Ppal). Esta Corporación a través de auto del 30 de septiembre de 2004, admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Risaralda el 25 de marzo del mismo año (Fl.157 C.Ppal).



*Expediente: 27.983
Actor: José Montoya Soto y Otros
Acción de reparación directa*

Por medio de auto del 12 de noviembre de 2004, se corrió traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran sus alegatos finales y al Ministerio Público para que emitiera el concepto de rigor (Fl.259 C.Ppal).

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

Por medio de auto del 20 de febrero de 2012, de conformidad con la facultad oficiosa otorgada mediante el artículo 43 de la Ley 640 de 2001, se citó a las partes para celebrar audiencia de conciliación el día 26 de abril del mismo año. (Fl.262 C. Ppal)

El Ministerio Público en escrito presentado el 19 de abril de 2012, consideró que no era viable un acuerdo conciliatorio debido a que las pruebas arrojadas al expediente son insuficientes para concluir que la muerte de Carlos Alberto Montoya Ramírez, es imputable a la Policía Nacional, pues conforme a lo probado, se produjo como consecuencia de un hecho personal del policial agresor, ajeno por completo al servicio o a una misión asignada. Aunado a lo anterior, no se encuentra prueba alguna que permita establecer que el arma de fuego, con la cual se ocasionaron las heridas al señor Montoya Ramírez, era la de dotación oficial del agente. Tampoco se probó, que el policial agresor hubiera actuado prevalido de su condición policial, ni se acreditó que su obrar se hubiese dado para contrarrestar o prevenir el acaecimiento de un ilícito.

Por lo tanto, la sola condición de que el agresor tuviese la condición de Agente de la Policía Nacional, en nada compromete la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada, pues el hecho dañoso devino de su obrar autónomo e independiente, pues se produjo al margen de las funciones que el cargo le imponía.

II. CONSIDERACIONES

1. Aspectos procesales previos

1.1 Competencia

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Risaralda el 25 de marzo de 2004, en la cual se negaron las súplicas de la demanda.



Lo anterior, teniendo en cuenta que a la fecha de la presentación de la demanda 28 de mayo de 2002, la cuantía exigida para que un proceso fuera de doble instancia según el Decreto 597 de 1988 era de \$36.950.000 y que la mayor pretensión individualmente considerada corresponde a \$164.697.000 por concepto de perjuicios materiales en favor de los demandantes, superando este valor el exigido para que el proceso sea de dos instancias.

1.2 Valor probatorio de los testimonios allegados

De acuerdo con lo dispuesto en la codificación civil procesal Título XIII – Capítulo IV, el testimonio es aquel medio de prueba que reside en la declaración o relato que hace un tercero, sometido a interrogatorio, de los hechos que se le pregunten y de los que le consten o tenga conocimiento, previa identificación y bajo la exigencia de jurar no faltar a la verdad, so pena de incurrir en las sanciones penales que por el punible de falso testimonio contempla el Código Penal, y con las excepciones previstas en la Ley¹.

Con relación a este medio de prueba, el tratadista *Hernán Fabio López Blanco*, ha sostenido que esta es una modalidad probatoria denominada “*Declaración de Terceros*”:

“Es una especie del género que se llama “declaración” o interrogatorio, pues es lo cierto que son muchos los elementos comunes que existen con la “declaración de parte”, porque de lo que se trata es de que personas naturales que no son parte dentro del proceso ilustren con sus relatos referentes a hechos que interesan al mismo, para efectos de llevar certeza al juez acerca de las circunstancia que constituyen el objeto del proceso”².

Ahora bien, como el testimonio es aquel medio probatorio de mayor usanza en los juicios de responsabilidad civil, debe tenerse en cuenta que, aun cuando no se trate de un testigo mentiroso, el testimonio dependerá del convencimiento que éste tiene de su propia verdad, de su edad, sexo, nivel de educación, salud (5 sentidos), su ubicación en el lugar de los hechos, sus prejuicios, las condiciones ambientales del momento y, en general, de la representación mental que el testigo se haga de la situación fáctica que

¹ En el caso de los impúberes ellos están exentos de la gravedad del juramento, así como las excepciones contempladas por el principio de no autoincriminación.

² LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil – Tomo 3 – Pruebas*, 2ª Edición 2008. Dupré Editores, pág. 181.



*Expediente: 27.983
Actor: José Montoya Soto y Otros
Acción de reparación directa*

percibe y las condiciones que lo rodeen, de manera que cada persona tendrá su propia percepción de los hechos³.

Adicionalmente, debe preverse que dicha percepción puede ser directa, porque el testigo presencié los hechos y los aprehendió mediante el uso de sus sentidos, generalmente, sus 5 sentidos, o puede tratarse del conocimiento que el testigo tiene de los hechos por lo que le escuchó decir a otro, de manera que, el declarante carece de percepción directa y narra en sus propios términos el dicho de otra persona o lo que oyó sobre lo que otros dijeron, en cuyo caso se acentúan las dificultades del testimonio, anteriormente enunciadas.

A su vez, el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil definió como sospechosos a aquellos testigos que se encuentren en circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o intereses que tengan con las partes o sus apoderados, de sus antecedentes personales u otras causas que, en todo caso, dependerán del concepto del juez, por cuanto la sola circunstancia de que los testigos sean parientes de una de las partes o tengan algún sentimiento o interés, no conduce necesariamente a deducir que ellos inmediatamente falten a la verdad, circunstancia de más para justificar que el juez se encuentre obligado a recepcionar el testimonio aunque el testigo sea tachado de sospechoso.

Ahora bien, la valoración probatoria es la actividad intelectual desplegada por el juzgador frente a los medios probatorios, para establecer la fuerza de convicción o de certeza que representan cada uno de ellos dentro de determinado proceso.

Para el desarrollo de la apreciación de las pruebas, la doctrina jurídica procesal ha identificado diferentes sistemas dentro de los cuales se encuentran el de la íntima convicción o de conciencia o de libre convicción⁴, el sistema de la tarifa legal o prueba tasada⁵ y el régimen de la sana crítica o persuasión racional, consagrado en los

³ Obra en cita, pág. 182.

⁴ En el sistema de la libre convicción sólo se exige certeza moral en el juzgador y no se requiere una motivación de su decisión. Es el sistema que se aplica en la institución de los llamados jurados de conciencia o jueces de hecho.

⁵ En éste sistema, la ley establece taxativamente el medio de prueba exigido para acreditar determinados hechos o actos y el valor de las pruebas, de manera que el juez sólo aplica la ley sin que se requiera un razonamiento diferente al realizado por el legislador



códigos modernos, entre ellos el Código de Procedimiento Civil Colombiano que dispone en su artículo 187 que el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la sana crítica, es decir de la lógica, la ciencia y la experiencia:

"Artículo 187. Apreciación de las Pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba".

De modo tal, que dicha norma consagra, como sistema de valoración de la prueba el de la sana crítica que requiere la expresión de las razones que el juzgador ha tenido para determinar el valor de las mismas, mediante la observancia de las citadas reglas.

"Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento"⁶

Es así como, la valoración mediante la sana crítica, requiere, además, el análisis en conjunto de las pruebas y un ejercicio de ponderación de las mismas, exponiendo razonadamente el valor que atribuye a cada una, desechando sólo aquellas que encuentre ilegales, indebidas o inoportunamente allegadas al proceso.

Así, debe señalarse con relación al testimonio que su valoración y ponderación requiere del juez, como en todos los casos, determinar el valor de convicción del mismo y su real dimensión, se itera, bajo su apreciación en conjunto y con aplicación de las reglas de la sana crítica, ejercicio cuya complejidad se acentúa en tratándose de testimonios de oídas o aquellos calificados como sospechosos, los cuales, según se

⁶ Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad 622 de 4 de noviembre de 1998.



*Expediente: 27.983
Actor: José Montoya Soto y Otros
Acción de reparación directa*

infiere de lo dicho en líneas anteriores, no pueden ser desechados de plano, sino que rigidizan su valoración de cara al restante material probatorio, por cuanto serán examinados con mayor severidad.

Debe entenderse, entonces, que son, precisamente, las reglas de la sana crítica las que aconsejan que tanto el testigo sospechoso como el ex auditado, se aprecie con mayor rigor, se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha o cuya percepción fue directa o se subvaloren. Pero sin que puedan desecharse bajo el argumento del parentesco, interés o falta de percepción directa, sino porque confrontados con el restante material probatorio resultan contradictorios, mentirosos, o cualquier circunstancia que a criterio del juez merezca su exclusión o subvaloración.

Bajo esta filosofía, el ordenamiento procesal, artículo 218 – inciso final, permitió que el juez apreciara los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso y al igual que las tachas sus motivos y pruebas fueran valoradas en la sentencia, ocurriendo lo propio con el testimonio de oídas.

Cabe precisar sobre los testimonios de oídas, que estos pueden ser valorados, frente a la dificultad para recaudar la prueba directa y original del hecho a probar, por manera que en principio, no se le puede restar una total eficacia probatoria al testimonio de oídas, pero, como se dijo, no existen otros medios probatorios que los ratifiquen y resalta la Sala que estos testimonios, además de configurar el testimonio de oídas, también emanan de personas con interés en el proceso, por cuanto proceden de una pariente política y del tío del conductor de la motocicleta.

En cuanto a la prueba testimonial trasladada, a falta de la intervención o citación de la persona contra quien se aduzca, será valorada en el proceso contencioso administrativo siempre y cuando haya sido ratificada conforme a lo preceptuado por el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, de lo contrario, su contenido será apreciado por el juzgador como mero indicio.

Así las cosas, en cuanto a los testimonios de Luis Fernando Jiménez Orozco, Juan Carlos García Cardona, Clarivel Montes Correa, Leonardo Reinoso Soto, Jorge Arturo Montoya Ramírez, Glenis Smith Bonilla Castaño, Blanca Liliana Morales Colorado,



María Montoya Soto, Diana Carolina Montoya Ramírez y del menor Ferney Montoya Ramírez, rendidos ante la Fiscalía Treinta Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos acaecidos el 11 de julio de 2000, serán apreciados conforme los criterios previamente señalados, teniendo en cuenta que no fueron ratificados en el proceso contencioso administrativo.

Por consiguiente, se allegó por la parte demandante copia auténtica del testimonio rendido por Luis Fernando Jiménez Orozco (testigo presencial de los hechos) ante la Fiscalía Diecinueve Delegada ante los Juzgados Penales Municipales de Pereira (Risaralda), por los hechos en que murió el señor Carlos Alberto Montoya Ramírez, quien señaló:

"Yo estaba en la casa de don JUAN CARLOS GARCÍA, que queda en la Cra. 15 Numero no lo se, es con calle 25 esquina de esta ciudad, JUAN CARLOS GARCÍA me mandó aquí al centro, al parque por unas Hamburguesas, eran las once y veinticinco minutos de la noche entonces yo cogí y con mucho gusto le hice el favor, pero le dije que me acompañara hasta la esquina a coger el taxi y él me dijo que bueno y entonces cuando llegamos a la esquina, o sea JUAN CARLOS GALVIS (sic), la señora de él, no se el nombre de ella, y yo, llegamos a la esquina y pasaron cinco minutos, cual el señor CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ bajó por la carrera 14 y en esa esquina de la calle 25 con Cra. 14 era donde estábamos parados nosotros esperando el taxi para yo ir a comprar la hamburguesa, entonces CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ bajaba por la carrera 14 a pie, osea bajando eñ contravía a mano derecha y entonces el agente "HOLGUÍN" salió en contravía carrera 13 a salir a la carrera 14 por la calle 26 y entonces se dirigió hacia acá el centro, cuando en la calle 25 se bajó el agente "HOLGUÍN" se bajó de una moto AX - 100, de color oscuro, no logré detectar el color, no le mire tampoco las placas, entonces se bajó de esa moto y se dirigió otra vez por la carrera 14 hacia abajo después de que pasó CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ y el agente "HOLGUÍN" se lanzó hacia CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ a agredirlo con impactos de bala y le hizo como cinco o seis tiros por la espalda porque "HOLGUÍN" iba detrás de CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ, cuando le pegó tres tiros CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ miró hacia atrás y salió corriendo hacia la calle 26 por toda la carrera 14, cuando en la esquina de la calle 26 con Cra. 14 cayó y nosotros corrimos a recogerlo, la esposa de JUAN CARLOS GALVIS (sic) y yo, y JUAN CARLOS GALVIS (sic) se fue a avisarle al hermano de CARLOS ALBERTO MONTOYA y nosotros lo recogimos, a CARLOS ALBERTO MONTOYA y lo dirigimos hacia el Hospital Local, cuando lo iban a trasladar para Pereira, ya lo iban a subir a la ambulancia y él le dijo al hermano, osea CARLOS ALBERTO MONTOYA que todavía hablaba, le dijo al hermano de el de nombre JORGE ARTURO MONTOYA RAMÍREZ porque este le preguntó que quien había sido, cuando preguntó CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ le dijo que era el agente "HOLGUÍN", cuando el no le oyó bien y volvió y le preguntó y el volvió y repitió lo mismo, yo supe esto porque estaba ahí presente como al metro o dos metros de distancia, yo escuché eso y unos agentes de policía que había ahí en moto, estaban uniformados también escucharon cuando CARLOS ALBERTO dijo que había (sic) el agente "HOLGUÍN" de estos policías que estaban ahí presentes cuando él dijo eso no le se los nombres ni los apellidos pero donde los vea yo lo reconozco me acuerdo de la imagen (...) PREGUNTADO: Existe la



Expediente: 27.983
 Actor: José Montoya Soto y Otros
 Acción de reparación directa

posibilidad que usted este confundido con respecto a la identidad de la persona que efectuó los disparos y de la persona que acompañaba al que disparó y que manejaba la moto? **CONTESTO: Yo estoy seguro que fue el agente HOLGUÍN porque él hace mucho tiempo trabaja acá, yo lo distinguí porque el andaba uniformado y todo, y cada rato bajaba por la casa, por hay (sic) a patrullar y el me requisaba a mí en una esquina o en un establecimiento público (...)** **PREGUNTADO: Vio usted a la persona que realizó los disparos contra la humanidad de CARLOS ALBERTO, cuando apuntaba hacia él?** **CONTESTO: No, yo no lo vi, yo no vi cuando apuntaba como le dije ahora, yo no le vi el arma (...)** **PREGUNTADO: Si usted no vio a esa persona cuando hacía los disparos, porque dice que quien lo hizo fue el agente HOLGUÍN?** **CONTESTO: Por-que, porque (sic) CARLOS ALBERTO MONTOYA dijo: que fue el agente "HOLGUÍN" y pues nosotros nos imaginamos también que fue el Agente HOLGUÍN porque él iba de parrillero y como la moto quedó prendida y el compañero de HOLGUÍN estaba ahí acelerando la moto".** (Fls.20 a 23 C.1)

Igualmente, aportaron copia auténtica del testimonio rendido por Juan Carlos García Cardona (testigo presencial de los hechos) ante la Fiscalía Diecinueve Delegada ante los Juzgados Penales Municipales de Pereira (Risaralda), quien sobre los hechos en que murió el señor Carlos Alberto Montoya Ramírez manifestó:

"Pues yo estaba en mi casa con mi señora GLENNYS y un amigo llamado LUIS NN, eso fue la noche en que ocurrieron los hechos, fue a las once pasadas, entonces yo iba a mandar a LUIS al parque a que me comprara unas tortas, entonces él me dijo que lo acompañara a la carrera 14 a coger un carro porque ya estaba tarde, cuando nosotros estábamos en la esquina de la carrera 14 con calle 25 vimos cuando bajaba CARLOS MONTOYA, cuando subía una moto AX-100 o 115, y de esa moto se bajó "HOLGUÍN" entonces comenzó a dispararle a Carlos, entonces cuando él comenzó a dispararle nosotros nos corrimos y nos hicimos detrás de un poste que queda en la esquina de la tienda y ya entonces él volvió y se montó en la moto, yo me fui a avisarle a JORGE que es el hermano de él y la señora mía se fue con LUIS recoger a CARLOS, de ahí baje en la moto mía con JORGE al hospital y estando en el hospital esperando que a CARLOS lo iban a echar para Pereira y cuando lo iban a echar en la ambulancia, LEO NN y JORGE es otro amigo, le preguntaron a CARLOS quien había sido el que le había disparado y el mismo dijo que "HOLGUÍN", entonces ya a él se lo llevaron para Pereira y yo me fui para mi casa y al otro día fue que dijeron que había muerto, y ya eso fue todo lo que pasó. (...) **PREGUNTADO: Usted vio el momento en que HOLGUÍN disparó?** **CONTESTO: Él se bajó con el revolver en la mano y cuando disparó por primera vez nosotros nos escondimos.** **PREGUNTADO: Que clase de arma es?** **CONTESTO: Era un revolver, pero no lo alcancé a detallar bien".** (Fls.26 a 30 C.1)

Finalmente, el testimonio rendido por la señora Glenis Smith Bonilla Castaño (testigo presencial de los hechos) ante la Fiscalía Treinta Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, sobre los hechos en que murió el señor Carlos Alberto Montoya Ramírez, señaló:

"Pues nosotros: JUAN CARLOS y LUIS NN, estábamos viendo televisión en la casa de nosotros, eso fue esta semana, no recuerdo la fecha, entonces teníamos hambre e íbamos a acompañar a LUIS para que cogiera un taxi y subiera al centro a comprar algo para comer, la hora exacta no la sé, eran más de las once de la noche, no tengo bien clara la hora, entonces cuando iba bajando por la carrera catorce el finado y



en esas subía una moto por la carrera 14 y se bajó un señor de esa moto y le disparó y pues nosotros en el momento de los tiros y eso nos escondimos en un poste, entonces JUAN CARLOS y LUIS dijeron que había sido HOLGUÍN, yo no lo distingo porque yo no soy de por acá, yo estoy recién llegada a este pueblo, entonces JUAN CARLOS se fue a avisarle a JORGE, el hermano de él, avisarle que le habían disparado y yo me fui con LUIS a recoger al muchacho y lo llevamos al Hospital y ya, yo me quedé afuera y LUIS entró con él y cuando al rato salieron con él y ya estaba diciendo que era HOLGUÍN, HOLGUÍN, él en el momento que nosotros lo llevamos él no decía nada porque él estaba como ido, él no decía nada, ya después en la camilla fue que dijo que era HOLGUÍN, que era HOLGUÍN, no fue más (...) PREGUNTADA: Que tipo de armas vio? CONTESTO: Yo no se decirle porque yo de armas no conozco, yo si le vi un arma al señor que se bajó de la moto, pero no se que tipo de arma era, era un arma de fuego (...)

PREGUNTADA: Como vestían esas dos persona? CONTESTO: Pues el que se bajó recuerdo que llevaba una camisa a cuadros, recuerdo que los cuadros eran blancos y las rayas oscuras, los cuadros eran más bien menuditos, no recuerdo que pantalón llevaba puesto, y el otro si no se, no recuerdo. Los dos iban con los rostros destapados, descubiertos, no llevaban cascos, ni pasamontañas, ni nada de eso (...) PREGUNTADA: Sabe usted si en algún momento CARLOS ALBERTO mencionó algún nombre del posible autor del hecho? CONTESTO: Si, en el momento en que lo trasladaban en la ambulancia, cuando ya lo sacaron el dijo afuera que había sido HOLGUÍN, el decía, HOLGUÍN, HOLGUÍN, yo estaba ahí presente y escuche que decía eso. Ahí había gente y pues la mayoría era familia, ellos también escucharon, uno si ve mucha gente ahí pero no se, no recuerdo. PREGUNTADA: Quien se fue con CARLOS ALBERTO para Pereira acompañándolo o de la familia? CONTESTO: Se que fue un amigo de él de nombre "TEO", no se que, él lo acompañó en la ambulancia (...)

PREGUNTADA: La motocicleta se apagó en algún instante? CONTESTO: Pues ellos cuando pararon apagaron la moto, luego de los hechos la prendieron hay (sic) ismo y arrancaron. PREGUNTADA: Que clase de moto era? CONTESTO: Era una AX- no se más, no recuerdo el color, no recuerdo si era claro o color oscuro". (Fls.30 a 32 C.1)

De las declaraciones citadas, se evidencia que no son coincidentes en puntos que eran fundamentales para dilucidar el asunto, como lo es el hecho de que Luis Fernando Jiménez Orozco, al ser preguntado quien fue el autor de los hechos afirmó "Yo estoy seguro que fue el agente HOLGUÍN porque él hace mucho tiempo trabaja acá, yo lo distinguí porque el andaba uniformado y todo, y cada rato bajaba por la casa," pero posteriormente y ante la insistencia del funcionario sobre si vio cuando la persona que accionó el arma, cambió su posición y dijo "No, yo no lo vi, yo no vi cuando apuntaba como le dije ahora, yo no le vi el arma". Por otro lado, Juan Carlos García Cardona se sostuvo en que fue "Holguín" quien le quitó la vida a Montoya Ramírez al señalar "Él se bajó con el revolver en la mano y cuando disparó por primera vez nosotros nos escondimos". Finalmente, respecto de la declaración rendida por Glenis Smith Bonilla Castaño es de resaltar que esta afirmó "cuando iba bajando por la carrera catorce el finado y en esas subía una moto por la carrera 14 y se bajó un señor de esa moto y le disparó y pues nosotros en el momento de los tiros y eso nos escondimos en un poste,



Expediente: 27.983
 Actor: José Montoya Soto y Otros
 Acción de reparación directa

entonces JUAN CARLOS y LUIS dijeron que había sido HOLGUÍN, yo no lo distingo porque yo no soy de por acá, yo estoy recién llegada a este pueblo".

Es relevante indicar que como única prueba sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos que dieron origen al presente proceso, se encuentran una serie de testimonios que serán analizados por la Sala como indicios bajo los lineamientos previamente señalados.

2. Problema Jurídico

El problema jurídico que se plantea la Sala consiste en determinar si, como lo afirma la alzada, en el caso de homicidio perpetrado por parte de un agente de la Policía Nacional contra un particular, le asiste responsabilidad a La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, o si por el contrario, se trató de un acto independiente y ajeno al servicio público, constituyendo una culpa personal del agente.

3. Del acervo probatorio

Dentro del expediente, obran las siguientes pruebas:

3.1 Registros civiles

1. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Carlos Alberto Montoya Ramírez (Fl.83 C.1).
2. Certificado original del registro civil de matrimonio celebrado entre José Montoya Soto y Noelba Ramírez Gómez (Fl.84 C.1)
3. Certificado original del registro civil de nacimiento de Ferney Montoya Ramírez (Fl.85 C.1).
4. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Diana Carolina Montoya Ramírez (Fl.86 C.1).
5. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Marta Ligia Montoya Ramírez (Fl.87 c.1).



Expediente: 27.983
 Actor: José Montoya Soto y Otros
 Acción de reparación directa

6. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Mauricio Montoya Ramírez (Fl.88 c.1).
7. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Jorge Arturo Montoya Ramírez (Fl.89 c.1).
8. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Luis Fernando Montoya Ramírez (Fl.90 c.1).

3.2 Muerte de Carlos Alberto Montoya Ramírez

9. Copia auténtica del informe No. 091 del 12 de julio de 2000 realizado por la Fiscalía General de la Nación, que da cuenta de la inspección del cadáver, acta No.482, de Carlos Alberto Montoya Ramírez, en el que se consignó (Fl.8 y 9 C.1):

"Siendo las 03:10 horas de la mañana del día de hoy, fue reportado a satélite la existencia de un cadáver en el Hospital Universitario San Jorge, correspondiente a quien en vida se llamaba CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ, indocumentado al momento del levantamiento, persona que presenta varios impactos de proyectil de arma de fuego en la espalda, tórax y antebrazo derecho, hijo de José A y Noelba, soltero, alfabeto, ocupación ayudante de construcción con el Forec, natural de Santa Rosa de Cabal y cedula allí mismo, farmacodependiente, residente en la carrera 15 No. 26 – 12 de Santa Rosa de Cabal, con teléfono 3643552.

En la sección de urgencias del centro hospitalario se encontraba un hermano del occiso y un amigo de la familia, el señor JORGE ARTURO MONTOYA RAMÍREZ (...) manifiesta sobre los hechos que el autor material del hecho fue un agente de la Sijin de Santa Rosa de Cabal, de apellido "HOLGUÍN" junto con un compañero suyo de quien no sabe el nombre, pero está recién llegado a la localidad y lo reconoce porque es mono, delgado, tiene braquets (sic) y su cara es barrosa; de lo anterior rinde declaración ante la Fiscal 37 Local de turno, la cual se anexa al presente informe.

Posteriormente se dialogó con el señor LEONARDO REINOSA SOTO, (...) amigo de la familia, quien reside en el segundo piso de la misma casa del occiso, manifestando sobre los hechos que una vez trasladado el herido al hospital de Santa Rosa de Cabal, él se encontraba parado en la puerta de Urgencias del mismo centro, esperando a que remitiera a su vecino herido hacia el Hospital de Pereira y cuando pasó al herido por el frente de él le escuchó decir que fue el agente de la Policía "Holguín" quien le disparó. Por lo tanto, se le tomó la declaración juramentada ante la misma fiscalía de turno, anexándose al presente informe".

10. Copia auténtica del protocolo de necropsia Nro. 570-00 de fecha 25 de julio de 2000, practicado al señor Carlos Alberto Montoya Ramírez, en el que se señaló lo siguiente (Fls.150 a 153 C.1):

"EXAMEN EXTERNO

(...)

TÓRAX: tres orificios de entrada de proyectil de arma de fuego ubicado así, uno escapular izquierdo, uno paravertebral dorsal derecho, uno subescapular derecho, dos



Expediente: 27.983
 Actor: José Montoya Soto y Otros
 Acción de reparación directa

orificios de salida de proyectil de arma de fuego ubicado uno en hombro izquierdo cara anterior, y otro en región externa pectoral derecha, al parecer y de acuerdo a la historia clínica donde se describe orificio de salida de proyectil de arma de fuego pectoral derecho, el 3er orificio de salida de proyectil de arma de fuego fue ampliado con una de las heridas quirúrgicas.

(...)

CONCLUSION: Hombre quien fallece por anemia aguda, debido a laceración pulmonar múltiple producida por herida de proyectil de arma de fuego.

MANERA DE MUERTE: Homicidio".

3.3 Testimonios

11. Copia auténtica del testimonio rendido por Luis Fernando Jiménez Orozco ante la Fiscalía Diecinueve Delegada ante los Juzgados Penales Municipales de Pereira (Risaralda), por los hechos en que murió el señor Carlos Alberto Montoya Ramírez:

"Yo estaba en la casa de don JUAN CARLOS GARCÍA, que queda en la Cra. 15 Numero no lo se, es con calle 25 esquina de esta ciudad, JUAN CARLOS GARCÍA me mandó aquí al centro, al parque por unas Hamburguesas, eran las once y veinticinco minutos de la noche entonces yo cogí y con mucho gusto le hice el favor, pero le dije que me acompañara hasta la esquina a coger el taxi y él me dijo que bueno y entonces cuando llegamos a la esquina, o sea JUAN CARLOS GALVIS (sic), la señora de él, no se el nombre de ella, y yo, llegamos a la esquina y pasaron cinco minutos, cual el señor CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ bajó por la carrera 14 y en esa esquina de la calle 25 con Cra. 14 era donde estábamos parados nosotros esperando el taxi para yo ir a comprar la hamburguesa, entonces CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ bajaba por la carrera 14 a pie, osea bajando en contravía a mano derecha y entonces el agente "HOLGUÍN" salió en contravía carrera 13 a salir a la carrera 14 por la calle 26 y entonces se dirigió hacia acá el centro, cuando en la calle 25 se bajó el agente "HOLGUÍN" se bajó de una moto AX - 100, de color oscuro, no logré detectar el color, no le mire tampoco las placas, entonces se bajó de esa moto y se dirigió otra vez por la carrera 14 hacia abajo después de que pasó CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ y el agente "HOLGUÍN" se lanzó hacia CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ a agredirlo con impactos de bala y le hizo como cinco o seis tiros por la espalda porque "HOLGUÍN" iba detrás de CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ, cuando le pegó tres tiros CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ miró hacia atrás y salió corriendo hacia la calle 26 por toda la carrera 14, cuando en la esquina de la calle 26 con Cra. 14 cayó y nosotros corrimos a recogerlo, la esposa de JUAN CARLOS GALVIS (sic) y yo, y JUAN CARLOS GALVIS (sic) se fue a avisarle al hermano de CARLOS ALBERTO MONTOYA y nosotros lo recogimos, a CARLOS ALBERTO MONTOYA y lo dirigimos hacia el Hospital Local, cuando lo iban a trasladar para Pereira, ya lo iban a subir a la ambulancia y él le dijo al hermano, osea CARLOS ALBERTO MONTOYA que todavía hablaba, le dijo al hermano de el de nombre JORGE ARTURO MONTOYA RAMÍREZ porque este le preguntó que quien había sido, cuando preguntó CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ le dijo que era el agente "HOLGUÍN", cuando el no le oyó bien y volvió y le preguntó y el volvió y repitió lo mismo, yo supe esto porque estaba ahí presente como al metro o dos metros de distancia, yo escuché eso y unos agentes de policía que había ahí en moto, estaban uniformados también escucharon cuando CARLOS ALBERTO dijo que había (sic) el agente "HOLGUÍN" de estos policías que estaban ahí presentes cuando él dijo eso no le se los nombres ni los apellidos pero donde los vea yo lo reconozco me acuerdo de la imagen (...) PREGUNTADO: Existe la posibilidad que usted este confundido con



respecto a la identidad de la persona que efectuó los disparos y de la persona que acompañaba al que disparó y que manejaba la moto? CONTESTO: Yo estoy seguro que fue el agente HOLGUÍN porque él hace mucho tiempo trabaja acá, yo lo distinguí porque el andaba uniformado y todo, y cada rato bajaba por la casa, por hay (sic) a patrullar y el me requisaba a mí en una esquina o en un establecimiento público (...) PREGUNTADO: Vio usted a la persona que realizó los disparos contra la humanidad de CARLOS ALBERTO, cuando apuntaba hacia él? CONTESTO: No, yo no lo vi, yo no vi cuando apuntaba como le dije ahora, yo no le vi el arma (...) PREGUNTADO: Si usted no vio a esa persona cuando hacia los disparos, porque dice que quien lo hizo fue el agente HOLGUÍN? CONTESTO: Por-que, porque (sic) CARLOS ALBERTO MONTOYA dijo: que fue el agente "HOLGUÍN" y pues nosotros nos imaginamos también que fue el Agente HOLGUÍN porque él iba de parrillero y como la moto quedó prendida y el compañero de HOLGUÍN estaba ahí acelerando la moto". (Fis.20 a 23 C.1)

12. Copia auténtica del testimonio rendido por Juan Carlos García Cardona ante la Fiscalía Diecinueve Delegada ante los Juzgados Penales Municipales de Pereira (Risaralda), por los hechos en que murió el señor Carlos Alberto Montoya Ramírez:

"Pues yo estaba en mi casa con mi señora GLENNYS y un amigo llamado LUIS NN, eso fue la noche en que ocurrieron los hechos, fue a las once pasadas, entonces yo iba a mandar a LUIS al parque a que me comprara unas tortas, entonces él me dijo que lo acompañara a la carrera 14 a coger un carro porque ya estaba tarde, cuando nosotros estábamos en la esquina de la carrera 14 con calle 25 vimos cuando bajaba CARLOS MONTOYA, cuando subía una moto AX-100 o 115, y de esa moto se bajó "HOLGUÍN" entonces comenzó a dispararle a Carlos, entonces cuando él comenzó a dispararle nosotros nos corrimos y nos hicimos detrás de un poste que queda en la esquina de la tienda y ya entonces él volvió y se montó en la moto, yo me fui a avisarle a JORGE que es el hermano de él y la señora mía se fue con LUIS recoger a CARLOS, de ahí baje en la moto mía con JORGE al hospital y estando en el hospital esperando que a CARLOS lo iban a echar para Pereira y cuando lo iban a echar en la ambulancia, LEO NN y JORGE es otro amigo, le preguntaron a CARLOS quien había sido el que le había disparado y el mismo dijo que "HOLGUÍN", entonces ya a él se lo llevaron para Pereira y yo me fui para mi casa y al otro día fue que dijeron que había muerto, y ya eso fue todo lo que pasó. (...) PREGUNTADO: Usted vio el momento en que HOLGUÍN disparó? CONTESTO: Él se bajó con el revolver en la mano y cuando disparó por primera vez nosotros nos escondimos. PREGUNTADO: Que clase de arma es? CONTESTO: Era un revolver, pero no lo alcancé a detallar bien". (Fis.26 a 30 C.1)

13. Copia auténtica del testimonio rendido por la señora Glenis Smith Bonilla Castaño ante la Fiscalía Treinta Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, por los hechos en que murió el señor Carlos Alberto Montoya Ramírez:

"Pues nosotros: JUAN CARLOS y LUIS NN, estábamos viendo televisión en la casa de nosotros, eso fue esta semana, no recuerdo la fecha, entonces teníamos hambre e íbamos a acompañar a LUIS para que cogiera un taxi y subiera al centro a comprar algo para comer, la hora exacta no la sé, eran más de las once de la noche, no tengo bien clara la hora, entonces cuando iba bajando por la carrera catorce el finado y en esas subía una moto por la carrera 14 y se bajó un señor de esa moto y le disparó y pues nosotros en el momento de los tiros y eso nos escondimos en un poste, entonces JUAN CARLOS y LUIS dijeron que había sido HOLGUÍN, yo no lo distingo porque yo no soy de por acá, yo estoy recién llegada a este pueblo, entonces JUAN CARLOS se fue a avisarle a JORGE, el hermano de él, avisarle que le habían disparado y yo me fui con LUIS a recoger al muchacho y lo llevamos al Hospital y ya, yo me quedé afuera y



Expediente: 27.983
 Actor: José Montoya Soto y Otros
 Acción de reparación directa

LUIS entró con él y cuando al rato salieron con él y ya estaba diciendo que era HOLGUÍN, HOLGUÍN, él en el momento que nosotros lo llevamos él no decía nada porque él estaba como ido, él no decía nada, ya después en la camilla fue que dijo que era HOLGUÍN, que era HOLGUÍN, no fue más (...) PREGUNTADA: Que tipo de armas vio? CONTESTO: Yo no se decirle porque yo de armas no conozco, yo si le vi un arma al señor que se bajó de la moto, pero no se que tipo de arma era, era un arma de fuego (...) PREGUNTADA: Como vestían esas dos persona? CONTESTO: Pues el que se bajó recuerdo que llevaba una camisa a cuadros, recuerdo que los cuadros eran blancos y las rayas oscuras, los cuadros eran más bien menuditos, no recuerdo que pantalón llevaba puesto, y el otro si no se, no recuerdo. Los dos iban con los rostros destapados, descubiertos, no llevaban cascos, ni pasamontañas, ni nada de eso (...) PREGUNTADA: Sabe usted si en algún momento CARLOS ALBERTO mencionó algún nombre del posible autor del hecho? CONTESTO: Sí, en el momento en que lo trasladaban en la ambulancia, cuando ya lo sacaron el dijo afuera que había sido HOLGUÍN, el decía, HOLGUÍN, HOLGUÍN, yo estaba ahí presente y escuche que decía eso. Ahí había gente y pues la mayoría era familia, ellos también escucharon, uno si ve mucha gente ahí pero no se, no recuerdo. PREGUNTADA: Quien se fue con CARLOS ALBERTO para Pereira acompañándolo o de la familia? CONTESTO: Se que fue un amigo de él de nombre "TEO", no se que, él lo acompañó en la ambulancia (...) PREGUNTADA: La motocicleta se apagó en algún instante? CONTESTO: Pues ellos cuando pararon apagaron la moto, luego de los hechos la prendieron hay (sic) ismo y arrancaron. PREGUNTADA: Que clase de moto era? CONTESTO: Era una AX- no se más, no recuerdo el color, no recuerdo si era claro o color oscuro". (Fls.30 a 32 C.1)

14. Copia auténtica del testimonio rendido por la auxiliar de enfermería Clarivel Montes Correa ante la Fiscalía Treinta Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, por los hechos en que murió el señor Carlos Alberto Montoya Ramírez:

"(...) PREGUNTADO: Hay un declarante que dice que la enfermera que iba en la ambulancia es testigo de que el herido repetía el nombre o apellido de HOLGUÍN HOLGUÍN y que él para ver si era consciente le daba más nombres a ver si estaba consciente y el herido seguía repitiendo la palabra "HOLGUÍN HOLGUÍN", CONTESTO: Vea lo único que le dije como el herido no hablaba, entonces le dije que llamara al herido y él decía CARLOS? CARLOS no se vaya a morir, eso era lo que le repetía, Usted hermano no se puede morir, yo le tomaba pulso, no escuché eso, no recuerdo nada de eso, no lo escuché". (Fls.33 y 34 C.1)

15. Copia auténtica de los testimonios rendidos por Leonardo Reinoso Soto, Jorge Arturo Montoya Ramírez, Blanca Liliana Morales Colorado, María Montoya Soto, Diana Carolina Montoya Ramírez y del menor Ferney Montoya Ramírez, ante la Fiscalía Treinta Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, quienes relataron los hechos que rodearon la muerte de Carlos Alberto Montoya Ramírez, unos por lo que terceros les informaron (testigos de oídas) y otros se refirieron al momento en que el occiso se encontraba en urgencias de la Clínica de la localidad y mencionó a "Holguín" como autor de los disparos (Fls.14 a19, 52 a 57, 76 a 80 C.1).



3.4 Providencias Judiciales

16. Copia auténtica de la providencia del 24 de julio de 2000 de la Fiscalía Treinta Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, por medio de la cual se resuelve (Fls.35 a 45 C.1):

"PRIMERO: Imponer medida de aseguramiento, consistente en DETENCION PREVENTIVA, en contra del sindicado en autos, EVELIO DE JESÚS HOLGUÍN VILLA, de las condiciones civiles y personales conocidas, por el delito de HOMICIDIO que describe y sanciona el C. Penal en el art. 323 del TIT. XIII, capítulo primero.

SEGUNDO: Negarle la libertad provisional porque la pena que se llegare a imponer y la modalidad del hecho, hacen imposible que se estudie ese beneficio.

TERCERO: Prohibirle la salida del país, en consecuencia, ordenar que se oficie al DAS oficina de migración y a la Dirección Seccional de Fiscalías, dándoles a conocer sobre esta materia.

CUARTO: Se oficiará al Comando Departamental de Policía, para que suspendan al señor HOLGUÍN VILLA en el ejercicio de sus funciones, mientras se cumple la suspensión, se solicitará que le presten la vigilancia necesaria, para evitar que eluda la acción de la justicia.

QUINTO: Para el adelantamiento de la instrucción, se ordena la práctica de las pruebas enunciadas en este proveído.

SEXTO: Se ordena compulsar copias con destino a la Procuraduría Departamental, con la finalidad de que investiguen la omisión en la que incurrió el comandante de guardia de la Policía de esta localidad, para la noche de los hechos, al no recibir denuncia, además, los policiales que debieron adelantar la averiguación e informar sobre los hechos a esta Fiscalía".

17. Copia auténtica de la sentencia proferida por la Fiscalía Dos Delegada ante el Tribunal Superior de Risaralda del 8 de agosto de 2000, la cual confirmó la decisión tomada por la Fiscalía Treinta Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal el 24 de julio de 2000 (Fls.46 a 51 C.1).

18. Copia auténtica de la providencia del 16 de noviembre de 2000 de la Fiscalía Treinta Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, en la cual se decide (Fls.58 a 75 C.1):

"PRIMERO: Acusar al sindicado en autos, EVELIO DE JESÚS HOLGUÍN VILLA, de las condiciones civiles y personales conocidas, para que sea sometido a juicio por el Juzgado Penal del Circuito de esta localidad, por el delito de HOMICIDIO, que describe y sanciona el C. Penal en el art. 323 del TIT. XIII, capítulo primero".

19. Copia auténtica de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala de Decisión Penal el 5 de febrero de 2002, en la cual se resolvió (Fls.92 a 108 C.1):



Expediente: 27.983
 Actor: José Montoya Soto y Otros
 Acción de reparación directa

"PRIMERO: REVOCAR la Sentencia apelada, proveniente del Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, conforme con lo expuesto, en consecuencia, se condena a EVELIO DE JESÚS HOLGUÍN VILLA, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso a la pena principal de CATORCE (14) AÑOS DE PRISION por haberlo hallado autor responsable del delito de HOMIGIDIO, cometido en perjuicio de CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ.

SEGUNDO: Como pena accesoria se le aplica la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de diez años.

TERCERO: Se condena al procesado al pago de perjuicios, tal como se consignó en la parte motiva.

CUARTO: No se le otorga el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues lo impide la cantidad tasada y lo prohíbe asimismo el aspecto subjetivo señalado en la norma 63 del C.P.

QUINTO: Ejecutoriado el fallo dése cumplimiento al artículo 472-2 del C. De P.P."

3.5 Calidad de Agente de la Policía Nacional de Evelio de Jesús Holguín Villa

20. Original de constancia de fecha 5 de diciembre de 2002, expedida por la Seccional de Talento Humano de la Policía Nacional – Departamento de Risaralda, la cual señala que revisada la tarjeta biográfica que se lleva en la dependencia, correspondiente al señor Evelio de Jesús Holguín Villa, para el 11 de julio de 2000, este se encontraba laborando en la Estación Santa Rosa (Fl.152 C.1).

21. Copia de la minuta de anotaciones del día 11 de julio de 2000 de la Policía Nacional, donde consta la hora de entrada y salida de la Estación de Policía del Agente Evelio Holguín Villa, así mismo, las novedades que se presentaron ese día (Fls.157 a 168 C.1), entre otras las siguientes:

"11-27-00 23:45 935x915 A esta hora ingresó al hospital local herido con arma de fuego al parecer revolver el Sr. Carlos Alberto Montoya Ramirez, 30 años, natural Santa Rosa, soltero, sin profesión, alfabeto, indocumentado, hijo de José y Noelba, residente cra 15 con calle 26, quien presenta tres (3) heridas en la región del tórax y otra antebrazo derecho. Atendido hospital local y trasladado San Jorge de Pereira. Los hechos se presentaron en la dirección antes señalada a eso de las 23:35 horas. Los móviles y (ilegible) se desconocen. Caso conocido por móviles uno y dos. (...)

(...) PRIMER TURNO DE VIGILANCIA PARA HOY 11 Y 12.07.2000

Grado Placa Apellidos y nombres C/A #Arma Lugar de facción

(...)

AG71902 HOLGUÍN VILLA EVELIO F 6236 Pernocta instalaciones

(...)

Fecha Hora Asunto ANOTACIONES

11-07-00 14:30 Anotación A la hora el SI Grajales Casa y el AG Holguín Villa para el comando del Dpto fin asistir al Juzgado 71 de IPM portan traje de civil y se movilizan en moto particular."



4. La imputación de la responsabilidad.

4.1 Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Con la Carta Política de 1991 se produjo la "constitucionalización"⁷ de la responsabilidad del Estado⁸ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados⁹ y de su patrimonio¹⁰, sin distinguir su condición, situación e interés¹¹. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la "acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos"¹².

⁷ En la jurisprudencia constitucional se indica: "El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente". Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁸ La "responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización". Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política "consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos". Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

⁹ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos "son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado". ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimpr. México, Fontamara, 2007, p.49. La "responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder". MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones", en AFDUAM. No.4, 2000, p.308.

¹⁰ "La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos". Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

¹¹ La "razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal". Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. Essai d'une théorie general de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

¹² RIVERO, Jean. Derecho administrativo. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. "Essai sur les fondements de la



Expediente: 27.983
 Actor: José Montoya Soto y Otros
 Acción de reparación directa

Como bien se sostiene en la doctrina, la "responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad"¹³; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público"¹⁴.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado¹⁵ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública¹⁶ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo¹⁷, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar

responsabilité en droit public francais", en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. "Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique", en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

¹³ "La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos". MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

¹⁴ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, ob., cit., pp.120-121.

¹⁵ "3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada —en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado". Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

¹⁶ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política "los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado". Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues "menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, 'la imputatio juris' además de la 'imputatio facti'". Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: "En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura "siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público". Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

¹⁷ "Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado". MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.



la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012¹⁸ y de 23 de agosto de 2012¹⁹.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica²⁰, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”²¹.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad²², según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución

¹⁸ Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón.

¹⁹ Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

²⁰ “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

²² En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.



Expediente: 27.983
 Actor: José Montoya Soto y Otros
 Acción de reparación directa

jurídica²³. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las "estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas"²⁴.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que "parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones"²⁵. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la "atribución", lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de "cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta"²⁶.

Sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de "excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar"²⁷. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no²⁸. Es más, se

²³ El "otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados". Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

²⁴ "Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas". MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminet.org.es/recpc>], pp.6 y 7.

²⁵ "El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre". GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

²⁶ MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.

²⁷ LARENZ, K. "Hegelszurechnungslehre", en MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.

²⁸ JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: "De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma



sostiene doctrinalmente "que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños"²⁹.

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad³⁰ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación³¹ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: "Cuanto mayor sea

que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia". Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

²⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

³⁰ "El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: "ley de la ponderación" (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

³¹ "La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero". ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.



el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro"³².

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que "el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección³³ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible³⁴. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano"³⁵.

³² ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: "... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación -afirma Habermas- los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la "estricta prioridad" característica de los "puntos de vista normativos". HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: "... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado". Para concluir que: "La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta". HABERMAS, Jürgen. "Reply to Symposium Participants", en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

³³ Deberes de protección que es "una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos". CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

³⁴ Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

³⁵ A lo que se agrega por el mismo precedente: "En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del



En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante³⁶.

mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss)". Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la "posición de garantía" debe modularse: "(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas". JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho*. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 16.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.



Expediente: 27.983
 Actor: José Montoya Soto y Otros
 Acción de reparación directa

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal³⁷, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a "una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales"³⁸, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho³⁹.

Debe plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado⁴⁰, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos⁴¹, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se

³⁷ "La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales". LEGUINA VILLA, Jesús. "Prólogo", en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

³⁸ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

³⁹ "(...) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho". MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones", ob., cit., p.308.

⁴⁰ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

⁴¹ Merkl ya lo señaló: "El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino conditio per quam de la administración". MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: "Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal



expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera "(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación"⁴².

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo⁴³ que permita la mejora o la

porque no se aplique con todas sus consecuencias o se difuya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración". MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones"., ob., cit., p.311.

⁴² "En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado". Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁴³ "En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente". PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM, No.4, 2000, p.174. De acuerdo con Martín Rebollo "(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la



optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

Además, cabe considerar la influencia que para la imputación de la responsabilidad pueda tener el principio de precaución, al exigir el estudiarla desde tres escenarios: peligro, amenaza y daño. Sin duda, el principio de precaución introduce elementos que pueden afectar en el ámbito fáctico el análisis de la causalidad (finalidad prospectiva de la causalidad⁴⁴), ateniendo a los criterios de la sociedad moderna donde los riesgos a los que se enfrenta el ser humano, la sociedad y que debe valorar el juez no pueden reducirse a una concepción tradicional superada.

La precaución es una acepción que viene del latín *precautio* y se compone del *prae* (antes) y la *cautio* (guarda, prudencia). En su definición, se invoca que el "*verbo precavere implica aplicar el prae al futuro –lo que está por venir-, tratándose de un ámbito desconocido pese a las leyes de la ciencia, incapaces de agotar los recursos de la experiencia humana y el verbo cavere que marca la atención y la desconfianza*"⁴⁵. Su concreción jurídica lleva a comprender a la precaución, tradicionalmente, como aquella que es "utilizada para caracterizar ciertos actos materiales para evitar que se produzca un daño"⁴⁶. Entendida la precaución como principio⁴⁷, esto es, como herramienta de orientación del sistema jurídico⁴⁸ "exige tener en cuenta los riesgos que existen en

reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa». MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones", en AFDJAM: no.4, 2000, p.307.

⁴⁴ "La finalidad prospectiva del nexo de causalidad resulta de naturaleza preventiva de la acción de responsabilidad fundada sobre el principio de precaución. El daño no existe todavía, el nexo de causalidad no se ha podido realizar, el mismo (...) se trata a la vez de prevenir el daño y al mismo tiempo evitar que tal actividad no cause tal daño. La finalidad del nexo causal es por tanto prospectiva ya que se busca que el nexo de causalidad sin permitir reparar el perjuicio si se anticipa a él (...) Opuesto a una responsabilidad reparadora que exigiría un nexo causal a posteriori, la responsabilidad preventiva exige en la actualidad un nexo causal a priori, es decir un riesgo de causalidad". BOUTONNET, Mathilde, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, LGDJ, París, 2005, p.560.

⁴⁵ BOUTONNET, Mathilde, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, LGDJ, París, 2005, p.3

⁴⁶ BOUTONNET, Mathilde, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, ob., cit., p.4.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald, Taking rights seriously, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p.24: "el principio es una proposición jurídica que no es necesariamente escrita y que da orientaciones generales, a las cuales el derecho positivo debe conformarse. Esto implica que no se aplicará según la modalidad de "all or nothing", sino que se limitará a dar al juez una razón que milite a favor de un tipo de solución u otro, sin pretender tener la apariencia de una norma vinculante".

⁴⁸ SADELEER, Nicolás, "Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución", en GARCÍA URETA, Agustín (Coord), Estudios de Derecho Ambiental Europeo, Lete, Bilbao, 2005, p.270: "entre otras funciones encontramos la función de inspiración del legislador, de orientación del derecho positivo, de relleno de lagunas, de resolución antinomias, así como la función normativa".



ámbitos de la salud y del medio ambiente pese a la incertidumbre científica, para prevenir los daños que puedan resultar, para salvaguardar ciertos intereses esenciales ligados más a intereses colectivos que a los individuales, de manera que con este fin se ofrezca una respuesta proporcionada propia a la evitabilidad preocupada de una evaluación de riesgos (...) Si subjetivamente, el principio implica una actitud a tener frente a un riesgo, objetivamente, se dirige directamente a la prevención de ciertos daños en ciertas condiciones determinadas⁴⁹. Luego, la precaución es un principio que implica que ante la ausencia, o insuficiencia de datos científicos y técnicos⁵⁰, es conveniente, razonable y proporcional adoptar todas aquellas medidas que impida o limiten la realización de una situación de riesgo (expresada como amenaza inminente, irreversible e irremediable) que pueda afectar tanto intereses individuales, como colectivos (con preferencia estos).

En los anteriores términos, cabe estudiar la responsabilidad extracontractual del Estado realizando el juicio de imputación para el caso en concreto.

4.2 Imputación en el caso concreto

Le corresponde a la Sala determinar si en caso *sub examine*, le asiste responsabilidad a La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, por la muerte del señor Carlos Alberto Montoya Ramírez, acaecida el 11 de julio de 2000 en Santa Rosa de Cabal.

El recurrente afirma en el escrito contentivo de la apelación que la persona que dio muerte a Montoya Ramírez fue el Agente de la Policía, Evelio de Jesús Holguín Villa, quien se encontraba en servicio disponible para la fecha de los hechos, es decir, el 11 de julio de 2000, circunstancia que configuró la falla en el servicio en cabeza de la entidad demandada, por falta de vigilancia sobre el agente de policía, quien para esa noche debía pernoctar en la Estación de Policía de Santa Rosa de Cabal.

⁴⁹ BOUTONNET, Mathilde, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, ob., cit., p.5.

⁵⁰ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-57/96 National Farmers Union y otros; asunto C-180/96 Reino Unido c. Comisión; asunto C-236/01 Monsanto Agricultura Italia: "cuando subsistente dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, pueden adoptarse medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos".



Expediente: 27.983
 Actor: José Montoya Soto y Otros
 Acción de reparación directa

Así mismo, afirma que el Comando de Policía debió tomar medidas cuando el Agente Holguín Villa, se retiró de las instalaciones, pues se encontraba en servicio disponible, circunstancia que no ocurrió. Adicionalmente, hubo inactividad por parte del Comandante de la Policía, al no recibir la denuncia por parte de los familiares de la víctima, configurándose un encubrimiento al hecho delictivo del Agente Holguín Villa.

En consecuencia, afirma el recurrente que al presentarse inactividad, la responsabilidad del Estado es por culpa, por tal motivo, no es necesario demostrar la acción u omisión del agente, basta la falla funcional, orgánica o anónima, de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia. Así que por lo antes expuesto, queda para la parte demandante demostrada la causalidad entre la falla del servicio y el daño causado al señor Montoya Ramírez.

Por otro lado, el recurrente se pregunta cómo el Agente Holguín Villa, asignado para pernoctar el día de los hechos (11 de julio de 2000), salió del Comando de la Policía de Santa Rosa de Cabal, encontrándose en servicio, por tal circunstancia se debió anotar en la minuta que se lleva en la entidad, con permiso de quien salía el Agente y el motivo de la ausencia, medidas que de haberse tomado por parte de los miembros de la Policía Nacional, habrían evitado la muerte de Carlos Alberto Montoya Ramírez.

Finalmente, el apelante arguye que el hecho de que la investigación penal la haya adelantado la justicia ordinaria, constituyó una falla "procedimental" que en nada incide respecto de la responsabilidad de la administración de responder por la falla en el servicio, y por lo tanto, no es óbice para que se hayan despachado desfavorablemente las pretensiones de la demanda por parte del Tribunal Administrativo del Risaralda.

Así las cosas y de acuerdo con el material probatorio arrimado al expediente, para esta Corporación quedó demostrado que el señor Carlos Alberto Montoya Ramírez murió el 11 de julio de 2000, así lo señaló el protocolo de necropsia Nro. 570-00 de fecha 25 de julio de 2000, practicado al señor Carlos Alberto Montoya Ramírez en el que consta que murió por impactos de arma de fuego (Fls. 150 a 153 C.1):

"EXAMEN EXTERNO

(...)

TÓRAX: tres orificios de entrada de proyectil de arma de fuego ubicado así, uno escapular izquierdo, uno paravertebral dorsal derecho, uno subescapular derecho, dos



Expediente: 27.983
 Actor: José Montoya Soto y Otros
 Acción de reparación directa

orificios de salida de proyectil de arma de fuego ubicado uno en hombro izquierdo cara anterior, y otro en región externa pectoral derecha, al parecer y de acuerdo a la historia clínica donde se describe orificio de salida de proyectil de arma de fuego pectoral derecho, el 3er orificio de salida de proyectil de arma de fuego fue ampliado con una de las heridas quirúrgicas.

(...)

CONCLUSION: Hombre quien fallece por anemia aguda, debido a laceración pulmonar múltiple producida por herida de proyectil de arma de fuego.

MANERA DE MUERTE: Homicidio”.

Ahora bien, en relación con el autor del homicidio, el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Risaralda – Sala Penal, encontró que fue el Agente de la Policía Evelio de Jesús Holguín Villa, quien accionó el arma que puso fin a la vida de Montoya Ramírez, por lo tanto, el debate se centrará en establecer si quien fue señalado como el homicida del citado señor, lo hizo en cumplimiento de funciones propias de su cargo como Agente de la Policía, aprovechándose de las mismas, o si por el contrario, obedeció a móviles o motivaciones meramente personales y ajenos al servicio público.

Del acervo probatorio se evidencia, que Holguín Villa se encontraba laborando en la Estación de Policía de Santa Rosa de Cabal para el 11 de julio de 2000, como se señaló en la constancia de fecha 5 de diciembre de 2002, expedida por la Seccional de Talento Humano de la Policía Nacional – Departamento de Risaralda, una vez revisada la tarjeta biográfica del mencionado Agente (Fl.152 C.1).

Adicionalmente, la minuta de anotaciones del día 11 de julio de 2000 de la Policía Nacional, señala el arma asignada el día de los hechos y el turno que debía cumplir en la Estación de Policía el Agente Evelio Holguín Villa, así como las novedades que se presentaron (Fls.157 a 168 C.1):

“11-27-00 23:45 935x915 A esta hora ingresó al hospital local herido con arma de fuego al parecer revolver el Sr. Carlos Alberto Montoya Ramírez, 30 años, natural Santa Rosa, soltero, sin profesión, alfabeto, indocumentado, hijo de José y Noelba, residente cra 15 con calle 26, quien presenta tres (3) heridas en la región del tórax y otra antebrazo derecho. Atendido hospital local y trasladado San Jorge de Pereira. Los hechos se presentaron en la dirección antes señalada a eso de las 23:35 horas. Los móviles y (ilegible) se desconocen. Caos conocido por móviles uno y dos. (...)

<u>Clase arma</u>	<u>Firma quien recibe</u>	<u>Fecha de entrega</u>	<u>Hora de entrega</u>
<u>Observaciones</u>			
<u>Fusil</u>	-----	12-07-00	6:30 Sin novedad
<u>Revolver</u>	-----	21-07-00	8:05 Sin novedad



Expediente: 27.983
 Actor: José Montoya Soto y Otros
 Acción de reparación directa

(...) PRIMER TURNO DE VIGILANCIA PARA HOY 11 Y 12.07.2000

Grado Placa Apellidos y nombres C/A #Arma Lugar de facción

(...)

AG71902 HOLGUÍN VILLA EVELIO F 6236 Pernocta instalaciones"

(Subrayado y negrilla propios)

Se concluye entonces, que el señor Evelio de Jesús Holguín Villa para el 11 de julio de 2000, se encontraba en servicio activo como Agente de la Policía Nacional, aunado al hecho que debía pernoctar en las instalaciones de la Estación de Policía del municipio de Santa Rosa de Cabal.

Ahora bien, una vez establecido que Evelio de Jesús Holguín Villa era Agente y se encontraba en servicio activo de la Policía Nacional, la Sala determinará si la parte demandante logró demostrar que la responsabilidad por la muerte de Montoya Ramírez le es imputable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, para lo cual se hará una breve referencia al deber que tienen las partes, en este caso los demandantes, de demostrar los hechos que alegan, lo anterior de acuerdo con lo señalado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Administrativo.

Al respecto, esta Corporación ha señalado:

"Como lo ha precisado la Sala en varias oportunidades, la carga de la prueba compete a la parte que alega un hecho o a quien lo excepciona o lo controvierte, de acuerdo con el artículo 177 del C.P.C., y si bien la ley faculta al juez para decretar pruebas de oficio, tal posibilidad no puede convertirse en un instrumento que supla las obligaciones que corresponden a las partes en el proceso.

Sobre el deber que le asiste al demandante de acreditar los hechos en que fundamenta su demanda, la Sala, en sentencia del 4 de mayo de 1992, manifestó:

"Las afirmaciones o hechos fundamentales y las pruebas aportadas al proceso regular y oportunamente constituyen el único fundamento de la sentencia. En derecho no basta afirmar o relatar unos hechos sin que exista seguidamente la prueba de todos y cada uno de ellos; las pruebas son las herramientas que le permiten al juzgador establecer la verdad y ante la ausencia de ellas, ya sea porque no se emplearon oportunamente y en debida forma los medios que la ciencia y la técnica del derecho ofrecen a las partes, no queda distinto remedio que absolver, dando aplicación al conocido principio onus probandi o carga de la prueba".⁵¹

En este orden de ideas, resulta imperioso concluir que el daño por cuya indemnización se demanda no es imputable a la demandada.

*Es así como al tenor de lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual **"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"**, constituye una carga procesal*

⁵¹ Sección Tercera, sentencia de abril 22 de 2009. Exp. 16.192. M.P.:Dra. Myriam Guerrero de Escobar.



de la parte actora demostrar las imputaciones hechas por ella en la demanda, a partir de las cuales pretendió que se declarara responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, y que se la condenara a una cuantiosa indemnización de perjuicios a su favor; sin embargo, la actora no cumplió con dicha carga y la consecuencia de su falencia no puede ser otra que la negación de la súplicas de la demanda por ella promovida.

En efecto, a juicio de la jurisprudencia de esta Sección:

"Si bien el derecho procesal tiene la finalidad de 'servir de instrumento necesario para la concreción y efectividad de las normas sustanciales'⁵², la Constitución de 1991 'lo elevó a rango constitucional en su artículo 228, pues son las normas procesales probatorias de una especial relevancia ya que tal como se repite desde siempre y concreta el aforismo romano 'Idem est non esse aut non probari', igual a no probar es carecer del derecho, pues de poco sirve ser titular de una determinada relación jurídica u ostentar una precisa calidad de tal orden, si en caso de que se pretenda desconocer o discutir o sea necesario evidenciarla, no estamos en capacidad de acreditar esa titularidad ante quien nos la requiere, en cuestiones públicas o privadas'⁵³.

"Es así como una de las reglas técnicas del derecho probatorio es la de la carga de la prueba, la cual parte del supuesto de que 'son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso sobre los que gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial. (...) **El concepto de carga de la prueba es central para entender el porqué de ciertas decisiones judiciales, pues en aquellos eventos donde la ausencia de pruebas se presenta, no puede el juez abstenerse de decidir y es así como se impone un fallo en contra de quien tenía radicada la carga de la prueba**⁵⁴. Es evidente que nadie mejor que el interesado para conocer los medios de prueba que deben emplear, con el fin de **demostrar los hechos en que están fundamentando sus pretensiones.**"⁵⁵ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)⁵⁶

En consecuencia, en derecho no basta afirmar la ocurrencia de unos hechos, es necesaria la existencia de pruebas que corroboren la veracidad de las afirmaciones, en el *sub lite* la parte demandante dejó acéfala la carga probatoria que tenía al no demostrar la imputación fáctica constituida por la relación de causalidad entre el daño ocasionado al señor Montoya Ramírez y el actuar del Estado, no encontrando dentro del material probatorio elementos de juicio que permitan determinar que el agente se encontraba cumpliendo órdenes o funciones del servicio.

Sin embargo, y en aras de encontrar la verdad el Tribunal Administrativo del Risaralda mediante auto del 24 de octubre de 2000 (Fls.145 y 146 C.1), al abrir el proceso a

⁵² "LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil Pruebas*, Tomo III, DUPRE Editores, Bogotá D. C. 2001, Pág. 15."

⁵³ "Ibidem."

⁵⁴ "Op. Cit. Pág. 26."

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de marzo de 2004, Radicación número: 44001-23-31-000-2003-0166-01 (AP), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de mayo de 2012. CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 23263.



Expediente: 27.983
Actor: José Montoya Soto y Otros
Acción de reparación directa

etapa probatoria, ordenó oficiar al Comando de la Policía Nacional en el Departamento del Risaralda para que certificara si el agente Holguín Villa para el 11 de julio de 2000 se encontraba en servicio activo, en caso afirmativo se señalara la estación y turno en que se encontraba asignado, así como el arma de dotación oficial que portaba. Adicionalmente, se solicitó remitir los libros o registro del mismo día (11 de julio de 2000), que reposaban en la Estación de Policía de Santa Rosa de Cabal, en los que constara las novedades que se presentaron ese día, no contento con lo anterior y para llegar a la esclarecer el asunto, el *A quo* incluso solicitó la remisión del informe de balística practicado al cadáver de Carlos Alberto Montoya Ramírez y en caso de no existir, dio la orden al Instituto de Medicina Legal para que este se llevara a cabo.

Observa la Sala, que de las pruebas ordenadas por el *A quo* hace falta el informe de balística solicitado al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, prueba que habría ayudado al juzgador a determinar con qué tipo de arma se le causó la muerte a Montoya Ramírez y si esta era de uso privativo de las fuerzas armadas.

Así las cosas, queda demostrada la inactividad e incumplimiento de la carga procesal por parte del apoderado de la parte demandante, para recaudar y allegar el material probatorio que le servirían de sustento a las afirmaciones y aseveraciones realizadas en la demanda y ratificadas en la apelación, por cuanto tenía el deber de solicitar al Tribunal Administrativo del Risaralda dar cumplimiento a lo ordenado, lo anterior, no asegura que dicho informe o cualquier otro medio de prueba hubiese permitido acceder a las súplicas de la demanda, pero si habría suministrado el suficiente acervo probatorio que permitiera dilucidar el problema.

En relación con el señalamiento del recurrente de que la falla del servicio se configuró por la falta de vigilancia y que la misma constituyó un encubrimiento por parte de quienes eran los superiores jerárquicos y compañeros de Holguín Villa en la Estación de Policía de Santa Rosa de Cabal, tampoco existe asidero para tal afirmación, debido a que no se encuentra demostrado cuándo ni cómo Evelio de Jesús Holguín, se ausentó de las instalaciones policiales la noche de los hechos o que hubiera utilizado su arma de dotación oficial, que se encontraba portando uniforme o que se hubiera desplazado en vehículos de la institución.



En conclusión, con el escaso material probatorio arrimado al expediente, la Sala no pudo determinar con absoluta certeza las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que trajeron como consecuencia la muerte de Carlos Alberto Montoya Ramírez y que permita endilgale responsabilidad a la entidad demandada, ya que como se señaló en párrafos anteriores, los testimonios aportados con la demanda con relación a las circunstancias que rodearon la muerte de Montoya Ramírez, serán valorados como elementos indiciarios⁵⁷, y en conjunto lleva a la Sala a determinar que estos no son coincidentes entre sí, ni reflejan la mínima certeza respecto a las situaciones acaecidas que envolvieron las heridas y consecuente muerte de Carlos Alberto Montoya Ramírez.

Adicionalmente, el informe No. 091 del 12 de julio de 2000 realizado por la Fiscalía General de la Nación, suscrito por Agentes del Cuerpo Técnico de Investigación, que da cuenta de la inspección del cadáver, acta No.482, de Carlos Alberto Montoya Ramírez, tampoco aporta mayores datos que permitan conocer en qué circunstancias sucedió el homicidio (Fl.8 y 9 C.1):

"Siendo las 03:10 horas de la mañana del día de hoy, fue reportado a satélite la existencia de un cadáver en el Hospital Universitario San Jorge, correspondiente a quien en vida se llamaba CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ, indocumentado al momento del levantamiento, persona que presenta varios impactos de proyectil de arma de fuego en la espalda, tórax y antebrazo derecho, hijo de José A y Noelba, soltero, alfabeto, ocupación ayudante de construcción con el Forec, natural de Santa Rosa de Cabal y cedulado allí mismo, farmacodependiente, residente en la carrera 15 No. 26 – 12 de Santa Rosa de cabal, con teléfono 3643552.

En la sección de urgencias del centro hospitalario se encontraba un hermano del occiso y un amigo de la familia, el señor JORGE ARTURO MONTOYA RAMÍREZ (...) manifiesta sobre los hechos que el autor material del hecho fue un agente de la Sijin de Santa Rosa de Cabal, de apellido "HOLGUÍN" junto con un compañero suyo de quien no sabe el nombre, pero está recién llegado a la localidad y lo reconoce porque es mono, delgado, tiene braquets (sic) y su cara es barrosa; de lo anterior rinde declaración ante la Fiscal 37 Local de turno, la cual se anexa al presente informe.

Posteriormente se dialogó con el señor LEONARDO REINOSA SOTO, (...) amigo de la familia, quien reside en el segundo piso de la misma casa del occiso, manifestando sobre los hechos que una vez trasladado el herido al hospital de Santa Rosa de Cabal, él se encontraba parado en la puerta de Urgencias del mismo centro, esperando a que remitiera a su vecino herido hacia el Hospital de Pereira y cuando pasó al herido por el frente de él le escuchó decir que fue el agente de la Policía "Holguín" quien le disparó. Por lo tanto, se le tomó la declaración juramentada ante la misma fiscalía de turno, anexándose al presente informe".

⁵⁷ Al no ser ratificados en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y las declaraciones fueron rendidas por familiares y amigos de la víctima



Expediente: 27.983
 Actor: José Montoya Soto y Otros
 Acción de reparación directa

No obstante, y a pesar que no se aportó con la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala de Decisión Penal el 5 de febrero de 2002, la constancia de ejecutoria de la misma, requisito exigido por el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil *“Las providencias quedan ejecutoriadas y son firmes tres días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos. No obstante, en caso de que se pida aclaración o complementación de una providencia, su firmeza sólo se producirá una vez ejecutoriada la que la resuelva. Las sentencias sujetas a consulta no quedarán firmes sino luego de surtida esta.”*, en principio se tiene por cierto, aun que no existe certeza sobre la cosa juzgada, que quien perpetró el homicidio fue el señor Evelio de Jesús Holguín Villa, como lo señaló en la parte resolutive:

“PRIMERO: REVOCAR la Sentencia apelada, proveniente del Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, conforme con lo expuesto, en consecuencia, se conde a EVELIO DE JESÚS HOLGUÍN VILLA, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso a la pena principal de CATORCE (14) AÑOS DE PRISION por haberlo hallado autor responsable del delito de HOMICIDIO, cometido en perjuicio de CARLOS ALBERTO MONTOYA RAMÍREZ.

SEGUNDO: Como pena accesoria se le aplica la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de diez años.

TERCERO: Se condena al procesado al pago de perjuicios, tal como se consignó en la parte motiva.

CUARTO: No se le otorga el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues lo impide la cantidad tasada y lo prohíbe asimismo el aspecto subjetivo señalado en la norma 63 del C.P.

QUINTO: Ejecutoriada el fallo dése cumplimiento al artículo 472-2 del C. De P.P.”.

Ahora bien, es necesario precisar si existen los elementos de juicio que permitan tener como autor de los hechos al Agente de la Policía Holguín Villa, quien como se señaló, para la fecha de estos se encontraba en servicio activo y la Administración se hace responsable de los daños que este cause, o si por el contrario, se trató de una falta o culpa personal del agente, quien en desarrollo de su ámbito personal decidió causar un perjuicio a Carlos Alberto Montoya Ramírez.

Frente al tema, ha sido posición reiterada de esta Corporación:



“La simple calidad de funcionario público que ostente el autor del hecho no vincula necesariamente al Estado, pues dicho funcionario puede actuar dentro de su ámbito privado separado por completo de toda actividad pública. En doctrina que la Sala ha acogido en reiterada jurisprudencia, se señala que para que la conducta causante del daño, desplegada por un agente estatal, tenga vínculo con el servicio, se requiere que ésta se presente externamente como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público. Para establecer cuándo un hecho cometido por un agente estatal tiene vínculo con el servicio, la Sala, en sentencia del 17 de julio de 1990, expediente: 5998, formuló el siguiente test de conexidad, con fundamento en la doctrina extranjera: ¿advino el perjuicio en horas del servicio, en el lugar o con instrumento del mismo?; ¿el agente actuó con el deseo de ejecutar un servicio o bajo su impulsión?. En la misma providencia se advirtió que “ello no quiere decir que siempre que el hecho ocurra dentro de cualquiera de aquellas especies o de ambas, necesariamente se vea comprometida la responsabilidad de la administración pero si resultara que el Juez, en primer término, tendrá mejores elementos de juicio para inferir que existió una falla en el servicio”. En providencias más recientes se señaló que “en las decisiones en las que se ha acudido al referido test éste no conduce inexorablemente a una u otra conclusión, ya que se deberán analizar, en cada caso, las circunstancias especiales que rodearon el hecho para poder determinar si el daño es atribuible o no atribuible al demandado, aportando únicamente hechos indicadores en relación con la conducta imputada (no con el nexo de causalidad), a partir de los cuales y en armonía con las demás pruebas se podrá solucionar la controversia”. En síntesis, aunque las pruebas que obran en el expediente demuestran que las lesiones sufridas por el señor Henry Castro Mejía fueron causadas con intervención del agente de la Policía Enzo Rafael Acosta Camaño, el daño sufrido por los demandantes no es imputable al Estado porque la actuación de éste no supuso una manifestación del ejercicio de su cargo, ni se produjo con un vehículo oficial, ni con un bien que hubiera estado bajo la guarda de las entidades públicas demandadas. En pocas palabras, el daño sufrido por los demandantes no es imputable a la demandada porque la actuación del agente estatal que intervino en su comisión fue ajena al servicio que prestaba y por lo tanto, sólo comprometió su esfera personal”.⁵⁸ (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

Así las cosas y en consideración a la jurisprudencia citada de la Sección Tercera, se concluye frente al test de conexidad que no hay prueba mínima directa o indirecta que el Agente de la Policía (activo) para el momento de los hechos estaba cumpliendo órdenes oficiales, se hallaba en desempeño de sus funciones y tampoco hay prueba que portaba uniforme o distintivo alguno que lo identificara como miembro de la Policía Nacional, ni que el vehículo (motocicleta) en que supuestamente se desplazaba llevara los distintivos de la entidad o que el ilícito hubiere sido cometido con el arma oficial asignada al agente sin que exista ninguna anotación de novedad, por lo tanto, no se logró materializar ni fáctica, ni jurídicamente la imputación.

Finalmente, frente al mencionado test, hay otro gran elemento consistente en el nexo inteligible, debe tenerse en cuenta que éste igualmente se compone de un elemento intencional, que tiene lugar cuando el agente estatal obra con la intención de cumplir sus funciones, bien sea dentro

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 2 de mayo de 2007. CP: Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 16743.



*Expediente: 27.983
Actor: José Montoya Soto y Otros
Acción de reparación directa*

del tiempo de servicio o por fuera de él, y, por último, el elemento de influencia del servicio, que tiene lugar en los eventos donde la persona, esto es, el agente estatal, realiza una actividad bajo la influencia de la función pública, casos en los cuales los funcionarios pueden obrar con culpa grave o dolo, sin que ello indique la exoneración de la entidad pública sino, simplemente, ha de entenderse que se configuró una falla en el servicio público (función pública).

Cuando se presenta alguno de estos dos elementos del nexo inteligible, se considera siempre que la conducta del servidor obliga al Estado. Es decir que cuando el servidor obró, obró el Estado. Estos elementos son indicativos necesarios de que la conducta del servidor tiene nexo con la función y, en consecuencia, le es imputable al Estado el daño antijurídico que con ella se haya causado por lo que la administración deberá responder⁵⁹.

En el caso de autos, considera la Sala que no se encuentra probado que el agente Evelio de Jesus Holguin Villa, haya actuado con la intención de cumplir las funciones para las cuales se encontraba vinculado a la entidad demandada o que su actuación haya estado influenciada por la prestación del servicio público.

Dentro del anterior análisis, la Sala no encuentra material probatorio que directa o indirectamente acredite que se produjo una falla en el servicio, ni que se pueda afirmar la aplicación del daño especial, ya que no se conoce con certeza qué produjo una ruptura del equilibrio de las cargas públicas endilgable al Estado, en cabeza del cuerpo armado del que hacía parte un presunto miembro, respecto del cual no se logró materializar ni fáctica, ni jurídicamente la imputación. Finalmente, la Sala encuentra que con el acervo probatorio que obra en el expediente tampoco es posible afirmar si se trató de un acto en la esfera propia, o privada, con lo que no es posible ciertamente afirmar que haya operado como eximente la culpa personal del agente.

Por lo tanto, cabe recordar que para que exista responsabilidad por parte del Estado por las actuaciones de sus funcionarios, es necesario que las mismas tengan nexo o vínculo

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, Sentencia No 17993. del 24 de marzo de 2011: "para establecer los límites entre el nexo con el servicio y la culpa personal del agente, se deben analizar y valorar las particularidades de cada caso específico, como quiera que el vínculo instrumental, funcional u ocasional, por sí mismo no compromete, la responsabilidad patrimonial del Estado. Lo anterior, en la medida que el test de conexidad establecido en la providencia del 17 de julio de 1990, expediente No. 5998, tal y como se puntualizó en anterior oportunidad, no conduce inexorablemente a dar por acreditada la obligación de reparación en cabeza de la administración pública, habrá que examinar en cada caso concreto la especificidad de las circunstancias en que se materializan los hechos".



Expediente: 27.983
Actor: José Montoya Soto y Otros
Acción de reparación directa

con el servicio, situación que no fue probada en el plenario, de manera que el daño sufrido por la muerte de Carlos Alberto Montoya Ramírez, no es imputable al Estado, porque no quedó demostrado que el hecho causante del mismo tuviera algún vínculo con el servicio público como se explicó en líneas precedentes y tampoco se probó que la acción involucró la culpa personal del agente.

Finalmente, en relación con la afirmación del recurrente de que el Comandante de la Estación de Policía de Santa Rosa de Cabal, no quiso recibir la denuncia que querían formular los familiares de Carlos Alberto Montoya Ramírez sobre el autor de los hechos el mismo 11 de julio de 2000, tampoco se aportó prueba que permitiera verificar la veracidad de tal señalamiento, por tanto, en este punto tampoco le asiste razón a los demandantes y no constituye ni siquiera indicio de una falla del servicio, por ende esta Corporación habrá de confirmar la decisión tomada por *A quo*.

5. Costas

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

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

FALLA:

PRIMERO. CONFÍRMESE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Risaralda el 25 de marzo de 2004, por los fundamentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Sin condena en costas.

TERCERO. DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada la presente sentencia.



Expediente: 27.983
Actor: José Montoya Soto y Otros
Acción de reparación directa

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

[Large handwritten signature and scribbles, including a large 'X' mark, partially obscuring the text below.]

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado

[Handwritten signature of Enrique Gil Botero]
Reparación de voto

[Handwritten signature of Olga Melida Valle de la Hoz]
OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

Adelantación de caso