

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA–SUBSECCIÓN B**

Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 05001-23-31-000-2000-4596-01 (29882)

Actor: Gloria Edilma Correa López y otros

Demandados: Nación-Ministerio de Defensa– Policía Nacional

Asunto: Acción de reparación directa (apelación)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia el 13 de septiembre de 2004, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y se decidió no condenar en costas. La sentencia recurrida será confirmada.

SÍNTESIS DEL CASO

El día 25 de marzo de 2000, siendo aproximadamente la 1:40 A.M., se reportó por parte de la comunidad al comando de policía de Donmatías y Santa Rosa de Osos (Antioquia) la novedad sobre un asalto a un bus de transporte público de la empresa “Rápido Ochoa”, razón por la cual, las unidades respectivas salieron hacia el lugar de los hechos. Por el sector en el que se desarrolló la situación fáctica, el señor Luis Fernando López Gallego, en compañía de dos amigos, se desplazaba al volante de un vehículo particular, cuando aparecieron las referidas unidades de policía y abrieron fuego en forma indiscriminada contra los pasajeros que iban en aquel vehículo, acción que le causó la muerte al señor López Gallego.

I. ANTECEDENTES

A. Lo que se demanda

1. Mediante escrito presentado el 7 de diciembre de 2000, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia (fl. 50 a 62, c.1), los señores **GLORIA EDILMA CORREA LÓPEZ** cónyuge de la víctima y representante legal de sus hijos menores **JOHN EDISON, JUAN FERNANDO Y JORGE ANDRES LÓPEZ CORREA**; **LUIS EDUARDO LÓPEZ MENDOZA Y MARÍA JOSEFINA GALLEGO GUERRA** padres de la víctima; **AMPARO DE JESUS, JAIRO LEON, IVAN DARIO, ORLANDO DE JESUS, BEATRIZ ELENA, LUCELY, LIGIA ESTER, OLGA, MARTA INES, JAIME ALBERTO y MARÍA DEL SOCORRO LÓPEZ GALLEGO**, mayores de edad, domiciliados en el municipio de Donmatías Antioquia, y quienes obran a nombre propio, mediante apoderado debidamente constituido (fl. 1 a 8, c.1), en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el art. 86 del C.C.A., formularon demanda contra **LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL-**, por los perjuicios morales y materiales derivados de la muerte del señor **LUIS FERNANDO LÓPEZ GALLEGO**, el día 25 de marzo de 2000. En consecuencia de lo anterior, solicitan en el libelo petitorio se hagan las siguientes **declaraciones y condenas**:

PRIMERO: *Que se declare la NACIÓN, FUERZAS ARMADAS DE COLOMBIA, POLICÍA NACIONAL, representado legalmente por el General **ROSSO JOSE SERRANO** o quien haga sus veces, responsable de la muerte del señor **LUIS FERNANDO LÓPEZ GALLEGO**, en hechos ocurridos el 25 de Marzo de 2000, con el actuar de la policía en el Municipio de Donmatías.*

SEGUNDO: *Que se condene a la NACIÓN- FUERZAS ARMADAS-POLICÍA NACIONAL al pago de los perjuicios morales y materiales ocasionados a los señores **GLORIA EDILMA CORREA LÓPEZ**, mayor de edad, quien obra en calidad de Cónyuge, en nombre propio y en nombre y representación de sus hijos menores **JOHN EDISON, JUAN FERNANDO Y JORGE ANDRES LÓPEZ CORREA**, en calidad de hijos del señor **LUIS FERNANDO LÓPEZ GALLEGO** y **LUIS EDUARDO LÓPEZ MENDOZA Y MARÍA JOSEFINA GALLEGO GUERRA**, mayores de edad, quienes obran en calidad de padres del señor **LUIS FERNANDO LÓPEZ GALLEGO**; y **AMPARO DE JESUS, JAIRO LEON, IVAN DARIO, ORLANDO DE JESUS, BEATRIZ ELENA, LUCELY, LIGIA ESTER, OLGA, MARTA INÉS, JAIME***

ALBERTO, MARÍA DEL SOCORRO LÓPEZ GALLEGO, mayores de edad, quienes obran en calidad de hermanos del señor **LUIS FERNANDO LÓPEZ GALLEGO**, debido a la falta de vigilancia y control por parte del Estado a cerca de los miembros de la Administración y de la fuerza pública.

PERJUICIOS MORALES

Para los señores **LUIS EDUARDO LÓPEZ MENDOZA Y MARÍA JOSEFINA GALLEGO GUERRA**, en calidad de padres del señor **LUIS FERNANDO LÓPEZ GALLEGO**, la suma de 2.000 gramos oro, de a 1.000 gramos para cada uno, por concepto de perjuicios morales.

Para los señores **AMPARO DE JESUS, JAIRO LEON, IVAN DARIO, ORLANDO DE JESUS, BEATRIZ ELENA, LUCELY, LIGIA ESTER, OLGA, MARTA INÉS, JAIME ALBERTO, MARÍA DEL SOCORRO LÓPEZ GALLEGO**, en calidad de hermanos del señor **LUIS FERNANDO LÓPEZ GALLEGO**, la suma de 6.000 gramos oro, de a 500 gramos para cada uno, por concepto de perjuicios morales.

Para la señora **GLORIA EDILMA CORREA LÓPEZ**, en calidad de cónyuge sobreviviente, la suma de 2.000 gramos oro por concepto de perjuicios morales.

Para los menores **JOHN EDISON, JUAN FERNANDO Y JORGE ANDRES LÓPEZ CORREA**, en calidad de hijos del señor **LUIS FERNANDO LÓPEZ GALLEGO**, la suma de 6.000 gramos oro, de a 2.000 gramos para cada uno por concepto de perjuicios morales.

(...)

PERJUICIOS MATERIALES

En relación con los perjuicios materiales se tiene en cuenta la modalidad de **DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE** específicamente la **INDEMNIZACIÓN DEBIDA O CONSOLIDADA Y LA INDEMNIZACIÓN FUTURA**.

En relación con el **DAÑO EMERGENTE**.

A. Por concepto de gastos funerarios y de entierro, se causó una suma por valor de \$1.565.000, pagados por la señora **GLORIA EDILMA CORREA LÓPEZ**

B. Por concepto de daños al vehículo la suma de \$3.851.805, discriminados así: \$851.805 valor de las llantas y \$3.000.000, de arreglo del vehículo, los cuales cubrió el señor **JAIRO LEON LÓPEZ GALLEGO**.

En relación con el **LUCRO CESANTE** tomamos en consideración **LA INDEMNIZACIÓN DE VIDA O CONSOLIDADA Y LA INDEMNIZACION FUTURA**.

LA INDEMNIZACIÓN DEBIDA O CONSOLIDADA es aquella indemnización calculada durante el tiempo que puede durar el proceso que considero puede ser de cuatro años a partir del momento de la ocurrencia de los hechos y se hace con el salario devengado por la víctima, pero como en este caso no tenemos un dato aproximado de los que percibía con su trabajo vamos a tomar como base el salario mínimo legal vigente para la época de los hechos, 25 de marzo de 2000, el cual tiene un valor de **DOSCIENTOS SESENTA MIL CIENTO SEIS PESOS (\$260.106)** considerando que se tiene derecho a ella.

La cual se contabiliza de la siguiente forma:

De 25 de marzo de 2000 al 25 de marzo de 2004, existen 48 meses que es lo que se supone que dura el proceso.

El salario mínimo es de \$260.106, aumentado en un 20% por las prestaciones nos da un total de \$312.127.

Es necesario anotar que esta suma la dedicaba en totalidad para el sostenimiento de su familia integrada por su cónyuge y sus tres hijos (...).

Para 48 meses nos indica que el porcentaje es de 78.19 multiplicado por \$312.127 nos da un resultado de **VEINTICUATRO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$24.386.484)** durante los cuatro (4) años a título de indemnización debida o consolidada, para la señora **GLORIA EDILMA CORREA LÓPEZ**, en calidad de cónyuge y para los menores **JOHN EDISON, JUAN FERNANDO Y JORGE ANDRES LÓPEZ CORREA**, correspondiéndole a la cónyuge **\$12.193.242** y para los hijos la suma de **\$12.193.242**, dividido entre tres para un total de \$ **4.064.414** para cada uno de los hijos.

PARA UN VALOR DE **\$24.386.484**

LA INDEMNIZACIÓN FUTURA (...)

Para su hijo menor **JORGE ANDRES LÓPEZ CORREA (...)** la suma de **SEIS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y UN PESOS (\$ 6.481.871)**, por concepto de indemnización futura.

(...) Para su hijo menor **JOHN EDISON LÓPEZ CORREA (...)** da como resultado **DIEZ MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$10.395.776)**, por concepto de indemnización futura.

(...) Para su hijo menor **JUAN FERNANDO LÓPEZ CORREA (...)** da como resultado la suma de **CUATRO MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS VEINTISEIS PESOS (\$ 4.393.326)**, por concepto de indemnización futura.

(...) Para la cónyuge **GLORIA EDILMA CORREA LÓPEZ** da como resultado \$ **24.157.873** por concepto de indemnización futura (...).

TERCERO: Que se condene al demandado al pago de **DAÑO EMERGENTE** por un valor de **\$4.565.000**.

Más la mayor suma que se logre probar en el proceso por este concepto.

CUARTO: Que se condene al demandado a pagar a mis poderdantes el mayor valor que se probare a debe en el proceso, indexando dicho valor desde el día en que sucedieron los hechos hasta que se satisfaga la totalidad de las pretensiones.

QUINTO: Que en caso de oposición del demandado, éste sea condenado al pago de costas y agencia en derecho.

1.1. En respaldo de sus pretensiones, la parte actora adujo los siguientes **hechos** que se resumen a continuación:

1.1.1. El día 25 de marzo de 2000, a las 2:00 a.m, el señor Luis Fernando López Gallego se desplazaba al volante de un vehículo particular de placas LGG 438, por el municipio de Donmatías, específicamente en el alto de la "Quica", en compañía de los señores Jairo León López Gallego y Argirio Gómez Uribe. Después de abandonar la casa de la familia Orrego, con quienes se encontraba en una reunión, aproximadamente a una cuadra de distancia de este lugar, aparecieron dos vehículos oficiales de la policía, el uno perteneciente a la estación de policía del Municipio de Donmatías y el otro de Santa Rosa de Osos, los cuales sin hacer ninguna señal de pare, dispararon en forma indiscriminada contra el vehículo. Como consecuencia de este ataque armado, el señor López Gallego perdió la vida.

B. Trámite Procesal

2. Mediante escrito presentado el 30 de mayo de 2001, la entidad demandada, por intermedio de apoderado debidamente constituido, **contestó la demanda** (fl. 70 a 72, c.1), a través de la cual se opuso a las pretensiones de la misma y señaló que no existe responsabilidad imputable a la entidad, en la medida en que las acusaciones carecen de fundamento para estructurar una falla en el servicio.

3. Mediante auto del 23 de agosto de 2002, el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, señaló fecha y hora para llevar a cabo **audiencia de conciliación** (fl. 122 y 123, c.1), para lo cual ordenó citar a las partes y a sus apoderados.

3.1. El 9 de octubre del 2002, se hicieron presentes en el despacho del Tribunal Administrativo de Antioquia la demandante Gloria Edilma Correa López con su apoderado y el apoderado de la entidad demandada (fl. 123 c.1). Una vez instalada la audiencia, se le concedió el uso de la palabra a la apoderada de la accionada, la cual manifestó que el comité de conciliación de la Nación-Ministerio de Defensa - Policía Nacional recomendó y decidió no presentar fórmula de acuerdo conciliatorio. En atención a la posición presentada por esta entidad, se declaró fallida la etapa de conciliación.

4. Mediante auto del 9 de octubre de 2002, el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia corrió traslado común a las partes por el término de diez días, para que presenten sus **alegatos de conclusión** (fl. 130, c.1), y al Ministerio Público de conformidad con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 210 del C.C.A., reformado por el artículo 59 de la Ley 446 de 1998.

4.1. **La Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional** presentó alegatos de conclusión (fl. 131 a 137, c.1), en los que manifestó que no existe falla de la administración en la muerte violenta de la que fue objeto el señor Luis Fernando López Gallego por las siguientes razones: (i) dentro del proceso penal en contra de los uniformados involucrados en los hechos, la justicia castrense se abstuvo de proferir medida de aseguramiento; (ii) los agentes de la institución fueron requeridos por la ciudadanía para dar captura a unos delincuentes que momentos antes del desenlace de los hechos, habían asaltado un bus; (iii) la descripción de las denuncias y los elementos fácticos que rodearon los hechos, indican que los agentes iniciaron la persecución del vehículo Toyota color rojo; (iv) los ocupantes del vehículo Toyota, sin justificación, omitieron las advertencias del personal

uniformado; (v) el señor López Gallego portaba un arma de fuego tipo revólver calibre 22, la cual fue encontrada por los funcionarios del CTI dentro del vehículo, razón por la cual se deduce que el occiso tenía el ánimo de ocasionar daños y la policía reaccionó en legítima defensa.

4.2. **La parte demandante**, presentó alegatos de conclusión (fl. 138 a 140, c.1), en los que manifestó: (i) los hechos narrados en la demanda no fueron desvirtuados por la entidad demandada; (ii) a pesar de que el proceso penal tramitado por la Justicia Penal Militar terminó con preclusión de investigación contra los uniformados por legítima defensa, precisa el actor que no es posible darle certeza a estas conclusiones en la medida que sigue subsistiendo la duda; (iii) no es posible determinar que el señor Luis Fernando López Gallego haya disparado en contra de los miembros de la Policía Nacional; (iv) está acreditado que los disparos que le produjeron la muerte al señor López provinieron del uso indiscriminado de armas de dotación oficial; (v) en el vehículo en el que se transportaban los ciudadanos no se encontró huella de disparos o proyectiles que salieran desde el interior; (vi) es imposible que exista legítima defensa por parte de los miembros activos de la policía cuando en realidad estos portaban armas de largo alcance (escopetas, repetidoras, fusiles galil), frente a un supuesto revólver 32 que apareció inexplicablemente en la gaveta del carro; (vii) de acuerdo con la prueba de absorción atómica, se encontró que el resultado fue positivo en la mano derecha del señor López y se intenta convencer en el presente juicio que el arma fue disparada por el conductor.

5. El 13 de septiembre de 2004, el *a quo* profirió **sentencia de primer grado** (fl. 141 a 151, c.p), mediante la cual resolvió:

1. *Declárase administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional de los daños y perjuicios padecidos por Gloria Edilma Correa López, Jhon Edison López Correa, Juan Fernando López Correa, Jorge Andrés López Correa, Luis Eduardo López Mendoza, María Josefina Gallego Guerra y Jairo León López Gallego por los hechos acaecidos en el municipio de Donmatías, Antioquia, el día 25 de marzo de 2000.*

2. *Condénese (sic) a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional a pagar a, (sic) Jhon Edison López Correa, representado por Gloria Edilma Correa López (,) la suma de ocho millones trescientos cuarenta y dos mil setecientos siete pesos (\$8.342.707.00) por concepto de indemnización de perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante y cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalente a treinta y cinco millones ochocientos mil pesos (\$35.800.000.00), por concepto de indemnización de perjuicios morales.*
3. *Condénese (sic) a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional a pagar a Juan Fernando López Correa, representado por Gloria Edilma Correa López (,) la suma de cuatro millones ochocientos cincuenta y tres mil noventa y tres pesos (\$4.853.093.00) por concepto de indemnización de perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante y cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalente a treinta y cinco millones ochocientos mil pesos (\$35.000.000,00), por concepto de indemnización de perjuicios morales.*
4. *Condénese (sic) a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional a pagar a Jorge Andrés López Correa, representado por Gloria Edilma Correa López (,) la suma de cinco millones quinientos noventa y seis mil novecientos un pesos (\$5.596.901.00) por concepto de indemnización de perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante y cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalente a treinta y cinco millones ochocientos mil pesos (\$35.800.000.00), por concepto de indemnización de perjuicios morales.*
5. *Condénese (sic) a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – a pagar a Gloria Edilma Correa López la suma de dos millones setenta y un mil cuatrocientos treinta y cuatro pesos (\$2.071.434.00) por concepto de indemnización de perjuicios materiales en su modalidad de daño emergente; la suma de veintiocho millones ochocientos noventa y siete mil treinta pesos (\$28.897.030.00) por concepto de indemnización de perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante y cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, correspondiente a treinta y cinco millones ochocientos mil pesos (\$35.800.000.00) por concepto de indemnización de perjuicios morales.*
6. *Condénese (sic) a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional a pagarle a los señores Luis Eduardo López Mendoza y María Josefina Gallo Guerra cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalente a treinta y cinco millones ochocientos mil pesos (\$35.800.000.00) para cada uno, por concepto de indemnización de perjuicios morales.*
7. *Condénese (sic) in genere a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional a pagarle a Jairo León López Gallego la*

indemnización de los daños ocasionados al vehículo marca Toyota, color rojo, de placa LGG 438, para lo cual se procederá al incidente consagrado en el artículo 308 de los decretos números 1400 y 2019 de 1970 Código de Procedimiento Civil, mediante prueba pericial, de acuerdo con los documentos relacionados en la parte motiva de la providencia.

8. *Niéguese (sic) la indemnización por concepto de perjuicios morales a Amparo de Jesús López Gallego, Jairo León López Gallego, Iván Darío López Gallego, Orlando de Jesús López Gallego, Beatriz Elena López Gallego, Lucely López Gallego, Ligia Ester López Gallego, Olga López Gallego, Marta Inés López Gallego, Jaime Alberto López Gallego y María del Socorro López Gallego.*

9. *Désele (sic) aplicación a los artículo 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo (...).*

5.1. Las razones en que se fundamenta el a quo obedecen a que (i) frente a los daños ocasionados con armas de fuego se presume la responsabilidad con fundamento en el riesgo que crea quien desarrolla una actividad peligrosa, y (ii) que solo se exoneraría si acredita la existencia de una causa extraña. Así pues, señaló que en el presente caso, el arma con el cual se produjo el daño era de dotación oficial y, en consecuencia, estaba bajo la guarda y custodia de la entidad demandada.

5.2. Consideró que las condiciones en que se encontraban los agentes de policía no exoneran a la entidad demandada, pues no se configuran los elementos de la legítima defensa y tampoco encontró que se hubiere acreditado el hecho exclusivo y determinante de la víctima en la generación del daño.

6. Contra la anterior decisión, la parte accionada interpuso oportunamente **recurso de apelación** (fl. 156 a 163, c.p) con el fin de que se revoque la decisión y, en su lugar, se absuelva a la entidad que esta representa. Lo anterior, con fundamento en que las pruebas recaudadas en el expediente administrativo trasladadas al contencioso se analizaron superficialmente, siendo estas contundentes para absolver a la demandada.

6.1. Señaló que la conducta de la víctima fue la causa eficiente de la producción del daño y, en consecuencia, se configuró la causal de

exoneración de responsabilidad, pues los uniformados actuaron en legítima defensa.

7. Mediante auto del 3 de febrero de 2006, la Sección Tercera del Consejo de Estado corrió traslado a las partes y al Ministerio Público por el término de 10 días para que presentaran **alegatos de conclusión** y concepto por escrito (fl. 205, c.p).

7.1. El Ministerio Público señaló que como la demandada no logró desvirtuar el nexo causal entre el hecho dañino y el daño antijurídico, se debía confirmar el fallo recurrido.

7.2. Las demás partes guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. Presupuestos procesales de la acción

8. Previo a analizar el fondo del presente asunto, resulta pertinente pronunciarse sobre la jurisdicción y competencia de esta Corporación, la procedencia y caducidad de la acción, y la legitimación en la causa.

8.1. Por ser la demandada una entidad estatal, el asunto es de conocimiento de esta jurisdicción (art. 82 C.C.A). Además, el Consejo de Estado es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por la Sala Quinta de decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia el día 13 de septiembre de 2004, en un proceso con vocación de segunda instancia, en los términos del Decreto 597 de 1988, teniendo en consideración que la cuantía de la demanda, determinada por el valor de la

mayor de las pretensiones, que corresponde a la indemnización por perjuicios morales, supera la exigida por la norma para tal efecto¹.

8.2. Considera la Sala que la acción de reparación directa instaurada (art. 86, C.C.A.) es la procedente, toda vez que por esta vía se pretende el resarcimiento patrimonial del daño inferido a la parte actora consistente en la muerte del señor Luis Fernando López Gallego, ocurrida el día 25 de marzo de 2000 entre el municipio de Donmatías y Santa Rosa de Osos – Antioquia- que, en principio, se le imputa a la entidad demandada.

8.3. La legitimación en la causa aparece demostrada en el plenario, por una parte, porque los demandantes son los directamente afectados con la muerte del señor Luis Fernando López Gallego y, por la otra, porque es la Nación Ministerio de Defensa – Policía Nacional la entidad a la cual se le imputa el daño por ellos sufrido.

8.3.1. Adviértase que el señor Jaime Alberto López Gallego no está legitimado en la causa por activa, pues no hizo presentación personal ante notario del poder otorgado al apoderado de los demás demandantes en el presente proceso (fl. 3 a 4, c.1).

8.4. El ordenamiento jurídico consagra la figura de la caducidad como una sanción por el no ejercicio oportuno de las acciones judiciales, para lo cual la ley establece taxativamente unos términos dentro de los cuales el interesado tendrá la carga de promover el litigio a través de demanda. Si el recurso judicial se ejerce por fuera de este lapso temporal, aquel perderá la posibilidad de hacer efectivo el derecho sustancial que intenta deprecar ante la administración de justicia.

8.4.1. En ese orden de ideas, el numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en lo relativo a la acción de reparación directa,

¹ Las pretensiones de la demanda se estimaron por perjuicios materiales en \$28'238.289, valor que supera la cuantía requerida para el año 2000 \$ 26'390.000, año de presentación de la demanda, requisito exigido para que un proceso adelantado en acción de reparación directa, fuera considerado de doble instancia.

instituye un término de dos años para que sea impetrada, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia del daño (hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente), vencido el cual ya no será posible solicitar que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado.

8.4.2. Así las cosas, en el presente caso, la demanda fue presentada el 7 de diciembre de 2000 (fl. 62, c.1) y los hechos datan del día 25 de marzo de 2000, por ende, se concluye que no operó el fenómeno de la caducidad, ya que el demandante pudo haberlo hecho hasta el 26 de marzo de 2002².

B. En lo concerniente a las pruebas

9. En relación con algunos medios de prueba que se relacionarán en el acápite de hechos probados, la Sala los valorará conforme a las siguientes consideraciones. Primero, se referirá a las pruebas documentales aportadas en copia simple; segundo, al traslado de pruebas y; tercero, a las fotografías.

9.1. Validez de los documentos aportados en copia simple. En el curso del proceso contencioso administrativo se allegaron algunos documentos en copia simple: el proceso penal en contra de los uniformados de la policía adelantado por el Juzgado 162 de Instrucción Penal Militar y la sentencia proferida por el Juzgado 148 de Primera Instancia Presidencia Corte Marcial del 24 de noviembre de 2004 (fl. 164 a 175, 187 a 198, c.p). Con relación a estos documentos, la Sala se sujetará al criterio de unificación recientemente establecido por la Sala Plena de la Sección Tercera en cuanto al valor probatorio de las copias simples, según el cual es preciso tener en cuenta que las partes en el curso procesal aceptaron que los documentos fueran tenidos en cuenta y coincidieron en la valoración de los mismos en forma recíproca, pues no fueron tachados ni al momento de

² Ley 446 de 1998, art. 44, numeral 8: “La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa”.

arrimarlos al plenario probatorio ni durante el transcurso del debate procesal; por tanto, dichas copias tienen vocación de ser valoradas a fin de determinar el grado de convicción del juez frente a los hechos materia de litigio, pues de lo contrario se desconocería el principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. En consecuencia, esta Sala procederá a valorarlas para decidir el fondo del asunto.

9.1.1. Lo anterior se fijó en la sentencia del 28 de agosto de 2013 de Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de conformidad con las siguientes consideraciones, que vale la pena destacar:

En otros términos, a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P).

(...)

Entonces, la formalidad o solemnidad vinculantes en el tema y el objeto de la prueba se mantienen incólumes, sin que se pretenda desconocer en esta ocasión su carácter obligatorio en virtud de la respectiva exigencia legal. La unificación consiste, por lo tanto, en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido.

Por consiguiente, la Sala valorará los documentos allegados en copia simple contentivos de las actuaciones penales surtidas en el proceso adelantado contra Rubén Darío Silva Álzate³.

9.1.2. En aras de darle aplicación al criterio de unificación jurisprudencial en lo concerniente a las copias simples, la Sala considera que los sujetos procesales han conocido el contenido de los documentos allegados, lo que permite tenerlos en cuenta para fallar de fondo el *sub lite*.

9.2. Respecto a las conclusiones de la investigación penal adelantada

³ Consejo de Estado, Sección Tercera –en pleno–, sentencia de agosto 28 de 2013, rad. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero.

por el Juzgado 162 de Instrucción Penal Militar en contra de los uniformados. Cabe recordar que el art. 185 del C.P.C., aplicable al procedimiento contencioso administrativo en virtud de lo señalado en el art. 267 del C.C.A, dispone que las pruebas practicadas válidamente en un proceso foráneo podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, *“siempre que en el proceso primitivo se hubieran practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”*.

9.2.1. Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con la jurisprudencia unificada por esta Corporación, las pruebas recaudadas en un proceso distinto pueden ser valoradas dentro del proceso contencioso administrativo, aunque no hayan sido practicadas a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, ni hayan sido objeto de ratificación, si las dos partes solicitan su traslado o el mismo se da con la anuencia de ellas, pues se ha entendido que es contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que las pruebas pertinentes hagan parte del acervo probatorio, pero que en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque formalidades legales para su inadmisión⁴.

9.2.2. De esta manera, toda vez que mediante oficio del 6 de agosto de 2002, el apoderado de la parte demandante arrimó al expediente fotocopias de las diligencias seguidas por la investigación penal del Juzgado 162 de Instrucción Penal Militar por el homicidio de los señores Luis Fernando López Gallego y Carlos Alcides Orrego Lopera (fl. 1, c.2), solicitadas en el libelo de la demanda por el actor (fl. 59, c.1) y en la contestación de la demanda por la Policía Nacional (fl. 71,c.1), la Sala considera que serán susceptibles de valoración sin formalidad adicional alguna.

9.3. Respecto a las fotografías aportadas por la parte demandante en diferentes momentos procesales, la Sala considera que carecen de mérito

⁴ Se remite al siguiente pronunciamiento que permite evidenciar la evolución: Consejo de Estado, sentencia de septiembre 11 de 2013, rad. 20601, Sala Plena de la Sección Tercera, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

probatorio y se abstendrá de valorarlas, dado que sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las que no es posible determinar su origen ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas o documentadas, y menos se tiene certeza de la identidad de las personas y lugares que aparecen en ellas, ya que no fueron reconocidas ni ratificadas dentro del proceso, lo que impide cotejarlas con otros medios de prueba⁵. Cosa diferente ocurre con las fotografías allegadas junto con el dictamen pericial rendido ante el Tribunal de primera instancia, respecto de las cuales existe plena certeza de su autoría y época de elaboración, lo que permite que sean apreciadas en aras de resolver el presente litigio.

C. En lo concerniente a los hechos probados

10. De conformidad con el material probatorio allegado al proceso contencioso administrativo y valorado en su conjunto, se tienen como ciertas las siguientes circunstancias fácticas relevantes:

10.1. El día 25 de marzo de 2000, siendo aproximadamente la 1:40 A.M., se reportó por parte de la comunidad al comando de policía de Donmatías y Santa Rosa de Osos (Antioquia) la novedad sobre un asalto a un bus de transporte público de la empresa “Rápido Ochoa” que había sido perpetrado por varios sujetos, los cuales se movilizaban en un vehículo de color amarillo, marca Renault, razón por la cual las unidades respectivas salieron al lugar en el que se presentó el hurto (*anotación en el registro del comando de policía de Santa Rosa –fl. 12, c.2 y anotación en el registro del comando de policía de Donmatías –fl. 5, c.2*)⁶.

⁵ Al respecto, véanse, entre otras, las siguientes sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado: 5 de diciembre de 2006, rad. 28.459, M.P. Ruth Stella Correa; 28 de julio de 2005, rad. 14998, M.P. María Elena Giraldo; 3 de febrero de 2010, rad. 18034; M.P. Enrique Gil Botero.

⁶ A folio 5 del cuaderno 2 aparece consignado en la minuta del comando de la policía de Donmatías la siguiente información “*fecha de 25 de marzo de 2000, hora 1 y 20 A.M. A la hora y fecha se recibe llamada del estadero “santa rosa” del teléfono 8608066 donde manifiestan que atracaron un bus de rápido Ochoa y que el conductor se encuentra en ese lugar y necesita hablar con la policía inmediatamente, llamó al SI Nieto y el Personal disponible, los cuales se disponen a dirigirse al estadero a atender el caso. Sale SI Nieto, AG Tegura (ilegible) Pt Barrera y Pt Jiménez, salen*”. En el folio 6 obra del cuaderno 2

10.2. El anterior hecho lo confirma la declaración del señor José Aquilino Gómez Machado, conductor del bus objeto del asalto (*testimonio rendido bajo la gravedad de juramento ante el Juzgado 162 de Instrucción Penal Militar el 11 de abril de 2002 –fl. 439 a 440*):

Pregunta: ¿diga al despacho que conocimiento tuvo de los hechos presentados el 25 de marzo de 2000 cuando se dice que encontrándose el bus de Rápido Ochoa que usted conducía en el establecimiento público de Santa Rosa, fue asaltado por unos sujetos que al parecer viajaban en un vehículo taxi?: Contestó: el atraco fue antes de llegar al Estadero “Santa Rosa”, fueron cuatro sujetos, todos tenían armas, uno tenía pistola, otro tenía un changon, otro un revólver y efectivamente a todos nos atracaron, inclusive me iban a tirar para la trocha, entonces a mí se me ocurrió decirles que venía la Policía entonces no me metieron para la trocha, entonces llegamos al estadero y de ahí llamamos a la Policía y entonces ahí llegaron los policías y me preguntaron sobre lo que había pasado, yo les describí los sujetos y ellos (sic) al momento que me salieron en la carretera no tenían carro.

10.3. El testimonio del señor Rolando de Jesús Monsalve Pérez, persona que esa madrugada estaba reemplazando al guardia de seguridad del estadero “Santa Rosa”, lugar en el que asaltaron el bus, precisó lo siguiente (*declaración rendida bajo la gravedad de juramento ante la Unidad Local de Fiscalía de Santa Rosa de Osos –Antioquia por comisión del Juzgado 162 de Instrucción Penal Militar, el día 2 de abril de 2002 –fl. 449 a 450*):

Un conductor me dijo a mí que llamara al comando que lo habían atracado ahí en Hoyo Rico, eso fue por la noche pero no recuerdo la fecha ni la hora, fueron como dos llamadas que hice al comando, yo no estaba en el sitio del atraco yo estaba en el estadero y el conductor del bus me dijo que llamara para avisar a la policía// Lo único que me dijo a mí el conductor fue que eran tres morenos y una muchacha que uno tenía un trabuco y otro un

aparece registrado lo siguiente: “que el SI Nieto Arango Luis Carlos tiene el n.º de placa 15250, n.º arma 6071; AG Tegura Lozada Victor n.º placa 46390, conductor 328; PT Barrera Álvarez Javier, n.º. arma 9928 y n.º placa 89205; Jiménez Tamayo Víctor, n.º de arma 4005 y n.º placa 89328”. En el folio 7 del cuaderno 2 obra prueba que “los anteriores [policías] salieron a la 1 y 135 A.M., a atender caso de atraco a un bus de rápido Ochoa en la vía troncal, salen con armamento 360 con destino a Donmatías, salen con el armamento de dotación”.

revólver, que parecían de turbo y yo les dije a la policía esas características, el conductor no me dijo nada sobre si los sujetos se transportaban en algún vehículo // El conductor me dijo que uno tenía un trabuco y que otro un revólver, los pasajeros decían que las armas parecían de mentiras.

10.4. Los policías que integraban el comando de Santa Rosa de Osos confirman los anteriores hechos de la siguiente manera (*declaraciones rendidas bajo la gravedad de juramento por los agentes Manuel Tequia Lozano y Fabián Jiménez Tamayo ante la Fiscalía delegada ante los jueces penales del Circuito de Santa Rosa de Osos –fl. 159 a 162*):

Era como la una y media de la mañana más o menos yo estaba acostado en el comando y me llamaron que había llamado un señor que estaba atracando el bus de “Rápido Ochoa”. Entonces me levaté y salimos en la patrulla 328 con el subintendente Nieto y el patrullero Barrera y el patrullero Jiménez. Hicimos relación de salida y llegamos al “estadero de Santa Rosa” y entonces el conductor del bus y los pasajeros nos dijeron que los habían atracado, que porque no les colaborábamos y nos dábamos una vuelta a ver si de pronto estaban por ahí todavía. Dijo que habían sido cuatro muchachos que les habían atravesado un vehículo al bus, cuatro muchachos con armas cortas. Bajamos como unos dos kilómetros después del estadero el Encanto. En un sitio estaba un muchacho en una moto y al lado derecho yendo a Medellín, yo me pase al lado derecho y requisamos al muchacho. En el momento que requisábamos al muchacho y dijo que iba para una casa cercana y no llevaba nada, le dijimos que listo, que se fuera (...).

10.5. La patrulla del comando de policía de Donmatías llegó al peaje de “Pandequeso” y observó un vehículo Toyota, color rojo, el cual de manera sorpresiva se detuvo y emprendió su retorno, situación que suscitó por parte de la policía advertencias dirigidas al vehículo en cuestión mediante luces “hawaiana”, sirena y persecución, ya que las personas que se transportaban en este vehículo hicieron caso omiso a las consignas de alto, y se distanciaron de la unidad policial sin que los uniformados se percataran del destino que habían tomado. En el sitio conocido como el alto de la “Quica”, la patrulla de la estación de policía Donmatías se encontró con la patrulla de la estación de policía de Santa Rosa, los cuales le preguntaron a esta última por una camioneta Toyota, color rojo, a lo que contestaron que la habían visto por el callejón que conducía anteriormente a Donmatías. El señor

Alberto López Vásquez, comandante de la estación de Donmatías, ordenó estacionar la patrulla para bloquear la vía y procedió a dirigirse hacia donde se encontraba el vehículo rojo, el cual arrancó precipitadamente, reacción ante la cual la policía hizo uso de la fuerza letal⁷ y abrió fuego en varias ocasiones⁸, consecuencia de ello, perdieron la vida los señores Luis

⁷ A folio visible 19 a 22 del cuaderno 2 se observa que el Comandante del Distrito de Santa Rosa de Osos, Capitán Luis Eduardo Puerta Borrero, dejó el 25 de marzo de 2000 a disposición del Fiscal el siguiente armamento, y hace la siguiente descripción de la situación fáctica: *“sub intendente Luis Carlos Nieto Arango (...) quien portaba sub ametralladora UZIN n.º 06071, un proveedor y 25 cartuchos. Patrullero Barrera Alvarez Javier (...) portaba fusil galil calibre 556 cuatro (04) proveedores y 140 cartuchos para el mismo. Patrullero Jiménez Tamayo (...) portaba carabina M1 Punto 30, 6 proveedores y 400 cartuchos. Agente Tequia Lozano Víctor Manuel (...) no portaba armamento de dotación oficial ni de su propiedad y se desempeñaba como conductor del vehículo en que se desplazaba el personal policial de este municipio (URVAN 328). Siendo las 1:20 horas me llamaron al señor subintendente Nieto Arango Luis Carlos informando que habían atracado un bus, pero que el bus estaba en el estadero Santa Rosa, de inmediato salieron en compañía el AG. Tequia Lozano Víctor (conductor), PT. Barrera Álvarez Javier y PT. Jiménez Tamayo Héctor, al llegar al estadero allí estaba el vehículo hablaron con el conductor y unos pasajeros quienes manifestaron que los atracadores iban en un carro, que les atravesaron el carro, los amenazaron con revólveres y los despojaron de sus pertenencias, que los atracadores se bajaron del bus y cogieron a pie, ellos pensaron que de pronto iban a seguir atracando por lo que el personal de esta unidad salió a efectuar un patrullaje en la vía Santa Rosa Donmatías y más o menos a un (01) kilómetro del estadero el Encanto se encontró una moto se requisó la persona que andaba en la moto, en esos momentos llegó la patrulla de Donmatías preguntando que si habían visto una Toyota roja, le respondieron que no, pero el PT Barrera les manifestó que él había observado que por un callejón se había entrado un vehículo con estas características y la patrulla Donmatías tomó la ruta que el PT le había indicado, el personal policial de Santa Rosa de Osos, se subieron al vehículo para regresar, en ese instante se escuchó una balacera, por lo que procedieron a tirarse al suelo. El Patrullero Barrera Álvarez Javier manifestó haber realizado tres o cuatro disparos sin observar, el lugar a donde apuntaba el fusil, el resto del personal manifestó no haber disparado. En el momento en que llegó la Patrulla 05-328 yo me encontraba en el teléfono recibiendo la llamada del cabo López comandante de la Estación DonMatías donde me informaba la novedad ocurrida, de inmediato procedí a recoger el armamento revisarlo y realizar el conteo de la munición encontrando la novedad de que al fúsil asignado al PT Barrera le faltaban cuatro (04) cartuchos, el vehículo y el personal llegaron sin novedad. Posteriormente al recibir la llamada del señor Fiscal de Donmatías se procedió a embalar el armamento en presencia de la funcionaria del C.T.I. Ángela María Moreno Gómez y a entregarlo en custodia al comandante de guardia dentro de mi oficina”. Esta misma declaración fue repetida en su integralidad el día 25 de marzo de 2000 ante el juzgado 55 de instrucción penal militar (fl. 37 y 38).*

⁸ A folios 268 a 283 del cuaderno 2 obra estudio de balística del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses presentado el 11 de agosto de 2000 por medio del cual se prueba que las balas fueron percutidas por armas de fuego tipo fusil, armamento del que estaba dotado esa noche la policía: *“conclusiones: con base en lo anterior, se conceptúa que el proyectil, fue disparado por el arma de fuego tipo carabina, marca US carabine, calibre 30, número 64340005, descrita como arma 2. El proyectil 2 fue disparado por un arma de fuego tipo revólver, con ánima de seis (6) estrías con sentido de rotación hacia la derecha, funcionamiento por repetición, calibre 38 especial, entre las que se encuentran las marcas: Llama, entre otras// El pistón de potencia, pertenece a un cartucho de carga múltiple de los comúnmente disparados por armas de fuego tipo escopeta, de ánima lisa, calibre 12. // Con base en lo anterior y las características generales se conceptúa que las*

Fernando López Gallego y Carlos Alcides Orrego Lopera, y fueron lesionados los señores Jairo León López Gallego⁹ y Argirio Gómez Uribe¹⁰. En el informe de procedimiento policial se constata lo siguiente (*informe suscrito el 25 de marzo de 2000 por el cabo primero Alberto López Vásquez, comandante de la estación de policía Donmatías –fl. 94 a 95, c.2*):

Respetuosamente me permito informar al señor Fiscal que el día de hoy a eso de las 1 y 40 horas fui informado por el señor PT. Arias Castrillón Yovanni que de Santa Rosa de Osos (Comando del Distrito) habían ordenado salir a la vía para tratar de localizar un vehículo donde se desplazaban varios que acababa de atracar el bus Rápido Ochoa en jurisdicción del municipio de Santa Rosa

vainillas incriminadas, calibre 225 o 5.56 mm son de las comúnmente percutidas por armas de fuego tipo fusil, de igual calibre” (se subraya).

A folio 31 del cuaderno 2 obra remisión del oficio n.º 263 COMAN ESDON dirigido el 25 de marzo de 2000 por el comandante de la estación de Donmatías, cabo primero Alberto López Vásquez al Juez 55 Penal Militar en la que certifica lo siguiente: “*Los policías de la Estación de Policía Donmatías que estuvieron en el procedimiento llevado a cabo a las 2:00 horas de la madrugada del día de hoy sábado 25 de marzo de 2000. CP. Alberto López Vásquez (...) posee de dotación oficial el fusil galil n.º 8-1952077 calibre 7.62 y un revólver marca SMIT AND WESSON calibre 38 largo n.º AEB-6904/28178. PT. Cortés Cardona Julio Cesar (...) posee de dotación una escopeta MOSBERG calibre 12 n.º P-318374 modelo 590. Quien manifestó haber realizado un disparo con la mencionada arma; PT. Quintana Jorge Mario [...] quien posee dotación el fusil Galil n.º 8-1912316 calibre 7.62 quien manifestó no haber realizado ningún disparo; PT. Seguro Machado William (...) quien posee de dotación la subametralladora UI calibre 9mm n.º IMI-108157 quien manifestó haber hecho dos disparos al aire*”.

⁹ Obra a folio 229 del cuaderno 2 certificación de las lesiones sufridas por el señor Jairo León López enviadas al Fiscal 75 el 10 de abril de 2000 : “*El día 25 de marzo de 2000, siendo las 10:40 horas, se le realizó el primer reconocimiento médico legal al señor Jairo León López Gallego, identificado con la cédula....quien relata haber sido agredido con arma de fuego, no relata haber recibido maltrato físico, relata haber recibido impacto de bala a nivel de pie derecho, posterior a esto dolor e impotencia funcional. Al examen físico: paciente orientado en las 3 esferas, afebril, hidratado, sin síndrome de dificultad respiratoria (...)*”.

¹⁰ Obra a folio 228 del cuaderno 2 certificación de las lesiones sufridas por el señor Argirio de Jesús Gómez Uribe enviadas al Fiscal 75 el 10 de abril de 2000 : “*El 25 de marzo de 2000, se le practicó el primer reconocimiento médico legal al señor Argirio de Jesús Gómez Uribe, identificado con la cédula (...) paciente quien relata que el día de hoy en la madrugada, siendo aproximadamente la 1 hora sufre agresión con arma de fuego presentado lesiones a nivel de cadera (región glútea derecho) y a nivel de cabeza en región occipital herida. Relata presentar dolor sin otra alteración y sin otro síntoma asociado. EF: Orientado en las tres esferas aberbil, hidratado, PA: 120/80, FC: 84/Min. Cabeza presenta a nivel de región occipital nuchal orificio de 0.5 x 0.5, centímetros. Edema, no palpo proyectil, además a nivel temporal izquierdo presenta orificio de 0.2 c0.2 centímetros. Edema a su alrededor, sin lograr palpar artefacto. Boba: sin fracturas dentro alveolares. Cuello: movimiento conservados. Corazón: ruidos cardíacos rítmicos sin soplos. Pulmones: murmullo vesicular normal sin ruidos sobre agregados. Abdomen. Normal. Región glútea derecha presenta múltiples orificios de entrada de un tamaño aproximado de 0.4 mm número 4 de 0.2 mm número 10 y menores de 0.2 mm número 6. Extremidades sin lesiones articulares*”.

de osos y que mencionado vehículo se desplazaba con Dirección al Municipio de Donmatías, para lo cual ordene se despertara y alistar el personal disponible PT. Cortés Cardona Julio Cesar, PT. Quintana Jorge Mario, AG. Gomez Ríos Duvan y PT. Seguro Machado William, mientras estos se organizaban procedí a prender el carro para calentarlo y conducir personalmente, nos desplazamos para el sitio el peaje el Pandequeso, al llegar a este indagamos a una peajera morena de cabello indio que se encontraba en la primera caseta en el sentido Donmatías Medellín sobre si por allí había pasado un vehículo sospechoso con varios sujetos, para lo que nos informó que no indagamos de igual forma si habían pasado buses de Rápido Ochoa y esta nos dijo que hacía rato habían pasado buses de rápido Ochoa, al darles las gracias e intentar reversar esta nos pidió el favor de que pasáramos el peaje y volviéramos a bajar por la otra taquilla o vía porque ella ya había marcado el número del control, para lo cual accedimos pasando el peaje y al voltear para regresar se observó un Toyota color rojo, que frenó en seco al notar nuestra presencia el cual venia en sentido Donmatías Medellín, devolviéndose a 50 metros antes de llegar al peaje a alta velocidad y hasta hacer chirriar las llantas para lo cual pasamos nuevamente el peaje de regreso y a tratar de alcanzar el vehículo sospechoso. Estando cerca del vehículo se le puso la hawaiana o licuadora de luces de patrulla para que este se detuviera, haciendo caso omiso por lo que le coloque la sirena, la cual tienen un alto sonido aligerando más el paso a dicho vehículo, en vista de que el Toyota rojo andaba a exagerada velocidad se optó por aminorar la velocidad, al llegar al sitio alto de la "Kica", encontramos la patrulla de Santa Rosa n.º 05-328, Nissan Urban en el carril derecho de la vía por donde nosotros bajamos y los policías estaban sobre la calzada, se encontraba el conductor de apellido Tequia Lozano Victor, el subintendente Nieto Arango Luis Carlos quien portaba una Mini UZI 9 mm PT. Barrera Alvarez Javier quien portaba un fusil calibre 5.56 y el PT Jiménez Tamayo Héctor quien portaba una Carabina M-1 y se les indagó por un Toyota rojo y nos informaron que se habían metido por una carretera destapada la antigua entrada a Donmatías, para lo cual nos metimos y al avanzar unos ochenta metros aproximadamente, había como una fiesta puesto que había mucha gente, observamos adelante el vehículo Toyota que venía reversando en dirección nuestra, para lo cual pare la patrulla en toda la mitad de la vía para obstaculizarle el paso, me baje del vehículo sin el armamento, le hice la señal de alto pero el carro se fue metiendo por el lado izquierdo de la barranca pasando por encima de unos escombros y tierra que hay amontonada al ver yo que ese carro se metió por ahí y se me venía encima. Me dio miedo que este me destripara con la patrulla, el carro iba muy rápido entonces corrí hacia delante de la patrulla para esquivarlo cuando pasó este vehículo escuche detonaciones o disparos por lo que me asusté y comencé a gritar que no dispararan yo me preocupaba por la gente que había en el lugar, porque habían muchas personas, y el Toyota al punto de salir a la troncal y al momento cuando reaccione vi que la gente corría hacia allá, se llevaron los cuatro heridos al hospital.

10.6. Los policías integrantes del comando de Donmatías que participaron en el procedimiento de policía tenían el siguiente armamento: (i) cabo Primero Alberto López Vásquez CC. n.º 71'183.464 de Puerto Berrio-Antioquia, portaba arma de fuego Fusil Galil n.º 8-1952077 calibre 7.62 y revólver Smith Wesson 38 largo n.º AEB 690-4/28178; (ii) agente Duban Gómez Ríos, C.C. n.º 10'256.572 de Manizales, no portaba arma; (iii) patrullero Jorge Mario Quintana C.C. 71'536.196 de Carolina-Antioquia portaba arma de fuego Fusil Galil calibre 7.62 n.º 8-1912316; (iv) patrullero Julio César Cortés Cardona C.C. n.º 15'532.969 de Andes-Antioquia, portaba arma de fuego Escopeta Mosserg calibre 12 n.º P-318374; (v) patrullero William Seguro Machado C.C. n.º 15'487.965 de Urrao-Antioquia, portaba arma de fuego subametralladora UZI calibre 9mm n.º IMI-108157.

10.7. Los integrantes del comando de policía de Santa Rosa de Osos portaban el siguiente armamento de dotación oficial: (i) subintendente Luis Carlos Nieto Arango C.C. n. 16'596.778 de Cali, arma de fuego mini UZI calibre 9mm n.º 06071; (ii) patrullero Héctor Fabián Jiménez Tamayo, C.C. n.º 70'434.790 de Cañas Gordas-Antioquia, arma de fuego carabina 1M.30 n.º 6434005; (iv) patrullero Javier Barrera Álvarez, C.C. n.º 71'217.837 de Bello-Antioquia, arma de fuego Fusil Galil calibre 5.56 n. 2108051 (*informe 182 rendido por el Cuerpo Técnico de Investigación –CTI de la Fiscalía General de la Nación el 30 de marzo de 2000, fl. 128, c.2).*

10.8. El señor Argirio Gómez Uribe, persona que acompañaba el día de los hechos a la víctima y se encontraba al interior del vehículo Land Cruiser – color rojo, en su declaración rendida bajo la gravedad de juramento el 25 de marzo de 2000 ante el juzgado 55 de Instrucción Penal Militar (fl. 32 a 33, c.2), precisó:

Pregunta: ¿Sírvasse hacer al despacho una narración de los hechos ocurridos en la madrugada de este día, donde perdieron la vida dos sujetos de los que viajaban en el vehículo Toyota, en el alto de la Quica, jurisdicción de Donmatías? Contestó: Tipo siete u ocho de la noche salimos del estadero Norizal, abajito del alto de la Quica los que perdieron la vida, a los cuales distingo como peligro y Carlos, así como a quien le digo El Mono que resultó también herido, al llegar a la variante de Donmatías ahí

tanqueamos el carro como a las diez de la noche y nos tomamos unos fresquitos y nos regresamos hacia el sitio del alto de La Quica y luego nos bajamos un poquito y seguimos hacia Norizal y saliendo en toda la partida que va hacia Santa Rosa salieron los policías y encendieron el carro a tiros, y llegaron como individuos a tratarnos mal a mí me dieron patadas en las nalgas, entonces ya nos desplazamos hacia el hospital y eso es todo. Pregunta: ¿Diga al despacho a qué horas fue que se presentó el incidente y de dónde provenían cuando se presentó el incidente con la Policía? Contestó: veníamos de una casa donde se realizaba un baile o una fiestecita y no entramos porque íbamos para los trabajos, ya que teníamos que madrugar, eran tipo doce de la noche. Pregunta: ¿Diga quién es la dueña de la propiedad donde se hacía el baile y si a ustedes los habían invitado, o a cuál de todos? (...) Pregunta: ¿expresé si ustedes tenían que regresar a sus labores cotidianas, por qué motivo entonces fueron hasta la casa donde se realizaba el baile, a sabiendas que no podían ingresar? Contestó: solamente nos cuadramos ahí, íbamos a entrar pero teníamos que madrugar al otro día a hacer labores de trabajo. Pregunta: ¿Sírvese expresar a qué actividades se dedicaron entre las siete de la noche y las doce, ya que usted expresa que esas fueron las horas aproximadas en que estuvo en compañía de los señores que abordaban el vehículo Toyota? Contestó: estuvimos un rato hablando en la Estación de gasolina con un señor que le dicen el Barbado, esa estación está ubicada en la salida al pie de Colanta y después fuimos a tomarnos un fresco en el negocio de la esquina, es el único negocio que queda por ahí.

10.9. El otro acompañante del vehículo que resultó lesionado por los proyectiles de arma de fuego, Fernando López Gallego, hermano de la víctima, en declaración rendida bajo la gravedad de juramento ante el juzgado penal de Donmatias el día 25 de marzo de 2000 (fl. 92 a 93, c.2), confirmó lo sostenido por el anterior testimonio en lo concerniente al lugar de donde venían, así:

Estábamos en el [estadero] Norizal, nos tomamos unos traguitos ahí, de ahí cerraron el estadero, nos vinimos para la variante a tomarnos otros aguardienticos, de ahí nos fuimos para la casa de nosotros que había una fiestecita, yo estaba medio dormido atrás, pues, recostado pero me daba cuenta, yo vi decir al chofer que estaba muy solo que nos fuéramos a dormir cuando la balacera: dije nos mataron y yo me agaché, yo estaba acostado y así me quedé quietecito como muerto, quedé como aturdido y me bajaron ni me di cuenta quien fue que me bajó, vine a volver ya aquí en el hospital, del estruendo de la balacera. Pregunta. ¿Manifieste bajo juramento de dónde venían ustedes? Contestó: en ese momento salimos que no entramos ni nada (sic), de la casa de Nevardo Orrego Calle no sé su teléfono la casa queda en el alto de quica. No entramos por poquita gente y por muy tarde, el conductor dijo que estaba muy solo y que nos fuéramos a dormir (...) Pregunta:

¿Dónde empezaron su recorrido y desde qué hora, qué cantidad de licor consumían y si dentro del carro tomaban?. Contestó: Salimos de la casa ocho de la noche, y nos quedamos en el estadero Norizal, cosa de las nueve y media de la noche, de ahí nos vinimos para la variante de Donmatías nos tomamos unos aguardienticos en el último negocio a mano izquierda yendo para Medellín, hasta la una de la mañana pasada que nos dirigimos hacia la casa de Nevardo que nos habían invitado, y no entramos por el motivo de que el conductor dijo que había muy poquita gente y reversó y nos vinimos a dormir, ahí estaba Nevardo, Dolly y los vecinos de las mismas casitas. Y ahí casi pegadito fueron los disparos (...).

10.10. Los señores que se transportaban en el vehículo de color rojo, Luis Fernando López Gallego, Carlos Alcides Orrego Lopera, Jairo León López Gallego y Argirio Gómez Uribe no dispararon en contra de la humanidad de los uniformados al momento que estos hicieron uso de la fuerza letal. Así se desprende de la declaración que rindió bajo la gravedad de juramento ante la Fiscalía Delegada, el comandante de la estación Donmatías que coordinó el procedimiento de policía, cabo Alberto López Vásquez (declaración rendida el día 27 de marzo de 2000 –fl. 104 a 109, c.2):

Pregunta: ¿Sírvase informar al Despacho cuántos disparos o detonaciones escuchó usted, si alcanzó a ver qué persona o personas lo hacían? Contestó: No le puedo decir sinceramente, yo escuché fue tiroteo, no pude ver quiénes habían disparado, mi reacción fue gritar y gritar, no disparen, no disparen, temía por la gente que había ahí, fue una reacción ahí, como muy colapsada como nerviosa. Pregunta: ¿Informe al Despacho qué personal bajo su mando sabe usted disparó y contra qué o qué personas u objetos? Contestó: Haber en el momento de los hechos no pude, no vi quiénes dispararon, ya después en la verificación de las armas Seguro [Machado William] dijo que había[n] disparado, lo mismo Cortés (...). Pregunta: ¿Informe al Despacho si por parte de los ocupantes del vehículo Toyota rojo, se produjeron disparos, en caso afirmativo de qué parte del vehículo salieron y si sabe quién los hacía? Contestó: Como le había dicho anteriormente cuando yo brinqué y el carro pasó eso fue como simultáneo que empecé a escuchar detonaciones, disparos y no detecté de qué parte venían los disparos. Pregunta: ¿Informe al Despacho si usted sabe qué personas o personas fueron las primeras en comenzar a disparar? Contestó: No Doctor. Como le digo no vi quienes habían disparado, de dónde venían y si dijera yo algo pues, estaría mintiendo. Por que como le digo en el tiroteo yo me resguardé adelante del carro y comencé a gritar que no dispararan, sucediendo las cosas así cuestión de segundos. (...) Pregunta: ¿Sabe algún tipo de personal uniformado tanto de Santa-Rosa como de Don Matías, resultó herido de estos hechos? Contestó: No, nadie resultó herido de la policía PREGUNTADO:

Después del hecho, una vez se dieron a la tarea de recoger heridos, se percató de que ellos vinieran embriagados o tuvieran aliento alcohólico (...).

10.11. El señor Nevardo Orrego Calle, presente en el momento de los hechos y organizador de la reunión que se llevaba a cabo en su casa, en declaración rendida bajo la gravedad de juramento ante el Juzgado 55 de Instrucción Penal Militar precisó que al momento de la revisión del vehículo no se encontraron armas en posesión de los lesionados (fl. 37, c.2):

Obra en diligencias que para la madrugada del día de hoy, fueron dados de baja los sujetos Carlos Orrego Lopera y Luis Fernando López Gallego en el Alto de La Quica, por un personal de la Policía Nacional. ¿Sírvase hacer al despacho un relato de los hechos que tenga conocimiento? Contestó: yo me encontraba sentado en una silla en la sala de la casa donde se realiza un baile, a través de la puerta que estaba abierta vi que llegó un carro y yo salí a ver qué carro era, ya que uno está pendiente por aquí cuando vi que era una Toyota roja, pero en ese momento no sabía de quién era, reverso en tres tiempos y luego en ese momento llegó la patrulla de la policía y se bajaron todos los ocupantes: al salir a la puerta la patrulla me tapó la visibilidad de la Toyota en ese momento escuché voces pero no sé exactamente qué dijeron los policías e inmediatamente escuche los disparos, la Toyota continuó, en ningún momento paró y se orilló al barranco y la Policía detrás cuando vi que los de la Toyota era gente conocida les grité a la Policía cuando ya habían disparado que era gente conocida. Seguí detrás de la camioneta porque la Policía la patrulla parqueada frente a la casa del baile en dirección a Domatías y ellos continuaron a pie (sic) y yo detrás diciéndoles que era gente conocida, alguien de los uniformados dijo: “como así que gente conocida y esta gente porque no se detuvo”, colocándose la mano en la cabeza. (...) Pregunta: ¿sírvase expresar si observó que el vehículo rojo accionara algún arma hacía el personal policial? Contestó: No me di cuenta porque la patrulla que quedó frente a la casa donde yo estaba me tapaba visibilidad (...) Pregunta: ¿sírvase expresar cuál vehículo llegó primero a este sitio de los hechos, si la Toyota o el vehículo policial? Contesto: el carro rojo llegó primero, lo reversaron y en ese momento fue cuando llegó la patrulla con las luces de encima prendidas. Pregunta ¿diga si estas personas habían sido invitadas a la fiesta que ustedes departían? Contestó: yo estuve hablando con uno de ellos en Domatías y le dije que una sobrina mía iba a hacer una fiesta pero no lo invité, tal vez se aparecieron por el aviso que les di. Pregunta ¿sírvase decir si usted le conoció algún arma con anterioridad al señor Fernando o alguno de los otros que viajaban en el Toyota, en caso positivo sírvase a decir qué clase? Contestó: esa gente ha sido muy pacífica, si la tenían nunca me la llegaron a mostrar o comentar (...) Pregunta: ¿manifieste si usted conocía el vehículo Toyota de placas LGG 438, se aclara, al propietario de éste y si tenía algún arma de fuego? Contestó: Se

quién es el dueño del carro, Orlando López Gallego, pero nunca le conocí armas. Pregunta: ¿manifieste cuántos agentes observó usted al momento de producirse los disparos, si estaban uniformados, y qué tipo de armamento tenían éstos? Contestó: todos estaban uniformados pero no sé cuántos ni tampoco de su descripción, después de los disparos si vi que uno tenía un changón y los otros fusiles, armas normales con culatín retráctil. Pregunta: ¿expresé si usted en el lugar de los hechos observó algún arma de alguno de estos particulares? Contestó: de ellos no observé absolutamente nada. Pregunta: ¿expresé cómo era la visibilidad en el momento de la ocurrencia de los hechos? Contestó: con muy buena luz, ya que hay cuatro lámparas incluyendo otra que está donde quedó la Toyota, por eso había buena visibilidad (...) Quiero agregar que en el momento de la ocurrencia de los hechos me encontraba en estado normal ya que no pude beber por problemas del riñón. No siendo otro el objeto de la misma, se da por terminada y una vez leía y aprobada se firma en constancia como aparece (se subraya).

10.12. La muerte de Luis Fernando López Gallego ocurrió el día 25 de marzo de 2000 como consecuencia directa del shock hipovolémico, por las heridas ocasionadas con arma de fuego de dotación oficial, heridas de naturaleza mortal (*protocolo de necropsia practicada el 25 de marzo de 2000 –fl. 225, c.2; y registro de defunción suscrito por la Notaría Única del Circulo de Donmatias –Antioquia –fl. 303, c.2*)¹¹.

10.13. En la minuta de registro del comando de la policía de Santa Rosa se registró la siguiente información respecto a las municiones de las armas de dotación oficial (fl. 9, c.2):

¹¹ A folio 225 del cuaderno 2 obra el protocolo de necropsia de quien en vida respondía al nombre de Luis Fernando López Gallego: “Necropsia: 005 folio 225; Nombre: Luis Fernando López Gallego; Fecha y hora de la muerte: 25 de marzo de 2000; Fecha y hora de la necropsia: 25 de marzo de 2000; Circunstancias de la muerte: por arma de fuego. Diagnóstico Macroscópico El occiso presenta 2 heridas ocasionadas por arma de fuego, distribuidas de la siguiente manera: de aproximadamente 0.5 x 0.5 centímetros, y el otro por 1X05 centímetros, este último a nivel de costilla torácica número 10 los cuales presenta bandeleta contusiva localizados en relación con el borde inferior y lateral interno de la escapula derecho respectivamente; solo penetra la cavidad torácica orificio el segundo descrito solo lesiona piel y tejido celular subcutáneo, haciendo lesión tangencial de estos. También presente a nivel supra escapular derecha a nivel de costilla torácica un orificio de 0.5 por 0.5 cm, el cual no penetra, solo lesiona piel y tejido celular subcutáneo. No aprecio orificio de salida del orificio descrito a nivel del borde inferior de la escapula derecha. Conclusión: por los anteriores hallazgos conceptúo que el deceso de quien en vida correspondía al nombre de Luis Fernando López Gallego, fue consecuencia de shock hipovolémico, desencadenado por la herida ocasionada por arma de fuego, herida de naturaleza mortal, se conceptúa una supervivencia de 28,5 correspondiente a una vida real de 43 años, suscrito por Jorge Luis Duque Vásquez, Médico General H.F.E.B. Donmatías, R.M 5-2124/97”.

Se registra que a las 3:05 AM el señor comandante del distrito pasa a revisar el armamento y munición del SI Nieto, PT Jiménez y PT Barrera, encontrando que al PT Barrera le faltan cuatro cartuchos, los otros policías tienen su dotación. Se entrega armamento a Ángela María Moreno Gómez funcionaria del CTI de la Fiscalía de Santa Rosa (...)

10.14. En la minuta de registro del comando de la policía de Donmatías se registró la siguiente información respecto a las municiones de las armas de dotación oficial (fl. 12, c.2):

A las 2 y 45 dice que a esta hora regresa la Nissan 024 (incompleto) con el sr CP López y PT Cortés con la novedad de que una patrulla de Santa Rosa le hace orden de parar a un vehículo Rojo y la Nissan 020 también hace la orden de detenerse y estos hacen caso omiso al pare. Al CP López y PT Cortés les revisó el armamento y no presentan ningún tipo de mostrar haber sido disparado. Según CP. López manifiesta que la patrulla de Santa Rosa realizó varios disparos a la altura del alto de la “Quica” de este municipio al parecer hay varios heridos.

10.15. El policía del comando de Santa Rosa que disparó cuatro proyectiles entregó la siguiente declaración rendida bajo la gravedad de juramento ante la Fiscalía Delegada ante los Jueces del Circuito de Santa Rosa de Osos el 25 de marzo de 2000 (fl.154 a 158, c.2):

(...) En ese momento llegó la patrulla de Donmatías y lo único que ellos preguntaron fue que si habíamos visto una Toyota, el comandante de la patrulla preguntó. No dijo color ni nada, todos dijeron que no la habían visto, excepto yo que había observado un carro con esas características, yo la vi (...) estacionado en un callejón donde estaba muy oscuro y había neblina. El que me preguntó que si la habíamos visto que yo le dije que sí y donde estaba, procedió a seguir por el sitio. Estábamos a unos doscientos metros del callejón más o menos. El conducto de la patrulla de nosotros, la 0328, dio la vuelta para devolvernos a Santa Rosa, en ese momento se escuchó una balacera impresionante, eso era fusil y sonaba también como escopeta. Eso sonaba como si fuera una emboscada a la patrulla de Donmatías. Nosotros nos encontramos en la patrulla de nosotros e inmediatamente escuchamos los disparos corrimos cada uno por su lado y nos atrincheramos, yo me hice entre la troncal y el callejón arriba por la carretera troncal, por la principal y se escuchaban disparos y disparos, seguidos, seguidos, aproximadamente unos veinte o veinticinco segundos, se

escuchaba como se fueran varias armas de diferentes calibres disparadas a la vez. Al susto mío porque era primera vez que me sucedía esto estaba pasando en mis compañeros de la patrulla de Donmatías y alce mi fusil y dispare dos o tres veces. Se acercaba un vehículo, no se veían sino las luces, yo alce la cabeza y se veía venir un vehículo abajo por el callejón (...) yo reduje silueta, me agache y levanté mi fusil por encima de mi cabeza y dispare como hacia la vía del callejón pero no apunte directamente a nada (...) cuando los sujetos del carro se bajaron no les vi las armas ni heridas, solo que bajaron con las manos en la cabeza, como había tanta neblina. Ya me quedé en la patrulla y después el cabo López asomó ahí y miró unos heridos

10.16. La Fiscalía General de la Nación consideró que el proceso penal suscitado por estos hechos, debía ser avocado por factor de competencia por la Justicia Penal Militar (*oficio del 11 de abril de 2000, suscrito por el Fiscal Delegado, Santiago Vélez Vélez -181 a 182, C.2*):

[E]l personal de la policía nacional procedió en ejercicio de sus funciones o al menos en razón de ellas, por lo que la competencia para conocer de esta actuación radica en los Jueces de Instrucción Penal Militar, por lo que el expediente se enviará al señor comandante del departamento de Policía Antioquia, en su calidad de Juez de Primera Instancia.

10.17. Por su parte, el 24 de noviembre de 2004, el Juez 148 de Primera Instancia - Presidencia Corte Marcial, Mayor Javier González Gutiérrez, absolvió a los patrulleros Javier Barrera Álvarez, Julio Cesar Cortés Cardona, William de Jesús Seguro Machado, Héctor Fabián Jiménez Tamayo y Agente Duvan Amido Gómez Ríos de los delitos de homicidio y lesiones personales por haber actuado bajo una causal de justificación de legítima defensa. Las consideraciones de la providencia penal son las siguientes (*copia de la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2004 –fl. 187 a 198*):

De las abundantes probanzas recaudadas, efectivamente se pudo establecer el elemento “Tipicidad” que ninguno de los sujetos procesales pone en duda, por lo que se tiene que efectivamente para las primeras horas de la madrugada del 250300, ocurrió un motivo de policía y que origina la acción de la Fuerza Pública, quienes en actos propios del servicio y con ocasión del mismo, en vehículo oficial y portando armamento oficial a excepción del Agente Gómez Ríos quien utilizó revolver de su propiedad,

hicieron uso de las armas oficiales, por lo que el resto de homicidio es el tipificado y sancionado en el artículo 103 del Código Penal Ordinario y el delito de Lesiones Personales, codificado en los artículos 266 y 269 del Decreto Ley 2550 de 1989, estatuto penal vigente para la fecha de los hechos y que por favorabilidad debe aplicarse en el sub judice. El bien jurídico como antes se dijo, es la vida e integridad personal, derechos que el Estado debe proteger a través de la Fuerza Pública (Policía Nacional) por mandato constitucional y legal. // Si bien no se pudo establecer dentro de la investigación si quienes resultaron muertos y heridos, por la acción de la Fuerza Pública, fueron los mismos que asaltaron el bus intermunicipal de Rápido Ochoa, porque no existe criterio unificado del vehículo en que se movilizaban, cuando el conductor del bus dice que no observó ningún carro y otros afirman que se trataba de un taxi, y algunos afirman que simplemente era un vehículo sin dar más características. Lo que sí puede inferir las probanzas, es que el mismo vehículo que frenó antes del peaje y eludió la acción policial, luego ante la información suministrada por la patrulla de Santa Rosa de Osos de la presencia del mismo vehículo, por el que indagada la unidad policial de Donmatías en la trocha; nos llevan a concluir que se trataba del mismo automotor, que una vez más pretendió eludir de nuevo la acción policial. (...) Referente al elemento de la participación de los sindicatos en el hecho punible, cabe destacar que no existe duda en cuanto a la misma, toda vez que los implicados reconocieron haber disparado en el lugar de los sucesos, por consiguiente la coautoría planteada en la resolución de acusación, se mantiene incólume que además de que es indiscutible para los sujetos procesales. (...) De lo anterior no es forzoso concluir que los policiales llamados a juicio están amparados bajo la causal de justificación prevista en el estatuto castrense (...) Por ende, y no existiendo responsabilidad por parte de los vinculados, puesto que falta uno de los elementos configurantes del hecho punible, la antijuricidad, no se dan los requisitos fácticos ni jurídicos, para dictar sentencia condenatoria. (...) Así las cosas, de parcial acuerdo con lo planteado por los defensores de los sindicatos, se deprecará a favor de los implicados (...) la causal de justificación “legítima defensa” y “legítima defensa de terceros”.

C. Problema Jurídico

11. Compete a la Sala establecer si el daño ocasionado a las víctimas por la muerte del señor Luis Fernando López Gallego le resulta imputable a la entidad demanda, o por el contrario, si se encuentran configurados los elementos necesarios para que opere una causal eximente de responsabilidad consistente en el hecho exclusivo y determinante de la víctima, la cual es deprecada por el recurrente.

D. Análisis de la sala

12. El primer elemento de la responsabilidad que debe ser analizado por la Sala, es **el daño** alegado por los demandantes, cuyo resarcimiento se solicita en la demanda, y el cual exige para ser resarcido, desde el punto de vista de la responsabilidad subjetiva, (i) una conducta que constituya una infracción a la norma que tutela un derecho o un interés legítimo¹² y (ii) los efectos dañosos antijurídicos que se concretan y transmiten en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial de la víctima¹³ que no tiene la obligación de soportarlo, por no existir causas jurídicas que así lo justifiquen¹⁴.

12.1. Para que un daño sea indemnizable, es indispensable verificar *ex ante* la configuración de los elementos que lo estructuran, es decir, que sea cierto¹⁵, actual¹⁶, real¹⁷, determinado o determinable¹⁸ y protegido

¹² Cfr. DE CUPIS, Adriano, *El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*, traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1970, p. 92. Hineirosa sostiene que “*El daño es, por cierto, un fenómeno inherente al ser humano, a partir de la lesión a su integridad psico-física, siguiendo con el menoscabo de su patrimonio, hasta llegar a otras manifestaciones más sutiles, más refinadas o complejas de la lesión a derechos o a intereses suyos*”. HINESTROSA, Fernando. “Prologo”, en Juan Carlos Henao, *El daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 13.

¹³ Cfr. GIL BOTERO, Enrique y RINCÓN, Jorge Iván, *Los presupuestos de la responsabilidad ambiental en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 11. Al respecto, Cortés define el daño como las “*consecuencias perjudiciales que se derivan de la lesión de un interés*”. CORTES, Edgar, *Responsabilidad civil y daños a la persona*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 49.

¹⁴ Cfr. MARTÍN REBOLLO, Luis, “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al profesor Luis Farias Mata)*, Rafael Badell (coord.), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, pp. 278 y 279.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de abril de 2010, rad. 18878, reiterada por la sentencia del 1º de febrero de 2012, rad. 20505, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de marzo de 2012, rad. 20497, M.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz; sentencia del 12 de febrero de 2014, rad. 28857, M.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2001, rad. 12555, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2010, rad. 18425, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 19 de mayo de 2005, rad. 2001-01541 AG, CP. María Elena Giraldo Gomez.

jurídicamente¹⁹. En síntesis, estos elementos parten de la premisa según la cual, la antijuridicidad del daño no se concreta solo con la verificación de la afectación o vulneración de un derecho o de un interés legítimo, sino con los efectos antijurídicos desatados por la lesión que inciden en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial.

12.2. Es necesario aclarar, que no surge una obligación de reparación de un daño imputable al Estado, cuando hay inexistencia del derecho o interés legítimo, pues esta ausencia impide que surja el daño; en otras palabras, si bien el daño es el presupuesto de la declaratoria y del juicio de responsabilidad civil, el derecho o el interés legítimo es el presupuesto de existencia del daño, ya que la configuración de este depende de la lesión a una posición jurídica tutelada *ex ante* por el ordenamiento jurídico. En suma, el daño es al juicio de responsabilidad lo que el derecho subjetivo o interés legítimo es al daño²⁰.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de junio 2005, rad. 1999-02382 AG, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

²⁰ A este tenor son ilustrativos los aportes del expresidente de la Corte Constitucional Juan Carlos Henao, cuando en su tesis doctoral titulada *“Le dommage. Analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l’Etat en droit colombien et en droit français”* sostiene que el concepto de derecho subjetivo es un requisito para la existencia del daño. En sus palabras: *“La existencia del daño es el primer paso del curso de la responsabilidad civil y, en su contexto, la noción de derecho subjetivo, que contiene el de obligación, asegura la viabilidad de la indemnización de daño. El concepto de derecho subjetivo se convierte en un requisito para la definición de daño. La ausencia de derecho subjetivo (...) impide la configuración de la responsabilidad civil: el hecho de no poder exigir el restablecimiento del derecho de la persona que ha sido lesionada supone, en efecto, la inexistencia del derecho (...). Es decir, si la lesión del derecho es imputable a una persona diferente de la víctima y si esta tiene la obligación de reparar, la ausencia de obligación de indemnizar solamente se justifica por la ausencia de derecho subjetivo que evita que la noción de daño aparezca”*. HENAO, Juan Carlos, *Le dommage. Analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l’Etat en droit colombien et en droit français*, Université Panthéon - Assas (Paris II), 2007, p. 117: *“Nous voulons tout simplement retenir que l’existence du dommage marque la première étape du parcours de la responsabilité civile et que dans son contexte la notion de droit subjectif, amenant celle d’obligation, garantit la viabilité de l’indemnisation du dommage. La notion de droit subjectif devient ainsi une exigence pour la définition du dommage. L’absence de droit subjectif, par le fait de ne pas permettre la consolidation du droit et en conséquence son dédommagement, va aussi empêcher la présence de la responsabilité civile : le fait de ne pas pouvoir exiger le rétablissement du droit de la personne qui l’a lésé suppose, en effet, l’inexistence du droit. Le droit doit forcément devenir un droit subjectif, et tout dépendra, alors, de sa vocation indemnisable, sachant que les autres conditions de la responsabilité sont réunies. Autrement dit, si la lésion du droit est imputable à une personne différente de la victime et si celle-ci a le devoir de réparer, l’absence de l’obligation indemnitaire sera justifiée seulement par l’absence de droit subjectif qui empêchera la notion de dommage d’apparaître”* (traducción libre).

12.3. Desde una perspectiva constitucional y siguiendo lo sostenido por la doctrina, si bien existen vínculos sustanciales o primarios para todo el poder público representados por los derechos subjetivos fundamentales, esto es, un sistema de deberes consistentes en obligaciones de prestación o en prohibiciones de lesión²¹, también existen vínculos secundarios, lugar donde se alberga la cláusula de responsabilidad estatal como una garantía de reparación, la cual opera en caso de que los vínculos sustanciales sean violados por la acción u omisión del Estado.

12.3.1. Así las cosas, el instituto de la responsabilidad es una garantía de rango constitucional que vela por la dignidad del ser humano, y *“se sitúa en lo más alto de las fuentes positivas que disciplinan las relaciones del Estado con el hombre: el Estado no se ha hecho a sí mismo, no es fruto de su propia voluntad, sino que ha sido creado por los hombres, en su deseo de vivir con dignidad y seguridad”*²².

12.4. A propósito del caso *sub examine*, los elementos del daño antijurídico se encuentran acreditados así: el día 25 de marzo de 2000, el señor Luis Fernando López Gallego falleció entre el municipio de Donmatías y Santa Rosa de Osos –Antioquia- como consecuencia directa del shock hipovolémico, desencadenado por las heridas de naturaleza mortal producidas por proyectiles de arma de fuego de dotación oficial; así está acreditado con la copia del protocolo de necropsia realizada el 25 de marzo de 2000 y el registro de defunción suscrito por la Notaría Única del Círculo de Donmatías (fl. 225 y 303 ,c.2)²³.

²¹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris*, T.I, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011, p. 730.

²² SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, trad. de Mariano Bacigalupo y otros, INAP, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 18.

²³ A folio 225 del cuaderno 2 obra el protocolo de necropsia de quien en vida respondía al nombre de Luis Fernando López Gallego: *“Necropsia: 005 folio 225; Nombre: Luis Fernando López Gallego; Fecha y hora de la muerte: 25 de marzo de 2000; Fecha y hora de la necropsia: 25 de marzo de 2000; Circunstancias de la muerte: por arma de fuego. Diagnóstico Macrosocópico El occiso presenta 2 heridas ocasionadas por arma de fuego, distribuidas de la siguiente manera: de aproximadamente 0.5 x 0.5 centímetros, y el otro por 1X05 centímetros, este último a nivel de costilla torácica número 10 los cuales*

12.5 Una vez establecida la existencia del daño y antes de analizar el juicio de imputación del caso concreto, la Sala estudiará, en primer lugar, el marco jurídico que fija la competencia entre la jurisdicción ordinaria y la justicia penal militar, en casos donde se presenten daños por armas de dotación oficial en procedimientos de policía y operaciones militares, a fin de garantizar la tutela judicial efectiva de las víctimas, y, en segundo lugar, estudiar el régimen de responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos producidos por armas de dotación oficial.

13. El marco jurídico que fija la competencia entre la jurisdicción ordinaria y la justicia penal militar: una garantía judicial efectiva para las víctimas de daños por armas de dotación oficial

13.1. En primer lugar, es importante señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en jurisprudencia constante ha establecido respecto a la jurisdicción penal militar que:

En un Estado democrático de derecho dicha jurisdicción ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar²⁴.

13.2. En consecuencia:

presenta bandeleta contusiva localizados en relación con el borde inferior y lateral interno de la escapula derecho respectivamente; solo penetra la cavidad torácica orificio el segundo descrito solo lesiona piel y tejido celular subcutáneo, haciendo lesión tangencial de estos. También presente a nivel supra escapiular derecha a nivel de costilla torácica un orificio de 0.5 por 0.5 cm, el cual no penetra, solo lesiona piel y tejido celular subcutáneo. No aprecio orificio de salida del orificio descrito a nivel del borde inferior de la escapula derecha. Conclusión: por los anteriores hallazgos conceptúo que el deceso de quien en vida correspondía al nombre de Luis Fernando López Gallego, fue consecuencia de shock hipovolémico, desencadenado por la herida ocasionada por arma de fuego, herida de naturaleza mortal, se conceptúa una supervivencia de 28,5 correspondiente a una vida real de 43 años, suscrito por Jorge Luis Duque Vásquez, Médico General H.F.E.B. Donmatías, R.M 5-2124/97" (se subraya).

²⁴Cfr. Caso Las Palmeras, sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C n.º 90, párr. 51; Caso Cantoral Benavides, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C n.º 69, párr. 113 y Caso Durand y Ugarte, sentencia de 16 de agosto de 2002, Serie C n.º 68, párr. 117, Caso 19 Comerciantes, sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C n.º 109, párr. 51.

[C]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, [se encuentra] íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia²⁵.

13.3. En este orden de ideas, el ordenamiento jurídico prevé en el artículo 221 de la Constitución Política que la justicia penal militar solo puede tener conocimiento de aquellas conductas delictivas que hayan sido cometidas por los miembros activos de la fuerza pública y que tengan relación con el mismo servicio. De esta manera, la justicia penal militar tiene competencia para la investigación de un presunto delito si concurren conjuntamente dos criterios: el *criterio subjetivo*, que hace referencia a la condición de acreditar la calidad de miembro de la fuerza pública en servicio activo para el momento de los hechos, y el *criterio objetivo o funcional* que hace referencia a los delitos por los cuales se investiga a un miembro de la fuerza pública, que deben tener relación próxima y directa con la función militar o policial que la Constitución y la ley les ha asignado²⁶.

13.4. La Corte Constitucional a partir de este precepto fundamental fija en la sentencia del 5 de agosto de 1997²⁷, los criterios para establecer el fuero penal militar en Colombia, los cuales son, a saber: (i) un vínculo próximo y directo entre el miembro de la fuerza pública y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado; (ii) el vínculo entre la conducta delictiva y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, como aquellas conductas que constituyen delitos de lesa humanidad o infracciones al Derecho Internacional Humanitario; (iii) la relación del delito con el servicio debe surgir claramente de las pruebas

²⁵ Cfr. *Caso Castillo Petrucci y otros*, sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C n.º 52, párr. 128; *Caso La Cantuta*, *supra* nota 8, párr. 142, y *Caso Almonacid Arellano y otros*, *supra* nota 17, párr. 131.

²⁶ La Corte Constitucional en sentencia C-533 del 28 de mayo de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, confirma estos criterios para la definición del fuero penal militar.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

que obran dentro del proceso. En otras palabras, la justicia militar sólo conocerá de aquellos hechos punibles en los cuales “*aparezca nítidamente*” su relación con el cumplimiento de los deberes constitucionales conferidos a los miembros de la Fuerza Pública. En consecuencia, siempre que subsista la duda al respecto, será la justicia ordinaria la competente para investigar.

13.5. Para la Sección Tercera el colofón es claro: la noción de relación con el servicio del integrante de la fuerza pública excluye tres eventos en los que la justicia penal militar bajo ninguna circunstancia tiene competencia: (i) si no hay un vínculo “próximo y directo” entre el delito y el servicio; (ii) si el delito es de tal gravedad que *ipso jure* se rompe el vínculo con el servicio, y (iii) si hay duda sobre cualquiera de estos elementos, en todos los casos será competente la justicia ordinaria.

13.5.1. La noción de acto relacionado con el servicio, según la normativa interna, será ajena a este y no puede ser conocido en ningún caso por la justicia penal militar, cuando los miembros de fuerza pública incurran en violaciones graves a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Ante su ocurrencia, no es menester establecer el nexo funcional con el servicio, toda vez que se trata de una infracción al D.I.H y conductas reprochables como lo son los crímenes de lesa humanidad, el genocidio, la desaparición forzada, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, el desplazamiento forzado, las violaciones y abusos sexuales, actos de terror contra la población civil y el reclutamiento de menores, entre otras, serán competencia de la justicia penal ordinaria que se encargará de investigar y juzgar a sus presuntos responsables, pues estas conductas nunca podrán tener nexo alguno con los deberes y las funciones asignadas por la norma superior a la fuerza pública

13.6. El Consejo Superior de la Judicatura órgano judicial de cierre de definición de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la justicia penal militar ha venido aplicando recientemente el precedente judicial delineado por la Corte Constitucional, y ha precisado que la justicia castrense no tiene competencia cuando: (i) subsiste una **ausencia de vínculo entre la conducta punible y la actividad del servicio**, esto es, *verbi gracia*,

conductas punibles cometidas por militares y policías contra otros miembros activos de la misma institución²⁸ o violaciones del Derecho Internacional Humanitario; (ii) se presenta una **gravedad inusitada del delito que rompe el vínculo próximo y directo con el servicio**, por ejemplo, la tortura, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales, el homicidio en persona protegida²⁹ o la agresión sexual ; (iii) se presenta **la duda razonable sobre el nexo con el servicio**, por ejemplo (a) cuando existen “tajantes diferencias”³⁰ de las versiones entregadas por los militares y policías ante las autoridades judiciales sobre las circunstancias del combate, lo que genera “duda”³¹ frente a las circunstancias del caso, que impide determinar si la actuación de los miembros de la Fuerza Pública estuvo vinculada con el ejercicio “legítimo de la autoridad”, o si por el contrario, se produjo por la voluntad de los sindicatos, con lo que desvirtúa el elemento funcional “o la denominada ‘relación con el servicio’ como presupuesto esencial del fuero castrense”³²³³, (b) el déficit de pruebas que

²⁸ Cfr. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto del 4 de marzo de 2011, rad. 110010102000201100422 00, M.P. Pedro Alonso Sanabria Buitrago; auto del 29 de octubre de 2008, rad. 11001010200020080272700 1105C, M.P. José Ovidio Claros Polanco.

²⁹ Cfr. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto del 21 de julio de 2000, rad. 10443, M.P. Leonor Perdomo Perdomo. El asunto se refiere a un homicidio de un informante del Ejército, ex militante del M-19, por miembros del ejército que lo torturaron antes de ocasionarle la muerte. En ese sentido la sentencia de la Corte Constitucional en decisión del 13 de noviembre de 2001 precisó que la responsabilidad en casos de omisión de los miembros de la fuerza pública frente a la comisión de crímenes de lesa humanidad –la masacre de 49 personas en Mapiripán (Meta)- son actos de gravedad inusitada que no guardan ninguna relación con el servicio. Cfr. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

³⁰ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia del 5 de febrero del 2014, rad. 2013-2794, citada por Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia del 10 de abril de 2014, rad. 110010102000201302802 01, M.P. Néstor Iván Javier Osuna Patiño.

³¹ *Ídem*.

³² *Ídem*.

³³ Cfr. Consejo Superior de la judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto del 8 de febrero de 2010, rad. 11001010200020100009600, M.P. Jorge Armando Otálora Gómez. En esta providencia se afirma que “*existen serias dudas sobre la ocurrencia de los hechos en combate, pues las versiones de los militares no concuerdan en muchos aspectos como por ejemplo en lo relacionado con la hora del combate y en lo referente a la distancia que tenían respecto de los subversivos en el momento en que supuestamente se iniciaron los ataques*”.

permita establecer con certeza las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se desenlazaron los hechos³⁴, (c) los testimonios que coinciden en afirmar que las víctimas no tenían vínculos con grupos armados organizados al margen de la ley³⁵, (d) por el estado de indefensión e inferioridad de la víctima o por encontrar heridas de disparos de armas de fuego a corta distancia, por ejemplo disparos efectuados por la espalda o con trayectoria "postero-anterior" con lo que se deja anillos de contusión³⁶; (e) las huellas de los disparos sobre los cuerpos de las víctimas, según los informes de necropsia³⁷, y (e) el rompimiento de la cadena de custodia o la escena del crimen por parte de los policías y militares implicados en los hechos que concitan la investigación penal³⁸.

13.7. Recientemente el Consejo Superior de la Judicatura³⁹ reafirmó esta línea jurisprudencial, y sostuvo, además, que *“en ningún caso los delitos denominados de lesa humanidad podrán ser de conocimiento de la justicia penal militar”*⁴⁰. Lo anterior, debido a la ausencia de conexidad entre las conductas tipificadas a nivel internacional como violaciones graves a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario con

³⁴ Cfr. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto del 11 de abril de 2010, rad. 11001010200020100310600, M.P. Jorge Armando Otálora Gómez.

³⁵ Cfr. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto del 21 de septiembre de 2011, rad. 11001010200020110235100, M.P. Henry Villarraga Oliveros.

³⁶ Cfr. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto del 4 de noviembre de 2011, rad. 11001010200020100310700, M.P. Jorge Armando Otálora Gómez.

³⁷ Cfr. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia del 26 de febrero del 2014, rad. 2013-02885, citada por Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia del 10 de abril de 2014, rad. No. 110010102000201302802 01, M.P. Néstor Ivan Javier Osuna Patiño.

³⁸ Cfr. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto del 13 de junio de 2011, rad. 11001010200020110177800, M.P. Julia Emma Garzón de Gómez.

³⁹ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia del 10 de abril de 2014, rad. No. 110010102000201302802 01, M.P. Néstor Ivan Javier Osuna Patiño.

⁴⁰ *Ídem*.

las funciones asignadas por el ordenamiento jurídico a los integrantes de la fuerza pública⁴¹.

13.8. Igualmente, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en varias decisiones sobre los parámetros de competencia de la justicia penal militar. En ese sentido, ha sostenido que debe existir una clara correspondencia entre el acto, del cual se desprende el daño, y el servicio, para que el mismo sea de resorte de la justicia penal militar⁴². A título ilustrativo, la sentencia de casación penal del 6 de mayo de 2009 conoció de un fallo del Tribunal Superior Militar, en la que precisó que este carecía de competencia ya que el objeto de la investigación era un homicidio cometido por miembros de la fuerza pública a particulares que habían sido retenidos. Al respecto, precisó que el fuero militar comprende:

[A] los miembros de la fuerza pública en servicio activo, exclusivamente por las conductas ilícitas relacionadas con el servicio (...) [siendo] imprescindible determinar una “correspondencia” entre el hecho constitutivo de la infracción penal y los deberes que legalmente le atañen a esos servidores públicos (...) es decir, que no basta que se trate de un militar o de un policía en servicio activo, sino que es necesario que la conducta ilícita haya sido realizada en relación con el servicio oficial a desempeñar⁴³.

13.9. Por otro lado, la Sala Penal de Corte Suprema de Justicia determinó que la comisión de graves delitos como terrorismo y tortura⁴⁴ por miembros de la fuerza pública, excluye *a priori* cualquier vínculo o nexo funcional de su conducta con las actividades propias del servicio.

⁴¹ *Ídem*.

⁴² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 4 de octubre de 2003, rad. 15882, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. En esta providencia la Sala consideró que la muerte de un guerrillero por miembros del Ejército había sido una extralimitación de funciones al desarrollar una orden de operaciones en la que se los autorizaba únicamente para capturar a los integrantes del movimiento subversivo y no para privarlos arbitrariamente de la vida.

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de mayo del 2009, rad. 26137, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 6 de noviembre del 2007, rad. 24587, M.P. Javier Zapata Ortiz.

13.10. En consonancia con las anteriores decisiones jurisprudenciales desarrolladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura, la Ley 522 de 1999 (Código Penal Militar vigente para el momento de los hechos) y la Ley 1407 de 2010, en el artículo 3º, prevé de manera expresa aquellos eventos que en ningún caso pueden considerarse como relacionados con el servicio y que por lo tanto no deben ser conocidos por la justicia ordinaria. Así las cosas, la justicia penal militar no puede conocer de procesos o investigaciones que: *i)* configuran delitos de lesa humanidad o *ii)* actos violatorios del Derecho Internacional Humanitario u *iii)* otra conducta que rompa el nexo funcional con el servicio, atendiendo a que es una jurisdicción restringida para casos estrictamente relacionados con la función constitucional encomendada a la fuerza pública⁴⁵.

13.11. Una vez explicado los parámetros que fijan la competencia entre la jurisdicción ordinaria y la justicia penal militar, lo cual es una garantía judicial efectiva para las víctimas de daños producidos con ocasión de operaciones militares o procedimientos de policía, es menester estudiar el régimen de responsabilidad aplicable por los daños antijurídicos que se causan con armas de dotación oficial.

14. El precedente delineado por el Consejo de Estado sobre el régimen de responsabilidad por daños causados con armas de dotación oficial en operaciones militares y procedimientos de policía

14.1. El precedente jurisprudencial ha señalado que el régimen de responsabilidad del Estado por daños causados con armas de dotación oficial es por antonomasia el objetivo por riesgo excepcional; sin embargo,

⁴⁵ Art. 2º Delitos relacionados con el servicio. “Son delitos relacionados con el servicios aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo dentro o fuera del territorio nacional, cuando los mismos se deriven de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les ha asignado” y el Art 3. “Delitos no relacionados con el servicio. En ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio”.

en determinados eventos se ha aceptado el título de imputación por falla del servicio.

15. De la responsabilidad objetiva por riesgo excepcional cuando se ocasiona un daño con armas de dotación oficial

15.1. El lineamiento jurisprudencial consolidado por esta Corporación desde la sentencia del 14 de julio de 2001⁴⁶ y ratificado por la decisión del 9 de abril de 2014⁴⁷, define que el régimen de responsabilidad del Estado por los daños causados con armas de dotación oficial es el de **riesgo excepcional**, juicio que permite inferir que este tipo de actividades entrañan una magnitud de peligro y riesgo que pueden lesionar los bienes jurídicamente tutelados de un sujeto de derecho. El precedente reza,

Como se advirtió en la primera parte de estas consideraciones, cuando se trata de daños causados por agentes estatales en desarrollo de actividades que crean un riesgo para los administrados –a pesar de estar autorizadas, precisamente, para garantizar su protección–, poco importa que se demuestre o no la falla del servicio; probada la actuación del agente estatal, el daño y el nexo de causalidad existente entre uno y otro, se establece la responsabilidad del Estado, y la entidad demandada sólo podrá exonerarse demostrando causa extraña, esto es, fuerza mayor o hecho exclusivo de la víctima o de un tercero.

15.2. Esta línea consolidada en 2001, fue ratificada por la sentencia de abril 22 de 2004. En esta decisión se sostuvo:

La Sala ha dicho, reiteradamente, que tratándose de daños causados con arma de dotación oficial o afectas al servicio (actividad peligrosa por la potencialidad del daño) y por agente, entendido en su concepto amplio, el título jurídico bajo el cual debe estudiarse la responsabilidad patrimonial es el objetivo por riesgo. Ha expresado que bajo este título jurídico quien pretende la declaratoria de responsabilidad y la consecuencial indemnización de perjuicios está obligado a probar el hecho de la Administración (sin cualificación de conducta), el daño antijurídico y el nexo de causalidad con el riesgo creado por el artefacto peligroso; y que al Estado le corresponde para exonerarse

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de julio de 2001, rad. 12696, M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

⁴⁷ Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia del 9 de abril de 2014, rad. 29811, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

demostrar una causa extraña: hecho exclusivo de la víctima o del tercero y/o fuerza mayor (...) En tal título jurídico el demandante no tiene que probar la calificación de la conducta subjetiva del proceder del demandado, sino sólo y concurrentemente el hecho dañoso vinculado o afecto al manejo de las armas; el daño y el nexo de causalidad, eficiente y determinante en la producción del daño⁴⁸.

15.3. En este mismo sentido, la decisión de agosto 10 de 2005, reiteró lo siguiente:

En la actualidad, cuando se trata de DAÑOS CAUSADOS CON ARMAS PELIGROSAS, el título de la falla presunta lo revaluó la jurisprudencia de esta Sección, enfocándose en el título de riesgo por la actividad peligrosa (...) El tratamiento de la responsabilidad desde el título objetivo de imputación jurídica, parte respecto de la conducta de su no evaluación o calificación, “tan sólo de la peligrosidad (la relación que existe entre el nexo causal de la actividad peligrosa y el daño)”; dicho título se deriva en el origen del riesgo que asume quien, por voluntad o deber, se atreve a manejar elementos que en su estructura y/o en su actividad conllevan peligro⁴⁹.

15.4. El precedente trazado se ha confirmado con la sentencia de agosto 11 de 2010, la cual sostiene claramente que debe aplicarse el título de imputación objetiva por riesgo excepcional cuando se trata de daños por armas de dotación oficial. Al respecto, esta decisión, reza lo siguiente:

Ahora bien, la Sala ha estimado que en aquellos casos en los que se debate la obligación del Estado de indemnizar el perjuicio generado por la utilización de armas de dotación oficial, se debe aplicar el sistema objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional, toda vez que el Estado asume los riesgos a que expone a la sociedad con ocasión de la utilización de artefactos peligrosos o por el desarrollo de actividades de igual naturaleza. En tal sentido, para efectos de determinar la responsabilidad, resulta irrelevante el análisis de la licitud o ilicitud de la conducta asumida por los agentes estatales, como quiera que es suficiente para imputar el daño antijurídico, a título de riesgo excepcional, la demostración de que este fue causado por el artefacto o por la realización de la actividad peligrosa cuya guarda se encontraba a cargo del Estado. Sin embargo, éste podrá ser exonerado de responsabilidad demostrando que la imputación no existe o es

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 22 de 2004, rad. 15088, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de agosto 10 de 2005, rad.15127, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

*apenas aparente, cuando el hecho ha tenido ocurrencia por la intervención de un elemento extraño: fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima*⁵⁰.

15.5. En consecuencia, tratándose de actividades peligrosas, en principio, no es necesario hacer un análisis subjetivo⁵¹ para estructurar el juicio de responsabilidad del Estado, sino determinar, si la actividad peligrosa, implicó la concreción de una lesión para los bienes, derechos y/o intereses de un sujeto de derecho.

15.6. Tenemos entonces que, para que proceda la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado a título de riesgo excepcional, se deben cumplir tres requisitos a saber: (i) la existencia del daño; (ii) que se trate de la utilización de un arma de dotación oficial por parte de un agente de alguno de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, en ejercicio de sus funciones; y, (iii) la relación de causalidad entre ésta y el daño producido como consecuencia directa de la utilización del arma. Sin embargo, frente a estos elementos existen ciertas causales que de probarse, serían procedentes para eximir de responsabilidad al Estado, tal

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 19289, M.P. Enrique Gil Botero.

⁵¹ A este respecto, la Corporación ha sostenido: “[p]ara efectos de determinar la responsabilidad, resulta irrelevante el análisis de la licitud o ilicitud de la conducta asumida por los agentes estatales, como quiera que es suficiente para imputar el daño antijurídico, a título de riesgo excepcional, la demostración de que este fue causado por el artefacto o por la realización de la actividad peligrosa cuya guarda se encontraba a cargo del Estado”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2010, rad. 19160, M.P. Enrique Gil Botero.

En el mismo sentido, se ha precisado lo siguiente: “[E]n efecto, la Administración debe responder siempre que produzca un daño con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, como lo es la manipulación de las armas de fuego de las cuales están dotadas algunas autoridades por razón de las funciones a ellas encomendadas, tales como la Policía Nacional, el D.A.S., o el Ejército Nacional, pues el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos peligrosos. En virtud de ese título de imputación objetivo, el demandante tiene el deber de probar la existencia del daño y el nexo causal entre éste y una acción u omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial, sin entrar a analizar la licitud o ilicitud de la conducta del agente, la cual resulta irrelevante. A su vez la Administración, para exonerarse de responsabilidad, deberá acreditar la presencia de una causa extraña, como el hecho exclusivo de la víctima, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009, rad. 17927, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

como son: la fuerza mayor, y el hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima.

15.7. De otra parte, la Sala también considera que la responsabilidad por daños ocasionados con arma de dotación oficial en un número importante de casos se debe enmarcar en la clásica **responsabilidad subjetiva bajo el título de falla del servicio**, cuando se demuestra probatoriamente que de manera ostensible se empleó el uso de la fuerza letal mediante armas de dotación oficial de manera desproporcionada o excesiva.

16. De la responsabilidad subjetiva por falla en el servicio cuando se ocasiona un daño con armas de dotación oficial

16.1. A este respecto, el precedente de esta Corporación ha sostenido lo siguiente:

[E]n todo caso, la falla probada del servicio constituye el régimen de responsabilidad general, y en los casos en que el asunto no pueda gobernarse bajo dicho título de imputación, se potenciará uno de responsabilidad distinta, y como quiera que en este caso, estamos en presencia de una actividad peligrosa en tratándose de la manipulación de armas de fuego, podría privilegiarse también la tesis del riesgo excepcional en caso de ser procedente. En este marco de referencia, sin duda, será el juzgador en presencia de todos los elementos existentes el que determinará si finalmente se dan o no los presupuestos para resolver el asunto sometido a su conocimiento con fundamento en la teoría de la falla probada del servicio, tal y como sucedió en el caso concreto, pues, las distintas pruebas incorporadas y practicadas conducen a inferir la falla imputada a la administración⁵².

16.2. De conformidad con lo anterior, se tiene que si en la producción del daño antijurídico intervino el concurso de una actividad peligrosa, como lo es la manipulación de armas, el régimen de responsabilidad es de tipo objetivo; sin embargo, si se observa el incumplimiento de las normas que regulan el uso de fuerza letal, el fundamento basilar es el aspecto subjetivo de la conducta, la cual se convierte en la causa idónea del perjuicio, y, por

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008, rad. 16741, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

ende, se debe enmarcar en el título de imputación de falla en la prestación del servicio.

16.3. El Consejo de Estado ha preferido el título de imputación de falla en el servicio, cuando advierte un déficit de buena administración, en aras de garantizar la función pedagógica del instituto de la responsabilidad de la que puede hacer uso el juez al definir la responsabilidad del Estado, con el fin de que éste pueda repetir contra el agente que con su conducta dolosa o gravemente culposa hubiere producido el daño, en caso de ser condenado el Estado a la correspondiente reparación⁵³.

16.4. En similar sentido, la providencia del 11 de febrero de 2009 mencionó:

[P]ara decidir la responsabilidad del Estado debe tenerse en cuenta que el último criterio jurisprudencial relacionado con el título de imputación, bajo el cual deben ser decididas las demandas interpuestas con el fin de obtener la reparación de los daños causados en ejercicio de actividades peligrosas, es el de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, de acuerdo con el cual al demandante le basta acreditar que la actividad peligrosa fue la causa del daño cuya reparación solicita, en tanto que la entidad para exonerarse, deberá demostrar la existencia de una causal de exoneración como la culpa exclusiva de la víctima, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o la fuerza mayor. Esto siempre que no se invoque en la demanda el régimen de falla del servicio, caso en el cual se entra a estudiar la responsabilidad bajo ese título de imputación porque de un lado ese criterio de imputación es aplicable aun tratándose de daños causados con ocasión de actividades peligrosas, y por otra parte, se cumple con la función consustancial a la jurisprudencia contencioso administrativa de identificar las falencias que se presentan en el ejercicio de la actividad administrativa, con el propósito de que: (i) la definición para un caso concreto se convierta en advertencia

⁵³ [C]uando se advierte que el daño no se produjo accidentalmente sino por un mal funcionamiento de la Administración, ello se debe poner de presente y el título de imputación bajo el cual se definirá el litigio será el de falla del servicio, en aras del cumplimiento del deber de diagnóstico y pedagogía que tiene el juez al definir la responsabilidad del Estado y con el fin de que éste pueda repetir contra el agente que dolosa o culposamente hubiere producido el daño, en caso de ser condenado a la correspondiente reparación. En términos generales, la falla del servicio probada surge a partir de la comprobación de que el daño se ha producido como consecuencia de una violación -conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual resulta de la labor de diagnóstico que adelanta el juez en relación con las falencias en las cuales incurrió la Administración y se constituye en un juicio de reproche. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009, rad. 17927, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

para la administración con el fin de que ésta procure evitar la reiteración de conductas anormales y (ii) esa decisión sirva para trazar políticas públicas en materia de administración⁵⁴ (se subraya).

16.5. Finalmente, bajo la misma línea del precedente, la Sala de la Subsección “A” ha sostenido que:

[E]n la actualidad, cuando se debate la responsabilidad del Estado por daños causados accidentalmente con el uso de armas de fuego, por regla general se aplica la teoría del riesgo excepcional⁵⁵; en efecto, la Administración debe responder siempre que produzca un daño con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, como lo es la manipulación de las armas de fuego de las cuales están dotadas algunas autoridades por razón de las funciones a ellas encomendadas, tales como la Policía Nacional, el D.A.S., o el Ejército Nacional, pues el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos peligrosos.

Sin embargo, cuando se advierte que el daño no se produjo accidentalmente sino por un mal funcionamiento de la Administración, ello se debe poner de presente y el título de imputación bajo el cual se definirá el litigio será el de falla del servicio⁵⁶, en aras del cumplimiento del deber de diagnóstico y pedagogía que tiene el juez al definir la responsabilidad del Estado

⁵⁴ Consejo de estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, rad. 17318, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵⁵ [9] Hasta 1989, la jurisprudencia del Consejo de Estado resolvió los casos relacionados con daños causados por armas de dotación oficial a través de la falla del servicio probada -sentencia de octubre 21 de 1982- con alguna incursión en la presunción de culpa -sentencia de octubre 24 de 1975, rad. 1631-. Pero en sentencia del 20 de febrero de ese año, rad. 4655, el Consejo de Estado habló de falla del servicio presunta. En tal sentencia se dijo que el actor sólo debía acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el servicio y, por su parte, la Administración sólo podía exonerarse de toda responsabilidad si probaba que aunque el daño fue causado por un hecho a ella imputable, obró de tal manera prudente y diligente, que su actuación no puede calificarse como omisiva, imprudente o negligente, que dé lugar a comprometer su responsabilidad. Posteriormente se consideró que los daños producidos por cosas o actividades peligrosas, como el uso de armas de fuego de dotación oficial, debían analizarse bajo el régimen de presunción de responsabilidad -sentencias de agosto 24 de 1992, rad. 6.754 y, de septiembre 16 de 1999, rad. 10922- en el entendido de que la falla sólo habrá de presumirse en los eventos de responsabilidad médico hospitalaria. Más adelante, la Sala señaló que el régimen aplicable es el de responsabilidad objetiva en aplicación de la teoría del riesgo, posición que se mantiene en la actualidad -sentencias de julio 14 de 2004, rad. 14308; de febrero 24 de 2005, rad. 13967 y; de marzo 30 de 2006, rad. 15441-.

⁵⁶ [3] Al respecto existen abundantes antecedentes jurisprudenciales, ver entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de agosto 19 de 2004, rad. 15791, M.P. Ramiro Saavedra Becerra; marzo 10 de 2005, rad. 14808, M.P. Germán Rodríguez y; abril 26 de 2006, rad. 15427, M.P. Ruth Stella Correa.

y con el fin de que éste pueda repetir contra el agente que dolosa o culposamente hubiere producido el daño, en caso de ser condenado a la correspondiente reparación.

En términos generales, la falla del servicio probada surge a partir de la comprobación de que el daño se ha producido como consecuencia de una violación -conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual resulta de la labor de diagnóstico que adelanta el juez en relación con las falencias en las cuales incurrió la Administración y se constituye en un juicio de reproche⁵⁷.

16.6. Recientemente, en decisión del 9 de abril de 2014, el Consejo de Estado precisó que:

La administración se hace responsable siempre que, en ejercicio de las funciones a su cargo, produzca un daño con ocasión de una actividad peligros o la utilización de elementos de la misma naturaleza, como lo es la manipulación de las armas de fuego de las cuales están dotadas algunas autoridades, por razón de las funciones a ellas encomendadas, tales como la Policía Nacional y el Ejército Nacional, pues se entiende que el Estado asume los riesgos, a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos peligrosos. En virtud de este título de imputación objetivo, el demandante tiene el deber de probar la existencia del daño y el nexo causal entre éste y una acción u omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial, sin entrar a analizar la licitud o ilicitud de la conducta del agente, la cual resulta irrelevante; por su parte, la administración puede exonerarse de responsabilidad, para lo cual deberá acreditar la presencia de una causa extraña, como el hecho exclusivo de la víctima, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, aún en aquellos casos en los que cuales concurren los presupuestos para proferir condena en contra del Estado con base en el título objetivo de imputación del riesgo excepcional, la Sala ha considerado que si se configuran, igualmente, los elementos necesarios para deducir responsabilidad patrimonial de la entidad demandada con fundamento en la ocurrencia de una falla en el servicio que se encuentre suficientemente acreditada en el plenario, la condena se debe proferir con fundamento en ésta y no aplicando el régimen objetivo de responsabilidad, pues es a través de aquélla que el juez de la reparación conmina a la administración por su actuar defectuoso⁵⁸ (se subraya).

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009, rad. 17927, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵⁸ Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia del 9 de abril de 2014, rad. 29811, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

16.7. En suma, la función pedagógica del instituto de responsabilidad civil extracontractual es importante, pues exhorta a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado a reducir la producción de daños antijurídicos derivados del uso inadecuado de la fuerza letal en operaciones militares, procedimientos de policía y conducción de hostilidades.

16.8. Una vez señalado el régimen de responsabilidad por daños causados con armas de dotación oficial en operaciones militares y procedimientos de policía, es menester analizar, si en el caso presente, el daño sufrido por las víctimas con ocasión de la muerte del señor Luis Fernando López Gallego por proyectiles de arma de fuego de dotación oficial, se originó por una ruptura del vínculo funcional entre el daño y la actividad del servicio asignada constitucional y legalmente a los miembros de la fuerza pública, lo cual constituiría una falla en el servicio por el uso desproporcionado de la fuerza letal; o, si existe una causal eximente de responsabilidad de la entidad, por el hecho exclusivo y determinante de la víctima.

17. El juicio de imputación

17.1. La Sala ha manifestado que cuando una autoridad pública ocasiona un daño en desarrollo de las funciones propias que le fueron asignadas, el juicio de imputación se estructura a partir del nexo o vínculo próximo con el servicio⁵⁹.

17.2. Bajo esta perspectiva, la Sala de modo reiterado⁶⁰ ha precisado que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas, cuando estas tienen algún nexo con el desarrollo de la

⁵⁹ Sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 17 de marzo de 2010, rad. 18526, M.P. Mauricio Fajardo Gómez y 10 de octubre de 1994, rad. 8200, M.P. Juan de Dios Montes.

⁶⁰ Se pueden consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 10 de agosto de 2001, rad. 13666 y del 15 de agosto de 2002, rad. 13335, M.P. Alier Hernández Enríquez.

función administrativa, es decir, que la sola calidad de funcionario o servidor público que ostente el autor del hecho, no es suficiente para impeler la responsabilidad del Estado. En este sentido la Sala manifestó:

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, que ahora se reitera, las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público⁶¹. La simple calidad de funcionario que ostente el autor del hecho no vincula necesariamente al Estado, pues dicho funcionario puede actuar dentro de su ámbito privado separado por completo de toda actividad pública.

En doctrina que la Sala ha acogido en dichas decisiones, se señala que para que la conducta causante del daño, desplegada por un agente estatal, tenga vínculo con el servicio, se requiere que ésta se presente externamente como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público:

“[N]o cualquier actuación dañosa de los funcionarios o agentes administrativos conlleva imputación de responsabilidad a la administración de quien dependen o en la que están encuadrados. Se requiere en todo caso para que opere el mecanismo de atribución a la administración del deber de reparar un daño patrimonial, que la actuación lesiva de la persona autora material de éste pueda calificarse como propia del “funcionamiento de los servicios públicos”. Es decir que la conducta del agente de la administración productora del evento dañoso suponga una manifestación del desempeño o ejercicio del cargo público, presentándose externamente entonces el resultado lesivo como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público. Por tanto, la Administración no responde de los daños causados por la actividad estrictamente privada de sus funcionarios y agentes, es decir, la llevada a cabo absolutamente al margen de las funciones del cargo público; en una palabra, la realizada fuera del servicio público. En definitiva, el fenómeno jurídico de la imputación de responsabilidad civil a la administración no se produce en aquellos supuestos de daños resarcibles en los que el funcionario se presenta frente al sujeto dañado en su calidad de persona privada, desprovisto, por tanto, de toda calificación jurídico pública”^{62 63}.

⁶¹ [1] En sentencia de 26 de septiembre de 2002, rad: 14.036, dijo la Sala: “Para determinar cuándo el hecho tiene o no vínculo con el servicio se debe examinar la situación concreta para establecer si el funcionario actuó frente a la víctima prevalido de su condición de autoridad pública, es decir, que lo que importa examinar no es la intencionalidad del sujeto, su motivación interna, sino la exteriorización de su comportamiento. En otros términos lo que importa para atribuir al Estado, por ejemplo, el hecho de un policía que agrede a una persona es establecer “si a los ojos de la víctima aquel comportamiento lesivo de la policía nacional aparecía como derivado de un poder público, siquiera en la vertiente del funcionamiento anormal de un servicio público”.

⁶² [2] ANDRÉS E. NAVARRO MUNUERA. La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la administración a los daños ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público, en Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 60,

17.3. En lo relativo al ámbito funcional de los miembros de la fuerza pública –policías y militares- y su juez natural de penas, la Corte Constitucional, en decisión del 5 de agosto de 1997, señaló dos criterios a saber: el subjetivo, que hace referencia a la condición de encontrarse el miembro de la fuerza pública en servicio activo para el momento de los hechos; y, el objetivo o funcional, que hace referencia a la relación directa y próxima de la conducta reprochable con la función militar o policiva que les ha sido asignada por la Constitución, la Ley o el reglamento.

17.4. Como se observa, para que surja la responsabilidad en el caso en estudio, a cargo de la entidad demandada, no basta con poner en evidencia que el daño se produjo por un agente de la administración, o con un instrumento autorizado por el Estado como es el arma de dotación oficial, sino que además es indispensable demostrar que la actividad desplegada por los agentes tuvo una relación directa y próxima con el servicio, y en tal caso, preguntarse, no solo si el agente estuvo inmerso en una infracción funcional⁶⁴, sino también si la justicia penal militar podía adelantar una investigación penal cuando se presenta una ruptura del vínculo “próximo y directo” entre el delito y el servicio en aras de garantizar el juez natural, el recurso judicial idóneo y efectivo, y los estándares de justicia, verdad y reparación de las víctimas.

17.5. Aunque la infracción funcional atinente al uso excesivo de la fuerza letal por parte de los agentes de la policía no tienen carácter estrictamente

octubre-diciembre de 1988. Se analiza en el artículo la sentencia del Tribunal Supremo de España del 27 de mayo de 1987, que concedió a los demandantes la indemnización por la muerte de su hijo ocasionada por un agente de la policía con arma de fuego reglamentaria, pero quien disfrutaba de sus vacaciones, en aplicación de la teoría del riesgo como título de imputación.

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de febrero 10 de 2011, rad. 19123, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶⁴ En los términos expuestos en la sentencia del 14 de junio de 2001, rad. 13303, M.P. Ricardo Hoyos Duque: “...*Para establecer cuándo el hecho tiene o no vínculo con el servicio se debe examinar la situación concreta para establecer si el funcionario actuó frente a la víctima prevalido de su condición de autoridad pública (...)*”

vinculante por no estar positivizado en las normas, –razón por la cual se los denomina “*derecho blando*” o “*soft law*”–, gozan de cierta relevancia jurídica y práctica en el ámbito internacional y nacional en tanto exhiben “*una clara e inequívoca vocación axiológica o normativa general*”⁶⁵ y sirven como “*criterio[s] auxiliar[es] de interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos*”⁶⁶, se hace indispensable revisar el marco jurídico que regula el uso de la fuerza por parte de militares y policías.

17.6. Los “*Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de hacer cumplir la Ley*”⁶⁷ comprenden, entre otros principios, el de licitud (principio n° 9), según el cual los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en los siguientes casos: (i) en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves; (ii) con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida; (iii) con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad; (iv) para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos; y (v) en cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

17.7. Adicionalmente, la Resolución n.º 14 de 1990 de Naciones Unidas que adopta y desarrolla estos principios⁶⁸, establece que cuando el empleo de

⁶⁵ CASTRO, Luis Manuel. “Soft law y reparaciones a víctimas de violaciones de derechos humanos: Reflexiones iniciales”, en Rodrigo Uprimny (coord.), *Reparaciones en Colombia: Análisis y propuestas*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 2009. p. 66, citada por la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, septiembre 11 de 2013, rad. 20601, M.P. Danilo Rojas Betancourth (considerando 24.3).

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-872 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁶⁷ Los “Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley” fueron adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

⁶⁸ http://www.sedena.gob.mx/pdf/der_hums/bibliografia/PBUF.pdf consultado el 4 de marzo de 2014.

las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley: (i) se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso; (ii) utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego; (iii) podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten insuficientes o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto (principio de necesidad); (iv) ***ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga (principio de proporcionalidad)***; (v) ***reducirán al mínimo los daños y lesiones, y respetarán y protegerán la vida humana***; (vi) procederán de modo que se presten, lo antes posible, asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas; (vii) procurarán notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas; y (viii) comunicarán el hecho inmediatamente a sus superiores.

17.8. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aceptado el uso letal de la fuerza en operaciones militares como último recurso en contextos de alta inestabilidad del orden público, bajo tres grandes limitantes: excepcionalidad, proporcionalidad y racionalidad. Estos pronunciamientos del organismo internacional se han generado por motivos de delincuencia común generalizada⁶⁹, motines en centros penitenciarios⁷⁰, lucha contra grupos terroristas⁷¹ e incluso casos de

⁶⁹ Zambrano Vélez y otros v. Ecuador, sentencia del 4 de julio de 2007.

⁷⁰ Neira Alegria y otros v. Perú, sentencia del 19 de enero de 1995; Durand y Ugarte v. Perú, sentencia del 16 de agosto de 2000; Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) v. Venezuela, sentencia del 5 de julio de 2006; Penal Miguel Castro Castro v. Perú, sentencia del 25 de noviembre de 2006.

⁷¹ Loayza Tamayo v. Perú, sentencia del 17 de septiembre de 1997; Castillo Petruzzi y otros v. Perú, sentencia del 30 de mayo de 1999.

conflictos armados internos⁷². La Corte ha exigido la adopción de precauciones adicionales⁷³, como: (i) la creación de un marco jurídico y administrativo que reglamente cuidadosa y detalladamente el uso de la fuerza letal por parte de los agentes del Estado; (ii) la capacitación de las tropas en tales procedimientos; y (iii) un control posterior para verificar, de oficio, en casos de sospecha de una muerte arbitraria que las unidades militares actuaron de acuerdo a las normas⁷⁴.

17.9. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos ha determinado algunos criterios de limitación en lo concerniente al uso letal de la fuerza en la ejecución de operaciones militares, tales como: (i) la existencia de una amenaza equivalente para hacer el uso de la fuerza⁷⁵; (ii) la fuerza letal solo se puede usar como recurso defensivo⁷⁶; (iii) la neutralización o arresto como objetivo de la acción militar⁷⁷; (iv) la interdicción de ataques intencionales contra civiles⁷⁸; (v) la obligación de minimizar la pérdida incidental de vidas civiles⁷⁹; y (vi) la obligación de proveer criterios claros a los agentes del Estado sobre el uso de la fuerza⁸⁰.

17.10. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre DDHH señalan que *“nadie podrá ser privado*

⁷² Bámaca Velásquez v. Guatemala, sentencia del 25 de noviembre de 2000; Pueblo Bello v. Colombia, sentencia del 31 de enero 2006.

⁷³ Neira Alegría y otros v. Perú, sentencia del 19 de enero de 1995.

⁷⁴ Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) v. Venezuela, sentencia del 5 de julio de 2006.

⁷⁵ Gülec v. Turquía, sentencia del 27 de julio de 1998 (Application n°. 54/97).

⁷⁶ Gül v. Turquía, sentencia del 14 de diciembre de 2000 (Application n.º 22676/93).

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH), McCann y otros contra Reino Unido, de 27 de septiembre de 1995 (Case of McCann v. The United Kingdom, Application n° 19009/04).

⁷⁸ Isayeva, Yusupova y Bazayeva v. Rusia, sentencia del 24 de febrero de 2005 (Applications n°. 57947/00, 57948/00 and 57949/00).

⁷⁹ Ergi v. Turkey, sentencia del 28 julio de 1998 (Application n°. 66/97).

⁸⁰ Makaratzis v. Grecia, sentencia del 20 de diciembre de 2004 (Application n°. 50385/99).

de la vida arbitrariamente”⁸¹. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales precisa que: *“la muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: (i) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; (ii) para detener a una persona conforme a derecho, o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; o (iii) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección”*⁸².

17.11. En concordancia con lo anterior, el precedente jurisprudencial de esta Corporación ha reiterado que el uso de la fuerza letal por parte de funcionarios del Estado habilitados para ello, debe observar el principio de proporcionalidad en la agresión así:

*La Sala, en reiterada jurisprudencia, ha reconocido la legítima defensa como causal de exoneración de responsabilidad de la administración; sin embargo, en situaciones como la que se discute en el presente proceso, ha prestado especial atención a los casos en que la ley permite el uso de las armas por parte de los miembros de la fuerza pública en el cumplimiento de sus funciones. El examen de la proporcionalidad que debe existir entre, la respuesta de la fuerza pública y la agresión que ella misma padece, en éste tipo de eventos, para que su conducta pueda configurar una legítima defensa, debe someterse a un examen más riguroso que el que se pudiera hacer en el común de los casos. Efectivamente, los elementos configurantes de la legítima defensa deben aparecer acreditados de manera indubitable, de modo que el uso de las armas de fuego aparezca como el único medio posible para repeler la agresión o, dicho de otra forma, que no exista otro medio o procedimiento viable para la defensa; que la respuesta armada se dirija exclusivamente a repeler el peligro y no constituya una reacción indiscriminada, y que exista coherencia de la defensa con la misión que legal y constitucionalmente se ha encomendado a la fuerza pública*⁸³.

17.12. El precedente jurisprudencial igualmente recalca que:

⁸¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 6. Convención Americana sobre DDHH. Art. 4.

⁸² Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Art 2º.

⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 14 de 2004, rad. 14902, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

[S]i 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 personas⁸⁴.

17.13. Por otra parte, el compendio tuitivo de orden internacional que regula el uso de la fuerza, *mutatis mutandis*, también aparece regulado por el derecho interno. Entre las funciones que tiene la Policía Nacional aparece la de asegurar y conservar las condiciones necesarias para el ejercicio de derechos y libertades en el Estado colombiano, razones que justifican el uso de medidas preventivas tendientes a evitar el surgimiento de actos que alteren la convivencia ciudadana. El Código Nacional de Policía, Decreto 1355 de 1970, establece lo siguiente:

Art. 1º. La policía está instituida para proteger a los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de ésta se derivan, por los medios y con los límites estatuidos en la Constitución Nacional, en la ley, en las convenciones y tratados internacionales, en el reglamento de policía y en los principios universales del derecho.

Art. 2º. A la policía compete la conservación del orden público interno. El orden público que protege la policía resulta de la prevención y eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad de la salubridad y la moralidad públicas. // A la policía no le corresponde remover la causa de la perturbación.

17.14. El Decreto 1355 de 1970 en el art. 29 –*Del empleo de la fuerza y otros medios coercitivos*– dispone que su uso solo es viable cuando es **estrictamente necesario**, y contempla taxativamente los siguientes eventos, a saber:

- a) Para hacer cumplir las decisiones y órdenes de los jueces y demás autoridades;
- b) Para impedir la inminente o actual comisión de infracciones penales o de policía;

⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 27 de 2000, rad. 12.788, citada por la sentencia de julio 14 de 2004 de la Sección Tercera, rad. 14902, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

- c) Para asegurar la captura del que debe ser conducido ante la autoridad;
- d) Para vencer la resistencia del que se oponga a orden policial que deba cumplirse inmediatamente;
- e) Para evitar mayores peligros y perjuicios en caso de calamidad pública;
- f) Para defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor y sus bienes;
- g) Para proteger a las personas contra peligros inminentes y graves.

17.15. En igual sentido, en el art. 30, modificado por el art. 109 del Decreto 522 de 1971, se dispuso que con el fin de preservar el orden público, la policía empleará (i) medios autorizados por ley o reglamento; (ii) **escogerá siempre, entre los eficaces, aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes y que** (iii) tales medios no podrán utilizarse más allá del tiempo indispensable para el mantenimiento del orden o su restablecimiento. Destaca esta disposición que *[“L]as armas de fuego no pueden emplearse contra fugitivo sino cuando éste las use para facilitar o proteger la fuga”*.

17.16. En aras de verificar la configuración de la causal de exoneración de responsabilidad del ente demandado denominada hecho exclusivo y determinante de la víctima, solicitada en el recurso de alzada, analizaremos detenidamente los presupuestos fácticos revelados en el caso bajo examen. Así pues, la Sala tiene como ciertos los hechos que se indican a continuación:

17.16.1. Las características entregadas del vehículo que originaron el procedimiento de policía por asalto en la vía de Santa Rosa de Osos no coincidente con las del vehículo en el que se transportaba la víctima que falleció por arma de dotación oficial

17.16.1.1. La génesis del *sub judice* se origina el 25 de marzo del año 2000, cuando hacia la 1:40 A.M se informó a los uniformados de la estación de Policía de Donmatías y estación Santa Rosa de Osos a propósito de un asalto a un bus de transporte público intermunicipal “Rápido Ochoa”,

situación que produjo la apertura de un procedimiento de policía y la movilización de las dos unidades hacía el lugar en donde se desenlazaron los hechos. La sentencia de la justicia penal militar llegó a la conclusión que no se *“pudo establecer dentro de la investigación si quienes resultaron muertos y heridos, por la acción de la fuerza pública, fueron los mismos que asaltaron el bus intermunicipal de Rápido Ochoa, porque no existe criterio unificado del vehículo en el que se movilizaban”* (fl. 171, c.p); sin embargo, esta conclusión a la que llegó la justicia penal militar no coincide con lo probado dentro del proceso contencioso administrativo.

17.16.1.2. En el folio 12 del cuaderno 2 aparece un registro en el que se lee que hacia la 1:40 AM se desplazó personal de la policía nacional por vía terrestre para localizar un vehículo amarillo marca Renault en el que se transportaban los presuntos delincuentes que atracaron un bus de transporte público en Santa Rosa de Osos. Esta anotación registrada en la minuta del comando de Donmatías es confirmada en la declaración rendida bajo la gravedad de juramento por el Cabo Primero Alberto López Vásquez, comandante de policía del Municipio de Donmatías, ante la Fiscalía General de la Nación, Unidad de Fiscalía Delegada Ante el Juzgado Penal Municipal de Donmatías, en la cual manifestó (*testimonio rendido el 27 de marzo de 2000, fl. 104 a 109, c.2*):

Ese día me disponía a pasar al reposo, estaba, pues despierto y uniformado cuando me informó el señor patrullero ARIAS CASTRILLON GIOVANI, iban siendo las dos, un poco antes, de que habían llamado ordeno, de Santa Rosa que saliéramos a la vía, que a la altura de jurisdicción de Santa Rosa habían atracado un bus de rápido ochoa y que de pronto se transportaban los individuos en un Renault amarillo, sin más datos, ni placas ni nada. De inmediato lo informé a Arias que por favor llamara a los disponibles, me alisté yo entonces a salir y dije mientras ellos salen yo caliento el carro y efectivamente fui y calenté la Nissan 020, hasta que estos salieron. Yo mismo conduje el vehículo y salimos y me fui con dirección al peaje haber [sic] si había pasado algún vehículo sospechoso con personas sospechosas (se subraya).

17.16.1.3. Igualmente el anterior hecho lo confirma la declaración del señor José Aquilino Gómez Machado, persona que conducía el bus objeto del asalto (*testimonio rendido bajo la gravedad de juramento ante el Juzgado*

162 de Instrucción Penal Militar el 11 de abril de 2002 –fl. 439 a 440) quien aseguró que los asaltantes al momento del hurto no tenían vehículo:

[E]l atraco fue antes de llegar al Estadero Santa Rosa, fueron cuatro sujetos, todos tenían armas, uno tenía pistola, otro tenía un changon, otro un revólver y efectivamente a todos nos atracaron, inclusive me iban a tirar para la trocha, entonces a mí se me ocurrió decirles que venía la Policía entonces no me metieron para la trocha, entonces llegamos al estadero y de ahí llamamos a la Policía y entonces ahí llegaron los policías y me preguntaron sobre lo que había pasado, yo les describí los sujetos y ellos al momento que me salieron en la carretera no tenían carro (se subraya).

17.16.1.4. El testimonio del señor Rolando de Jesús Monsalve Pérez, persona que esa madrugada estaba reemplazando al guardia de seguridad del estadero “Santa Rosa”, coincide con el entregado por el conductor, quien precisó (*declaración rendida bajo la gravedad de juramento ante la Unidad Local de Fiscalía de Santa Rosa de Osos –Antioquia por comisión del Juzgado 162 de Instrucción Penal Militar, el día 2 de abril de 2002 –fl. 449 a 450*):

Un conductor me dijo a mí que llamara al Comando que lo habían atracado ahí en Hoyo Rico, eso fue por la noche pero no recuerdo la fecha ni la hora, fueron como dos llamadas que hice al Comando, yo no estaba en el sitio del atraco yo estaba en el Estadero y el conductor del bus me dijo que llamara para avisar a la policía// Lo único que me dijo a mí el conductor fue que eran tres morenos y una muchacha que uno tenía un trabuco y otro un revólver, que parecían de turbo y yo les dije a la policía esas características, el conductor no me dijo nada sobre si los sujetos se transportaban en algún vehículo (se subraya).

17.16.1.5. Ahora bien, aceptando en gracia de cargo y al unísono de lo afirmado por los policías, que la patrulla de Donmatías llegó al peaje de la vía principal y observó un vehículo marca Toyota, color rojo que se detuvo de manera sorpresiva y retrocedió, ante lo cual la policía advirtió a sus ocupantes que se detuvieran mediante avisos con luces (hawaiana) y sirena, advertencia que fue omitida; vehículo que por información suministrada por la patrulla de Santa Rosa de Osos, encontraron más tarde en el alto de la “quica”, no es de recibo para la Sala sostener que las personas que resultaron muertas por los proyectiles de armas de fuego,

sean las mismas que asaltaron el vehículo de servicio público de Rápido Ochoa, ya que los hechos indicativos apuntan a señalar que los presuntos asaltantes del bus de transporte público se movilizaban en un carro marca Renault, color amarillo, y que sus cuatro ocupantes, según declaración del señor José Aquilino Gómez Machado (V. párr. 17.16.1.3), estaban armados.

17.16.2. Luis Fernando López Gallego no disparó el arma de fuego, por lo que no se configuró una legítima defensa por parte de los uniformados

17.16.2.1. La Fiscalía 149 de la justicia penal militar concluyó que *“no se ha podido dilucidar quién disparo primero, si los particulares o los policías implicados”* (fl. 172, c.p), y se refuerza aún más este argumento cuando el operador judicial penal llega a la conclusión de que los individuos portaban *“un arma tipo revólver calibre 22 marca kit-Gun para disparar sin salvoconducto, accionada en cuatro oportunidades (según las cuatro vainillas que se encontraron en los alvéolos del tambor), y lo que es más importante la presencia positiva de residuos para disparo de arma de fuego en dorso y mano derecha de los particulares Luis Fernando Gallego y Argirio de Jesús Gómez Uribe”* (fl. 172,c.p).

17.16.2.2. Del acervo probatorio recaudado se demuestra la existencia de varios hechos indicadores, que analizados bajo los parámetros de la sana crítica y las máximas de la experiencia, permiten concluir que en el expediente reposan elementos probatorios idóneos, concurrentes y pertinentes que estructuran una prueba indiciaria, y que desvirtúan las conclusiones a las que llegó la justicia penal militar. Tales hechos son:

17.16.2.2.1. Cerca del lugar de los hechos, en el alto de la “Quica” se presentó un uso de la fuerza letal por parte de los miembros de la policía, hechos respecto de los cuales los testigos señalaron de manera unánime que la víctima no tenía armas y que, por tanto, no pudo haber disparado en contra de los miembros de la policía nacional. Así se acreditó con las siguientes pruebas:

(i) El testimonio rendido bajo la gravedad de juramento por el Cabo Primero Alberto López Vásquez, comandante de policía del Municipio de Donmatias, ante la Fiscalía General de la Nación, Unidad de Fiscalía Delegada Ante el Juzgado Penal Municipal de Donmatias (*testimonio rendido el 27 de marzo de 2000, fl. 104 a 109, c.2*):

(...) Pregunta: ¿Informe al Despacho qué personal bajo su mando sabe usted disparó y contra qué o qué personas u objetos? Contestó: Haber en el momento de los hechos no pude, no vi quiénes dispararon, ya después en la verificación de las armas Seguro [Machado William] dijo que había disparado, lo mismo Cortés (...) (se subraya).

(ii) El anterior testimonio es confirmado por la declaración rendida bajo la gravedad de juramento por el señor Nevardo Orrego Calle ante el Juzgado 55 de Instrucción Penal Militar, quien presenció el desenlace de la situación fáctica (fl. 37, c.2):

(...) ¿Sírvese decir si usted le conoció algún arma con anterioridad al señor Fernando o alguno de los otros que viajaban en el Toyota, en caso positivo sírvase a decir qué clase? Contestó: esa gente ha sido muy pacífica, si la tenían nunca me la llegaron a mostrar o comentar. Pregunta ¿Diga al despacho aproximadamente cuántas detonaciones se escucharon? ¿Si usted diferenció si todas eran con armas de largo alcance o con arma de corta? Contestó: sonaron varias detonaciones de diferentes sonidos, por un lapso de 15 segundos. Pregunta: ¿manifieste si usted conocía el vehículo Toyota de placas LGG 438, se aclara, al propietario de éste y si tenía algún arma de fuego? Contestó: sé quién es el dueño del carro, Orlando López Gallego, pero nunca le conocí armas. Pregunta: ¿manifieste cuántos agentes observó usted al momento de producirse los disparos, si estaban uniformados, y qué tipo de armamento tenían éstos? Contestó: todos estaban uniformados pero no sé cuánto ni tampoco de su descripción, después de los disparos si vi que uno tenía un changón y los otros fusiles, armas normales con culatín retráctil. Pregunta: ¿exprese si usted en el lugar de los hechos observó algún arma de alguno de estos particulares? Contestó: de ellos no observé absolutamente nada. Pregunta: ¿exprese cómo era la visibilidad en el momento de la ocurrencia de los hechos? Contestó: con muy buena luz, ya que hay cuatro lámparas incluyendo otra que está donde quedó la Toyota, por eso había buena visibilidad (...) Quiero agregar que en el momento de la ocurrencia de los hechos me encontraba en estado normal ya que no pude beber por problemas del riñón. No siendo otro el objeto de la misma, se da por terminada y una vez leía y aprobada se firma en constancia como aparece (se subraya).

(iii) En lo concerniente al arma que presuntamente se encontró al interior del vehículo, con la que la víctima habría disparado, la declaración rendida bajo la gravedad de juramento por José Avelino Saldarriaga el 25 de marzo de 2000 ante el Juzgado 55 de instrucción penal militar es consonante con las anteriores:

Acababa de ver una película en mi casa ubicada a noventa o cien metros de las partidas, quedando en intermedio la casa donde se realizó el baile, no podía conciliar el sueño por la fiesta y por el regreso de los hijos que estaban allí, y a eso de las dos de la mañana escuché un tiroteo, cogí el teléfono y llame ahí mismo a mi cuñado Nevardo, me contestó Bibiana y le pregunté qué había pasado y me dijo que habían matado a un señor en las partidas, le dije que se viniera inmediatamente para acá y entonces salí hacia allá en pantaloneta y me encontré una patrulla estacionada diagonal a mi casa le pregunté al Cabo de aquí de Donmatías que había pasado y me dijo que nada, que tranquilo, él se encontraba al pie de la patrulla y otros policías estaban dispersos en todo el área, mi cuñado venía corriendo y me dijo que habían matado a Orlando y que habían otros tres heridos, inmediatamente Nevardo prendió el carro y se fue hacia las partidas a auxiliar, yo también fui y ya habían echado a Fernando y a otro herido, Algiro, en una patrulla y se los habían llevado, decían que había más gentes dentro del carro y estaba un muchacho Carlos estirado, agonizando prácticamente, y Jairo el hermano de Fernando lo montaron en la patrulla que ya retrocedía y los llevaron hacia Donmatías (...) Pregunta: ¿manifieste cuántos agentes del orden observó usted una vez escuchó los disparos y en qué estado físico y psíquico estaban estos?. Contestó: habían como unos nueve y estaban muy nerviosos [...] Pregunta: ¿expresé si usted observó que en el interior del automotor de color rojo, de placas 438 se hubiera observado alguna arma? Contestó: nosotros alumbramos mucho, incluso yo con una linterna y no había ninguna arma, inclusive de la vial también habían y nos decían que no tocáramos mucho (...) Pregunta: ¿manifieste si usted conoció que alguno de estos señores que iban en la Toyota roja, o al igual que el dueño de éste tuvieran alguna arma de fuego? Contestó: Nunca les vi arma de fuego a ninguno, eran normales todos, los conocía muy a fondo ya que son de la zona, trabajadores (se subraya).

(iv) La declaración rendida bajo la gravedad de juramento ante el Juzgado Penal Municipal de Donmatías por uno de los acompañantes de la víctima, señor Argirio de Jesús Gómez Uribe, quien resultó lesionado, precisó (fl. 91 a 92, c.2):

Me recuerdo que salimos de los estaderos a horas de la noche, y luego, ya íbamos para la finca, nos dio por entrar íbamos a entrar a una casa y no resolvimos entrar, se reversó el carro y luego en

toda la partida nos cogieron a candela el carro por la parte de atrás, ahí quedó todo porque ya llegamos al hospital. Pregunta: ¿qué personas en esos momentos del ataque iba conduciendo el carro? ¿Clase de vehículo en el que ustedes se transportaban? Contestó: iba Fernando López. Era una Land Cruiser, color como rojo, el carro es de un hermano de él. Pregunta: Manifieste al despacho si iban rápido o a qué velocidad se desplazaban. Contestó: No. En el momento que nos cogieron a candela íbamos a una velocidad apenas arrancando el carro (...) Pregunta: ¿manifieste en qué momento la policía les hizo señal de pare? Contestó: ya cuando habían dos muertos., ya estaban heridos todos y paramos. Es que ellos hicieron como dos tiros al aire. El carro paró y ahí mismo reaccionaron ellos cogiendo el carro a candela. La orden de pare de ellos fue atroz, “un pare atroz”. Pregunta: ¿por qué cree usted que les disparó la policía?: Contestó: pues algo les pasó, ellos en ese momento algo les pasó porque el carro no había tenido ni una orden de pare ni nada. (...) Pregunta: ¿manifieste si ustedes traían armas y si las accionaron? Contestó: no, ninguna clase de arma. Nos resguardamos a los tiros a ver si nos favorecíamos. (...) Pregunta: ¿cuánto tiempo estuvieron en esa casa, quién más había en esa casa conocidos de ustedes y por qué se fueron de esa casa? Contestó: Íbamos a entrar a esa casa pero no quisimos entrar, porque teníamos que ir trabajar, como nos habían invitado a una fiestecita, ahí vive un señor Nevardo y mucha gente pero no conozco (se subraya).

(v) A propósito del hecho de que las víctimas eran conocidas del sector y desarrollaban en ese lugar sus labores económicas, la declaración rendida bajo la gravedad de juramento por Bibiana Saldarriaga Orrego, residente en la Vereda Alto de la “Quica” (fl. 36, c.2), reseñó:

Pregunta: ¿Haga al despacho una narración de los hechos ocurridos en la madrugada del día de hoy, donde fueron dados de baja dos sujetos que se desplazaban en un campero de color rojo, en el sector del Alto de la “Quica”? Contestó: lo que pasa es que nosotros teníamos una reunión en la casa de mi tío ubicada más o menos a treinta metros de la mía, faltaban como diez minutos para las dos de la mañana, ya íbamos a apagar para venimos las mujeres y cuando menos pensamos escuchamos un tiroteo y nos escondimos dentro de la casa. Cuando ya todo se calmó salimos todos, la mayoría se fueron para la partida que queda más arriba y yo me quedé en la casa, no quise ir del miedo. Pregunta: ¿Diga exactamente en qué sitio estaba cuando escuchó las detonaciones? Contestó: yo estaba sentada en el comedor, precisamente apagando el equipo. Pregunta: ¿Diga al despacho una vez ocurridos los hechos qué posición tenía el personal de la Policía al igual que el vehículo de estos con respecto al vehículo rojo? Contestó: estaban detrás del carro de la Policía, lo dejaron diagonal a la casa de nosotros (...) Pregunta: ¿manifiéstele al despacho si usted conocía a las personas que viajaban en el vehículo y si habían sido invitadas a la reunión que ustedes tenían

y si habían ingreso a la misma? Contestó: Las personas que viajaban en el vehículo yo si las conocía, al señor fallecido que le decían Peligro, él trabajó en el estadero Metro Norte, o mejor es el dueño y lo arrendó hace dos meses, el otro fallecido también lo conocía, el trabajó en Ronizal, otra finca de esta vereda, el herido es hermano de Peligro y vive al frente de la autopista, a mano izquierda, y el otro que resultó herido no sé quién era, yo organicé la fiesta pero a ellos no los había invitado, de pronto Nebardo mi tío. Ellos no ingresaron a la fiesta en ningún momento”.

17.16.2.2.2. La Sala pone de presente que en el material probatorio analizado obra una prueba directa del análisis instrumental para residuos de disparo por absorción atómica de la víctima, señor Luis Fernando López, la cual arrojó un resultado positivo en la mano derecha (fl. 201, c.2). Al respecto no es suficiente para acreditar la repelida causal de exoneración de responsabilidad por el hecho exclusivo y determinante de la víctima, y calificar la situación como una legítima defensa, por cuanto: (i) el informe de balística no retrata de manera inmediata el desenlace de los hechos, ya que estos acaecieron en la madrugada del 25 de marzo del año 2000 a las 2:00 a.m. y la toma de la muestra se realizó hacia las 15:45 horas, esto es, 12 horas después; y (ii) es difícil pensar que una persona que conduce un vehículo en horas de la madrugada y en estado de aparente alcoholemia tenga la capacidad de disparar simultáneamente con la mano derecha un arma de fuego, máxime cuando el mismo comandante de la estación de Donmatías, Cabo Primero Alberto López Vásquez, en su declaración juramentada asegura que ningún uniformado de los comandos de Donmatías y de Santa Rosa de Osos resultó herido y, además, que después del desenlace de los hechos en la madrugada, se encontró el arma debajo del conductor del vehículo⁸⁵.

⁸⁵ El acta de inspección del vehículo Land-Cruiser, color rojo, que se realizó el día 25 marzo de 2000 a las 7:00 am (fl. 131, c.2) por el Jefe de la Unidad Investigativa C.T.I., y el Fiscal 29 Seccional de Santa Rosa de Osos y 75 del municipio de Donmatías reveló que se encontró un “revólver calibre 22 con cinco cartuchos y cuatro vainillas, el cual estaba debajo de la silla del conductor, marcado con el número 2362200, cachas de madera”.

17.16.2.3. La Sala considera plausibles los planteamientos esgrimidos por el Ministerio Público⁸⁶ y la sentencia de primer grado, en el sentido de que si bien es cierto se pudo haber encontrado en la inspección que se realizó al vehículo un arma y la prueba de absorción fue positiva, no obra prueba contundente de que el arma haya sido disparada por los pasajeros del vehículo marca Toyota, color rojo, contra los agentes del orden. Además no tiene coherencia el argumento de la legítima defensa esgrimida por la entidad demandada en la medida que los policías no afrontaron ninguna amenaza o peligro inminente, pues no solo los ocupantes estaban desarmados, sino que el tipo de armamento oficial era de largo alcance y el número de hombres uniformados era superior al de los tripulantes del vehículo particular.

17.16.2.4. Está entonces demostrado que se presentó un uso excesivo de la fuerza letal que, a la postre, finalizó por privar arbitrariamente de la vida a quienes en realidad no ofrecían peligro y, dado el caso de que se hubiese demostrado una infracción legal, lo cierto es que los policías no debían haber tomado la decisión de hacer un uso extremo de la fuerza, y privarlos de la vida.

⁸⁶ “El punto central de discusión y que constituye el quid del planteamiento hecho en el recurso se remite a la existencia o no de la culpa de la víctima en cuanto habría utilizado un arma de fuego que tenía dentro del vehículo y que la parte accionada considera se demuestra con la prueba con la prueba de absorción atómica con resultado positivo; pues ninguna duda u objeción plantea la recurrente en torno al régimen de responsabilidad aplicado por el a quo [falla en el servicio]// Sin embargo, dentro de la prueba legal y oportunamente allegada al proceso [...] así como de los hechos y circunstancias aceptadas por las partes, lo único que queda claro es que el 25 de marzo de 2000 se produjo la muerte de Luis Fernando López, que ello se debió a impactos de arma de fuego que recibió de los policiales y que no existe certeza sobre la utilización por parte de los ocupantes del Toyota del arma de fuego que al momento de practicar el levantamiento de los cadáveres fue hallada dentro de la guantera del automotor (...) En estas condiciones, para el presente proceso lo que queda claro es que la muerte se produjo durante el confuso cruce de disparos entre dos patrullas policiales que seguramente creyeron que quienes ocupaban el vehículo atacado eran las mismas personas que, momentos antes habían atracado un bus intermunicipal, lo cual se fundamentó en su reticencia para acatar sus llamados a detenerse y al exceso de velocidad en que se desplazaban; sin que de tales eventos per se puede colegirse la culpa exclusiva de la víctima, ni siquiera aunándolas al hecho de haberse encontrado un arma que había sido disparado dentro del automotor, pues la propia entidad accionada admite que ésta se hallaba dentro de la guantera, condición que determinaría que su utilización no pudo ocurrir durante el desenlace del iter mencionado” (aportes del concepto rendido por el Ministerio Público el día 14 de marzo de 2006 –fl. 207 a 214, c.p).

17.16.3. Los agentes incurrieron durante el procedimiento de policía en un uso desproporcionado de la fuerza letal, comportamiento ajeno a sus funciones constitucionales y legales

17.16.3.1. Con fundamento en el acervo probatorio que obra en el expediente, se concluye que la fuente material del daño soportado por el señor Luis Fernando López Gallego, al resultar muerto en un procedimiento de policía, fue producto del uso de la fuerza letal en la actividad de policía desplegada por los miembros de la fuerza pública en servicio activo.

17.16.3.2. La participación de la víctima no fue idónea ni eficiente, lo que permite colegir que la única fuente del menoscabo del derecho por ella padecido provino del procedimiento de policía, quien no demostró que su actuación haya sido la más conducente a preservar la vida de las personas que pretendía requisar o inmovilizar. Si bien el procedimiento de policía se desarrolló en cumplimiento de un deber legal, el uso de la fuerza letal no fue una reacción de legítima defensa, en consecuencia, es posible afirmar que se usó de manera arbitraria y desproporcionada la fuerza letal, sin que obre otro medio conducente de prueba en el plenario que permita erigir una hipótesis diferente.

17.16.3.3. De conformidad con esto, cabe traer a colación, en este punto, lo consagrado en el artículo 30 del Código Nacional de Policía, a cuyo tenor:

ARTICULO 30. Para preservar el orden público la Policía empleará sólo medios autorizados por ley o reglamento y escogerá siempre entre los eficaces, aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes. Tales medios no podrán utilizarse más allá del tiempo indispensable para el mantenimiento del orden o su restablecimiento.

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

17.16.3.4. En consonancia con lo anterior, esta Corporación si bien ha sostenido que la legítima defensa es una causal de exoneración de

responsabilidad de la administración⁸⁷; no ha aceptado que el uso de la fuerza sea utilizado como primer recurso, máxime, en situaciones como la que nos ocupa. Así lo consideró, por ejemplo, el Consejo de Estado en sentencia del 27 de julio de 2000:

Se agrega que aún en el evento de que los señores Orlando y James Ospina hubieran sido delincuentes y que pretendieran extorsionar a la señora Mélida Díaz, 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 personas⁸⁸.

17.16.3.5. De acuerdo a lo anterior, es pertinente aceptar la hipótesis con la cual la sentencia de primera instancia señala que los uniformados usaron de manera desproporcionada la fuerza, afirmación que permitiría lógicamente imputar responsabilidad a la entidad demandada por falla en el servicio.

17.16.3.6. En suma, teniendo en consideración que no se probó por parte de la entidad demandada que la muerte del señor Fernando López Gallego ocurrió en el marco de un procedimiento de policía como una reacción de defensa legítima de los uniformados, está acreditada la falla del servicio, participación que contribuyó de manera relevante en la producción del daño, debido a que los policías dispararon indiscriminadamente sus armas de largo alcance de manera irresponsable; razón por la cual es razonable concluir que la policía incurrió en un uso excesivo y desbordado de la fuerza letal, máxime cuando, como quedo acreditado con las pruebas válidamente recaudadas en el proceso contencioso administrativo, que el empleo de

⁸⁷ Al respecto, ver por ejemplo, sentencia del 19 de febrero de 1999, rad. 10459 y del 10 de marzo de 1997, rad. 11134, M.P. Ricardo Hoyos Duque; del 31 de enero de 1997, rad. 9853, del 12 de diciembre de 1996, rad. 9791, del 21 de noviembre de 1996, rad. 9531, M.P. Daniel Suárez Hernández y de 14 de julio de 2004, M.P. Alier Hernández Enríquez, rad. 14902.

⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de julio de 2000, rad. 12788, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

esta no se hizo de manera proporcional a la presunta agresión que padecieron los uniformados.

17.16.3.7. En este estado de cosas, al constatar que la causa eficiente del daño fue el uso letal y desproporcionado de la fuerza, la entidad demandada debe ser declarada responsable y, por ende, el débito resarcitorio alegado por el demandante tiene vocación de prosperar.

17.16.3.8. Por estas razones, la Subsección decide apartarse, por las particularidades que presenta este caso, del precedente trazado por la sentencia del 14 de julio de 2001⁸⁹ y ratificado por la decisión del 9 de abril de 2014⁹⁰, en la que se sostuvo que debe aplicarse el régimen de responsabilidad objetiva cuando se trata de daños por armas de dotación oficial⁹¹.

17.16.3.9. En conclusión, haciendo un análisis integral del plenario, la Sala no encuentra acreditado el hecho exclusivo y determinante de la víctima y, por tanto, no es de recibo el argumento que los policías justifican la muerte de la víctima bajo la causal de la legítima defensa. *Contrario sensu*, lo que se puede colegir de las probanzas, es que los uniformados, en desarrollo de un procedimiento de policía, hicieron uso arbitrario de la fuerza letal en contra del señor Luis Fernando López Gallego, acabando con su vida.

⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de julio de 2001, rad. 12696, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁹⁰ Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia del 9 de abril de 2014, rad. 29811, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁹¹ “Ahora bien, la Sala ha estimado que en aquellos casos en los que se debate la obligación del Estado de indemnizar el perjuicio generado por la utilización de armas de dotación oficial, se debe aplicar el sistema objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional, toda vez que el Estado asume los riesgos a que expone a la sociedad con ocasión de la utilización de artefactos peligrosos o por el desarrollo de actividades de igual naturaleza. En tal sentido, para efectos de determinar la responsabilidad, resulta irrelevante el análisis de la licitud o ilicitud de la conducta asumida por los agentes estatales, como quiera que es suficiente para imputar el daño antijurídico, a título de riesgo excepcional, la demostración de que este fue causado por el artefacto o por la realización de la actividad peligrosa cuya guarda se encontraba a cargo del Estado. Sin embargo, éste podrá ser exonerado de responsabilidad demostrando que la imputación no existe o es apenas aparente, cuando el hecho ha tenido ocurrencia por la intervención de un elemento extraño: fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima”, *Ibíd.*

17.16.3.10. La Sala pone de presente que al no existir un vínculo próximo y directo entre las funciones asignadas constitucional y legalmente a los miembros de la fuerza pública y el daño antijurídico por el cual se reclama indemnización en sede contencioso administrativa, la Fiscalía General de la Nación remitió sin fundamento el caso a la justicia penal militar, cuando en realidad de las probanzas se acreditaba la ruptura del nexo funcional.

17.16.4. En aras de preservar las garantías judiciales y los estándares de verdad, justicia y reparación a las víctimas, la justicia penal militar no tenía vocación para asumir la competencia

17.16.4.1. De la valoración del acervo probatorio está demostrado que no hubo un vínculo próximo y directo entre el daño antijurídico sufrido por las víctimas por la muerte del señor Luis Fernando López Gallego y las funciones asignadas constitucional y legalmente a los miembros de la fuerza pública. El uso de la fuerza letal no fue conmensurado a la presunta amenaza producida por las víctimas. Además, las declaraciones de varios policías involucrados en el homicidio de los civiles son disimiles e incoherentes y no concuerdan de manera uniforme con la situación fáctica, en la que dan a entender que los policías solo dispararon al aire, otros que a las llantas y otros que no dispararon, cuando en realidad en el vehículo aparecen varios impactos de fusil que indican que se buscaba privar del derecho fundamental a la vida a los ciudadanos que se encontraban allí. Por otra parte, el dictamen positivo de la prueba de absorción atómica realizada al cadáver no coincide con los testimonios entregados por el comandante de policía de la estación de Donmatías, ni con las declaraciones entregadas por residentes de la zona en las que se afirmó no haber visto al interior del vehículo ningún arma de fuego y que los ocupantes no dispararon en ningún momento.

17.16.4.2. Ante este déficit probatorio, que desestructura una legítima defensa por la cual se justificó la afectación de la vida e integridad física del señor Luis Fernando López Gallego, las investigaciones de hechos ocurridos en el contexto de procedimientos de policía en virtud de órdenes

legalmente proferidas por los comandantes debieron ser adelantadas por la jurisdicción ordinaria.

17.6.5. La Sala destaca que en el caso *sub judice* y en lo referente al uso de la fuerza, las operaciones que no tienen como propósito atacar un objetivo militar definido y autorizado están sujetas al marco jurídico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos –DDHH-, en el que el uso de la fuerza debe ser siempre el último recurso, a diferencia de las operaciones que tienen como propósito un objetivo militar y están inmersas en actos de guerra, se sujetan a las normas del Derecho Internacional Humanitario - D.I.H - , cuyo marco jurídico autoriza por razones de ventaja militar y factor sorpresa a hacer uso de la fuerza letal como primer recurso, bajo el cumplimiento de las condiciones que impone este derecho especial.

17.6.6. Así las cosas, si bien el uso de la fuerza en el marco del D.I.H puede ser el primer recurso por la ventaja militar⁹², se debe circunscribir la

⁹² En el informe sobre terrorismo del año 2002, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos identificó los principios generales del derecho humanitario que se aplican a cualquier tipo de conflicto armado, y los explicó así: “110. Además, si bien hay una norma de proporcionalidad aplicable en tiempos de paz y durante situaciones de conflicto armado, la misma tiene distinto significado y consecuencias en cada contexto. Por lo tanto, en tiempos de paz, el principio de proporcionalidad establece que el uso de la fuerza debe ser proporcionado a las necesidades de la situación. En el derecho internacional humanitario, por su parte, el principio de proporcionalidad prohíbe “los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”. El concepto de proporcionalidad es inherente a los principios complementarios del derecho consuetudinario de necesidad y humanidad, que informan el derecho que rige la conducta de todos los conflictos armados. El principio de necesidad justifica sólo las medidas de violencia militar no prohibidas por el derecho internacional, que son relevantes y proporcionadas para garantizar el pronto sometimiento del enemigo con el menor gasto posible de recursos humanos y económicos. El principio de humanidad complementa y limita intrínsecamente el principio de necesidad, al prohibir las medidas de violencia que no son necesarias (es decir, relevantes y proporcionadas) para el logro de una ventaja militar definitiva. De modo que el principio de humanidad conlleva la prohibición específica de un sufrimiento innecesario, el requisito de la proporcionalidad y confirma la inmunidad básica de las poblaciones civiles y que los civiles sean objeto de ataques durante los conflictos armados. En consecuencia, estos principios del derecho consuetudinario prohíben los ataques desproporcionados y de otro tipo, y exigen que la parte que lanza un ataque contra un objetivo militar legítimo debe siempre tratar de evitar o reducir al mínimo las bajas civiles y el daño a objetos civiles previsibles. Aunque

actividad militar y bélica a las exigencias del Derecho Internacional Humanitario (DIH), regidas por el respeto absoluto al principio de proporcionalidad, distinción, necesidad y humanidad, establecidos para Colombia en el Protocolo II, en relación con los conflictos armados, y el art. 3º común a los Convenios de Ginebra. Es importante también destacar que para la Corte Internacional de Justicia⁹³ existen tres principios fundamentales que configuran el *corpus* del derecho humanitario, a saber: i) la protección de civiles; ii) la prohibición de causar sufrimientos innecesarios a los combatientes; y iii) la *cláusula Martens*⁹⁴.

17.6.7. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos condiciona el uso de la fuerza en operaciones militares a tres exigencias: excepcionalidad, proporcionalidad y racionalidad; y ha instado a los Estados para que adopten las siguientes medidas, a saber⁹⁵: i) la creación de un

este principio busca minimizar el daño infligido a los civiles, no se aplica, sin embargo, para limitar el daño infligido a combatientes u objetivos militares. Mientras debe reconocerse el carácter distinto del principio de proporcionalidad aplicable conforme al derecho internacional humanitario, puede, no obstante, decirse que el daño o lesión excesivo previsible a ciertas personas u objetos está prohibido tanto en tiempos de paz como en un conflicto armado.” Cfr. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. Informe del 22 octubre 2002. OEA/Ser. L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr (se subraya).

⁹³ “78. Los principios cardinales contenidos en los textos que constituyen la esencia del derecho humanitario se enumeran a continuación. El primero, relacionado con la protección de la población civil y los bienes de carácter civil, distingue entre combatientes y no combatientes; los Estados no deben nunca hacer objeto de sus ataques a los civiles y, por consiguiente, no deben utilizar jamás armas que no permitan distinguir entre objetivos civiles y objetivos militares. De acuerdo con el segundo principio, está prohibido causar daños superfluos a los combatientes: así pues, no se permite utilizar armas que les causen esos daños o queacentúen innecesariamente su sufrimiento. En aplicación de ese segundo principio, los Estados no gozan de libertad ilimitada de elección en cuanto al tipo de armas que utilizan”. Corte Internacional de Justicia sobre el uso y amenaza de las armas nucleares, 8 de julio de 1996 (A/51/218).

⁹⁴ La cláusula Martens, norma subsidiaria de gran importancia integradora de derecho internacional, ha sido reconocida por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 225 de 1995 en el siguiente sentido: “22- El preámbulo incluye también lo que la doctrina internacional ha conocido como la “Cláusula Martens”, esto es, el principio según el cual “en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”. Corte Constitucional, sentencia C-225 de mayo 18 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁹⁵ Neira Alegría y otros v. Perú, sentencia del 19 de enero de 1995.

marco jurídico que reglamente el uso de la fuerza letal por parte integrantes de la fuerza pública; *ii*) la capacitación de las tropas en tales procedimientos; y *iii*) un control posterior para verificar, en casos de duda, una posible muerte arbitraria⁹⁶.

17.6.8. Igualmente, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos ha determinado algunos criterios de limitación en lo concerniente al uso letal de la fuerza en la ejecución de operaciones militares, tales como *i*) la existencia de una amenaza equivalente⁹⁷; *ii*) la interdicción de ataques intencionales e indiscriminados contra civiles⁹⁸; *iii*) la obligación de minimizar la pérdida incidental de vidas civiles⁹⁹ y; *iv*) la obligación de proveer criterios claros a los agentes del Estado sobre el uso de la fuerza¹⁰⁰.

17.6.9. A título meramente ilustrativo, la Sala recuerda que recientemente, en 2009, se expidió el manual de derecho operacional, disposición que recoge y compila para el ordenamiento interno los instrumentos internacionales sobre regulación del uso de la fuerza letal. Este manual es una norma de derecho blando expedida al amparo de una norma previa habilitante (Decreto 1605 de 1988), tiene un efecto jurídico *ad-intra*¹⁰¹ por

⁹⁶ Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) v. Venezuela, sentencia del 5 de julio de 2006.

⁹⁷ Gülec v. Turquía, sentencia del 27 de julio de 1998 (Application n°. 54/97).

⁹⁸ Isayeva, Yusupova y Bazayeva v. Rusia, sentencia del 24 de febrero de 2005 (Applications n°. 57947/00, 57948/00 and 57949/00).

⁹⁹ Ergi v. Turkey, sentencia del 28 julio de 1998 (Application n°. 66/97).

¹⁰⁰ Makaratzis v. Grecia, sentencia del 20 de diciembre de 2004 (Application n°. 50385/99).

¹⁰¹ “Las circulares y las instrucciones, así como las órdenes de servicios son las formas más desarrolladas de *soft law ad intra* previstas en el derecho público. Tradicionalmente han servido para establecer normas internas de organización y conducta, dirigidas a los servidores públicos que integran las estructuras administrativas. Asimismo han sido los instrumentos normativos que han dado contenido a las relaciones de sujeción especial, como las existentes entre los presos y centros penitenciarios, enfermos y centros sanitarios, o alumnos y centros educativos”. Cfr. SARMIENTO, Daniel. *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la administración*, Civitas, Madrid, 2008, p. 108.

las características especiales de la relación de sujeción¹⁰², como se presenta en el caso de las fuerzas militares. Según los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales, este manual recuerda a los miembros de la fuerza pública la existencia de un *modus operandi* en lo relativo al uso de la fuerza en las operaciones militares, las cuales se dividen en dos tipos generales: i) operaciones en escenarios de hostilidades, dirigidas contra un objetivo militar debidamente identificado, relacionado necesariamente con un grupo armado organizado al margen de la ley, cuyo marco jurídico autoriza el uso de la fuerza como primer recurso y ii) operaciones para el mantenimiento de la seguridad, las cuales no están dirigidas contra un objetivo militar específico, en el que el uso de la fuerza debe ser siempre el último recurso.

18. Conclusión

18.1. Toda vez que se encuentra establecida la responsabilidad estatal en los hechos que fueron sustento de las pretensiones en el presente proceso, se impone confirmar la sentencia apelada y, en consecuencia, se determinará la indemnización de perjuicios procedente, en el marco de las pretensiones resarcitorias formuladas por los accionantes en reparación, con observancia del principio de la *non reformatio in pejus*.

E. Liquidación de perjuicios

19. En relación con el **daño moral**, tal como se dijo en apartes anteriores, el mismo consiste en los sentimientos de congoja y dolor padecidos por los demandantes, con ocasión de la muerte del señor Luis Fernando López Gallego ocurrida el 25 de marzo de 2000, por las heridas mortales

¹⁰² Según López Benítez, las relaciones especiales de sujeción son “las relaciones jurídico – administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico particular que se traduce en un especial tratamiento de libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación”. LOPEZ BENITEZ, Mariano. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994, p. 161.

ocasionadas con arma de fuego de dotación oficial en zona rural del municipio de Donmatías, Antioquia.

19.2. Cabe precisar al respecto que lo procedente es que la Sala fije en salarios mínimos la indemnización de perjuicios de orden moral a favor de los peticionarios¹⁰³, con aplicación de la facultad discrecional que le asiste frente a estos casos¹⁰⁴, la cual está regida por los siguientes parámetros: i) la indemnización del perjuicio se hace a título de compensación, pues “... *la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia...*”¹⁰⁵, mas no de restitución ni de reparación; ii) la tasación debe realizarse con aplicación del principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; iii) la determinación del monto debe estar sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso y que están relacionados con las características del perjuicio; y iv) debe estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad¹⁰⁶.

19.3. En el presente caso la existencia del perjuicio moral padecido por los demandantes, está acreditada directamente con los testimonios practicados dentro del trámite y, además, por aplicación de las reglas de la experiencia relacionadas con el dolor que indudablemente padecieron los accionantes con el fallecimiento de su pariente cercano. Ello hace procedente que, en

¹⁰³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, rad. 13232 y 15646, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁰⁴ Dicha facultad discrecional debe ser ejercida de acuerdo con los lineamientos de la jurisprudencia de la Sala, los cuales “... *descartan toda fórmula mecánica o matemática y antes ilustran que esa decisión debe considerar las circunstancias que rodean los hechos y enmarcarse por los principios de razonabilidad...*” (sentencia del 16 de junio de 1994, rad. 7445, M.P. Juan de Dios Montes Hernández. Igualmente puede verse, entre otras, la sentencia del 11 de febrero de 2009, rad. 14726, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, rad. 13232, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007, rad. 16205, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

19.4. De otra parte, en lo atinente con el **daño emergente** se procederá a reconocer a la señora Gloria Edilma Correa López la suma pagada por concepto de gasto de entierro del señor Luis Fernando López Gallego, de acuerdo con la factura de venta n.º 0163 del 5 de abril del 20020 de ADEVOL –Funeraria Solidaridad- por valor de un millón cuatrocientos quince mil pesos (\$ 1.415.000,00) y ciento cincuenta mil pesos (\$150.000,00), correspondiente a recibo de la Parroquia de Nuestra Señora del Rosario de Donmatías, para un total de un millón quinientos sesenta y cinco mil pesos (\$1.565.000,00), suma que se actualizará de acuerdo con la siguiente formula financiera aplicada por la Corporación:

Actualización de la renta:

$$V_a = V_h \frac{I_{pc} (f)}{I_{pc} (i)}$$

Vh	=	Valor histórico, esto es, \$1.565.000,00
Va	=	Valor actualizado

¹⁰⁷ Ver, entre otras, la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –Subsección “B”–, sentencia del 5 de abril de 2013, rad. 27281, M.P. Danilo Rojas Betancourth, rad. 27281. En dicho caso, la Sala reconoció una indemnización de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de sus progenitores.

lpc (f)	=	Es el índice de precios al consumidor final, es decir, 116,80 que es el correspondiente a mayo de 2014.
lpc (i)	=	Es el índice de precios al consumidor inicial, es decir, es el que correspondió al mes de abril del 2000, mes y año en que se pagaron dichas sumas de dinero (60,67).

Va=
\$1.565.000,00

116,80
60,67

Va=
\$3.012.889

19.5. En conclusión, la señora Gloria Edilma Correa López recibirá por concepto de daño emergente la suma de TRES MILLONES DOCE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS (3.012.889).

19.6. En la demanda se solicita se condene a la Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional a pagar la suma de \$3.851.505 por concepto de perjuicios causados por los disparos al campero Land Cruiser, color rojo, placas LGG 438, de propiedad del señor Jairo León López Gallego (fl. 258 y 259, c.2) discriminados, así: \$851.805 –valor de las llantas – y \$3.000.000,00 por reparación del vehículo.

19.7. Al respecto, la sentencia de primer grado precisa que de conformidad con el acápite de pruebas obra diligencia de inspección practicada el 25 de marzo de 2000 por el Juzgado 55 de Instrucción Penal Militar, en la que se consignó lo siguiente:

En la fecha, siendo las 7:35 horas, procedió el despacho a desplazarse a la vereda “Alto de la Quica”, jurisdicción de este municipio, con el fin de realizar inspección al lugar de los hechos donde se presentó un incidente en la madrugada del día de hoy, donde resultaron muertas dos personas y dos más lesionadas. Una vez realizado el recorrido en vehículo, de aproximadamente cuatro (4) kilómetros por vía, pavimentada que conduce a la localidad de Santa Rosa de Osos, se llega a una curva amplia denominada Las Partidas, por una vía antigua, destapada, que conduce a Donmatías, y al lado derecho de esta carretera se observan viviendas construidas en material y tejas de eternit. En frente de la primera casa, propiedad de la señora Bernarda Mesa Duque, identificada con la cédula de ciudadanía n.º 21.998.099 expedida en San Carlos, se aprecia un vehículo campero Land Cruiser, color rojo, de placas LGG438, con las ruedas laterales

derechas y la trasera del mismo lado desinfladas, apreciándose tres impactos de bala, con orificio de entrada en rin delantero derecho; impacto en el parabrisas, parte derecha; impacto en la puerta derecha con dirección de atrás hacia adelante; destrozado el vidrio de la puerta derecha, apreciándose sangre en el estribo de la misma y en su interior sangre sobre el cojín (sangre) y al pie de este una botella de aguardiente; impacto de entrada vidrio ventanilla trasera, sobre la llanta de repuesto e impacto en la puerta trasera, izquierda; dos impactos horizontales en guardabarros derecho, trasero; en la puerta del portal de entrada hacia la residencia; frente al cual quedó el automotor con dirección Donmatías-Santa Rosa de Osos, se aprecia huellas de sangre (...).

19.8. Igualmente, señala el juez de primer grado que se observa recibo por valor de tres millones de pesos pagado al taller mecánico del señor Raúl Lopera, con fecha enmendada, 25 de agosto de 2000, por concepto de “arreglo de vidrio y pintada de carro, (marca) toyota, modelo 1985, de placa LGG 438” (fl. 22, c.1) y la factura de venta n. ° 0197215 del 11 de julio del 2000 expedida por Autollantas Nutibara, en la cual no se determina ni la clase de vehículo ni la placa del mismo.

19.9. Pese a lo anterior, encuentra la Sala que en el proceso no existen fundamentos objetivos suficientes que permitan cuantificar el daño material que fue padecido por el señor Jairo León López Gallego. La acreditación de la cuantía del perjuicio es incompleta, de las pruebas allegadas al proceso se denotan fechas enmendadas y sin una identificación plena y cierta del vehículo reparado. Es decir, hay certeza sobre los daños al vehículo, pero no sobre el *quantum* del perjuicio material. Adviértase que el hecho de que en el proceso no se hallen los criterios para cuantificar el perjuicio, sí se acreditó que se produjo un daño antijurídico cierto y personal. Así entonces, no es posible negar las pretensiones de la demanda indemnizatoria por daño emergente pues, como lo ha dicho la doctrina, es necesario distinguir los conceptos de certeza del daño y de cuantificación del perjuicio, de tal forma que es posible que un daño cierto no sea cuantificable con las pruebas que obran en el proceso y que, en todo caso, sea factible que surja la responsabilidad, evento en el cual deberá el juez declarar en abstracto la

condena, y fijar los criterios que sean necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio¹⁰⁸.

19.10. Por esta carencia probatoria que no permite establecer con certeza la cuantía concreta de los perjuicios materiales que debe decretarse a cargo de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, la Sala decidirá, como lo resolvió en su momento la primera instancia, una condena *in genere*, en observancia de los parámetros que para tal efecto establece el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo. La citada norma dispone:

Condenas en abstracto. *Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en los artículos 178 del Código contencioso Administrativo y 137 del código de Procedimiento Civil.*

Cuando la condena se haga en abstracto, se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de aquél o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación.

¹⁰⁸ Al respecto dice Henao Pérez: “Ahora bien, probada la existencia del daño en el proceso, de todas formas no se requiere probar en el mismo su cuantía para que la responsabilidad sea declarada. Como lo ha afirmado la jurisprudencia Colombiana, “una cosa es la ausencia de prueba del perjuicio y otra cosa es la falta de los elementos para hacer su tasación”. En efecto, en el primero de los casos se profiere una decisión desestimatoria, en tanto que en el segundo una condena *in genere*, la cual se resuelve en un incidente de liquidación de perjuicios que se permite en la jurisdicción contenciosa administrativa de conformidad con el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo. La diferencia entre los dos requisitos es importante, en la medida en que bien puede ocurrir que se pruebe el daño, pero sea difícil, por no decir imposible, probar su cuantía, caso en el cual, como ya se ha dicho, bien se puede aplicar el estándar mínimo del daño. Aún más, bien puede ocurrir, si se acepta la posición que aquí se toma, que en el incidente de liquidación de perjuicios el actor solicite que se aplique de oficio el estándar mínimo de daño, para que el juez desate el mismo en lugar de declarar extinguida la obligación y, también, que al igual que ocurre en el procedimiento civil, se inicie el abandono del incidente gracias a la técnica sugerida. Es claro, entonces, que si se ha establecido la existencia del daño, su cuantificación es un problema secundario que en últimas puede suplirse por presunciones que tendrán por objeto expresar los estándares mínimos a los que ya nos hemos referido, y que serán aceptables en la medida en que la existencia del daño esté acreditada”. HENAO, Juan Carlos. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 42 y 43.

19.11. En este orden de ideas, el incidente se sujetará a los siguientes parámetros:

19.11.1. Para establecer el **daño emergente** se deberá, dentro del trámite del incidente de liquidación de la condena, ordenar y practicar un dictamen pericial por parte de un profesional de mecánica en vehículos automotores, mediante el cual se pueda i) determinar con base en a) las conclusiones de la inspección practica el 25 de marzo del 2000 por el Juzgado 55 de Instrucción Penal Militar (fl. 14, c.2), b) el acta de inventario del estado en el que se encontraba el vehículo al momento de los hechos (fl. 259, c.2) y c) las fotografías tomadas por el fiscal local de Donmatías del vehículo de placas LGG 438 (fl. 169 a 180, c.2), el valor de la reparación de los daños ocasionados por armas de dotación oficial al campero Land Cruiser, color rojo, placas LGG 438, n.º motor 3F-0101941 y chasis n.º FJ73-0002393; ii) establecer, con base en la factura de compraventa n.º 0197215 del 11 de julio del 2000 del Taller Autollantas Nutibara (fl. 25, c.1), las erogaciones económicas que debió hacer el demandante por las llantas instaladas al automotor en cuestión, tasación que comprenderá la mano de obra empleada.

19.12. En lo que concierne a **lucro cesante**, en el litigio se demostró que el señor Luis Fernando López Gallego sostenía económicamente a sus hijos - Jorge Andrés López Correa, Juan Fernando López Correa y Jhon Edison López Correa - y esposa - Gloria Edilma Correa López -.

19.12.1. **Renta:** Por no encontrarse acreditados los ingresos que el señor Luis Fernando López Gallego percibía mensualmente por labores propias de conducción de vehículos de servicio público, según los testimonios allegados al proceso, se tomará en cuenta para la liquidación del lucro cesante el valor de un salario mínimo legal mensual vigente para el momento en que la Sala de decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia profirió sentencia, cuya suma era de \$ 358.000, a la cual debe adicionarse el 25% por las prestaciones sociales que debía percibir, hecho lo cual deberá sustraerse el 25% que, se presume, el difunto

utilizaba para sus gastos personales, operación de la cual se obtiene la suma de \$ 335.625 pesos m/cte, que corresponde al ingreso base de liquidación. La contribución económica del occiso hacia su esposa será reconocida en un 50% (\$167.813) y para cada uno de sus hijos en la fracción correspondiente del restante 50% (\$55.938).

19.12.1.1. Del mismo modo, al final de las liquidaciones la Sala efectuará una comparación con lo decidido en la sentencia de primer grado - \$47'689.731 en conjunto para los cuatro demandantes - actualizado a valor presente¹⁰⁹, lo que arroja una suma de \$ 69.843.075, valor que, en atención y estricta sujeción al principio de la *non reformatio in pejus*, no podrá ser superado por las indemnizaciones que finalmente se reconozcan a título de lucro cesante en el presente fallo.

19.12.1.2. Al respecto, es menester mencionar que la competencia del juez *ad quem* está limitada para efectos de proferir el fallo respectivo por la garantía de la *non reformatio in pejus*, por virtud de la cual no resulta válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único, que en este caso es la entidad demandada, mediante la sentencia de primera instancia.

19.12.1.3. La garantía de la *non reformatio in pejus* que impide al juez de la segunda instancia agravar la situación del apelante único, encuentra expresa consagración constitucional en el artículo 31 de la Carta Política, a cuyo tenor:

Artículo 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

¹⁰⁹ Para estos efectos se tiene en cuenta la fórmula reiteradamente utilizada por la Sala, de acuerdo con la cual: *valor actualizado = valor histórico * {IPC final ÷ IPC inicial}*. Para septiembre de 2004, el índice de precios al consumidor fue de 79,75630, mientras que el último IPC certificado para la fecha de expedición del presente fallo, es de 116,80555.

19.12.2. **Periodo comprendido:** respecto de los hijos, desde fecha del daño hasta el día en que cada uno de ellos cumplan los 25 años de edad, así: i) para Jhon Edisón López Correa, la indemnización será por 248,09 meses, que corresponden a 20 años, 8 meses y 28 días, de acuerdo a su fecha de nacimiento, el 23 de diciembre de 1995; (ii) para Jorge Andrés López Correa, la indemnización será por 130,07 meses, que corresponden a 10 años, 10 meses y 23 días, de acuerdo a su fecha de nacimiento, el 18 de febrero de 1986; y (iii) para Juan Fernando López Correa, la indemnización será por 107,03 meses, que corresponden a 8 años, 11 meses, 11 días, de acuerdo a su fecha de nacimiento, 6 de marzo de 1984.

(i) Jhon Edison López Correa (hijo)

Indemnización consolidada o histórica: se establecerá a partir de la fórmula que reiterativamente ha sido instrumentada por la Sala, según la cual:

a. Indemnización consolidada o histórica:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Donde:

S = Es la indemnización a obtener

Ra = Es la renta o ingreso mensual actualizado que equivale a \$55.938

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período de la indemnización: desde el día de ocurrencia del hecho, esto es, 25 de marzo de 2000, hasta la fecha de la decisión de primer grado, esto es, 53,06 meses (13 de septiembre de 2004).

$$S = \$55.938 \frac{(1 + 0.004867)^{53,06} - 1}{0.004867}$$

S= \$ 3.377.229

b. Indemnización futura:

Que abarca el tiempo calculado para la indemnización total cuando alcance 25 años de edad (248,09), menos el tiempo reconocido por indemnización vencida (53,06), que arroja un resultado de 195,03 meses.

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n}$$

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta o ingreso mensual que equivale a \$ 55.938

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: 195,03

$$S = \$55.938 \frac{(1+0.004867)^{195,03} - 1}{0.004867 (1.004867)^{195,03}}$$

S= \$ 7.034.621

19.12.3. **En total**, la indemnización por lucro cesante a favor de Jhon Edison López Correa se calcula en diez millones cuatrocientos once mil ochocientos cincuenta pesos (\$ 10.411.850). Dicha suma es superior a lo reconocido por la sentencia de primer grado (\$ 8.342.707,00), por lo que se actualizará esta última, así:

$$Va = Vh \frac{Ipc (f)}{Ipc (i)}$$

Vh	=	Valor histórico, esto es, \$8.342.707
Va	=	Valor actualizado
Ipc	=	Es el índice de precios al consumidor final, es decir, 116,80 que

(f)		es el correspondiente a mayo de 2014.
lpc (i)	=	Es el índice de precios al consumidor inicial, es decir, es el que correspondió al mes de septiembre del 2004, mes y año en que se profirió la sentencia de primera instancia (79,75630).

$$Va= \$8.342.707 \frac{116,80}{79,75}$$

$$Va= \$12.217.570$$

(ii) Para Jorge Andrés López Correa (hijo)

a. Indemnización consolidada o histórica:

$$S= Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Donde:

S = Es la indemnización a obtener

Ra = Es la renta o ingreso mensual actualizado que equivale a \$ 55.938

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período de la indemnización: desde el día de ocurrencia del hecho, esto es, 25 de marzo del 2000, hasta la fecha de la decisión, esto es, 53,06 meses (13 de septiembre del 2004).

$$S= \$ 55.938 \frac{(1 + 0.004867)^{53.06} - 1}{0.004867}$$

$$S= \$ 3.377.229$$

b. Indemnización futura:

Que abarca el tiempo calculado para la indemnización total cuando alcance 25 años de edad (130,07), menos el tiempo reconocido por indemnización vencida (53,06), que arroja un resultado de 77,01 meses.

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n}$$

Donde:

- S = Es la indemnización a obtener.
- Ra = Es la renta o ingreso mensual que equivale a \$ 55.938
- i= Interés puro o técnico: 0.004867
- n= Número de meses que comprende el período indemnizable: 77,01

$$S = \$ 55.9.38 \frac{(1+0.004867)^{77.01}- 1}{0.004867 (1.004867)^{77.01}}$$

S= \$ 3.585.380

19.12.4. **En total**, la indemnización por lucro cesante a favor de Jorge Andrés López Correa se calcula en seis millones novecientos sesenta y dos mil seiscientos nueve pesos (\$6.962.609,00) Dicha suma es superior a lo reconocido por la sentencia de primera instancia (\$ 5.596.901,00), por lo que se actualizará esta última, así:

$$Va = Vh \frac{Ipc (f)}{Ipc (i)}$$

Vh	=	Valor histórico, esto es, \$5.596.901
Va	=	Valor actualizado
Ipc (f)	=	Es el índice de precios al consumidor final, es decir, 116,80 que es el correspondiente a mayo de 2014.
Ipc (i)	=	Es el índice de precios al consumidor inicial, es decir, es el que correspondió al mes de septiembre del 2004, mes y año en que se profirió la sentencia de primera instancia (79,75630).

$$Va= \$5.596.901 \frac{116,80}{79,75}$$

Va= \$ 8.196.444

(iii) Para Juan Fernando López Correa (hijo)

a. Indemnización consolidada o histórica:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Donde:

S = Es la indemnización a obtener

Ra = Es la renta o ingreso mensual actualizado que equivale a \$ 55.938

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período de la indemnización: desde el día de ocurrencia del hecho, esto es, 25 de marzo del 2000, hasta la fecha de la decisión, esto es, 53,06 meses (13 de septiembre del 2004).

$$S = \$ 55.938 \frac{(1 + 0.004867)^{53.06} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 3.377.229$$

b. Indemnización futura:

Que abarca el tiempo calculado para la indemnización total cuando alcance 25 años de edad (107,03), menos el tiempo reconocido por indemnización vencida (53,06), que arroja un resultado de 53,97 meses.

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n}$$

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta o ingreso mensual que equivale a \$ 55.938

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: 53,97

$$S = \$ 55.938 \frac{(1+0.004867)^{53,97} - 1}{0.004867 (1.004867)^{53,97}}$$

S= \$ 2.649.392

19.12.5. **En total**, la indemnización por lucro cesante a favor de Juan Fernando López Correa se calcula en seis millones veintiséis mil seiscientos veintiún pesos (\$6.026.621,00). Dicha suma es superior a lo reconocido por la sentencia de primera grado (\$ 4.853.093,00), por lo que se actualizará esta última, así:

$$Va = Vh \frac{Ipc (f)}{Ipc (i)}$$

Vh	=	Valor histórico, esto es, \$4.853.093
Va	=	Valor actualizado
Ipc (f)	=	Es el índice de precios al consumidor final, es decir, 116,80 que es el correspondiente a mayo de 2014.
Ipc (i)	=	Es el índice de precios al consumidor inicial, es decir, es el que correspondió al mes de septiembre del 2004, mes y año en que se profirió la sentencia de primera instancia (79,75630).

$$Va= \$4.853.093 \frac{116,80}{79,75}$$

Va= \$ 7.107.166

19.12.6. La tasación de la indemnización por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante que corresponde al demandante Gloria Edilma Correa López – cónyuge del occiso -, comprende el **período histórico o consolidado**, que incluye los meses transcurridos entre la época de la

ocurrencia del daño y la fecha de expedición del fallo de primera instancia - 53,06 meses -; y también el **período futuro**, que incluye los meses transcurridos entre la época del fallo de primer grado y la vida probable del difunto, quien, en principio, moriría primero de no haber ocurrido el hecho dañino, calculada desde la época del fallo de primer grado y según la resolución n.º 0497 del 20 de mayo de 1997 expedida por la Superintendencia Bancaria, período que equivale a 30,35 años (360,1), si se tiene en cuenta que a la época de la sentencia de primera grado el difunto tendría 47 años.

19.12.6.1. La **indemnización debida o consolidada** se establecerá a partir de la fórmula que reiterativamente ha sido instrumentada por la Sala¹¹⁰, según la cual:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

19.12.6.1.1. Se tendrá en cuenta el período de tiempo de 53,06 meses, que es el comprendido entre el 25 de marzo de 2000 y 13 de septiembre de 2004 –época de expedición del fallo de primera instancia–. De tal manera, la indemnización debida o consolidada frente a la señora Gloria Edilma Correa López, se calcula así:

$$S = 167.813 \frac{(1+0.004867)^{53,06} - 1}{0.004867}$$

$$0.004867$$

$$S = \$ 10.131.626$$

19.12.6.1.2. Así las cosas, la indemnización debida o consolidada para Gloria Edilma Correa López asciende a la suma de diez millones ciento treinta y un mil seiscientos veintiséis pesos m/cte (\$ 10.131.626). Más adelante se precisará que, en atención al principio de la *non reformatio in pejus*, la indemnización finalmente reconocida en el presente fallo sí supera la suma

¹¹⁰ En la que “i” es una constante, “S” corresponde a la indemnización debida, y “n” corresponde al número de meses por liquidar.

de la sentencia de primer grado, con su correspondiente actualización a valor presente.

19.12.6.2. De otra parte, en lo que tiene que ver con **la indemnización futura** por lucro cesante, su liquidación se realizará de acuerdo con la fórmula que ha sido reiteradamente aplicada por la Sala¹¹¹, de acuerdo con la cual:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

19.12.6.2.1. Se tendrá en cuenta el período de tiempo de 360.1 meses, que es el comprendido entre la época de expedición del fallo de primera instancia –13 de septiembre del 2004–, y la culminación de la vida probable del difunto. De tal manera, la indemnización futura frente a la señora Gloria Edilma Correa López, se calcula así:

$$S = 167.813 \frac{(1+0.004867)^{360,1} - 1}{0.004867 * (1+0.004867)^{360,1}}$$

$$S = \$28.478.217$$

19.12.6.2.2. **En total**, la indemnización por lucro cesante a favor de la señora Gloria Edilma Correa López se calcula en treinta y ocho millones seiscientos nueve mil ochocientos cuarenta y tres pesos (\$ 38.609.843,00). Dicha suma supera lo que por el aludido concepto se condenó en sentencia de primer grado (\$28´897.030,00) y, en consecuencia, su reconocimiento en el presente fallo violaría el principio de la *non reformatio in pejus*, por virtud de la cual no resulta posible que el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación del apelante único. Por tanto, se

¹¹¹ En la que “i” es una constante, “S” equivale a la indemnización debida y “n” al número de meses por liquidar.

procederá a actualizar la condena concedida en la sentencia de primer grado, así:

$$Va = Vh \frac{Ipc (f)}{Ipc (i)}$$

Vh	=	Valor histórico, esto es, \$28.897.030
Va	=	Valor actualizado
Ipc (f)	=	Es el índice de precios al consumidor final, es decir, 116,80 que es el correspondiente a mayo de 2014.
Ipc (i)	=	Es el índice de precios al consumidor inicial, es decir, es el que correspondió al mes de septiembre del 2004, mes y año en que se profirió la sentencia de primera instancia (79,75630).

$$Va= \text{ \$ } 28.897.030 \frac{116,80}{79,75}$$

$$Va= \text{ \$ } 42.318.577$$

19. Costas

19.1. Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA

MODIFÍCASE la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2004 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual se accedió parcialmente en primera instancia a las pretensiones de la demanda. En su lugar, se dispone lo siguiente:

PRIMERO: DECLÁRASE a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional responsable de los daños antijurídicos sufridos por los demandantes, con ocasión de la muerte del señor Luis Fernando López Gallego en hechos ocurridos el 25 de marzo de 2000 en zona rural del municipio de Donmatías, Antioquia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDÉNASE** a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional a pagar a los demandantes, como indemnización de perjuicios, las sumas de dinero que se mencionan en los siguientes acápite.

- A. A título de indemnización de **perjuicios inmatrimales por daño moral**, se ordena el pago a favor de cada uno de los hijos del occiso, señores Jhon Edison López Correa, Juan Fernando López Correa y Jorge Andrés López Correa de una suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la época de ejecutoria de la presente providencia.
- B. A título de indemnización de **perjuicios inmatrimales por daño moral**, se ordena el pago a favor de cada uno de los señores Luis Eduardo López Mendoza –padre del fallecido– y María Josefina Gallego Guerra –madre del occiso–, de una suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de ejecutoria del presente fallo.
- C. A título de indemnización de **perjuicios inmatrimales por daño moral**, se ordena el pago a favor de la señora Gloria Edilma Correa López – cónyuge del fallecido – de una suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de ejecutoria del presente fallo.
- D. A título de indemnización de **perjuicios materiales por lucro cesante**, se ordena a favor del señor Jhon Edisón López Correa, el

pago de la suma de doce millones doscientos diecisiete mil quinientos setenta pesos m/cte (\$12.217.570,00).

E. A título de indemnización de **perjuicios materiales por lucro cesante**, se ordena a favor del señor Jorge Andrés López Correa, el pago de la suma de ocho millones ciento noventa y seis mil cuatrocientos cuarenta y cuatro pesos m/cte (\$8.196.444,00).

F. A título de indemnización de **perjuicios materiales por lucro cesante**, se ordena a favor del señor Juan Fernando López Correa, el pago de la suma de siete millones ciento siete mil ciento sesenta y seis pesos m/cte (\$7.107.166,00).

G. A título de indemnización de **perjuicios materiales por lucro cesante**, se ordena a favor de la señora Gloria Edilma Correa López, el pago de la suma de cuarenta y dos millones trescientos dieciocho mil quinientos setenta y siete pesos m/cte (\$42.318.577,00).

H. A título de indemnización de **perjuicios materiales por daño emergente**, se ordena a favor de la señora Gloria Edilma Correa López, el pago de la suma de tres millones doce mil ochocientos ochenta y nueve pesos m/cte (\$3.012.889,00).

I. A título de indemnización de **perjuicios materiales por daño emergente** ocasionados al vehículo campero, n.º motor 3F-0101941, chasis FJ73-0002393, placa LGGG-438, se ordena a favor del señor Jairo León López Gallego, el pago de la cuantía que se establezca dentro del trámite incidental que para el efecto deberá promover la parte actora dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, y de conformidad con los parámetros establecidos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. y 115 del C.P.C y **EXPÍDANSE** copias con destino a las

partes, con las precisiones del artículo 115 del C.P.C. y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias serán entregadas a la parte actora por cuanto al apoderado se le revocó las facultades para recibir (V. fl. 226, c.p).

QUINTO. No se **CONDENA** en costas.

En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Magistrada

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado