

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA



Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 76001-23-31-000-2003-02219-01 (35043)

Actor: Ángel Miro Franco Martínez

Demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

Asunto: Acción de reparación directa (Sentencia)

Contenido. Descriptor: Responsabilidad del Estado por uso de armas de fuego de dotación oficial durante operativo militar para repeler un atraco a vehículo de transporte público. **Restrictor:** Daño antijurídico; Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado; Responsabilidad del Estado por daños causados por arma de dotación oficial; El juicio de imputación en el caso concreto.

Procede la Sala a decidir el presente asunto, correspondiente al recurso de apelación promovido por la parte demandante contra la sentencia de 15 de junio de 2007 dictada por el Tribunal Administrativo del Valle de Cauca que desestimó las pretensiones de la demanda.

1.- La demanda.

Fue presentada el 13 de junio de 2003 (fls 19-25, c1) por Ángel Miro Franco Martínez y Otros, quienes actúan mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, con el objeto de que se declare administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional por la lesión causada al señor Ángel Miro Franco Martínez y, consecuentemente, se reconocieran perjuicios materiales e inmateriales, estos últimos en las modalidades de morales, daño fisiológico y psicológico.

Las pretensiones se fundamentan en los hechos presentados por la parte actora y de los cuales la Sala destaca los siguientes:

En la noche del 19 de marzo de 2003 en el Municipio de Santiago de Cali, transitaba un bus urbano de servicio público identificado con placas VBC-533 de la Empresa Blanco y Negro, en el que se transportaba como pasajero el señor Ángel Miro Franco Martínez con destino a su lugar de trabajo. A la altura de la Carrera 11C No. 1-63, Barrio La Nueva Base, ingresaron al vehículo unos sujetos armados que procedieron a hurtar el dinero y las pertenencias de los pasajeros y del conductor del vehículo. En el desarrollo del hurto, de improviso, un pasajero, el señor Antonio Esquivel Jiménez, que posteriormente es identificado como soldado profesional del Gaula del Valle del Cauca, sacó su arma de fuego y disparó hacia los delincuentes, por esta razón se inicia un cruce de disparos entre los agresores y el soldado. Como consecuencia de lo anterior resultó fallecido uno de los asaltantes, otro de ellos herido gravemente que posteriormente falleció y tres pasajeros heridos, entre ellos el señor Ángel Miro Franco Martínez, quien sufrió una herida en el codo del miembro superior izquierdo por la penetración de un proyectil disparado por el Soldado Profesional Esquivel Jiménez según lo afirmado en la demanda.

2. Actuación procesal en primera instancia

2.1.- El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante proveído de 3 de septiembre de 2003 inadmitió la demanda por la falta de unos requisitos y concedió cinco (5) días de plazo para subsanarla (fl 27, c1). Cumplido lo anterior, se admitió la misma en auto del 30 de octubre de 2003 (fls 32-33, c1), la cual fue notificada por aviso del 12 de abril de 2004 al demandado.

2.2. Oportunamente¹ la accionada contestó la demanda en escrito del 7 de mayo de 2004 (fls 42-43, c1). Preciso, en cuanto a los hechos y pretensiones, que se atiene a lo que resulte probado en el proceso. Alegó que se presentó la figura de la culpa personal del agente, ya que al momento de los hechos se encontraba desligado de su función como soldado voluntario o profesional, no portaba el uniforme y el arma de fuego portada era de su propiedad y que su respuesta fue para la protección de su vida y la de los demás pasajeros; por todo lo anterior concluye que no existió una falla del servicio por parte de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.

¹ El término de fijación en lista transcurrió entre el 26 de abril al 7 de mayo de 2004, de acuerdo con los informes secretariales obrante a folio 44 del cuaderno 1.

2.3.- Mediante auto de 24 de agosto de 2004 (fls 45-46, c1) se dio inicio al periodo probatorio y, finalmente, en auto de 4 de mayo de 2005 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, oportunidad aprovechada por ambas partes (fls 52-54 y 55-56, c1). El Agente del Ministerio Público guardó silencio.

3.- Sentencia de primera instancia.

3.1.- El 15 de junio de 2007 (fls 62-72, c. ppal.) el Tribunal dictó sentencia en la que negó las pretensiones de la demanda.

3.2.- Luego de memorar el material probatorio que obra en el expediente y de recordar la regla de la carga de la prueba a tenor de lo prescrito en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, concluyó el *a-quo* que no se tiene certeza de la forma en la que se desarrolló el hurto en el vehículo de transporte público y el cruce de disparos, ni de la actividad defensiva del soldado. Tampoco se acreditó que el proyectil que ocasionó la herida del demandante proviniera de una arma de dotación oficial que fuera asignada a ese soldado, ni que esa arma fue accionada en el ejercicio de sus funciones como agente del Estado o que el supuesto agente se identificara como autoridad del orden. Por otro tanto, desestimó los testimonios que afirman que el soldado fue quien disparó el proyectil con el que se causó la lesión del señor Ángel Miro Franco Martínez, ya que están basados en especulaciones y deducciones sin soporte, que se hicieron después de leído lo ocurrido en los periódicos, por lo que afirman que son testigos de oídas. En consecuencia, desestimó los pedimentos de la demanda ante la falta de constatación probatoria.

4. Recurso de apelación

Contra lo así resuelto la parte demandante (fls 73-75, c. ppal.) se alzó mediante el recurso de apelación, impugnación que fue concedida por el *a-quo* en auto de 26 de octubre de 2007 (fl 81-87, c. ppal.).

5. Actuación procesal en segunda instancia

Recibido el expediente en esta Corporación, en auto de 7 de marzo de 2008 se admitió

el recurso (fl 93, c. ppal.). Seguidamente, en providencia de 3 de julio del mismo año (fl 97, c. ppal.) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, guardando silencio partes e intervinientes. En auto de 8 de noviembre de 2016 se decretó y tuvo como prueba de oficio algunas piezas del proceso penal radicado No. 564287 de la Fiscalía Tercera de la Unidad de Delitos contra la Seguridad Pública y Otros y el Juzgado 50 de Instrucción Penal Militar.

CONSIDERACIONES

1. Objeto del recurso de apelación

1.1.- El recurrente centró su disenso en que el *a-quo* declarara la culpa personal del agente como eximente de responsabilidad. Cuestionó que aunque la parte demandada esbozó la excepción de culpa personal del agente al encontrarse desligado de su servicio, lo cierto es, cuestiona el recurrente, que ese extremo no aportó certificación o constancia que de fe que el soldado Antonio Esquivel Jiménez se encontraba en vacaciones, permiso, licencia, día de descanso o cualquiera otra situación similar; por el contrario, lo que sí es cierto es que el Agente fue condecorado por el Presidente de la República, en consecuencia, no existe prueba que acredite que el militar se encontraba “totalmente desvinculado” del servicio.

1.2.- De otra parte, en lo que hace al arma de fuego y la alegación de la demandada de que ésta era de propiedad del soldado involucrado, el recurrente sostuvo que al a fecha no se ha podido determinar ello dentro del proceso penal adelantado siendo posible que el militar “*haya estado en comisión adelantando labores de inteligencia*”, pues en criterio del actor éste no se encontraba totalmente desligado de su función.

1.3.- Alegó que en el expediente se evidencia una falta de pruebas determinantes, como un interrogatorio de parte al soldado involucrado, una solicitud de registro de la propiedad del arma entre otras pruebas que “*nos permita hacernos una idea más acorde con los hechos y ahí si entrar a fallar (...)*”. Consideró, además, que la lesión sufrida por el actor se debió al actuar irresponsable del militar Esquivel Jiménez siendo él quien abrió fuego contra los supuestos contraventores de la Ley.

2.- Problema jurídico

De lo anterior se puede plantear como problema jurídico si cabe imputar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional responsabilidad administrativa por las lesiones causadas al señor Ángel Miro Franco Martínez ocurridas en el incidente del 19 de marzo de 2003.

3. Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado

3.1.- Con relación a la responsabilidad del Estado, la Carta Política de 1991 produjo su “*constitucionalización*” al erigirla como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación o interés.

3.2.- De lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, se desprende que esta tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su omisión, ya sea atendiendo a los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro.

3.3.- En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración.

3.4.- El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es “irrazonable,” sin depender “*de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración.*”².

3.5.- La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, el régimen común de la falla del servicio o cualquiera otro que permita

² Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

hacer la atribución en el caso concreto.

4.- La responsabilidad del Estado por los daños causados por armas de dotación oficial.

4.1.- La Sala verifica que en ejercicio del control de convencionalidad³ encuentra elementos normativos que sirven de parámetro para determinar el juicio de atribución de responsabilidad del Estado con sustento en una falla del servicio, a partir del reconocimiento del derecho a la vida (que impone obligaciones tanto positivas como negativas a los Estados) y el derecho a la integridad física de la persona⁴ como Derechos Humanos en la Convención y conforme a los criterios de excepcionalidad y uso racional de los instrumentos de coerción de que disponen las autoridades del Estado, tal como lo consideró la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵ en el

³ Puede verse: BREWER-CARÍAS, Allan R; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*, 1º ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

El control de convencionalidad es una herramienta cuyo desarrollo se encuentra en la amplia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que pasa a señalarse: Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988; Caso Suarez Rosero Vs Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997; Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999; Caso Mirna Mack Chang Vs Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Voto razonado concurrente Juez Sergio García Ramírez); Tibi Vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004; Caso La Última Tentación de Cristo Vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2005; Caso López Álvarez Vs Honduras, sentencia de 1º de febrero de 2006; Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006; Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Voto razonado del Juez García Ramírez); Caso La Cantuta Vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Voto razonado del Juez García Ramírez); Caso Boyce Vs. Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2007; Caso Castañeda Gutman Vs. México, sentencia de 6 de agosto de 2008; Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008; Caso Radilla Pacheco Vs. México, sentencia de 23 de noviembre de 2009; Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, sentencia de 26 de mayo de 2010; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, sentencia de 31 de agosto de 2010; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, sentencia de 1º de septiembre de 2010; Caso Vélez Llor Vs. Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010; Caso Gelman Vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011; Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, sentencia de 1º de julio de 2011; Caso López Mendoza Vs. Venezuela, sentencia de 1º de septiembre de 2011; Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina, sentencia de 29 de noviembre de 2011; Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012 (Voto parcialmente disidente Juez Alberto Pérez Pérez); Caso Furlan y familiares Vs. Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012; Caso Masacre de Río Negro Vs. Guatemala, sentencia de 4 de septiembre de 2012; Caso Masacre de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, sentencia 25 de octubre de 2012 (voto razonado del Juez Diego García Sayán); Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala, sentencia de 20 de noviembre de 2012; Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, sentencia de 30 de noviembre de 2012; Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, sentencia de 14 de mayo de 2013.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta las siguientes Opiniones Consultivas y Resoluciones de la Corte IDH: Opinión Consultiva OC-13/93, de 16 de julio de 1993, OC-14/1994 de 9 de diciembre de 1994 (Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención); Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 20 de marzo de 2013, caso Gelman Vs Uruguay.

⁴ Al tenor del artículo 5.1 de la Convención y que establece que 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral

⁵ Es de resaltar que también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que si bien las autoridades tienen el derecho y el deber de hacer cumplir la ley y mantener el orden público, ello no puede dar lugar al uso excesivo y desproporcionado de la fuerza, ya que, en situaciones de tal condición se estaría frente a una privación arbitraria de la vida, en caso de causarse la muerte con tal proceder. Ha dicho la Comisión al respecto:

“39. La jurisprudencia de la Corte deja en claro que los agentes del Estado tienen el derecho y la responsabilidad de hacer cumplir la ley y mantener el orden aun cuando se produzcan, en algunos casos, muertes o lesiones corporales. No obstante, la Corte sostuvo también claramente que la fuerza utilizada no debe ser excesiva. Cuando se usa fuerza excesiva, no se respeta la integridad personal, y toda privación de la vida resultante es arbitraria. La cuestión que se plantea a la Comisión consiste, por lo tanto, en determinar si los agentes policiales que penetraron en la finca para cumplir las órdenes de arresto hicieron uso excesivo de fuerza, que haya dado lugar a violaciones de la Convención. La Comisión concluye que en este caso se llevó a cabo un uso excesivo de la fuerza.

caso *Retén de Catia c. Venezuela* donde fijó una suerte de pautas para el uso de la fuerza y de las armas por parte de las autoridades estatales, de manera que i) la fuerza o los elementos de coerción sólo pueden ser empleados cuando se hayan agotado sin éxito otros medios de control menos lesivos, ii) por regla general –dice la Corte- se debe proscribir el uso de armas letales y sólo se puede autorizar su uso en los casos expresamente tasados por la Ley, los cuales deben estar sujetos a una interpretación restrictiva, añadiendo que “Cuando se usa fuerza excesiva toda privación de la vida resultante es arbitraria” y, por último iii) la Corte apeló a los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de Oficiales Encargados de Hacer cumplir la Ley⁶ para decir que el uso de las armas de fuego es excepcional, y que procede para la defensa propia o de un tercero que ve amenazada su vida o integridad física, para evitar la comisión de un delito, cuando se trate de la captura de un sujeto que reporte peligro y oponga resistencia o para impedir su fuga; en suma esta declaración de principios reitera que “En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.”.

4.2.- En este mismo contexto, se enfatiza que en el ámbito del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos⁷ se encuentra la Resolución No. 34/169 de 17 de

40. Conforme a las pautas internacionales que se han elaborado referentes al uso de la fuerza por parte de los agentes de seguridad pública para cumplir su función, esa actividad debe ser necesaria y proporcional a las necesidades de la situación y al objetivo que se trata de alcanzar. El Código de Conducta para Oficiales de Seguridad Pública de las Naciones Unidas dispone expresamente que "el uso de armas de fuego se considera una medida extrema". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de fondo No. 57/02 Caso 11.382. Caso Finca La Exacta c. Guatemala. 21 de octubre de 2002. Información obtenida en el sitio web: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/Guatemala.11382a.htm> Consultado el 10 de marzo de 2014.

⁶ Dicha declaración de principios tuvo lugar en el Octavo congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba entre el 27 de agosto y el 7 de septiembre de 1990. Es de resaltar de esta declaración los principios 9º y 10º que establecen lo siguiente:

“9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

10. En las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso.”

⁷ Debe destacarse el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el Caso *Fanny Suarez de Guerrero c. Colombia* el 31 de marzo de 1982 en donde el Comité conoció un caso concerniente a la muerte de siete personas a manos de miembros de la Policía Nacional. Los fundamentos jurídicos recogen la opinión del Comité acerca de la violación del derecho a la vida dispuesto en el artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité señaló:

“13.2 Por otra parte, la acción de la policía fue al parecer tomada sin previo aviso a las víctimas y sin darles ninguna oportunidad de rendirse a la patrulla de la policía o de ofrecer ninguna explicación de su presencia o intenciones. No hay evidencia de que la acción de la policía era necesaria en su propia defensa o la de los demás, o que era necesario llevar a cabo la detención o impedir

diciembre de 1979 de la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la cual se adoptó el Código de Conductas para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de donde se destaca el artículo 3° que dispone que “los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.”⁸, derivándose como consecuencias: i) el uso excepcional de la fuerza, ii) que la legislación nacional que de manera extraordinaria autorice el uso de las armas de fuego debe establecerse “de conformidad con un principio de proporcionalidad” y, iii) que el uso de las armas constituye una medida extrema y que se debe hacer todo lo posible por excluir su uso contra los niños; de acuerdo con los comentarios elaborados a dicho artículo por la propia Asamblea General⁹.

4.3.- Además, en el ordenamiento interno colombiano, a partir de la consagración constitucional de los fines esenciales del Estado¹⁰ así como del derecho fundamental a

la fuga de las personas afectadas. Por otra parte, las víctimas no eran más que sospechosos del secuestro que había ocurrido unos días antes, y su muerte a manos de la policía les privó de todas las protecciones del debido proceso establecido por el Pacto. En el caso de la Sra. María Fanny Suárez de Guerrero, el informe forense mostró que había recibido un disparo en varias ocasiones después de que ella ya había muerto de un ataque al corazón. No puede haber ninguna duda razonable de que su muerte fue causada por la patrulla de la policía.

13.3 Por estas razones, es la opinión del Comité de que la acción de la policía provocó la muerte de la Sra. María Fanny Suárez de Guerrero era desproporcionada en relación con los requisitos de la aplicación de la ley en las circunstancias del caso y que fue privado arbitrariamente de su vida contraria al artículo 6 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Puesto que la acción policial se hizo justificable como un asunto de la legislación colombiana mediante el Decreto Legislativo N° 0070, de 20 de enero de 1978, el derecho a la vida no estaba suficientemente protegido por la ley de Colombia como lo exige el artículo 6 (1).”

⁸ Información obtenida en el sitio web: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/codigo.htm> [Consultado el 10 de marzo de 2014]

⁹ Los comentarios al artículo tercero del Código de Conductas son del siguiente tenor literal:

“Comentario:

a) En esta disposición se subraya que el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ser excepcional; si bien implica que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden ser autorizados a usar la fuerza en la medida en que razonablemente sea necesario, según las circunstancias para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla, no podrá usarse la fuerza en la medida en que exceda estos límites.

b) El derecho nacional restringe ordinariamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de conformidad con un principio de proporcionalidad. Debe entenderse que esos principios nacionales de proporcionalidad han de ser respetados en la interpretación de esta disposición. En ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr.

c) El uso de armas de fuego se considera una medida extrema. Deberá hacerse todo lo posible por excluir el uso de armas de fuego, especialmente contra niños. En general, no deberán emplearse armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas. En todo caso en que se dispare un arma de fuego, deberá informarse inmediatamente a las autoridades competentes.”. Información obtenida en el sitio web: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/codigo.htm> [Consultado el 10 de marzo de 2014]

¹⁰ Constitución Política de Colombia. Artículo 2°. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

la vida¹¹, se desprende la exigencia del uso proporcional de la fuerza por parte de los agentes públicos que hagan uso de ellas, tal como se puede verificar con la Resolución 9960 del 13 de noviembre de 1992, por medio de la cual el Director General de la Policía Nacional aprobó el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural, previendo la necesidad de actualizar y ajustar la prestación del servicio policial a los nuevos principios establecidos en la Constitución Política de 1991, con la función primordial de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos, libertades públicas y la convivencia pacífica¹².

4.4.- En dicho reglamento, se establecieron las normas de carácter general que regulan la prestación del servicio policial, se fijaron los criterios, pautas y procedimientos para asegurar el cabal cumplimiento de la misión constitucional asignada a la Policía Nacional y se estableció una guía permanente de consulta para unificar procedimientos en la prestación del servicio de vigilancia¹³, a los cuales deben ceñirse las actuaciones del personal oficial, suboficial y agentes de la Institución¹⁴. En lo que concierne al uso de la fuerza y de las armas de fuego el artículo 127 de este reglamento establece:

"Solo cuando sea estrictamente necesario, la Policía puede emplear la fuerza para impedir la perturbación del orden público y para restablecerlo". (Art. 29 C.N.P.).

El medio de policía debe ser adecuado al fin de policía que se trata de alcanzar, y a la naturaleza del derecho a proteger lo que quiere decir que la medida impuesta no debe ser la más rigurosa y que si una medida menos rigurosa basta, esta es la que debe ser empleada.

Los funcionarios de policía pueden autorizar el uso de la fuerza en los siguientes casos, para:

1. Hacer cumplir las decisiones de los jueces y demás autoridades.
2. Impedir la comisión actual o inminente de un hecho punible.
3. Asegurar la captura de quien debe ser conducido ante la autoridad.
4. Vencer la resistencia del que se oponga a una orden judicial de cumplimiento inmediato.
5. Evitar mayores peligros y perjuicios en caso de calamidad pública.
6. Defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta, contra la persona, su honor y sus bienes.

¹¹ Constitución Política de Colombia. Artículo 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

¹² Allí se denominó servicio de policía a la vigilancia permanente que el Estado presta por intermedio de la Policía Nacional, para conservar el orden público, proteger las libertades, prevenir y controlar la comisión de delitos, y se dijo que éste servicio lo integran la vigilancia urbana y rural que son la base fundamental de las actividades preventivas y operativas de la Policía Nacional, clasificándolo según su objeto en servicios de policía de vigilancia y servicios de policía Judicial.

¹³ Artículo 1° ibídem.

¹⁴ Artículo 2° ibídem.

7. Proteger a las personas contra peligros inminentes y graves”.

4.5.- Aun así, sin perjuicio de la falla del servicio como título de imputación, la Sala, en atención al criterio interpretativo fijado por el Pleno de esta Sección, recuerda que la configuración jurídica de la responsabilidad está sujeta a la valoración *ad-hoc* y de acuerdo al caudal probatorio que obre en el proceso, de manera que, lejos de configurarse un catálogo unívoco se fijó la tesis según la cual *“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”*¹⁵.

4.6.- Dicho lo anterior, no puede perderse de vista que también es posible realizar un juicio de imputación de un daño causado con un arma de dotación oficial a partir del régimen objetivo de riesgo excepcional comoquiera que se trata del desarrollo de una actividad riesgosa, que lleva a considerar que el uso de estos artefactos por parte de las autoridades genera, de suyo, una potencialidad de lesión. En efecto, a la luz de la regla jurídica del artículo 2356 del Código Civil¹⁶, se ha comprendido la existencia de una actividad peligrosa cuando se *“rompe el equilibrio existente, colocando a las personas ante el peligro inminente de recibir lesión en su persona o en sus bienes.”*¹⁷, o, como se

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera. Sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515. Postura reiterada en el fallo de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Adviértase que este criterio es consonante con la regla del *iura novit curia*, al respecto véase: sentencia de 31 de julio de 1989 (exp. 2852), 20 de febrero de 1989 (exp. 4655), 11 de febrero de 2009 (exp. 17318), entre otras.

¹⁶ Artículo 2356 Código Civil. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

Son especialmente obligados a esta reparación:

1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego.
2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.
3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 13 de septiembre de 2001. Radicado: 12487. Y destaca como características: *“La inminencia de un peligro que desborda la capacidad de prevención o resistencia común de los seres humanos, son las características determinantes para definir las actividades peligrosas”*. Igualmente véase: sentencia de 27 de julio de 2000 (exp. 12099); 14 de junio de 2001 (Exp. 12696), 22 de abril de 2004 (exp. 15088), 14 de julio de 2004 (exp. 14308), 24 de febrero de 2005 (13967), 10 de agosto de 2005 (exp. 15127), 30 de marzo de 2006 (exp. 15441), 14 de abril de 2010 (exp. 17921), 23 de junio de 2010 (exp. 18674), 11 de agosto de 2010 (exp. 19289), 23 de agosto de 2010 (19127), 27 de junio de 2013 (27626), 29 de septiembre de 2011 (exp. 21382), entre otras.

A su turno la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido en torno a la noción de actividad peligrosa: *“Si peligrosa es la actividad que, debido a la manipulación de ciertas cosas o [e]l ejercicio de una conducta específica que lleva ínbito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, [que] tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que –de ordinario– despliega una persona respecto de otra”* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de octubre de 2001. Radicado: Expediente 6315. Más recientemente esa Corporación ha sostenido: *“Con estas premisas, para la Sala, el régimen de responsabilidad por las actividades peligrosas es singular y está sujeto a directrices específicas en su etiología, ratio y fundamento. Por su virtud, el fundamento y criterio de imputación de la responsabilidad es el riesgo que el*

ha considerado recientemente, y aproximándose a partir de una definición en el sentido opuesto, cuando se encuentra que el hecho generador del daño que se solicita indemnizar “*supera los peligros ordinarios e inherentes al despliegue y ejecución de ciertas actividades*”¹⁸.

4.7.- Es así, entonces, como se llega a afirmar que el desarrollo de actividades peligrosas hace prescindir de la demostración de la falla, falta o culpa de la entidad administrativa como elemento para estructurar el juicio de responsabilidad del Estado; de manera que lo que debe quedar acreditado probatoriamente es que a) se trate de la utilización de un arma de dotación oficial, por parte de un agente de alguno de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, en ejercicio de sus funciones¹⁹ y b) que exista una relación entre ésta y el daño producido como consecuencia directa de la utilización del arma como elemento que denota peligrosidad, salvo que se demuestre alguna causa eximente de responsabilidad, por ejemplo, fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima²⁰.

ejercicio de una actividad peligrosa comporta por el peligro potencial e inminente de causar un daño a los bienes e intereses tutelados por el ordenamiento. La culpa no es elemento necesario para estructurar la responsabilidad por actividades peligrosas ni para su exoneración; no es menester su demostración, ni tampoco se presume...”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de 24 de agosto de 2009. Exp: 11001-3103-038-2001-01054-01.

¹⁸ “*Y es, precisamente, en la construcción socio jurídica del “riesgo socialmente aceptable”¹⁸ en la que el juez debe sustentar su juicio de imputación para determinar si a partir de una actividad a la que le es intrínseca la naturaleza de peligrosa se producen daños antijurídicos que puedan ser atribuidos fáctica y jurídicamente (...) el centro de argumentación y de la decisión del juez contencioso administrativo debe orientarse hacia el “hecho generador” de la producción del daño antijurídico, que no es otro que la “realización del riesgo voluntariamente creado”¹⁸ y que supera los peligros ordinarios e inherentes al despliegue y ejecución de ciertas actividades (para el caso de la conducción), o desde una perspectiva evolucionada que lo es para todo tipo de actividad en la sociedad moderna*”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 25 de abril de 2012. C.P.: Santofimio Gamboa. Expediente. 22856.

¹⁹ Ha quedado bien definido que la responsabilidad del Estado en esta clase de eventos requiere encontrar configurada la prestación del servicio de seguridad y/o vigilancia por parte de la autoridad pública (ien sea policial o militar) que ocasione el daño, esto implica, en otros términos, identificar la actividad del agente como si fuese la propia del Estado, conforme al marco competencial que le ha asignado la Constitución, la ley o los reglamentos. Así, recientemente se ha sostenido: “debe resaltarse que esta Sala ha considerado que las actuaciones de los agentes del Estado sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando aquellas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público, de modo que la simple calidad de funcionario público que funja el autor del hecho o el uso de algún instrumento del servicio —como el arma de dotación oficial— no vincula al Estado”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 7 de junio de 2012. Radicado: 23117.

A su turno la doctrina sobre la materia también ha destacado la satisfacción de este elementos a efectos de analizar la responsabilidad de la administración pública, es el caso de Mir Puigpelat quien sostiene: “*para que ello ocurra es necesario que concurran, acumulativamente, dos circunstancias distintas: en primer lugar, que la persona física de que se trate esté integrada en la organización administrativa. En segundo lugar, que actúe en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, o, en la formulación preferida por la doctrina y jurisprudencia administrativistas de nuestro país, que actúe en el desempeño o ejercicio de su cargo.*” MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad. Madrid, Civitas. 1º Edición, 2000. Pág. 144.

²⁰ “En virtud de ese título de imputación objetivo, el demandante tiene el deber de probar la existencia del daño y el nexo causal entre éste y una acción u omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial, sin entrar a analizar la licitud o ilicitud de la conducta del agente, la cual resulta irrelevante. A su vez la Administración, para exonerarse de responsabilidad, deberá acreditar la presencia de una causa extraña, como el hecho exclusivo de la víctima, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero.”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Radicado: 05001-23-24-000-1994-02073-01(17927). Igualmente de manera más reciente se ha sostenido: “*para efectos de determinar la responsabilidad, resulta irrelevante el análisis de la licitud o ilicitud de la conducta asumida por los agentes estatales, como quiera que es suficiente para imputar el daño antijurídico, a título de riesgo excepcional, la demostración de que este fue causado por el artefacto o por la realización de la actividad peligrosa cuya guarda se encontraba a cargo del Estado.*”. Sentencia de 28 de abril de 2010. Radicado: 76001-23-31-000-1997-04952-01(19160)

4.8.- Por último, la teoría del daño especial, como criterio de motivación para la imputación de responsabilidad ha tenido cabida, fácticamente, en aquellos eventos en donde el daño antijurídico ocasionado a un sujeto proviene de actos en donde la fuerza pública, en cumplimiento de los cometidos estatales, se enfrenta a presuntos delincuentes a fin de evitar la consecución de conductas delictivas²¹.

5.- El juicio de atribución de responsabilidad en el caso concreto.

5.1.- La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado el daño antijurídico, consistente en la lesión física-corporal sufrida por Ángel Miro Franco Martínez en la extremidad superior izquierda, de lo anterior se da cuenta con el dictamen médico-legal de lesiones del 6 de junio de 2003 donde se lee:

“Al examen presenta: ingresa caminando por sus propios medios, edema e induración severa de brazo, codo y antebrazo izquierdo, con deformidad de codo izquierdo en flexión de 30 grados y pronación de 20 grados fija, con cambios tróficos en mano izquierda, con edema, color pálido, frialdad y sudoración compatible con síndrome doloroso regional complejo, cicatriz de 20 cm en cara posterior de codo izquierdo.

Mecanismo Causal: P.A.F.

Incapacidad Médico Legal: Provisional 60 (Sesenta) días.

Con secuelas médico legales determinables, Deformidad física que afecta el cuerpo, de carácter a definir, perturbación funcional de miembro superior izquierdo, de carácter permanente, Perturbación órgano de la prensión, de carácter a definir, el paciente debe ser enviado a tercer reconocimiento médico legal con nuevo oficio petitorio e historia clínica actualizada en noventa días” (fl 7, c1).

5.2.- De otro tanto y en cuanto hace a las cuestiones relativas a la imputación del daño antijurídico, se tiene acreditado con la denuncia formulada ante la Fiscalía Seccional 99 de Cali por Ángel Miro Franco Martínez, que el 19 de marzo de 2003 siendo

²¹ “Así, también, es necesario que se presente una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, la cual se identifica al comparar la posición de la víctima en relación con los demás integrantes del grupo social, por cuanto, mientras la actuación de la administración se justifica en el beneficio general, su interés particular se ha visto excepcional y anormalmente afectado, de manera que el daño resulta grave y desproporcionado, en comparación con el resto de la comunidad, elementos éste que se evidencia en los hechos examinados, por cuanto, mientras (...) vio protegido su derecho y socialmente se evitó la consumación de un delito, la aprensión de un antisocial y la ejemplificación que sanción penal impuesta al asaltante conlleva, Carlos Lozano Serrano vio violentado y cortado su derecho más fundamental, cual es el derecho a la vida, a la vez que sus familiares sufrieron injustamente los perjuicios que de aquí se derivaron, lo que, ciertamente, implica un rompimiento de las cargas públicas y los pone en situación de desigualdad e inferioridad ante la sociedad, todo lo cual se presenta como una consecuencia directa del actuar de la administración, que genera su deber de solidaridad.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de mayo de 2012. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente: 66001-23-31-000-1999-00824-01 (22541).

aproximadamente las 9.30 PM cuando se movilizaba en un vehículo de servicio público ocurrió un intento de hurto violento por parte de hombres que se encontraban dentro del automotor. En esas circunstancias un soldado que viajaba como pasajero reaccionó, *“sacó e (sic) arma y le dispara de una el ladrón se cae la cabeza queda a los pies míos, entonces yo me prendo del tubo y me agacho un poco y siento que estoy herido en el brazo a la altura del codo y me lo destruyó y siguió la balacera, por eso digo que ese tiro me lo pegó el soldado (...)”*²², en similar sentido obran notas de prensa del diario ‘El Caleño’ de 21 de marzo y 5 de junio de 2003 titulada “Atracabuses” “llevaron del bulto” “¡les pusieron tate quieto” y “Colombia, país de leyes... Demandaron a soldado que abatió a los “atracabuses”!”²³.

5.3.- Por otro tanto, obran declaraciones testimoniales de Carlos Aleixer Ospina y Argemiro Díaz Botero²⁴ quienes refieren, en general, a estos mismos hechos y señalan al soldado como el causante de la lesión sufrida en el hombro izquierdo por Ángel Miro Franco; sin embargo, estas declaraciones testimoniales no brindan mayor credibilidad a la Sala habida consideración que el primero de los declarantes dijo constarle lo narrado por cuenta de los medios de comunicación donde consta que el soldado fue condecorado por el Presidente de la República mientras que el segundo de estos dijo que le constaba que el soldado había disparado contra Miro Franco por cuanto “esa misma noche que llegaron los heridos al Hospital Carlos Olmes (sic) Trujillo, ya el soldado se identificó que era soldado y el (sic) también estaba herido”.

5.4.- Nótese como los testigos no presenciaron directamente los hechos objeto de esta Litis pues ninguno de ellos afirma haber estado dentro del vehículo donde ocurrieron los hechos, mientras que uno de ellos adquirió su conocimiento por cuenta de notas de prensa y el otro no explicó la razón de su dicho.

5.5.- En este orden de ideas, el escaso material probatorio que milita en el expediente pone de presente la ausencia de pruebas relevantes para abordar el juicio de responsabilidad contra la Entidad accionada, pues se echa de menos, además de la denuncia formulada por el propio afectado, cualquier probanza que indique las circunstancias concretas en que se desarrollaron los hechos, si el presunto militar se encontraba en servicio activo para ese momento y si el arma empleada por el mismo

²² Fls 26-27, Cdno anexo.

²³ Fls 4-5, c1.

²⁴ Fls 1-5, cdno pruebas demandante.

era de uso oficial.

5.6.- Contrario a lo afirmado por el demandante en su escrito de apelación, no puede la Sala apoyar su juicio en conjeturas o cuestiones hipotéticas como, por ejemplo, que probablemente el soldado se encontraba desarrollando una operación de inteligencia para el momento de los hechos razón por la cual portaba un arma de dotación oficial o que era el extremo pasivo de la pretensión a quien le correspondía demostrar que el agente se encontraba en ese momento en licencia, permiso, vacaciones o día de descanso, pues olvida el recurrente que en este punto no basta con corroborar la calidad de agente del orden del presunto involucrado en los hechos sino también, y más importante aún, el vínculo de éste con el servicio.

5.7.- Y es que el actor edifica la responsabilidad de la demandada a partir del hecho de haber sido el soldado voluntario Antonio Esquivel Jiménez quien accionó el arma que causó la lesión a la integridad personal de Ángel Miro Franco Martínez, cuestión que, como se revisó, carece de soporte probatorio pues las averiguaciones sobre este punto provienen de testimonios de oídas o la declaración del propio afectado, pero en ningún caso aparece demostrado que tal cuestión hubiera ocurrido así, al menos en cuanto hace a las probanzas arrimadas a este contencioso.

5.8.- A lo que se agrega que el hecho de ostentar la condición de soldado no es razón suficiente para vincular cualquier acto realizado por un agente tal con la entidad demandada, pues averiguado tiene esta Corporación de antiguo²⁵, que es menester acreditar el vínculo con el servicio o, si se quiere, demostrar cómo la conducta concreta admite ser subsumida, identificada o incorporada dentro del cuadro de competencias y fines que el ordenamiento jurídico ha previsto para la Autoridad administrativa, pues no se olvide que el Agente también puede desplegar un obrar (activo u omisivo) en su ámbito de competencia privada, como ser autónomo y no como funcionario adscrito al Estado, evento este último en el que no hay razón para envolver la responsabilidad del ente estatal, toda vez que un proceder que propiamente ha surgido de la voluntad privada del Agente sólo le vinculará a él en su persona, en cuanto a los daños que por ese obrar llegare a causar.

²⁵ “esta Sala ha considerado que las actuaciones de los agentes del Estado sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando aquellas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público²⁵, de modo que la simple calidad de funcionario público que funja el autor del hecho o el uso de algún instrumento del servicio —como el arma de dotación oficial— no vincula al Estado, como quiera que el servidor público pudo haber obrado dentro de su ámbito privado, desligado por completo del desempeño de actividad alguna conectada con la función normativamente asignada a la entidad demandada”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 9 de mayo de 2011, Exp. 19976.

5.9.- Y esto último se viene a decir al caso en razón a que quedó probado que los hechos en los que intervino el militar en la noche del 19 de marzo de 2003 no revelan vínculo alguno con el servicio, pues demostrado está que Esquivel Jiménez se encontraba gozando de un breve permiso²⁶ para atender cuestiones domésticas debiendo reincorporarse al servicio horas después, siendo cierto que en los hechos del caso lo ocurrido tuvo lugar cuando el Agente se desplazaba desde el sitio del Batallón a su hogar.

5.10.- En consecuencia, dado que en esta causa no se reúnen los elementos para decretar la responsabilidad del demandado Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca profirió sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda, se impone confirmar el fallo de 15 de junio de 2007.

6. 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 la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre la de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 15 de junio de 2007 dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la cual desestimó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen, una vez en firme esta providencia.

²⁶ “(...) le dije que le iba a solicitar un permiso, para irme a cambiar de ropa y a traer un dinero (...). Me dijo que si, que estaba autorizado, me dijo “vaya y está aquí antes de las doce la noche”. Salí del batallón a la autopista, tomé un blanco y negro ruta 6”. Declaración indagatoria Antonio Esquivel Jiménez, fl 120vto, cdno anexo.

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaración de Voto Cfr. Rad. 33870/16 #1,
Rad.35796/16 #2, Rad.38039/16 #4, voto
disidente Rad. 30520/16

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente Sala Subsección C