

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre del dos mil diecisiete (2017)



Radicación número: 760012331000200603583-01 (39.848)

Actor: Oscar Smith Valencia Gaytoto y otro

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

Asunto: Acción de Reparación Directa (sentencia)

Descriptor: Confirma la sentencia apelada que niega las pretensiones de la demanda, porque el daño antijurídico no es imputable a la entidad demandada, la cual actuó en legítima defensa y de manera proporcional frente al hecho de agresión de víctima. **Restrictor:** Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado - Régimen constitucional y reglamentario de la Policía Nacional - uso de las armas de fuego.

Decide la Sala en segunda instancia el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia¹ proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 26 de febrero de 2010 mediante la cual resolvió “*negar las pretensiones de la demanda*”.

ANTECEDENTES

1. La demanda.

Fue presentada el **14 de noviembre de 2006**² por Graciliano Valencia Arroyo (padre) y Oscar Smith Valencia Guaytoto (hermano), quienes mediante apoderado judicial³ y en ejercicio de la acción de reparación directa contenida en el artículo 86 del C.C.A, solicitaron que se declare a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, administrativa y patrimonialmente responsable de los perjuicios ocasionados con la muerte de su hijo y hermano Graciliano Enrique Valencia Guaytoto, ocurrida el 3 de mayo de 2005 a manos de un patrullero de la institución policial.

1.1 Pretensiones

Como consecuencia de la anterior declaración, la parte actora solicitó condenar a las entidades demandadas a pagar:

¹ Fls.69-86 del C.P

² Fls1-18 del C.1

³ Fls.1-2 C.1

- Por concepto de lo que los demandantes denominaron “daños materiales no valorables pecuniariamente”, la suma de 400 S.M.L.M.V. para Graciliano Valencia Arroyo y 200 S.M.L.M.V. para Oscar Smith Valencia Guaytoto.

- Por concepto de daño emergente consistente en gastos funerarios, la suma de 7 S.M.L.M.V. para Graciliano Valencia Arroyo.

- Por concepto de lucro cesante, para Graciliano Valencia Arroyo 801.55 S.M.L.M.V. que su hijo dejó de devengar.

- Por concepto de **perjuicio moral**, la suma de 100 S.M.L.M.V. para Graciliano Valencia Arroyo y 70 S.M.L.M.V. para Oscar Smith Valencia Guaytoto.

1.2 Como fundamento de sus pretensiones la parte actora expuso los hechos que la Subsección sintetiza así⁴:

El **3 de mayo de 2005**, Graciliano Enrique Valencia Guaytoto recibió un disparo de fusil galil calibre 5.56 mm, de parte del patrullero de la Policía Nacional – Héctor Fabio Peñaranda Holguín, luego de lo cual fue subido a la camioneta de la patrulla y conducido al Hospital “Carlos Holmes Trujillo”, en donde murió a las 9:15 p.m. del mismo día.

2. El trámite procesal

2.1.- El 17 de noviembre de 2006, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca **admitió** la demanda⁵ que fue **noticiada** a la entidad demandada⁶. El asunto se fijó en lista.

2.2.- El 28 de mayo de 2007 la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, **contestó la demanda**⁷ oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones por cuanto consideró que el daño provino de la culpa exclusiva de la víctima quien en una conducta ilegal disparó el arma de fuego que portaba contra el agente policial que lo perseguía.

2.3.- Apertura a pruebas, citación a conciliación y alegatos de conclusión

El **4 de junio de 2007** el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca abrió el proceso a pruebas⁸ y el **27 de octubre de 2008**⁹, una vez vencido el término probatorio, citó a audiencia de conciliación que se declaró fallida por inasistencia de la parte demandada¹⁰

⁴ Fls.5-6 C.1

⁵ Fl.21-22 del C. 1

⁶ Fls.26 del C 1

⁷ Fls.27-37 del C. 1

⁸ Fls.39-40 del C. 1

⁹ Fl. 56-57 del C. 1

El **27 de febrero de 2009** el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca corrió traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran sus **alegatos de conclusión** y al Ministerio Público para que rindiera el concepto de rigor¹¹. Oportunidad que fue aprovechada por los demandantes, quienes reiteraron lo dicho en otras instancias¹².

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **26 de febrero de 2010** el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda, porque consideró¹³ que se está frente a una causal de exoneración de responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado, por cuanto se prueba que la respuesta del agente no resulta desproporcionada a la exhibida por la víctima, quien dado a la fuga disparó en contra de los agentes, con lo que obligó al patrullero a hacer uso de su arma para buscar detener el ataque.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El **23 de agosto de 2010** la parte actora interpuso y sustentó el recurso de apelación¹⁴ por medio del cual solicitó que se revoque la sentencia proferida el 26 de febrero de 2010 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que:

“Lo que dio lugar a la presente acción de reparación directa es la agresión que refirió el hoy fallecido por la espalda; esto da lugar a dudar sobre la existencia de un enfrentamiento entre el occiso y las autoridades de policía, porque matar a una persona por la espalda implica por ese mismo hecho un homicidio doloso y por consiguiente una responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado. (...)

Una persona aun siendo delincuente tiene el derecho fundamental de ser protegida por la fuerza pública y por todas las autoridades del Estado, en su vida, honra y bienes; es deber de las autoridades de policía, someter a los ciudadanos al imperio de la ley y en el evento de alguna contrariedad, evitar el camino más fácil como es el de darle muerte.

*Cinco unidades de policía dotados cada uno con un fusil Galil calibre 5.56 mm la cual es arma de guerra contra una sola persona quien portaba supuestamente tenía un revolver marca Llama, nos indica que nos encontramos en una supuesta defensa desproporcionada en armas y en personas.
(...)”*

El **22 de septiembre de 2010** el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora¹⁵.

¹⁰ Fl. 61 del C. 1

¹¹ Fl.64 del C.1

¹² Fls.65-67 del C.1

¹³ Fls.231-241 C.P

¹⁴ Fl.89-92 del C.P

¹⁵ Fls.95 del C.P

IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El **6 de diciembre de 2010** esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y, seguidamente, el **24 de enero de 2011** corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera el concepto de rigor¹⁶. Oportunidad que fue aprovechada por la Policía Nacional¹⁷ y la parte actora¹⁸.

El Ministerio Público guardó silencio en instancia de alegatos.

No existiendo causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, la Sala procede a resolver la alzada, previas las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

La Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: 1. Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado; 2.- Régimen constitucional y reglamentario de la Policía Nacional; 3.- Uso de las armas de fuego por parte de la fuerza pública; y 4. Caso Concreto

1. Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado

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.

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.

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

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

¹⁶ Fl.102 del C.P

¹⁷ Fls.103-105 del C.P

¹⁸ Fls. 106-109 del C.P.

norma legal, o, porque es “irrazonable,” sin depender “de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración.”¹⁹.

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto²⁰.

Por último, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario– un específico título de imputación²¹.

2.- Régimen constitucional y reglamentario de la Policía Nacional

De conformidad con nuestra Constitución Política – artículo 2º, se encuentran dentro de los fines esenciales del Estado asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, para lo cual se instituyeron las autoridades públicas, con el propósito fundamental de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, postulado que, en relación con la Policía Nacional fue desarrollado mediante el artículo 218 superior, al contemplarla como

“un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

²⁰ Frente a la existencia de diferentes criterios de imputación, la circunstancia de que los hechos relatados en la demanda sean constitutivos de una falla del servicio o conlleven la aplicación de un régimen objetivo (daño especial o riesgo excepcional), corresponde a la valoración teórica que incumbe efectuar autónomamente al juzgador, como dispensador del derecho ante la realidad histórica que las partes le demuestren²⁰, por cuanto, en aplicación del principio del *iura novit curia* se analiza el caso adecuando los supuestos fácticos al título de imputación que se ajuste debidamente, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa petendi, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, ni que se establezca un curso causal hipotético arbitrario.

De manera que es posible analizar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo un título de imputación diferente a aquel invocado en la demanda, en aplicación al principio *iura novit curia*, que implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la *causa petendi*, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión.

²¹El uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”. Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”

En este sentido, tenemos que el servicio de policía, es un servicio público a cargo del Estado encaminado a mantener y garantizar el orden público interno de la Nación y la convivencia pacífica, entre otros. Este servicio lo presta el Estado en forma permanente, exclusiva, obligatoria, directa, indelegable, inmediata e indeclinable, con el propósito esencial de procurar el desarrollo de la vida en comunidad, cuyo ejercicio se encuentra limitado en la observancia de la primacía de los derechos inalienables de las personas y los principios contenidos en la Constitución Política, las leyes y en la finalidad específica que su prestación persigue.

Ahora bien, específicamente, encontramos dentro de la normatividad aplicable la Resolución 9969 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 pacífica.

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 y prevenir y controlar la comisión de delitos, y se dijo que este servicio lo integran la vigilancia urbana y rural que son la base fundamental de las actividades preventivas y operativas de la Policía Nacional²², clasificándolo según su objeto en de vigilancia y Judicial²³⁻²⁴.

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 vigilancia²⁵, a los cuales deben ceñirse las actuaciones del personal oficial, suboficial y agentes de la Institución²⁶, que son funcionarios profesionales, preparados y estructurados en el ejercicio de su función, quienes deben cumplir en todo momento los deberes que impone la ley, sirviendo a la comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión, para lo cual, en el

²² Artículo 34 Resolución 9969/1992 – Policía Nacional.

²³ Artículo 35 ibídem.

²⁴ Es necesario diferenciar la policía administrativa de la policía judicial; la primera está encargada fundamentalmente de reprimir los atentados contra el orden público una vez que ellos hayan ocurrido, y la segunda está encargada de colaborar con los funcionarios judiciales en la investigación de los delitos y en la captura de los delincuentes. La distinción entre ambas policías es importante no sólo por el principio de separación entre autoridades administrativas y judiciales propiamente dichas sino porque en la práctica numerosas acciones de policía son mixtas y su calificación se fundamenta algunas veces en la finalidad de la acción más que en su contenido.

²⁵ Artículo 1° ibídem.

²⁶ Artículo 2° ibídem.

desempeño de sus tareas, se encuentran obligados a respetar y proteger la dignidad humana y mantener y defender los derechos humanos de todas las personas, y sólo están habilitados para usar la fuerza cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas²⁷, es decir dentro de los límites de razonabilidad y proporcionalidad que la situación fáctica demande.

Ahora bien, con relación al servicio de vigilancia se estableció que la Policía, en el ejercicio de sus funciones, debe desarrollar un espíritu de observación, sagacidad e iniciativa, con el propósito de vigilar preferentemente a personas sospechosas que deambulen por su lugar de fación, concertar su atención en aquellas personas cuyas actitudes le merezcan duda en su proceder y velar por la seguridad en el sector a su cargo, especialmente en los turnos de noche²⁸, entre otras, y en todo caso con la obligación de intervenir, cualquiera sea la circunstancia en que se encuentre²⁹ y de desplegar toda su iniciativa para procurar la prevención de delitos, desordenes, o cualquier otro acto que tienda a perturbar la seguridad y el bienestar de la comunidad³⁰, de lo cual se resalta que el servicio de vigilancia policial es eminentemente preventivo, en el entendido que las normas y los servicios de policía se establecieron como medios para prevenir la infracción penal.

3.- Uso de las armas de fuego por parte de la fuerza pública³¹

La legislación internacional prohíbe el atentado directo contra la vida humana y por ello se obliga al Estado a ejercer un control efectivo sobre las autoridades en general, y en particular, sobre la fuerza pública, para evitar el uso excesivo o indiscriminado de la fuerza de las armas de fuego. En tal virtud, para hacer cumplir sus cometidos constitucionales y legales el uso de la fuerza y de las armas de fuego es excepcional y debe realizarse estrictamente bajo un doble prisma: necesidad y proporcionalidad de las medidas.

En este sentido, la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** (Nueva York, 1948)³², en el artículo 3º estatuye que todo individuo tiene derecho a la vida. Del mismo modo, la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 1948), en su artículo 1º prescribe que todo ser humano tiene derecho a la vida.

Por su parte, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), incorporado a la legislación colombiana por medio de la Ley 74 de 1968 y

²⁷ Artículo 23 ibidem.

²⁸ Artículo 38 ibídem.

²⁹ Artículo 39 ibídem.

³⁰ Artículo 47 ibídem.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 19 de agosto de 2011. Exp.:20.193

³² Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948, disponible en <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>

en su artículo 6º establece que el derecho a la vida es inherente a la persona humana y que este derecho estará protegido por la ley.

A su vez, la **Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José** (San José de Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969) que en su artículo 4 se refiere al derecho a la vida, estableciendo que toda persona tienen derecho a que se respete su vida, de manera que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, en el numeral 4.3 prohíbe a sus signatarios - entre los cuales está Colombia³³- restablecer la pena de muerte, si ésta fue proscrita en su derecho interno.

Asimismo, la Asamblea General de las Naciones, mediante la Resolución 34/169 de 17 de diciembre de 1979, adoptó el **Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley**³⁴, el cual establece en su artículo 2º que éstos, en el desempeño de sus tareas, respetaran y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas, fundando, igualmente, el desempeño de sus tareas en la necesaria *proporcionalidad* entre el uso de la fuerza y el objetivo legítimo que se persiga, por lo que *“podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario”* sin que se autorice su uso en un grado desproporcionado al objeto legítimo o se excedan los límites³⁵. En este mismo artículo se instituye el uso de armas de fuego como 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”.
(Subrayado fuera de texto)

Mediante Ley 297 de 1996³⁶, el Congreso de la República aprobó el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la Pena de

³³ Ley 16 de 1972

³⁴ De acuerdo con este Código, se entienden por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, todos los agentes de la ley, ya sean nombrados o elegidos, que ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención.

³⁵ Mediante Resolución N° 03514 de 5 de noviembre de 2009, “Por la cual se expide el Manual para el Servicio de Policía en la Atención, Manejo y Control de Multitudes” se *acogieron normativamente*, los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptados en el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en 1990. El quinto principio pone de relieve el carácter excepcional del uso de la fuerza y subraya que cuando el recurso a las armas de fuego sea inevitable, dichos funcionarios deberán ejercer moderación y actuar en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo perseguido, debiéndose en consecuencia reducir al mínimo los daños y lesiones y respetando y protegiendo la vida humana. A su turno, el principio noveno establece que 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 amenaza seria para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a la autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos, por lo que en cualquier caso sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida³⁵ (se subraya).

³⁶ Revisión de constitucionalidad Sentencia C 144 de 1997.

Muerte, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1989, que dispone que no se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción, sin que este derecho pueda ser sometido a suspensión en estados de excepción, ratificando así lo dispuesto por el artículo 4.3 del Pacto de San José, el artículo 27.2³⁷ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 214.2 constitucional y el artículo 4º de la Ley 137 de 1994, según los cuales, durante los estados de excepción no podrá suspenderse y es intangible el derecho a la vida.

A su vez, el artículo 2 Constitucional, establece que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida,³⁸ aspecto éste que inspiró al constituyente en el diseño del ordenamiento constitucional, y que se desprende del preámbulo de la Carta que plasmó como fin de la Asamblea Nacional Constituyente el asegurar la vida de los integrantes del pueblo colombiano, que es donde encuentra justificación la exclusividad de la fuerza pública en las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, prevista en el artículo 216 Superior.

Empero, la fuerza pública debe desplegarse dentro de los precisos linderos del marco jurídico (preámbulo constitucional) y sobre la base que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.), pues los miembros de la fuerza pública, en el marco del respeto de la dignidad humana (artículo 1 C.P.)³⁹ y de los derechos fundamentales, en especial la vida, sólo pueden utilizar la fuerza cuando ello sea estrictamente necesario y están facultadas para hacerlo con el objeto de asegurar la captura para que el presunto infractor del orden jurídico sea conducido ante las autoridades judiciales competentes. La fuerza pública debe escoger dentro de los medios eficaces aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes, de manera que el uso de las armas de fuego debe ser la última opción.

³⁷ La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: (...) 4 Derecho a la Vida (...), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

³⁸ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C 013 de 1997 y C 239 de 1997, MP Gaviria. El derecho a la vida tienen una dimensión bifronte de derecho fundamental y principio superior.

³⁹ La Sala ha señalado que “El artículo primero de la Constitución, al definir al Estado Colombiano como Social de Derecho, dispuso que nuestro régimen político está fundado en ‘el respeto de la dignidad humana’; ello significa -y así lo ha entendido la jurisprudencia constitucional- que la dignidad del hombre irradia toda la Carta, al constituirse en ‘el valor supremo en toda constitución democrática’, puesto que se trata a la vez del fundamento del poder político y de un concepto límite al ejercicio del mismo (art. 5 C.P.), al tiempo que legitima todo el catálogo de derechos fundamentales, como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico y razón de ser del mismo. A este respecto PECES-BARBA resalta que ‘la raíz de los derechos fundamentales está en la dignidad humana, que se puede explicar racionalmente como la expresión de las condiciones antropológicas y culturales del hombre que le diferencian de los demás seres’, en otras palabras, ser digno significa ‘que la persona humana por el hecho de tener ontológicamente una superioridad, un rango, una excelencia, tiene cosas suyas que, respecto de otros, son cosas que le son debidas’. El principio de la dignidad humana como base indispensable de toda estructura jurídica constitucional y principio orientador de toda interpretación jurídica está íntimamente vinculado con el derecho a la integridad personal.” : CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 17 de junio de 2004, Radicación: 50422-23-31-000-940345-01.

4. Caso concreto

El principal problema jurídico que plantea esta Sala de Subsección, consiste en determinar si en el caso de autos se reúnen los presupuestos constitucionalmente establecidos para la declaración de la responsabilidad extracontractual en cabeza de la entidad demandada, es decir, primeramente, el daño antijurídico, y en caso afirmativo, si el mismo es fáctica y jurídicamente atribuible – imputable a la entidad demandada, básicamente por una falla en la prestación de servicio de la fuerza pública.

A la sazón, la Sala encuentra acreditado el daño antijurídico, consistente en la lesión del derecho a la vida de Graciliano Enrique Valencia Guaytoto, quien falleciera el día **3 de mayo de 2005**, en la ciudad de Cali, como se encuentra acreditado con el correspondiente registro civil de defunción⁴⁰.

Con relación al segundo elemento de la responsabilidad, esto es la imputación fáctica y jurídica del daño a la entidad demandada, la Sala observa que ella es atribuida por la parte actora a título de falla en la prestación del servicio consistente en el uso desproporcionado de la fuerza toda vez que cinco unidades de la policía, dotados cada uno con fusil Galil 5.56 mm, agredieron a la víctima disparándole por la espalda.

Dadas las imputaciones efectuadas por los demandantes, la Sala procede a revisar el material probatorio, a fin de establecer si en el plenario se encuentran acreditados los hechos por ellos señalados.

Así las cosas, en primer lugar se revisa el protocolo de necropsia elaborado el **4 de mayo de 2005**, por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Regional Suroccidente – Seccional Valle del Cauca, a Graciliano Enrique Valencia Guaitoto (sic) quien *“murió de una herida típica de proyectil de arma de fuego que estalla el riñón y el bazo causando hemorragia toracoabdominal masiva”*⁴¹

Del informe de necropsia se extrae que Graciliano Enrique Valencia Guaitoto presentó dos heridas con proyectil de arma de fuego. La primera con *“orificio de entrada en forma regular, mide 0.5x0.0.3 (sic) cm, con anillo de contusión de 1mm, sin tatuaje ni ahumamiento, ubicado a 66 cm del vértice y 4 cm de la línea media posterior en la región lumbar izquierda. Orificio de Salida de forma regular, mide 3.5x3.0 cm, ubicado a 56 cm del vértice y 14 cm de la línea media anterior en la región lateral izquierda del tórax sobre línea axilar anterior”*, que lesiona y *“perfora piel, plano muscular, estalla el riñón izquierdo por la porción medida separando el polo superior del inferior, estalla bazo, lacera la cola del páncreas, secciona el colon (...) contusiona la*

⁴⁰ Fl. 118 del C. 2

⁴¹ Fls. 57-59 del C. 2

curvatura mayor del cuerpo del estómago (...) contusiona el lóbulo inferior del pulmón izquierdo (...) sale del tórax fracturando la 8ª costilla izquierda, perfora plano muscular piel y sale”

La segunda herida “orificio de entrada de forma regular mide 0.7x0.7 con anillo de contusión de 1mm, sin tatuaje ni ahumamiento, ubicado a 59 cm del vértice en la región anterior izquierda del tercio proximal del antebrazo izquierdo. Orificio de salida de forma regular, mida 1x1 cm, ubicado a 55 cm del vértice de la región anterior externa del tercio proximal del antebrazo izquierdo. Lesiones: perfora piel y plano muscular dejando un túnel de lesión, perfora piel y sale”

De lo anterior, el informe de necropsia infirió que la trayectoria del proyectil fue “atrás – adelante, inferior – superior, derecha - izquierda”

Ahora bien, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos la Sala observa que el mismo 3 de mayo de 2005 el patrullero Héctor Fabio Peñaranda Holguín, rindió el correspondiente informe de la novedad, donde se lee:

“De manera respetuosa, me permito informar a ese Despacho [Fiscal 145 URI], la novedad ocurrida el día de hoy 030505, en el cual resultara muerto el señor ENRIQUE VALENCIA GUYTOTO (sic), de 23 años, alias Tocayo, residenciado en (...)

Hechos:

Siendo aproximadamente las 21:05 horas, cuando el suscrito en compañía de cuatro unidades más, conformando la patrulla de indicativo PUMA 3, nos hallábamos realizando un registro preventivo a persona, en la calle (...) cuando escuchamos varias detonaciones de arma de fuego y procedemos a verificar de forma inmediata la situación.

Al voltear la esquina, encontramos de frente al hoy occiso VALENCIA GUYTOTO (sic) con el arma en la mano, en compañía de otro sujeto, el cual huyó, el occiso se enfrentó con nosotros como integrantes de la patrulla, disparando en dos ocasiones contra nosotros y tratando de huir, en ese instante me arrodillo y realizo el disparo de reacción y protección, en una sola ocasión, cayendo al piso el hoy occiso y procediendo a correrle el arma para asegurar nuestra integridad, posteriormente y como estaba herido, lo levantamos y lo ubicamos en la patrulla policial para ser llevado al Hospital, además en el recorrido recogimos a una cuadra a un menor que había sido herido por el señor ENRIQUE VALENCIA, siendo llevados en el mismo viaje al Hospital CARLOS HOLMES TRUJILLO, donde fallecieron.

*Cabe anotar que el señor ENRIQUE VALENCIA GUYTOTO (sic) portaba **un revolver marca llama, numero (...) calibre 38 largo, con seis vainillas, el cual se anexa al presente informe y se deja a su disposición**, arma con la que presuntamente ocasionó la muerte del menor EDYMERK (sic) GUILLO (sic) IPIA (el cual recogimos y llevamos al hospital) y además hirió a dos sujetos más identificados como ALEXANDER GARCIA MEJIA alias Drácula y otros ALIAS MAICOL, quienes fueron reclusos en otros Centros asistenciales.*

*(...)
El arma con la cual disparé, es un fusil GALIL , calibre 5.56 mm, No. (...) la cual dejo a su disposición en el armerillo del Grupo CEA ubicado en la Estación Carabineros.”⁴²*

⁴² Fls. 22-23 del C. 2

El informe anterior fue objeto de ampliación por parte del Patrullero Héctor Fabio Peñaranda Holguín, en donde reiteró:

“Siendo las 21.05 horas del día de ayer tres de mayo nos encontrábamos haciendo un registro en la calle (...) y yo hacía parte de la patrulla Puma 3 cuando sonaron unos disparos y al salir del registro nos encontramos de frente con una persona que venía corriendo con un arma de fuego en la mano y cuando nos vio nos disparó por dos ocasiones y yo reaccioné y me agaché disparé un tiro de reacción y protección, entonces esa persona quedó herida entonces la subimos a la patrulla para llevarla al hospital más cercano y una o dos cuadras más arriba dicha persona lesionada acababa de herir a un menor de edad y a dos personas más entonces la llevamos al hospital Carlos Holmes Trujillo y al igual que la otra persona osea (sic) el menor de edad que él acababa de herir entonces todas las dos personas fallecieron ya cuando se encontraban en el centro asistencial”⁴³

Asimismo, el policía sostuvo que la víctima portaba un revolver que fue recogido y embalado junto con las 6 vainillas, al cual se le efectuó el correspondiente análisis de balística elaborado el **13 de junio de 2005** a *“un (1) arma tipo revolver, tres (3) proyectiles, y seis (6) vainillas, con dos (2) registros de cadena de custodia”*, del cual se concluyó que el arma se encontraba en buen estado y había sido disparada *“después de que fuera limpiada por última vez”*, así como que las 6 vainillas enviadas para estudio habían sido percutidas por el revolver analizado, esto es, el portado por Graciliano Enrique Valencia Guaytoto⁴⁴.

Ahora, corrobora lo informado por el patrullero de la Policía la información contenida en las correspondientes actas de Inspección a los cadáveres No. 1045-1046 elaboradas el mismo **3 de mayo de 2005** por la Unidad de Reacción Inmediata – Fiscalía Seccional Ciento Cuarenta y Cinco de Santiago de Cali⁴⁵, en donde se hace un breve relato de los hechos y posible hipótesis del caso:

“Según lo expuesto por la patrulla Puma Tres que conoció el caso estos tres [heridos] tuvieron lugar a eso de las 21.05 horas cuando el señor Enrique (...) Valencia disparó contra el hoy occiso, haciendo presencia la patrulla policial originándose un intercambio de disparos ya que (...) Valencia al parecer hizo frente resultando con heridas de consideración que le produjeron su deceso horas más tarde en el centro asistencial.”

En este sentido es de anotar que Graciliano Enrique Valencia Guaytoto fue sindicado de homicidio en contra de Edimer Guijo, en razón a lo cual intervino la fuerza pública, lo que derivó en un enfrentamiento donde resultó herido y posteriormente falleció Valencia Guaytoto. La Fiscalía encargada de la inspección halló *“en la escena del crimen los tres fragmentos del proyectil de plomo desnudo”* presuntamente disparados por Valencia en contra de Edimer Guijo y otros.

⁴³ Fls. 24-25 del C. 2

⁴⁴ Fl. 73-82 del C. 2

⁴⁵ Fls. 8-13 del C. 2

Al respecto, se encuentran dos inspecciones al Cadáver. El cadáver No. 1 corresponde a Edimer Guijo Ipia de 15 años de edad, de cuyo homicidio doloso por arma de fuego se sindicó a Graciliano Enrique Valencia, cadáver que:

*“presenta herida región dorsal línea media.
Dos heridas región escapular izquierda.
Una herida en cara lateral izquierda del cuello
Una herida región deltoidea izquierda
Una herida región temporal izquierda”.*

Cadáver No. 2, correspondiente a Graciliano Enrique Valencia Guaitoto (sic), de 22 años de edad, manera y causa de la muerte homicidio doloso con arma de fuego, quien *“presenta herida en región Flanco Posterior lado izquierdo – herida pared lateral del tórax lado izquierdo”*⁴⁶.

Con relación a las circunstancias de la muerte, en la diligencia de inspección al cadáver de Edimer Guijo Ipia, se dijo:

“nos enteramos por la patrulla del sector que a las 21:05 horas cuando un grupo de muchachos se encontraban departiendo en una esquina, llegó un hombre, Enrique (...) Valencia y armado de un revolver agredió al grupo, causándole heridas morales a Edimer, quien llegó muerto al Hospital Carlos Holmes Trujillo y heridas en un brazo a otro joven, Alexander García Mejía, que quien agredió a estos jóvenes salió a correr y se encontró de frente con una patrulla de reacción de la policía, la Puma 3 a quienes les hizo un disparo y en la reacción de la uniformada resultó lesionado Enrique Valencia Guaytoto, quien posteriormente murió en el Hospital. Al llegar al lugar de los hechos (...) nos desplazamos al Hospital Carlos Holmes Trujillo en donde encontramos que en el libro de estadística folio 163 se encuentra la siguiente relación, el 03 de mayo siendo las 21:20 ingresa fallecido el menor EDIMER GUIJO IPIA, indocumentado con dos impactos de arma de fuego, uno en la espalda y otro en la cabeza, con orificio de salida en el cuello, lado izquierdo. Y otro herido que fallece en el hospital Enrique Valencia Guaytoto, indocumentado de 23 años, alias tocayo, quien presenta una herida con arma de fuego en el tórax parte derecha y Alexander García Mejía indocumentado de 18 años quien presenta una herida con arma de fuego en el brazo derecho”

Por otra parte, es de anotar que en la diligencia de inspección al cadáver fue entrevistado, en calidad de padre de la víctima, el hoy demandante Graciliano Valencia Arroyo, quien manifestó:

“(...) que solamente viene a recoger el muerto, pero que él no vive ni con la mamá de este joven ni este vivía con ningún familiar, que él vivía a parte y que al parecer se había ido de la casa porque le llamaban la atención, el padre desconoce qué pasó y porque (sic) pasaron estos hechos, sabe que su hijo hace 2 o 3 años tuvo un problema con el tal agüita, que este casi lo mata, que las señas que su hijo tenía en el cuerpo se las había causado agüita [(las señas aparecen referidas en la inspección al cadáver)], que él no sabe por qué, pero agüita llevaba como 1 año en la cárcel y solo hace aproximadamente 1 mes había salido, pero que él no lo conoce aunque sabe que es del Barrio Alirio Mora Beltrán, el señor Graciliano, dice no conocer de Edimer ni a su familia. Dice que su hijo nació en Cali, el 7 de octubre de 1982, tenía 22 años, que la mamá se llama Esterh (sic) Guaytoto, que su hijo estudio hasta 5 de primaria y se dedicaba a oficios varios, que cuando era menor tuvo un problema con la justicia, que él no sabe qué pasó pero que después de un tiempo de estar detenido lo dejaron libre con una caución, que él poco sabe de lo que su hijo hacia porque hace 16 o 17 años que no vivía con él. Desconoce la dirección en donde vivía Graciliano, solo sabe que es en Alirio Mora y desconoce si este

⁴⁶ Fls. 16-18 del C. 2

tenía mujer o no, que no sabía que portara armas y que lo único que sabe es que está muerto.”

Al respecto, también se observa la versión del señor José Armed Guijo Rave⁴⁷, padre de Edimer Guijo (menor fallecido en los mismos hechos), quien al ser indagado sobre Graciliano Enrique Valencia Guitoto (sic), manifestó:

“sí lo conocía aproximadamente hacía unos ocho años, porque él era vecino, él se dedicaba a delinquir era un muchacho callejero, inclusive a un billar al que yo manejo se entró hace aproximadamente unos tres años atrás y lo iba persiguiendo un señor al que al parecer había atracado. Él no trabajaba en nada, vivía en la casa materna y andaba huyendo del barrio Alirio Mora Beltrán Primera Etapa y cuando entraba a visitar a la mamá se camuflaba, se colocaba trenzas postizas para pasar inadvertido.”

Igualmente, con relación a los hechos el testigo José Armed Guijo Rave, sostuvo:

“Eso era aproximadamente las 9:00 de la noche yo me encontraba en la casa, cuando sonaron unos disparos como a tres cuadras y un poco de gente corriendo, decían mataron a uno, mataron a uno, cuando yo fui a ver era el hijo mío el que estaba muerto, pero GRACILIANO le disparó primero a un muchacho que llaman empanadita, no le pegó y a otro muchacho que le dicen Drácula le pegó un tiro en el brazo derecho, y a otro muchacho al que le dicen chamo le pegó un tiro hacia el lado de la axila, (...) ese muchacho GRACILIANO iba era a matar a un muchacho que llamaban agüita, confundiéndolo con él mató a mi hijo. GRACILIANO llegó a una esquina del barrio Alirio Mora Beltrán, disparó su arma de fuego hacia los muchachos que estaban en esa esquina y emprendió la huida, encontrándose con dos policías que subían, dicen que GRACILIANO le disparó a un policía (...) y el policía le disparó a él (...).”

También se hallan los testimonios de los policiales que participaron en el operativo, a saber:

- Patrullero Jhony Julián Villaquiran Daza, quien frente a los hechos sostuvo:

“Me encontraba en compañía del patrullero PEÑARANDA, patrullero GÓMEZ, patrullero LARA y el Subintendente MORALES practicando unas requisas en la calle [a donde habían sido asignados para reforzar la vigilancia de la comuna porque se trataba de un sector de alta peligrosidad], en ese momento de la requisa escuchamos unas detonaciones por arma de fuego, de inmediato fuimos a verificar de qué se trataba y al voltear a la esquina nos encontramos de frente con el hoy occiso VALENCIA GUITOTO (sic), quien al percatarse de nuestra presencia reaccionó haciéndonos dos disparos, fue cuando el compañero PEÑARANDA le disparó [por una sola vez] y procedimos a incautarle el arma y subirlo a la camioneta y llevarlo al hospital, en el transcurso del sitio de los hechos al hospital a dos cuadras exactamente, encontramos un menor lesionado con dos impactos de arma de fuego, entonces procedimos a subirlo también al vehículo y llevarlo al Hospital, donde murieron los dos (...) GRACILIANO VALENCIA (...) sí fue el mismo que le disparó al menor (...).”⁴⁸

- Patrullero José Wilfredo Gómez Gallego, quien sobre la forma en que tuvieron ocurrencia los hechos, manifestó:

“En esa fecha me encontraba en compañía de mi Subintendente MORALES, patrullero LARA, VILLAQUIRAN y PEÑARANDA apoyando la Estación Catorce los Mangos, nos

⁴⁷ Fls. 84-85 del C. 2

⁴⁸ Fl. 86-88 del C. 2

encontrábamos realizando patrullajes en el vehículo policial camioneta Nissan doble cabina conducida por el Patrullero LARA y en la esquina se vieron varios sujetos a los cuales procedimos a requisar y estando ahí se escucharon varios disparos, donde el patrullero PEÑARANDA con el patrullero VILLAQUIRAN reaccionó y salió a verificar lo que pasaba, cuando instantes después se escucharon otros dos disparos, luego otro y al yo salir a mirar qué era lo que pasaba encontramos a un sujeto el cual se encontraba herido por arma de fuego, tirado en el piso y al lado una bicicleta y un arma de fuego tipo revolver, entonces se procedió a coger el revólver, llegó el patrullero LARA en la camioneta, se recogió este herido para llevarlo al Centro Asistencial, encontrándonos más adelante con un menor lesionado con herida por arma de fuego, el cual también fue recogido y posteriormente trasladados al Hospital Carlos Holmes Trujillo donde nos manifestaron que el segundo sujeto que habíamos recogido se encontraba muerto y el primer sujeto sí llegó con signos vitales, trataron de reanimarlo pero minutos después murió (...) después me di cuenta que PEÑARANDA había utilizado su arma de dotación haciendo un disparo ya que como él en compañía del patrullero VILLAQUIRAN fueron los primeros en salir a verificar lo que estaba sucediendo manifestaron que el sujeto les había disparado en dos ocasiones, en la cual el patrullero PEÑARANDA reaccionó disparando su arma de dotación (...) al llegar al Hospital con el reconocimiento del muchacho que llegó herido posteriormente y con la ayuda de las patrullas (...) establecimos que el agresor del menor y de los otros dos heridos había sido el señor GRACILIANO VALENCIA.⁴⁹

- Subintendente a cargo de la patrulla Puma 3, Diego Fernando Morales Escobar, quien informó:

“(...) la patrulla del CEAT de indicativo PUMA TRES para esa fecha, conformada por cinco uniformados, nos encontramos en la dirección mencionada por el Despacho practicando unos registros de personas, más o menos a la altura de la mitad de la cuadra cuando se oyeron uno tiros como a dos cuadras y el patrullero VILLAQUIRAN y el patrullero PEÑARANDA corrieron hasta la esquina para verificar qué era lo que estaba pasando, guardando las medidas de seguridad del caso, mientras que los otros integrantes de la patrulla nos quedamos en la camioneta con las otras personas que estábamos registrando, entonces cuando ya en la esquina sonaron otros disparos con arma corta y después tiro de fusil, el cual corrimos todos los uniformados que estábamos en la requisita corrimos hacia la esquina, cuando vimos en la esquina a un muchacho de tez negra tirado en el suelo, con un arma de fuego al lado y también una bicicleta, entonces procedimos a montar el muchacho a la camioneta ya que se encontraba herido y con signos vitales protegiendo el arma que se encontraba a su lado, lo subimos a la camioneta para trasladarlo a un centro asistencial y dos cuadras más adelante nos encontramos con otro señor herido el cual procedimos a montarlo también a la camioneta y trasladarlos al Hospital Carlos Holmes, (...) y allá fallecieron los dos, después haciendo investigación y preguntas nos enteramos que el primer sujeto que habíamos recogido VALENCIA GUITOTO (sic) fue el que le había disparado a unas personas en la esquina causándole heridas al segundo sujeto que recogimos y también a otras personas quienes se trasladaron a otros centros asistenciales no supimos cuáles, según lo manifestado por los uniformados VILLAQUIRAN y PEÑARANDA se encontraron de frente con el sujeto y éste les disparó a los uniformados, por lo cual el señor patrullero PEÑARANDA reaccionó a la agresión de este sujeto haciendo uso de su arma de dotación, según lo manifestado por el patrullero PEÑARANDA (...) solo escuché un solo disparo de fusil (...) en el sitio de los hechos fue encontrada (...) un arma tipo revolver calibre 38 (...) la cual fue puesta a disposición de la autoridad competente (...).”⁵⁰

- Patrullero Luis Heriberto Lara Rodríguez, quien sostuvo:

⁴⁹ Fls. 89-91 del C. 2

⁵⁰ Fls. 124-127 del C. 2

“(...) nos encontrábamos patrullando en ese sector y vimos a un grupo de personas, nos bajamos de la camioneta, los requisamos y dos de los compañeros patrullero PEÑARANDA patrullero VILLAQUIRAN se dirigieron a la esquina al escuchar unos impactos de arma de fuego y cuando llegaron según lo manifestaron VILLAQUIRAN y PEÑARANDA, venían dos personas una de las cuales tenían un arma de fuego en la mano y al ver a mis compañeros inmediatamente les disparó y el otro huyó y por eso el compañero PEÑARANDA reaccionó, disparó su arma de fuego, causándoles una herida a este sujeto, yo al escuchar estos impactos cogí la camioneta y me dirigí a la esquina, levantamos a la persona que había herido el compañero PEÑARANDA para trasladarlo al Hospital y más adelante en la otra esquina recogimos otro herido que según la ciudadanía había resultado lesionado por uno de los sujetos que iban huyendo y que también estos sujetos habían causado lesiones a otras dos personas que habían sido trasladadas a otros centros hospitalarios (...) se encontró un arma de guerra estaba al lado del sujeto que hirió el compañero (...) [luego] la ciudadanía manifestó que el señor VALENCIA HUITOTO (sic) había sido el que había ocasionado la muerte al menor (...) y había herido a los otros dos particulares (...)”⁵¹

Ahora bien, dados los hechos que anteceden, se observa que conoció del asunto la Fiscal 145 U.R.I., quien al día siguiente, esto es, el 4 de mayo de 2005, remitió las diligencias a la Justicia Penal Militar para que se adelantara la correspondiente investigación en contra del patrullero Héctor Fabio Peñaranda quien disparó contra Graciliano Enrique Valencia Gaytoto. Con la remisión, la Fiscal anexó el informe de los hechos, del que se extrae:

“(...)”

Es un hecho irrefutable que momentos después de darse la muerte del menor EDIMER GUIJO IPIA a manos de Graciliano Enrique, este se encuentra inesperadamente con la patrulla de reacción de la policía PUMA 3 y al verse sorprendido no solo con el arma en la mano sino con el cuerpo sin vida de una persona, decide enfrentarse a la policía y dispara.

El policial está y debe estar preparado para defender no solo su vida, sino la de sus compañeros y conciudadanos y es esto lo que hace que el P.T. PEÑARANDA HOLGUIN HECTOR haga uso de su arma de dotación y dispare un único tiro, que acabó la vida de una persona que en la calle estaba haciendo daño, como es el quitarle la vida a otro, por el problema que fuera.

No es misión de la policía terminar un conflicto con la muerte de quien se atraviesa al tranquilo vivir de la sociedad, pero el bien general prima sobre el particular y en este caso era la vida del grupo de uniformados sobre la vida de Graciliano”⁵².

En razón a la remisión efectuada por la Fiscal 145 U.R.I., el **8 de junio de 2005**, el Juzgado 153 de Instrucción Penal Militar dispuso la apertura de la correspondiente investigación penal en contra del Patrullero Héctor Fabio Peñaranda Holguín⁵³, dentro de la cual, mediante Auto de **19 de enero de 2006** se abstuvo de proferir medida de aseguramiento⁵⁴ y el **27 de febrero de 2007** decidió “*declarar cerrada la presente investigación*” con fundamento en el artículo 553 de la Ley 522 del 12 de agosto de 1999⁵⁵.

⁵¹ Fls. 129-131 del C. 2

⁵² Fl. 28 del C. 2

⁵³ Fls. 30-31 del C. 2

⁵⁴ Fls. 108-112 del C. 2

⁵⁵ Con relación a la prueba trasladada de este proceso penal, la Sala se sostiene en el precedente según el cual las pruebas trasladadas podrán ser valoradas ya que se puede considerar contrario a la lealtad

Es de anotar que, en su diligencia de indagatoria el Patrullero HÉCTOR FABIO PEÑARANDA HOLGUÍN, dio una versión de los hechos que coincide con sus informes y con el dicho de los demás policiales que conformaban la patrulla Puma 3, de la que se extrae⁵⁶:

“para esa fecha siendo las 21:05 aproximadamente nos desplazábamos en la camioneta Nissan (...) conducida por el patrullero LARA RODRÍGUEZ LUIS HERIBERTO, íbamos al mando del Subintendente MORALES ESCOBAR DIEGO FERNANDO, con los patrulleros GÓMEZ GALLEGO JOSÉ WILFREDO, VILLAQUIRAN DAZA JHONY y el suscrito, ese día paramos cerca de una esquina para hacer un registro a unas personas, estábamos practicando la requisita a estas personas cuando se escucharon unos disparos cerca de ahí, entonces el Patrullero VILLAQUIRAN y yo montamos los fusiles y salimos a la esquina para ver qué sucedía, cuando nos encontramos de frente con dos sujetos, como a unos quince metros más o menos, les gritamos ALTO POLICÍA, entonces uno de los individuos huyó al notar la presencia de la Policía y el otro nos disparó en dos ocasiones, entonces mi compañero el Patrullero VILLAQUIRAN y yo nos tiramos al suelo y cuando yo me levanté, ahí el sujeto cayó al piso herido, y entonces VILLAQUIRAN y yo nos le acercamos y le retiramos el arma, este señor aún se encontraba con signos vitales, entonces se montó a la camioneta de la policía para trasladarlo al hospital Carlos Holmes Trujillo, para que le prestaran primeros auxilios, pero a una cuadra más arriba montamos a un menor de edad que se encontraba herido, porque el sujeto que se había enfrentado con nosotros lo había herido, también habían otras dos personas heridas quienes se desplazaron al Hospital más cercano por sus propios medios luego volvimos al lugar de los hechos y hablando con la comunidad nos informaron que el señor VALENCIA GUITOTO (sic) era un reconocido delincuente del sector (...) y según lo manifestado por la comunidad era por problemas entre bandas del sector.”

Sobre su reacción y los disparos efectuados, el patrullero PEÑARANDA manifestó haber disparado en una ocasión hacia el sujeto que se encontraba a unos 15 metros, *“eso fue un tiro de reacción y protección (...) mi intención fue neutralizar al individuo que nos disparó en dos ocasiones, mi reacción fue proteger mi vida, la de mi compañero y la de la comunidad (...)”*

procesal *“que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, bien sea por petición expresa o coadyuvancia pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión”*.

De esta manera, la Sala valorará las actuaciones que obran en el plenario adelantadas por la justicia penal militar, conforme a los fundamentos señalados, teniendo en cuenta que han obrado a lo largo del proceso de reparación directa.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 26 de noviembre de 2015, exp.36.170, reiterada en sentencias del 13 de abril de 2016, exp. 40.111 y del 8 de noviembre de 2016. Exp.44697, proferida de la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación. Con relación a la valoración de la diligencia de indagatoria, esta Corporación ha sostenido: *“la indagatoria puede ser concebida como medio de defensa y a la vez medio de prueba de la cual pueden sustraerse no solo lo que al investigado le beneficia, sino eventualmente lo que le compromete jurídicamente, lo cual no contraría la protección del derecho a no autoincriminarse como lo ampara el artículo 33 constitucional, en la medida que no se obtenga una confesión forzada, por medios intimidatorios. (...) “En estos casos, la valoración integral de las pruebas obrantes en el proceso administrativo, han permitido que las indagatorias no solo sean tomadas como medio de defensa judicial cuando estas satisfacen los principios de contradicción, necesidad, pertinencia y conducencia, sino también como medios de convicción válidos para el fallador judicial, de tal suerte que sí pueden ser incorporadas a los procesos de responsabilidad estatal.”*

En consecuencia, la Sala procederá a valorar la diligencia de indagatoria que obra en el plenario, en conjunto con el restante material probatorio y a la luz de la sana crítica.

Asimismo, previo al cierre de la investigación penal militar adelantada en contra del Patrullero Héctor Fabio Peñaranda Holguín, se pronunció el agente del Ministerio Público, quien luego de un detenido análisis de los hechos y el material probatorio solicitó:

“(…) que al momento de calificar el mérito del sumario se profiera resolución de cesación del procedimiento, porque el patrullero PEÑARANDA HOLGUIN HECTOR FABIO, de la Policía Nacional actuó en cumplimiento de un deber legal, y constitucional, cuando salvaba la vida de él y de su compañero de patrulla, ante semejante afrenta, (…) ante el peligro actual e inminente, de un individuo que viene de matar a otro joven y herir a otros dos, respondiendo a la agresión que les presentó el occiso Graciliano Enrique Valencia Guitoto (sic), actuaron exactamente en la causal descrita en el artículo 34 numeral 4 y conocida genéricamente como LEGITIMA DEFENSA, tal como lo preceptúa el estatuto penal castrense.”⁵⁷

A la sazón debe preverse que, visto el extracto de la hoja de vida del patrullero Héctor Fabio Peñaranda Holguín, a **23 de junio de 2005** no le figuraban sanciones⁵⁸ ni presentaba antecedentes penales⁵⁹, así como puede derivarse de todo el material probatorio que no conocía al occiso ni lo había visto antes, de manera que ni siquiera existe un hecho indicador que permita establecer que la actuación del patrullero se dio como una especie de represalia en contra de víctima.

Por otra parte, es de anotar que contrario a lo manifestado en la demanda y el recurso de apelación, la víctima - Graciliano Enrique Valencia Guitoto (sic), sí presentaba como antecedentes penales la “anotación del 10-12-2003, recluso en la Cárcel de Cali, Fiscalía 15 Seccional Cali, delito Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años”⁶⁰.

Visto el material probatorio que antecede, la Sala encuentra que los cargos expuestos por la parte actora, según la cual existió desproporción en la actuación desplegada por los miembros de la Policía, han quedado completamente desprovistos de prueba. Pues, en primer lugar, el apoderado de los demandantes, para desvirtuar la actuación en legítima defensa de los policiales, afirmó que Graciliano Enrique Valencia se encontraba solo cuando se vio en medio del operativo adelantado por 5 policías, frente a lo cual ha quedado acreditado que Graciliano no iba solo, sino que estaba acompañado de otro sujeto que ante la presencia de los patrulleros logró huir del lugar de los hechos, el cual nunca fue identificado.

Adicionalmente, aunque la patrulla Puma 3 se encontraba compuesta por 5 uniformados, lo cierto es que en la ocurrencia de los hechos en los que resultó herido Graciliano Enrique solo participaron 2 policías, esto es, los patrulleros Villaquiran y Peñaranda quienes corrieron hacia el lugar de las detonaciones escuchadas, y ante los dos disparos propiciados por Valencia

⁵⁷ Fls. 168-181 del C. 2

⁵⁸ Fls. 61-62 del C. 2

⁵⁹ Fl. 64 del C. 2

⁶⁰ Fl. 63 del C. 2

Guaytoto ambos policías se tiraron al suelo y solo uno de ellos reaccionó contra la agresión, disparando por una sola vez.

Entonces, Graciliano hizo dos disparos que debido a la reacción de los patrulleros no lograron impactar, pero que tenían la intención de agredir y herir o matar a los policías para concluir su huida, pues, no puede pasarse por alto que aquel venía huyendo, luego de herir a tres personas con el revólver calibre 38, cuando se encontró de frente con los 2 uniformados que venían corriendo, contra los cuales también usó su arma, se insiste, en dos ocasiones, situación que conllevó la reacción del patrullero Peñaranda, quien con una única detonación logró reducir al homicida, hiriéndolo, desafortunadamente, de forma mortal lo cual es lógico por la potencia del fusil Galil 56, que era el único medio de defensa con que contaba el policía para salvaguardar su vida y la de su compañero.

De manera que era esperable que el patrullero Peñaranda o su compañero usaran su arma de dotación que, en razón a su dimensión debió ser evidenciada por Graciliano quien, pese a ello, asumió el riesgo y decidió enfrentarse a los agentes, disparando primero en dos oportunidades.

Ahora bien, en eventos como el que aquí se discute debe preverse, primeramente, que no se trata de una operación policiva programada sino que, más bien, se trata de una situación de aquellas que exigen la reacción inmediata de las autoridades públicas, en donde los hechos se desarrollaron de una manera tan rápida y fulminante que apenas dan lugar a la reacción de los uniformados; de modo que no podría afirmarse que el Patrullero Peñaranda premeditó el homicidio de Graciliano Enrique, sino que es evidente que su reacción obedeció al cumplimiento de los deberes constitucionales de salva guarda del orden público y legal, donde se vio obligado a usar su arma de dotación oficial para defenderse del ataque de quien hoy se supone víctima.

Es por ello que aunque el disparó entro por la parte trasera lateral izquierda, este hecho, *per se*, no significa una desproporción o premeditación en el policial para asesinar al delincuente, por el contrario, debe preverse que Graciliano Enrique fue auxiliado de manera inmediata por los mismos agentes de la Policía Nacional, quienes lo trasladaron al centro hospitalario más cercano, junto con el menor de edad que fuera víctima de Graciliano.

Dicho esto, frente a la actuación adelantada por los miembros de Puma 3, la Sala considera que ante las circunstancias fácticas en las que se desarrollaron los hechos, los policías reaccionaron de manera adecuada para defender el orden público, evitar la comisión de otras conductas delictivas, reducir al delincuente y posteriormente adelantar las averiguaciones correspondientes, cumpliendo así con sus funciones constitucionales.

De otra parte, la Sala no quiere pasar por alto las manifestaciones efectuadas por los actores, tanto en el escrito de demanda como en sus escritos subsiguientes, entre ellos el de apelación,

donde afirmaron que se trataba de una familia unida, un buen hijo y un buen padre, en cuyo hogar reinaba la armonía que fue quebrantada por la actuación del patrullero Héctor Fabio Peñaranda, que acabó con la vida de Graciliano Enrique Valencia; pues en el plenario ha quedado acreditado lo contrario, ya que el mismo padre y demandante Graciliano Valencia Arroyo, en el momento en que reclamara el cadáver de su hijo, manifestó:

“(...) que solamente viene a recoger el muerto, pero que él no vive ni con la mamá de este joven ni este vivía con ningún familiar, que él vivía a parte y que al parecer se había ido de la casa porque le llamaban la atención, el padre desconoce qué pasó y porque (sic) pasaron estos hechos, sabe que su hijo hace 2 o 3 años tuvo un problema con el tal agüita, que este casi lo mata, que las señas que su hijo tenía en el cuerpo se las había causado agüita [(las señas aparecen referidas en la inspección al cadáver)], que él no sabe por qué, pero agüita llevaba como 1 año en la cárcel y solo hace aproximadamente 1 mes había salido, pero que él no lo conoce aunque sabe que es del Barrio Alirio Mora Beltrán, el señor Graciliano, dice no conocer de Edimer ni a su familia. Dice que su hijo nació en Cali, el 7 de octubre de 1982, tenía 22 años, que la mamá se llama Esterh (sic) Guaytoto, que su hijo estudio hasta 5 de primaria y se dedicaba a oficios varios, que cuando era menor tuvo un problema con la justicia, que él no sabe qué pasó pero que después de un tiempo de estar detenido lo dejaron libre con una caución, que él poco sabe de lo que su hijo hacia porque hace 16 o 17 años que no vivía con él. Desconoce la dirección en donde vivía Graciliano, solo sabe que es en Alirio Mora y desconoce si este tenía mujer o no, que no sabía que portara armas y que lo único que sabe es que está muerto.”

Así las cosas, aunque la Sala reconoce que, sin importar la condición económica o social de las víctimas, la muerte de un hijo puede producir dolor y sufrimiento en el padre, no por ello se aprueba que los particulares le mientan a la administración de justicia para obtener del Estado un provecho inadecuado o la indemnización de un perjuicio que, claramente, no existe ni existió, como es, por ejemplo, el lucro cesante que Graciliano Valencia Arroyo alega en la demanda, presuntamente derivado de la ayuda económica que su hijo aportaba a su familia, pues quedó acreditado que ni siquiera Vivían juntos y el padre ningún conocimiento tenía de la vida de su hijo fallecido.

En síntesis no hay pruebas que acrediten el dicho de la demanda o la apelación, por el contrario, el material probatorio obrante en el plenario desvirtúa las afirmaciones de los demandantes y demuestra la actuación legítima de las autoridades policiales.

De manera que el testimonio de Deisy Eduviges Salas de Moya no es suficiente para acreditar una falla en la prestación del servicio por parte de la Policía Nacional, aunque esta haya afirmado que *“el hermano[de Graciliano Enrique] que llegó en el momento en que lo alcanzaban vio que el tiro le había dado por detrás y a lo que el patrullero lo alzó para montarlo a la patrulla le habían sacado hacia la parte de adelante los intestinos se le habían salido”* y que el patrullero le dijo *“ese marica ahí no se iba a parar que lo dejara quieto, porque trataba de auxiliar a su hermano y no le permitieron”*⁶¹.

⁶¹ Fls. 3-5 del C. 2

Al respecto debe preverse que las manifestaciones de Deisy Eduvigis Salas de Moya no coinciden con ningún otro medio probatorio, pues ni siquiera quedó acreditado que el hermano de la víctima haya llegado al lugar de los hechos, y la misma testigo confiesa que no tuvo conocimiento directo de la situación referida, sino que su dicho corresponde a los comentarios “*del papá*” - hoy demandante Graciliano Valencia Arroyo⁶², de manera la testigo presenta lo que se denomina un testimonio de oídas que, en el caso concreto, pierde certeza ante el conjunto de pruebas.

En síntesis, la Sala confirmará la sentencia que negó las pretensiones de la demanda porque el daño antijurídico, esto es, la muerte de Graciliano Enrique Valencia Guaytoto, no es imputable a la entidad demandada, toda vez que tuvo lugar como consecuencia del hecho de la víctima que disparó en dos oportunidades contra los agentes de policía, con lo cual produjo su reacción en defensa propia, sin que haya logrado acreditarse una desproporción entre el hecho de la víctima y la defensa de patrullero Héctor Fabio Peñaranda o la violación del régimen de uso de las armas de fuego por parte de la fuerza pública.

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 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 26 de febrero de 2010 mediante la cual se resolvió “*negar las pretensiones de la demanda*”. Por los motivos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO: sin condena en costas.

⁶² En este punto debe preverse que, como el testimonio es aquel medio probatorio de mayor usanza en los juicios de responsabilidad civil, aun cuando no se trate de un testigo mentiroso, el testimonio dependerá del convencimiento que éste tiene de su propia verdad, de su edad, sexo, nivel de educación, salud (5 sentidos), su ubicación en el lugar de los hechos, sus prejuicios, las condiciones ambientales del momento y, en general, de la representación mental que el testigo se haga de la situación fáctica que percibe y las condiciones que lo rodeen, de manera que cada persona tendrá su propia percepción de los hechos.

Adicionalmente, debe preverse que dicha percepción puede ser directa, porque el testigo presencié los hechos y los aprehendió mediante el uso de sus cinco sentidos, o puede tratarse del conocimiento que el testigo tiene de los hechos por lo que le escuchó decir a otro, de manera que el declarante carece de percepción directa y narra en sus propios términos el dicho de otra persona o lo que oyó sobre lo que otros dijeron, en cuyo caso se acentúan las dificultades para valorar el testimonio toda vez que esta circunstancia puede afectar la credibilidad e imparcialidad del testigo.

Sin embargo el ordenamiento colombiano consagra como sistema de valoración de la prueba el de la sana crítica, esto es, mediante *la unión de la lógica, la experiencia* y el análisis en conjunto de las pruebas, en un ejercicio de ponderación de las mismas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Magistrado

**Aclaración de Voto Cfr. Rad. 35796-16 #2 y #3;
voto disidente Cfr. Rad. 48842-16 #5 y #7**

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala