



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

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

Radicación: 760012331000200502473 01 (46.079)

Actor: Licenia Valencia Sevillano y otros

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

Asunto: Acción de reparación directa

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia de 30 de abril de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. El 17 de junio de 2005, los señores Licenia Valencia Sevillano (quien actúa en su propio nombre y en representación de su hija menor Ingrid Vanessa Valencia Sevillano), Isaura Rosalía Sevillano, Tarjelia Pote Perlaza y Pablo Azael Sánchez Pote (quien actúa en su propio nombre y en representación de sus hijos menores Leydi Julieth, Jerson Stiven y Maileth Sánchez Valdés) interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, con el fin de que se le declarara patrimonialmente responsable por los perjuicios sufridos como consecuencia de la muerte del señor Francisco Javier Valencia Sevillano, en hechos ocurridos el 27 de abril de 2004, en la ciudad de Cali.

Concretamente, solicitaron que se accediera a las siguientes pretensiones (se transcribe de forma literal):

"1.- La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, es administrativamente responsable de los perjuicios morales y materiales que se ocasionaron a Licenia Valencia Sevillano (madre), Pablo Azael Sánchez Pote (padre), Ingrid Vanessa Valencia Sevillano (hermana), Seidy Julieth, Jerson Stiven y Maileth Sánchez Valdés (hermanos), Isaura Rosalía Sevillano (abuela), Tarjelia Pote Perlaza (abuela), con la muerte violenta de Francisco Javier Valencia Sevillano, en hechos ocurridos en esta ciudad de Cali el 27 de abril de 2004, los cuales fueron protagonizados por miembros de la Policía Nacional.

2.- Como consecuencia de la declaración anterior, condénese a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional a pagar a Licenia Valencia Sevillano (madre), Pablo Azael Sánchez Pote (padre), Ingrid Vanessa Valencia Sevillano (hermana), Seidy Julieth, Jerson Stiven y Maileth Sánchez Valdés (hermanos), Isaura Rosalía Sevillano (abuela), Tarjelia Pote Perlaza (abuela), por intermedio de su apoderado judicial, los perjuicios morales y materiales que se les causaron con la muerte violenta de Francisco Javier Valencia Sevillano, conforme el siguiente estimativo:

- A. Perjuicios morales: En favor de cada uno de los demandantes, por concepto de perjuicios morales subjetivos causados por la muerte de Francisco Javier Valencia Sevillano, el equivalente a 100 SMLMV.*
- B. Perjuicios materiales: La suma de \$200'000.000 por concepto de lucro cesante que se liquidará a favor de la madre del occiso señora Licenia Valencia Sevillano, correspondientes a las sumas que Francisco Javier le proporcionaba para su subsistencia. La suma en cuestión será incrementada en un 30% por concepto de prestaciones sociales.*
- C. Perjuicios materiales: La suma de \$5'000.000 en favor de la madre Licenia Valencia Sevillano, por concepto de gastos funerarios, de abogado y en fin por todos los gastos que debió efectuar en razón de la muerte como los atinentes al sepelio.*

3. Ordénese el reajuste monetario de las condenas líquidas, teniendo en cuenta el IPC.

4. Ordénese el pago de la condena conforme el artículo 177 del C.C.A.

5. Condénese en costas a la parte demandada" (fls. 13 a 22 C. 1).

Como fundamento de tales pretensiones, los demandantes narraron, en síntesis, que en la mañana del 27 de abril de 2004, varios agentes de Policía Nacional ingresaron una vivienda del barrio Mojica II de Cali, de la que sacaron a un sujeto esposado y lo subieron a la patrulla.

Posteriormente, volvieron a ingresar a la misma vivienda y se escucharon varios disparos efectuados por los policías que perseguían al joven Francisco Javier Valencia Sevillano, quien, según testimonios de los residentes del sector, corría por los techos de las casas vecinas para ponerse a salvo; de hecho se dice que *"el muchacho había recorrido unas tres cuadras y se iba a bajar por una cuerda cuando en esos momentos un policía, sin darle oportunidad de que se entregara le disparó hiriéndolo mortalmente"*.

Las personas que presenciaron los hechos manifestaron que vieron disparar únicamente al policía que lo perseguía y que el joven fallecido no llevaba ningún arma, motivo por el cual su deceso no se produjo en medio de un enfrentamiento, sino como consecuencia de un *"abuso de la fuerza policial"*.

En relación con los hechos descritos, los demandantes manifestaron que son constitutivos de una grave violación de derechos humanos, pues miembros de la Policía Nacional dieron muerte a un inerte ciudadano que en ese momento no constituía peligro alguno para los uniformados que lo perseguían, hecho que compromete la responsabilidad patrimonial de la demandada (fls. 13 a 22 C. 1).

2. La demanda se admitió el 8 de julio de 2005 y se notificó a la demandada y al Ministerio Público en debida forma (fls. 25 a 26 C. 1).

En su contestación, la Policía Nacional se opuso a las pretensiones de la demanda, diciendo que, contrario a lo afirmado en la demanda, para el momento de los hechos el señor Francisco Javier Valencia Sevillano, en compañía de otros dos sujetos, habían asaltado un vehículo de servicio público y, al ser sorprendidos por los agentes policiales, emprendieron la huida; sin embargo, uno de ellos fue capturado, el otro se fugó y el señor Valencia Sevillano se enfrentó a los agentes de policía con el arma de fuego que portaba, provocando la reacción proporcional de éstos, con las consecuencias conocidas.

En ese sentido, señaló que la muerte de la referida persona se produjo como consecuencia de un hecho ilícito imputable de forma exclusiva a la propia víctima, el cual exime de responsabilidad a la demandada (fls. 31 a 35 C. 1).

3. Vencido el período probatorio, el 11 de marzo de 2010 el *a quo* dio traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio de Público, para que rindiera concepto (fl. 79 C. 1).

3.1. En sus alegatos, la parte actora reiteró que se configuró una falla del servicio derivada de una grave violación de derechos humanos, toda vez que varios agentes de la Policía Nacional dieron de baja a una persona que en ese momento no representaba peligro alguno, dado que no portaba ningún arma y estaba de espaldas, pues estaba huyendo cuando fue ultimado (fls. 80 a 86 C. 1).

3.2. A su turno, la Policía Nacional reiteró que se configuró la eximente de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima, pues se probó que, mientras emprendía la huida, el hoy occiso se enfrentó a los agentes de policía con el arma de fuego que portaba, lo cual provocó la reacción legítima y proporcional de éstos, lo que le causó la muerte (fls. 87 a 90 C. 1).

3.3. El Ministerio Público guardó silencio (fl. 91 C. 1).

4. La sentencia de primera instancia

Cumplido el trámite legal correspondiente, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia de 30 de abril de 2012, denegó las pretensiones de la demanda.

Para arribar a dicha decisión, el Tribunal *a quo* consideró, básicamente, que luego de analizar los elementos de prueba allegados al proceso no podía determinarse con claridad las circunstancias en las cuales se produjo la muerte del señor Francisco Javier Valencia Sevillano, pues, si bien varios testimonios afirmaron que la víctima había disparado mientras emprendía la huida, también existe la versión de que el hoy occiso no portaba ningún arma y que fue ultimado por los policías en estado de indefensión, dado que el disparo que le causó la muerte fue hecho a corta distancia; sin embargo no logró determinarse que el arma que le quitó la vida hubiera sido una de dotación oficial.

En este orden de ideas, el tribunal *a quo* concluyó que (se transcribe literalmente) *“la duda se muestra como el grado de incertidumbre capaz de lograr una definición concreta, que conlleva a la improsperidad de las pretensiones, pues*

cuando el presunto delincuente cae dentro de la edificación en donde es encontrado herido, las probanzas no determinan que ocurrió al interior de dicho inmueble".

Finalmente, manifestó que la parte actora no asumió la carga probatoria que le correspondía frente a la falla del servicio alegada en la demanda, dado que, a pesar de que allegó los documentos necesarios para demostrar el daño, no acreditó el otro elemento de la responsabilidad del Estado, es decir la falla del servicio, circunstancia que lo llevaba a denegar las súplicas de la demanda (fls. 92ª 120 C. Ppal).

5. El recurso de apelación

Inconforme con la decisión anterior, la parte demandante interpuso recurso de apelación, en el cual manifestó que, en casos como el presente, en el que se acredita la muerte de una persona en medio de un operativo policial, la encargada de acreditar la causal eximente de responsabilidad de culpa de la víctima es la parte demandada, hecho que no ocurrió en este caso.

Agregó que, en consecuencia, al estar probado que Francisco Javier Valencia Sevillano murió como consecuencia de unos impactos de bala propinados por agentes de policía con sus respectivas armas de dotación y en servicio activo, sin que la demandada hubiera probado el hecho exclusivo de la víctima, la conclusión no puede ser otra sino que se encontraba acreditada la responsabilidad de la Policía Nacional y, por ende, se debía acceder a la totalidad de las pretensiones de la demanda (fls. 123 a 126 C. Ppal.).

6. Trámite en segunda instancia

El recurso de apelación fue concedido por el *a quo* el 20 de noviembre de 2012 y se admitió en esta Corporación el 20 de febrero de 2013 (fls. 430 y 435 C. Ppal.).

6.1. La parte demandada reiteró los argumentos planteados en la contestación de la demanda e insistió en que se acreditó de forma suficiente la causal eximente de responsabilidad del hecho de la víctima, motivo por el cual debía confirmarse la sentencia impugnada (fls. 129 a 136 C. Ppal.).

6.2. En su concepto, el Ministerio Público manifestó que se debía confirmar la sentencia apelada, toda vez que, al no estar acreditadas las circunstancias en las que se produjo la muerte de Francisco Javier Valencia Sevillano, ni que el arma de fuego que produjo la muerte hubiera sido de dotación oficial, no podía efectuarse el análisis de imputación bajo el régimen de falla del servicio, ni bajo el régimen objetivo de responsabilidad (fls. 144 a 149 C. Ppa.).

6.3. En esta etapa procesal la parte demandante guardó silencio, según se observa en el informe secretarial que obra a folio 150 del cuaderno principal.

II. CONSIDERACIONES

Cumplido el trámite procesal correspondiente, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 30 de abril de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación, por cuanto la pretensión principal, consistente en que se condene a la parte demandada al pago de los perjuicios materiales por lucro cesante, derivados de la muerte del señor Francisco Javier Valencia Sevillano, asciende a la suma de \$200'000.000 solicitada a favor de su madre.

Para la época de interposición de la demanda¹, eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción contractual cuya cuantía excediera la suma de \$190'750.000², monto que acá se encuentra ampliamente superado y que resulta de multiplicar 500 SMLMV por el salario vigente (\$381.500) para ese año (2005).

2. Oportunidad para demandar

En cuanto a la oportunidad para formular la acción de la referencia, advierte la Sala que ésta se ejerció dentro de los dos (2) años que establece el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A., toda vez que el daño por cuya indemnización reclaman los

¹ 17 de junio de 2005.

² Ley 446 de 1998.

actores, esto es, la muerte del señor Francisco Javier Valencia Sevillano se produjo el 27 de abril de 2004, razón por la cual, por haberse interpuesto la demanda el 17 de junio de 2005, se impone concluir que se formuló oportunamente.

3. Los hechos probados

A partir de los elementos de convicción allegados válidamente al proceso, se tienen acreditados los siguientes hechos:

3.1. Según el registro civil de defunción de Francisco Javier Valencia Sevillano, su muerte se produjo el 27 de abril de 2004, en Cali (fl. 69 C. 1).

3.2. En la necropsia que le fue practicada el 27 de abril de 2004, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses hizo constar que su deceso se produjo como consecuencia de *“heridas de proyectil de arma de fuego, forma violenta”*.

Asimismo, en el acta de esa diligencia se describieron las heridas con arma de fuego, así (se transcribe literalmente):

*“1.1. Orificio de entrada de 1x0.8 cms. Redondo, en región temporal derecha y 9 y 7 cms. Del vértice y línea media anterior con escoriación periférica de 3 mm y **ahumamiento concéntrico de 4 mm en piel. Músculo temporal derecho y meninges.***

1.2. *Orificio de salida de 2x2 cms en región parietal izquierda con expulsión de masa encefálica a 2 y 6 cms del vértice y línea media anterior.*

1.3. *Lesiona piel, temporal, hueso temporal derecho, meninges, lóbulos bitemporales, cuerpo calloso, base y hueso parietal y piel.*

1.4. Trayectoria: Derecha-izquierda, ínfero superior.

*2.1. Orificio de entrada de 0.7x cms **en dorso de pierna derecha a 27 cms del talón redondo con anillo de contusión de 2 mm.***

2.2. Orificio de salida de 1.6X1 cms irregular en pierna anterior media derecha a 26 cms del talón.

2.3. Lesiona piel, grasa, músculos, hueso, tibia y peroné con fractura y tejidos blandos.

2.4. Trayectoria: Postero-anterior. Supero inferior” (se resalta).

3.3. En la diligencia de inspección al cadáver, practicada el 27 de abril de 2004 en el Hospital Universitario del Valle por el Fiscal Seccional Cuarenta y Ocho de Cali, se

tomó la declaración juramentada³ de la señora Lidia María Sevillano (fls. 8 a 9 C. 2), quien dijo ser testigo presencial de los hechos en los que perdió la vida el señor Francisco Javier Valencia Sevillano, pues el hoy occiso vivía en su residencia. Sobre el particular, la referida persona manifestó lo siguiente (se transcribe literalmente):

*"En el día de ayer, siendo más o menos las siete de la mañana, me encontraba barriendo afuera de la casa, en el andén, cuando vi que la camioneta de la policía se estaciona en frente de la casa de un familiar del occiso, de nombre Luis Martínez, cuando veo que los tombos suben al segundo piso y veo que bajan a un muchacho esposado, yo no sé cómo se llama él, cuando los otros policías se suben a los techos y luego se escuchó la balacera, entonces ya la gente corre y grita, entonces me dicen que la policía estaba esperando a Javier, pero cuando yo corrí, Javier iba corriendo por los techos y la policía dándole plomo, cuando Javier se pasó a la otra cuadra, entonces yo llego a la otra cuadra y los policías están dándole plomo, yo les dije que no lo fueran a matar y un policía me encañonó, no sé el nombre del policía, me dijo 'quítate de aquí negra hijueputa', yo también le respondí, **en esos momentos Javier estaba en uno de los techos, entonces uno de los tombos le grita a otro 'pegáselo, pegáselo', entonces yo en ese momento escuché un disparo de los policía y Javier cayó dentro de una casa, en un segundo piso, yo no sé quien vive en esa casa, cuando él cayó se subieron y no dejaron subir a auxiliarlo**, ellos lo subieron a la camioneta y lo llevaron para el hospital Carmona y de allá lo remitieron para acá, donde falleció a las 00:20 horas. (...). PREGUNTADO: Diga si Javier se enfrentó a los policías. CONTESTÓ: **Yo no vi, pero Javier no iba armado ni disparando, él solo estaba saltando techos**" (se resalta).*

3.4. En esa misma diligencia, se hizo presente el Subteniente Julio César Castillo, a quien también se le tomó declaración sobre los presentes hechos, de la cual resulta pertinente transcribir los siguientes apartes (se hace textualmente):

³ Los testimonios recibidos en el proceso penal fueron practicados por la Fiscalía General de la Nación y por el Juez Penal Militar, de allí que se entienda que se han surtido, también, con audiencia de la entidad demandada; al respecto, resulta pertinente hacer referencia a las consideraciones expuestas por esta Sala en sentencias del 29 de enero de 2009 (exp. 16.975) y del 9 de mayo de 2012 (exp. 23.810): "Conforme a lo anterior, se tiene que los testimonios practicados en un proceso diferente de aquél en el que se pretende su valoración sólo pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador cuando son trasladados en copia auténtica, y siempre que hayan sido practicados con audiencia de la parte contra la cual se aducen, o cuando, sin cumplir este último requisito, son ratificados en el nuevo proceso, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 229 del C. de P. C. si no se dan estas condiciones, las pruebas aludidas no podrán apreciarse válidamente (...)."

Debe anotarse, adicionalmente, que en los eventos en que el traslado de los testimonios rendidos dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, la Sala ha considerado que dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hayan sido practicadas sin su citación o intervención en el proceso original y no hayan sido ratificados en el contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio y, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su admisión".

"El occiso era conocido con el remoquete de 'Machete', pero se llamaba Francisco Javier Valencia de 19 años de edad, **éste tenía orden de captura impartida por el Fiscal Seccional 117 dentro de la investigación radicada bajo la partida No. 182670 de fecha febrero 19 de 2004, por el delito de concierto para delinquir.** Que los hechos ocurrieron en la calle (...), segundo piso, donde habita la señora Nubia Marín de Vargas, teléfono, que **ellos fueron avisados por la ciudadanía de que el occiso y otros sujetos habían atracado una buseta de la empresa Río Cali,** y se encontraban en la calle 82 con 28F, tercera casa, de color rosado con verde, al llegar ellos, éstos empiezan a saltar por los tejados iniciándose el enfrentamiento, **ya que alias machete se encontraba armado y les disparaba, que en estos hechos se capturó al menor Jhon Emere Estupiñán, a quien le incautan también un revólver hechizo con dos vainillas, mientras el tercer conocido como pitufo huye del lugar.** Afirma el uniformado que en el procedimiento participaron las patrullas 15=1, 15=2, 15=3, que todos se enfrentan sin determinarse quien causó la lesión al hoy occiso. Asegura que el obitado cayó con un revólver en la mano" (se resalta).

3.5. De otra parte, en esa misma acta se dejó constancia de que "por cuestiones de técnica **no se realizó la prueba de absorción atómica al occiso,** en consideración al amplio tiempo transcurrido a partir del momento en que ocurrieron los hechos hasta el momento en que se realiza la presente diligencia judicial, aproximadamente 22 horas".

3.6. En el informe de los hechos presentada al Fiscal de la Unidad de Reacción Inmediata (fls. 11 a 12 C. 2), el subteniente Julio César Castillo reiteró lo manifestado en la diligencia de inspección de cadáver, específicamente, señaló que minutos antes el ahora occiso atracó, junto con otro sujeto que posteriormente fue capturado (Jhon Emere Estupiñán Márquez), un bus de servicio público y que aquél, es decir, el hoy occiso pretendía huir por los techos de las viviendas del sector, hecho en el cual se produjo un intercambio de disparos; posteriormente, Francisco Valencia Sevillano apareció muerto en una de las viviendas. Por último, se dejó a disposición de la fiscalía el arma de fuego que, según aquél informe, portaba dicho señor, "marca llama cassidy, calibre 38 largo, pavonado, número IM1927K, con dos cartuchos y cuatro vainillas en su tambor".

3.7. En similar sentido al del citado informe, se encuentra el informe de minuta de guardia suscrito por el mismo agente Julio César Castillo, en el cual dio cuenta de los anteriores hechos (fls. 15 a 17 C. 3).

3.8. En la diligencia de exposición libre⁴ rendida por Jhon Emere Estupiñán Márquez ante el Juzgado de Menores de Bogotá (fls. 151 a 1521 C. 2), manifestó lo siguiente:

*"El día de hoy siendo más o menos las siete y diez de la mañana, salí de mi casa y fui a la casa de un amigo de nombre Francisco Javier, quien vive en el mismo barrio Mojicá II, **éramos cuatro amigos los que estábamos hablando en el patio de la casa de Javier, cuando en ese momento llegó la policía allanando todas las casas**, mi amigo Javier como le debe a la justicia corrió inmediatamente saltando por arriba de la casa, yo también me asusté porque tenía un arma de fuego en mi poder, entonces corrí y salí por la parte de atrás de la casa de Javier, me escondí en una casa de tres plantas y me metí en un baño, me quedé quieto porque escuché una balacera, esperé a que pasara y escuché que tocaron la puerta de la casa donde yo estaba escondido, llegaron directamente al baño donde estaba escondido, me sacaron y me requisaron y no me encontraron el arma, porque yo la había escondido en el mismo baño en la parte de arriba, luego me esposaron y me preguntaron por el arma que yo cargaba, les dije donde la había escondido, me sacaron y me requisaron y no me encontraron el arma, porque yo la había escondido y de allí la sacaron, me llevaron a la estación del Vallado, **de mi amigo Javier sé que está herido porque cuando el brincó la pared alcancé a ver que hacía disparos, por eso me quedé quieto. Eso fue todo. (...). Mientras me dirigía a la casa de mi amigo no escuché nada del atraco, me di cuenta de eso porque los agentes decían que había habido un atraco en el barrio muy temprano, no sé nada más. (...). La verdad yo nunca disparé, sé que mi arma tenía dos tiros los cuales nunca los disparé, no sé porque motivo los agentes digan que mi arma fue disparada. (...). Me considero responsable del porte de armas que se me sindicó**" (se resalta).*

3.9. Mediante providencia del 30 de agosto de 2004, el Juzgado Cuarto de Menores de Cali declaró al menor Jhon Emer Estupiñán Márquez responsable del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego (fls. 172 a 175 C. 2).

⁴ La jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado que es posible valorar la indagatoria en el juicio de responsabilidad estatal, en los siguientes casos (se transcribe literal): "i) cuando la indagatoria se equipara al testimonio al surtirse el trámite de la ratificación mediante juramento en el trámite contencioso administrativo⁴; ii) cuando los indagados consientan hacer afirmaciones bajo la gravedad del juramento y se satisfagan los principios de contradicción, necesidad, pertinencia y conducencia⁴. Además, la Sala ha dicho que es posible valorar la indagatoria y otorgarle mérito probatorio siempre y cuando⁴: i) **se advierta que son indispensables para realizar un análisis integral del caso**; ii) **no se constituya en la única prueba que defina la responsabilidad administrativa y extracontractual del Estado**; iii) **coincidan con lo acreditado a través de otros medios de convicción**; iv) hayan sido tenidas en cuenta como medios de prueba en procesos foráneos en los cuales fueron recaudadas y no hayan sido desestimadas por presiones indebidas o vulneraciones a derechos fundamentales, con el agregado que si la declaración es de quien es parte en el trámite contencioso administrativo, **sólo se acordará credibilidad probatoria en lo desfavorable**, puesto que podría eventualmente verse beneficiada por la sentencia favorable que eventualmente se profiera como conclusión del presente litigio". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 16 de agosto de 2018 (exp. 44.167).

3.10. En el dictamen de balística emitido el 18 de julio de 2006 por el Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses (fls. 297 a 304 C. 2), se concluyó lo siguiente (se transcribe tal como obra):

“5. Interpretación de los hallazgos en el proceso:

*5.1. De los hallazgos médicos, con base a la información contenida en el protocolo de necropsia practicada al señor Francisco Javier Valencia Sevillano, **se deduce con base al hallazgo en el orificio de entrada del numeral 1.1., el ahumamiento concéntrico de 4 mm. En la piel, músculo temporal derecho, hueso y meninges, corresponde a un disparo efectuado a contacto.***

Para el orificio de entrada descrito como 2.1. corresponde a un disparo efectuado a larga distancia, es decir a una distancia superior a los 1.20 metros para armas cortas.

Se deduce que el patrón de disparo observado en el cuerpo de la víctima, es decir, las trayectorias seguidas por los proyectiles son dos, así:

Derecha – izquierda e ínfero – superior (en 1.1.).

Postero – Anterior y Supero inferior (en 2.1.).

Lo anterior nos permite establecer dos (2) posibles posiciones:

*5.1.1. **La primera posible posición, si el mismo señor Francisco Javier Valencia Sevillano se suicida.** Entonces, éste tendría al momento del disparo, la boca de fuego del arma en contacto con la región temporal derecha y la mano hacia la parte inferior.*

*5.1.2. **La segunda en el caso de contar con un agresor, es decir, una segunda persona dentro del lugar donde se encontraba el señor Francisco Javier Valencia Sevillano.** El agresor al momento de ejecutar el disparo, presentaba la boca de fuego del arma en contacto con la región temporal derecha, éste ubicado hacia la derecha de la víctima, y a su vez en un plano inferior.*

6. PREGUNTA: El disparo que le causó la muerte al particular Valencia Sevillano, pudo haber sido efectuado por el mismo occiso, de acuerdo a lo señalado en diligencia de declaración rendida por la señora Nubia Marín de Vargas y patrullero Rojas Gaviria Hebert.

*RESPUESTA: Con base a la descripción en el protocolo de necropsia se encontró escoriación perioficial de 3 mm y ahumamiento concéntrico de 4 mm en piel, músculo temporal derecho, hueso y meninges. Lo cual indica que **es una herida por contacto, es decir, corresponden a aquellos disparos en los que la boca de fuego del arma está en contacto con una***

región anatómica en particular o se encuentra aplicada dentro de una cavidad, cuando la boca de fuego del arma se encuentra obstruida por el tejido cutáneo, al salir el proyectil también salen gases producto de la combustión de la pólvora, al igual que gránulos de pólvora sin combustionar, penetran en el orificio de entrada produciendo en las paredes de la herida ennegrecidas y tapizadas de humo (residuos en el canal de lesión), y otros se depositan en la periferia del orificio de entrada.

Lo anterior indica que puede tratarse de un caso de suicidio, sin embargo no se puede descartar que se produzca por homicidio, forcejeo o accidente. Lo anterior teniendo en cuenta que los elementos de juicio no son suficientes para dar respuesta a su solicitud. Lo anterior, toda vez que las versiones de los testigos son incompletas, **igualmente no se encuentra relacionado si se recuperan proyectiles en la escena del hecho y si se les realizó estudio de balística**" (se resalta).

3.11. Mediante oficio del 2 de junio de 2003 (fl. 418 C. 2), el jefe de Laboratorio de Investigación de Balística de la Fiscalía General de la Nación hizo constar: **"en este caso en particular no ha sido posible realizar el estudio comparativo requerido por la Fiscalía 106 de URI, toda vez que a la fecha no han allegado ningún elemento recuperado en necropsia del occiso Francisco Javier Valencia Sevillano, por tal razón no ha sido posible realizar ningún estudio de carácter identificativo"**.

3.12. En la diligencia de declaración rendida ante el juez penal militar, la señora Rosenda Chiriboga (fls. 335 a 336 C. 2) manifestó que se encontraba barriendo cuando escuchó una balacera, que corrió hacia la esquina y vio a Francisco Javier correr por los techos y que la policía le disparaba desde la parte de abajo; posteriormente, dijo que corrió hasta la otra esquina y vio a Francisco Javier ingresar a una casa del segundo piso que tenía las puertas abiertas, que el hoy occiso iba con una pierna herida, que los policías intentaron abrir las puertas, que uno de ellos ingresó por la parte de atrás y abrió la puerta por donde ingresaron los demás policías, y que cuando ella subió al segundo piso, observó a Francisco Javier que estaba herido con dos tiros en la cabeza. Que ella y otra señora llamada Neisa lo bajaron al primer piso, lo subieron a la camioneta de la Policía y lo trasladaron al hospital. Agregó la testigo que no le vio ninguna clase de arma al señor Valencia Sevillano.

3.13. La señora Nubia Marín de Vargas manifestó en su declaración (fls. 348 a 349 C. 2), que no conocía a Francisco Javier Valencia Sevillano, que para la fecha de los hechos se encontraba en el tercer piso de su casa junto con sus nietos, que su hijo había salido de su casa y dejó la puerta abierta del patio del segundo piso, que

escuchó una balacera y vio a la Policía y a la gente que señalaban algo, que ella cerró de inmediato la puerta y les dijo a sus nietos que se tiraran al piso, que en ese momento tocaron la puerta de su casa y, al abrirla, se encontró a Javier Valencia Sevillano, quien le pidió que lo ayudara, ella se quedó callada y él siguió al segundo piso, luego escuchó que la gente gritaba y que él *“cayó en el patio de la casa”*. Dijo que posteriormente llegó la Policía, que ella les abrió la puerta, la policía se dirigió al segundo piso y, después, escuchó la bulla de la gente, que los policías le daban patadas a la puerta y que a los dos minutos escucharon dos disparos, pero que ella no vio quién fue, pero que por la gente se enteró de que *“el muchacho se había matado”*, porque él en vida les decía que primero muerto que dejarse agarrar. Agregó que ella primero escuchó varios disparos, que cuando el policía bajó al segundo piso escuchó otro tiro, creyó que era el muchacho que le había disparado al policía y que después escuchó otro tiro adentro, donde estaba el muchacho. Después los amigos y familiares lo sacaron del lugar y lo llevaron al hospital, que escuchó el rumor de la gente que el hoy occiso era un ladrón, un matón y que lo apodaban *“machete”*.

3.14. En la declaración realizada por el agente de policía Héctor Morales Zorrilla (fls. 139 a 140 C. 2), éste manifestó que para el día de los hechos se encontraba trabajando en la estación de Policía El Vallado, de la ciudad de Cali, como comandante de guardia, dijo que recibió una llamada telefónica de una señora que le informó que alias *“machete”* y otros sujetos que se encontraban armados pretendían cometer un atraco a un vehículo repartidor de alimentos, que la señora le dio la dirección exacta donde se encontraban los sujetos, inmediatamente llamó por radio y envió una patrulla al sitio, la cual solicitó apoyo enseguida y, en esos momentos, recibió otra llamada de la misma señora quien le hablaba con temor y le decía que los sujetos se habían escondido en una casa de dos pisos del sector.

3.15. En el testimonio rendido por el agente patrullero Hebert Rojas Gaviria (fls. 144 a 146 C. 2), éste manifestó que el día de los hechos, mientras realizaba el patrullaje de rutina por el barrio Mojica, recibió una llamada por el radio comunicador, en la que le informaron que en una casa de color rosado con gradas por fuera se encontraban escondidos tres sujetos que minutos antes habían hurtado un vehículo, *“no recuerdo bien si fue un bus de servicio público o un carro repartidor de alimentos”*, por lo que se movilizó al sitio en compañía del agente Castillo, se bajaron de la patrulla y pidió refuerzos, el agente Castillo continuó a pie ya que los sujetos corrían por los tejados de las casas, pero el testigo se quedó junto a la motocicleta, después se dirigió una cuadra más

adelante donde observó que varios policías estaban en un tercer piso de esa otra casa y que uno de los supuestos atracadores se encontraba encima de una casa disparando y que cuando llegó a esa cuadra la gente estaba señalando una vivienda y decía que habían dado de baja a un sujeto. Agregó que los familiares bajaron a este y lo subieron a la camioneta de la policía y que fue conducido al Hospital Universitario del Valle. Finalmente, afirmó que escuchó decir a los residentes del sector que alias "machete" se había disparado antes de ser capturado por la policía.

3.16. En similar sentido se encuentran las indagatorias rendidas por los agentes de policía Jhon Fredy Rubio Ruiz, Álvaro Insuasty, Edwin Díaz Cruz, Flober Alberto Obando Oliveros y Guillermo Alejandro Cortés Pineda, quienes coincidieron en manifestar que, el día de los hechos, recibieron por el radio comunicador la información de que tres sujetos habían atracado un vehículo (algunos manifiestan que se trató de un carro de transporte de alimentos y otros de un bus de servicio público) y que se dirigieron al sitio donde les dijeron que estaban los asaltantes, momentos después escucharon nuevamente por radio a una patrulla que informaba que tres sujetos se desplazaban por los techos de las casas, algunos de ellos emprendieron la persecución a pie y que alias "machete" abrió fuego contra los uniformados, lo que provocó la reacción armada de éstos; posteriormente, el sujeto se metió en una de las casas y allí continuó la persecución, momentos después se escucharon otros disparos y la gente se aglomeró en la casa donde yacía el cuerpo de alias machete, lo bajaron del segundo piso y luego lo subieron a una patrulla de la policía y de ahí fue llevado al hospital, donde perdió la vida horas más tarde.

3.17. Mediante providencia del 25 de abril de 2008, la Fiscalía 145 Penal Militar de Cali decretó la cesación de procedimiento adelantado contra los agentes de policía que participaron en el operativo policial en el que resultó muerto el señor Francisco Javier Valencia Sevillano.

Los argumentos que sirvieron de fundamento para tomar la anterior decisión fueron, básicamente, los siguientes (se transcribe como obra):

"Con miras a establecer las circunstancias en que se desarrolló ese ejercicio debemos partir inicialmente del hecho cierto e indiscutible de que Francisco Javier Valencia Sevillano se encontraba en compañía del menor Jhon Emer Estupiñán Martínez, quienes con armas de fuego en mano se dedicaban a despojar violentamente a la ciudadanía de sus pertenencias.

"Fue así que en medio de su actividad delincuencial, aquella mañana dispusieron atracar una buseta y un taxi, motivo por el cual la ciudadanía solicitó el apoyo de la Policía Nacional con el fin de contrarrestar el accionar de la banda de delincuentes.

"Los antecedentes del occiso nos muestran que se trataba de un sujeto peligroso buscado por la justicia por múltiples infracciones a la ley penal, entre ellas estaba sindicado de homicidios, porte ilegal de estupefacientes y hurtos.

"No en vano todos los particulares, a excepción de su señor padre aseguran que Francisco Javier Valencia Sevillano era un osado delincuente, que era jefe de una banda y que se dedicaba a robar y a matar. De la misma manera se infiere del testimonio del menor Jhon Emer Estupiñán Martínez quien acompañaba a Francisco aquella mañana y quien fuera capturado con una de las armas que atracó la buseta y el taxi de servicio público.

"No obstante lo anterior, debemos analizar las circunstancias específicas en las que el joven perdió su vida, pues el hecho de ser delincuente por sí solo no autoriza a la fuerza pública para atentar contra su existencia.

"De entrada debe advertir este despacho que no se observa en el procedimiento policial el más mínimo asomo de un comportamiento irregular y que por el contrario todas las pruebas nos conducen a exculparlos de los cargos por no ser de su autoría.

"Lo anterior comoquiera que se ha planteado dentro de la investigación el suicidio de Francisco Valencia Sevillano, toda vez que promulgaba que prefería morir a dejarse capturar.

"Siendo así y teniendo como antecedente los anteriores planteamientos, no cabe duda alguna de que el hoy occiso se enfrentó a la fuerza pública, y en su afán de continuar con sus actividades delincuenciales y en ese orden de ideas estaríamos frente a una causal de antijuricidad conocida como legítima defensa, sin embargo, al no existir dentro del plenario prueba de inferencia de autoría que nos permita sin lugar a dudas afirmar que el disparo que segó la vida del particular provenía de las armas oficiales, debemos sin temor a equívocos aceptar que el disparo fue auto infringido y que estamos frente a un suicidio".

3.18. La anterior decisión fue confirmada íntegramente por la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior Militar, mediante providencia proferida el 20 de agosto de 2008 (fls. 519 a 525 C. 2).

4. Conclusiones probatorias y caso concreto

Tal como se observa, el acervo probatorio relacionado da cuenta de que, aproximadamente a las 07:45 a.m. del 26 de abril de 2004, en el barrio Mojica II de Cali, el señor Francisco Javier Valencia Sevillano recibió dos impactos de arma de fuego que le ocasionaron la muerte, mientras era perseguido por varios agentes de policía,

uno de los disparos impactó en la parte de atrás de una de sus piernas y el otro en la región temporal derecha de su cabeza.

Al respecto, cabe resaltar que, a pesar de que no se realizó prueba de balística para determinar si los impactos fueron realizados con un arma de dotación oficial, pues, según el informe de balística, ningún elemento fue recuperado en la necropsia de Francisco Javier Valencia Sevillano, lo cierto es que, según algunos de los testigos, tanto éste, como el grupo de policías que lo perseguían hicieron uso de las armas que portaban, por lo cual se presentó un intercambio de disparos, con las consecuencias ya conocidas.

En este sentido, cabe resaltar que la conducta de la víctima fue determinante en la producción del daño, por lo cual forzoso resulta concluir que se configuró la causal eximente de responsabilidad consistente en la culpa de la víctima.

En efecto, según los elementos de convicción analizados en conjunto se puede establecer que el 27 de abril de 2004, en el barrio Mojica, de la ciudad de Cali, varios policías del sector fueron alertados por el radio comunicador sobre el asalto a un vehículo de servicio público, por lo cual se dirigieron al lugar exacto donde se había indicado que estaban tales sujetos.

Cuando los policías se aproximaron al sector, notaron la presencia de tres hombres, uno de los cuales, Jhon Emere Estupiñán fue detenido y se le incautó un arma de fuego, mientras que el sujeto alias "pitufo" logró escapar y el señor Francisco Javier Valencia Sevillano se enfrentó con los policías con el arma de fuego que portaba, pues, se insiste, así lo manifestaron varios testigos, entre los cuales se destaca el menor Jhon Emere Estupiñán, quien sobre el particular manifestó: *"alcancé a ver que él hacía disparos, por eso me quedé quieto"*; asimismo, las declaraciones de la señora Nubia Marín Vargas y la de los policías que participaron en los hechos coinciden en afirmar que el ahora occiso hizo uso de un arma de fuego en contra de los uniformados que lo perseguían por los techos de las viviendas del sector.

En este punto, conviene precisar que, si bien el testimonio de la señora Lida María Sevillano señaló que el señor Francisco Javier Valencia Sevillano *"no iba armado ni disparando"* y que él fue ultimado por los policías en una vivienda, lo cierto es que dicha versión al ser contrastada con los demás hechos probados en el proceso resulta refutada; en efecto, los demás testigos afirmaron que, mientras huía, el señor Valencia Sevillano accionó en varias oportunidades el revólver que portaba contra los miembros

de la Policía Nacional. Ese revólver fue encontrado al lado de su cuerpo, con cuatro vainillas en su tambor, de modo que fue percutido en cuatro oportunidades.

Así las cosas, en el *sub examine* se tiene acreditado que, en el momento en que se desarrollaba la persecución contra Francisco Javier Valencia Sevillano abrió fuego de forma imprudente y desafiante contra el grupo de policías, por lo cual hubo un intercambio de disparos y, por tanto, una agresión por parte de dicho señor en contra de los policías que lo perseguían, quienes, ante dicha acción del hoy occiso, dispararon sus armas de fuego en contra de éste.

Ahora, si bien el protocolo de necropsia indicó que uno de los impactos de bala produjo en el cadáver residuos de disparo, lo cual indica que éste se hizo a una corta distancia, no debe perderse de vista que, en ese momento se presentó una confrontación armada entre el hoy occiso y los policías que lo perseguían; además, los testigos Nubia Marín de Vargas y el agente Hebert Rojas Gaviria varios aseguraron que aquél había anunciado a varias personas que se quitaría la vida en caso de ser capturado, de ahí que una de las hipótesis del dictamen de balística corresponde a un suicidio.

En todo caso, reitera y resalta la Sala que las circunstancias en las que se presentó la muerte del señor Valencia Sevillano son indicativas de un enfrentamiento armado previo entre el hoy occiso y el grupo de policías que lo perseguía, razón por la cual ese hecho luctuoso sólo puede ser imputable al hecho delictivo e imprudente, por decir lo menos, del hoy occiso.

Por lo sucedido se adelantó una investigación penal militar en contra del grupo de policías que participó en el operativo en el que falleció el señor Valencia Sevillano, la cual terminó con la absolución de éstos, al acreditarse tal causa eximente de responsabilidad (hecho exclusivo de la víctima), y abrirse paso también a la figura de la legítima defensa, en favor de los policías que participaron en el operativo.

Con fundamento en lo anterior, concluye la Sala que en el presente asunto no se acreditó una falla del servicio por parte de la Policía Nacional, toda vez que el grupo de policiales actuó en legítima defensa ante la reacción ilegal y armada del ahora occiso, es decir, se trató de **una reacción proporcional, inminente y urgente**.

Ciertamente, el artículo 26 del Código Penal Militar (decreto 2550 de 1988), vigente para la época en que sucedieron los hechos, establecía en su numeral 4 la

legítima defensa como causal de justificación, así: “El hecho se justifica cuando se comete ... 4) Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcional a la agresión”. La legítima defensa establecida como causal de justificación de la conducta en la citada norma penal es aplicable en el campo de la responsabilidad patrimonial del Estado como razón exonerante de la misma.

En efecto, esta Sección del Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia, ha reconocido el carácter excepcional del uso de las armas por parte de los miembros de la Fuerza Pública, lo cual significa que éste **se permite cuando sea absolutamente necesario** para el cumplimiento de las funciones a ella asignadas, al igual que ha reconocido la legítima defensa como causal de exoneración de responsabilidad de la Administración en casos en los que la respuesta a la agresión sea inminente y necesaria⁵ como ocurre en el caso que ahora se examina. Así lo dijo en sentencia del 27 de julio de 2000:

*“Se agrega que aún en el evento de que los señores (...) hubieran sido delincuentes y que pretendieran extorsionar a la señora (...), los funcionarios no estaban legitimados para sancionarlos con la pena de muerte, pues si bien es cierto que el Estado puede hacer uso legítimo de la fuerza y, por lo tanto, recurrir a las armas para su defensa, **esta potestad sólo puede ser utilizada como último recurso, luego de haber agotado todos los medios a su alcance que representen un menor daño. Lo contrario implicaría legitimar el restablecimiento del orden en desmedro de la vida y demás derechos fundamentales de las personas**”⁶ (Se ha destacado y subrayado).*

De acuerdo con lo anterior, la procedencia de la referida causal de justificación debe ajustarse al carácter necesario y proporcional de la respuesta frente a la agresión, pues el examen de la necesidad y proporcionalidad de la respuesta de los miembros de la Fuerza Pública debe someterse a un control más estricto que el que pudiera hacerse en el común de los casos, habida cuenta del entrenamiento y la preparación constante sobre el uso de armas y el control de este tipo de situaciones.

Así, pues, los elementos que configuran la legítima defensa deben estar acreditados de manera indubitable, de modo tal que aparezca claro: **i)** que el uso de las armas para causar muerte era el único medio posible para repeler en ese momento la agresión o que no existía otro medio o procedimiento viable para la defensa; **ii)** que, además, la respuesta armada tuvo como fin exclusivamente repeler el peligro y; **iii)**

⁵ Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección A, sentencia del 24 de julio de 2013 (exp. 28.332), Sección Tercera, sentencias del 19 de febrero de 1999 (exp. 10.459) y del 10 de marzo de 1997 (exp. 11.493).

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 24 de julio de 2012 (exp. 28.332).

que ésta última no constituya una reacción indiscriminada, en tanto debe existir coherencia de la defensa con la misión que legal y constitucionalmente se ha encomendado a la Fuerza Pública.

Para el caso *sub examine*, el acervo probatorio que obra en el expediente no deja a la Sala duda alguna en torno a que en la producción del daño por el cual se demandó se vio involucrada la propia víctima -quien mientras huía disparó el revólver que portaba contra los miembros de la Policía-, lo que provocó la reacción proporcional, necesaria, inminente y legítima de éstos. Por lo tanto, se impone concluir que el daño antijurídico que originó la presente acción resulta imputable a la propia víctima.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la sentencia apelada, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

5. Condena en costas

En consideración a que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

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

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 30 de abril de 2012, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA