

Cartagena de Indias D.T y C, veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Acción	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13-001-33-33-008-2015-00204-01
Demandante	DARWIN BONOLI VECINO y OTROS
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL
Magistrado	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Lesión con arma de dotación oficial - eximente de responsabilidad – culpa exclusiva de la víctima

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y demandante, contra la sentencia del 31 de octubre de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por los señores DARWIN BONOLI VECINO, LERMIS BERMÚDEZ COVO, BRALLAN JOSÉ SIMARRA BERMÚDEZ, YUREYLIS SIMARRA BERMÚDEZ, NEIBER ANTONIO SIMARRA BERMÚDEZ, DALIA VECINO MOSQUERA LEIVIS BONOLI VECINO, KEIVIS RAFAEL BONOLI VECINO, RAFAEL BONOLI JULIO, LUIS MARLON VECINO MOSQUERA y DEYIS MARÍA VECINO MOSQUERA, por conducto de apoderado.

2.2. Demandado

La acción está dirigida en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL.

2.3. La demanda¹.

La presente acción de Reparación Directa fue instaurada por señores DARWIN BONOLI VECINO y OTROS, por conducto de apoderado judicial, con el siguiente objetivo:

Declárese a la NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL, patrimonial y administrativamente responsable por todos y cada uno de los daños ocasionados al joven DARWIN BONOLI VECINO (afectado), su compañera permanente LERMIS BERMÚDEZ COVO quien actúa en nombre propio y de sus hijos BRALLAN JOSÉ SIMARRA BERMÚDEZ, YUREULIS SIMARRA BERMÚDEZ, NEIBER ANTONIO SIMARRA BERMÚDEZ, DALIA VECINO MOSQUERA (Madre), RAFAEL BONOLI JULIO (Padre) LEIVIS BONOLI VECINO (hermana), KEIVIS RAFAEL BONOLI VECINO (hermano), ARTURO VECINO (abuelo), LUIS MARLON VECINO MOSQUERA (tío), DEYIS MARÍA VECINO MOSQUERA (tía) ello por la concreción del riesgo excepcional, uso excesivo e innecesario de arma de dotación a que fue expuesto el afectado por parte de la POLICÍA NACIONAL, específicamente por cuenta del patrullero de la policía nacional VÍCTOR RAÚL CANTILLO MIRANDA, el día 08 de diciembre de 2013, con arma de fuego de dotación oficial, impactando la humanidad del joven DARWIN BONOLI VECINO.

Como consecuencia de lo anterior, CONDÉNESE a la entidad demandada a pagar al joven DARWIN BONOLI VECINO y demás demandantes, por concepto de daño material e inmaterial.

2.4. Hechos

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante expone los siguientes:

Que el 8 de diciembre de 2013, se presentó una pelea en el barrio Torices, por lo que se solicitó la intervención de la policía en el lugar.

En el operativo adelantado por la Policía Nacional, resultó lesionado en la pierna derecha el señor DARWIN BONOLI VECINO, herida que posteriormente termina con la amputación del pie.

¹ Folios 1-16 cuaderno 1

2.5. Contestación de la Demanda

2.5.1 Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional²

Se opone a la prosperidad de las pretensiones, por carecer de fundamento factico y jurídico.

Explica como fundamento de la defensa, que los perjuicios morales, no se encuentran conforme a la sentencia de unificación del Consejo de Estado, que fijó los topes a los montes indemnizatorios que se reconocen y liquidan en materia de perjuicios inmateriales, tales como daño moral, daño a la salud y afectación relevante a bienes o derechos constitucionales y convencionalmente protegidos.

Con relación a la señora LERMIS BERMÚDEZ COVO, quien afirma ser la compañera permanente y su hijastros BRALLAN YURELIS, NEIBER ANTONIO SIMARRA BERMÚDEZ, al no aportarse pruebas con el traslado de la demanda de la calidad con que asisten al proceso, debe ser considerados como terceros afectados y por lo mismo frente a ellos no se presume la causación de los perjuicios morales, ya que debe probarse.

Indica como razones de la defensa que en los casos, donde se discute la responsabilidad del estado por daños causados por el uso de las armas de fuego, el régimen aplicable variará en la medida que los mismos sean productos de un hecho accidental o del mal funcionamiento de la administración.

Asilas cosas, cuando se solicita indemnización de perjuicios por heridas con arma de fuego en medio de un procedimiento, lo primero, que debe entrar a probarse además de las lesiones con arma de fuego, es que estas fueron causadas con arma de dotación oficial, precisamente en medio de un operativo.

Explica que no hay claridad de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos de la demanda, porque fuera de las apreciaciones subjetivas del libelista, con la demanda no se aporta prueba alguna que respalde las afirmación hechas; es ilógico y contrario a las reglas de la experiencia, que un agente de policía instituido para proteger la vida, honra y bienes de todos los ciudadanos, sin ninguna razón o motivo aparente, le haya disparado indiscriminado varias veces al señor BOLONI VECINO, causándole una herida en la pierna derecha, ya que sería un comportamiento criminal ajeno a la misionalidad de la Policía Nacional.

² Folios 264–272 Cuaderno No. 1

Por otro lado, no se encontraron antecedentes del caso en estudio, pues no existe informe de los hechos, ni anotaciones en los libros oficiales que lleva el CAI de Santa Rita, que es la Unidad que por competencia debió conocer el asunto, así como tampoco se adelantó investigación penal ante el Juzgado de Instrucción Penal Militar o la Oficina de Asuntos Internos Disciplinarios de la Policía Metropolitana de Cartagena.

No existe prueba que demuestre la existencia del daño alegado, es decir, las lesiones que presenta DARWIN BOLONI VECINO, de ellas no se puede inferir que dicho daño pueda ser imputado a la Policía Nacional, pues no existe prueba concluyente que demuestre que dichas heridas fueran causadas con arma de dotación oficial en medio de la protesta en comento, pues no hay dictamen de balística que así lo indique, así como tampoco no se ha proferido un fallo penal o disciplinario que responsabilice a algún uniformado que haya participado del procedimiento de la muerte del citado ciudadano.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia del 31 de octubre de 2016, la Juez Octavo Administrativo del circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

El Juez *A quo* expuso, que la parte demandante demostró los tres elementos que configuran indemnización por daño antijurídico, explicando que (i) el daño consistente en las lesiones sufridas por DARWIN BONOLI VECINO, y la afectación tanto patrimonial como moral que dicho acontecimiento generó a los accionantes, (ii) el hecho dañoso o actividad peligrosa consistente en el accionar del agente de la policía que el día 8 de diciembre de 2013, mediante disparos con su arma de fuego de dotación oficial, empleada en acto de servicio, y (iii) el consiguiente nexo causal entre el daño cuya reparación se reclama y la actuación de la entidad pública accionada.

Resaltando que fue un agente de policía quien realizó los disparos de bala, cuyo resultado fue la herida en la rodilla derecha de la víctima, que posteriormente le causo la amputación del miembro inferior derecho a la altura del tobillo; que los hechos ocurrieron durante la prestación del servicio, con ocasión al servicio y con el arma de dotación oficial, razón por la cual se encuentran claramente probados los elementos para imputar al Estado

³ Folios 591-599 cuaderno 3

responsabilidad de los daños antijurídicos sufridos por DARWIN BONOLI VECINO.

A título de restablecimiento del derecho se condenó a la demandada al pago del daño material en la modalidad de lucro cesante, por daño moral y daño a la salud, teniendo como referencia de tasación los montos fijados en la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

4.1. Parte demandante⁴

Explica que en la sentencia, se concedió el daño moral, pero no lo fue en su totalidad, pues la sentencia de unificación del Consejo de Estado, estableció niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y quienes reclaman perjuicios y dentro del primer nivel de indemnización, se entiende comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y la denominada de crianza; por lo tanto, los hijastro del señor Darwin Bonoli, se les debe conceder igual monto indemnizatorio de un hijo de crianza, puesto que esta calidad no demerita el amor paternal y filiar que se presume entre las personas.

Teniendo en cuenta que el señor Darwin Bonolis, recibió un puntaje por pérdida de capacidad laboral de 40.7% le fueron concedidos 80 SMLMV por daño moral, al igual que a sus padres y compañera permanente, pero a sus hijos de crianza, debieron recibir como indemnización por daño moral.

4.2. Parte demandada⁵

Explica que se equivoca el juez de instancia, cuando concluye que en el caso en concreto, por tratarse de un lesionado con arma de fuego, el título jurídico de imputación aplicables es el riesgo excepcional, cuanto tanto en la demanda como en la audiencia inicial, se fijó el problema jurídico, de la siguiente manera: *“Determinar si existe responsabilidad administrativa y patrimonial de la NACIÓN POLICÍA NACIONAL, por la presunta falla del servicio, de la que resultó lesionado el señor DARWIN BOLONI VECINO, con ocasión de un procedimiento de control y vigilancia, que a voces de la parte actora resultó injusto y desproporcionado”*

⁴ Folios 601-602 Cuaderno No.3

⁵ Folios 603 – 609 Cuaderno No. 3

En el presente donde se solicita la indemnización de perjuicios por heridas con arma de dotación oficial, en donde de acuerdo al informe policial de los hechos, las lesiones del demandante fueron causadas con arma de dotación oficial, se puede concluir que el señor Bonoli Vecino, no era un simple transeúnte inocente que resulto herido en medio de un procedimiento policial, sino un particular que portaba un arma de fuego en su mano, y ante la presencia policía, apunta en contra de la humanidad de los uniformados, siendo por ello, necesario que los policiales reaccionaran accionando sus armas, en pro de defenderse del ataque inminente de que eran objeto.

Por consiguiente, no debe simplemente demostrar el daño alegado, la utilización del arma de dotación en medio de un procedimiento policial y la relación de causalidad entre ésta y aquel, sino también es pertinente demostrar la existencia de una falla del servicio, es decir, si la administración actuó contrario a derecho, ya sea por acción, omisión o extralimitación de funciones.

Como fundamento de su apelación, menciona que en el informe de la policía, se señala que el señor DARWIN BOLONI VECINO, portaba un arma de fuego y apunto con ella a los policías, debido analizarse también la conducta de la víctima, para efectos de determinar si se configuraba la figura de la legítima defensa, y la causal de exoneración de culpa exclusiva de la víctima, que fue alegada tanto en la contestación como en los alegatos de conclusión, como argumento defensivo de la demandada; pero, el juez de primera instancia solo valoró el informe de captura en flagrancia de manera sesgada, para efectos de demostrar que las lesiones del demandante, fueron causadas en medio de un procedimiento policial, con arma de dotación, cuando dicha circunstancia no fue negada al momento de contestar la demanda, dejando de un lado el análisis de la conducta del lesionado, para efectos de determinar si fue o no proporcionado el accionar judicial.

Concluye que está demostrado que no existió falla o falta en el servicio, pues la institución se encontraba autorizada por la ley a repeler el peligro inminente que representaba el actor, que momentos antes había disparado en contra de un particular y frente a las voces de alto de la autoridad policial, en vez de detenerse y permitir su captura, emprende la huida, realizando todas las acciones tendientes utilizar el arma que portaba en contra de la humanidad de los policiales. De tal manera, se encuentra probado que existió una causal de exoneración y es precisamente la culpa exclusiva de la víctima, pues evidente que los uniformados que participaron en el procedimiento actuaron en cumplimiento de un deber legal y en ejercicio de la legítima defensa para defender un derecho propio o ajeno.

Con relación a la indemnización reconocida, indica que los perjuicios morales para la señora LERMIS BERMÚDEZ COVO, quien afirma ser la compañera permanente y sus hijastros BRALLAN, YURELIS, NEIBER ANTONIO SIMARRA BERMÚDEZ, ya que a lo largo del proceso no probó la calidad con la que asisten al proceso, por lo que deben ser considerados como terceros afectados, por lo mismo frente a ellos no se presume la causación de los perjuicios morales, ya que deben probarse.

Frente a la liquidación de los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, el recurso de apelación se encamina destaca que no se probó que el señor DARWIN BOLONI VECINO, por lo menos devengaba un salario mínimo, al no probarse a cuanto ascendía sus ingresos mensuales, cuando esta presunción solo se aplica en el evento que esté plenamente demostrado, que el lesionado desempeñaba una actividad económica productiva, y que con ella sostenía a su familia, situación que no se dio en el caso en concreto.

Finaliza explicando que en caso de probarse que el señor DARWIN BOLONI VECINO, por lo menos devengaba un salario mínimo, por tratarse de un lesionado, debe descontarse de la renta a liquidar la pérdida de la capacidad laboral, pues se supone que la persona pese a su discapacidad podrá seguir laborando, pero sus ingresos se verá disminuidos en el porcentaje que se le haya dictaminado la Junta Regional de Invalidez.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendado 6 de diciembre de 2016⁶ se concedió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada y el apoderado de la parte demandante; con providencia del 10 de Agosto de 2017⁷, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 22 de septiembre de 2017⁸, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante⁹

La parte demandante alegó de conclusión reiterando los argumentos del recurso de alzada, especialmente con lo relacionado al daño moral,

⁶ Folio 612 cuaderno No. 3

⁷ Folio 7 C. 2ª instancia

⁸ Fol. 12 C. 2ª instancia

⁹ Folios 14-16 Cuaderno 2ª Instancia

indicando que se haga justicia y se condene en el tope máximo a la entidad demandada, para que indemnice no solo a la reparación material, sino integral.

6.2. Alegatos de la parte demandada¹⁰:

La parte demandada, se reitera en los argumentos expuestos en el recurso de alzada, solicitando se revoque la sentencia recurrida por estar demostrado un eximente de responsabilidad, como lo es la culpa exclusiva de la víctima.

6.3. Ministerio Público

El agente del Ministerio Público no rindió concepto.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1 Control De Legalidad

Tramitada la segunda instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

7.2. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

7.3 Problema Jurídico

La demandada NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA, como fundamento del recurso, precisa que la inconformidad con la sentencia, es que el juez no analiza las pruebas, teniendo en cuenta como título de imputación por falla del servicio, como se fijó en la audiencia inicial, por el contrario, lo hace por la teoría del riesgo excepcional, es decir, bajo un título de imputación objetivo. Igualmente no está de acuerdo, con la condena por daño material en la modalidad de lucro cesante, por no estar demostrado que el demandante ejerciera alguna actividad y con el daño moral, no se acreditó la relación afectiva con la compañera permanente y

¹⁰ Folios 17-23 C. 2ª instancia

los hijastro, es decir, que la segunda instancia, se circunscribe a la imputación de responsabilidad y a la condena por perjuicios.

La parte demandante, no está de acuerdo con la tasación del daño moral concedida a los hijastros de la víctima, pues los hijos de crianza se encuentran en el nivel número uno de afecto, por lo tanto, el porcentaje fijado en la sentencia debió ser 80 SMLMV, tal como lo establece la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

Atendiendo lo anterior, el problema jurídico en el presente caso está dirigido a determinar ¿si en el caso en estudios, se reúnen los presupuestos establecidos para la declaración de la responsabilidad extracontractual de la entidad demandada, es decir, si es fáctica y jurídicamente atribuible a la Policía Nacional, básicamente por una falla en la prestación de servicio de la fuerza pública.

En caso de ser responsable la demandada, se entrará a determinar ¿si el porcentaje de daño moral concedido a los hijastros de la víctima, se encuentra conforme a los parámetros establecidos en la sentencia de unificación del Consejo de Estado?

7.4 Tesis

La Sala de Decisión, desatando el recurso de apelación de la parte demandada, considera que se **revocará** la sentencia recurrida, porque el actuar de la víctima contribuyó de forma específica al resultado, en efecto, medió la participación del afectado en la producción del daño; configurándose una causal eximente de responsabilidad- culpa exclusiva de la víctima.

La Tesis planteada se soporta en los argumentos que a continuación se exponen, (i) marco jurisprudencial por daños ocasionados con arma de fuego de dotación oficial, (II) marco normativo sobre el uso de la fuerza por la Policía Nacional, (iii) caso concreto y (iv) conclusión

7.5. Marco Jurisprudencial

7.5.1. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS OCASIONADOS CON ARMA DE DOTACIÓN OFICIAL

Sobre este tópico el Consejo de Estado¹¹, ha precisado que en tratándose de daños ocasionados con armas de fuego de dotación oficial, debe aplicarse de manera preferente el título de imputación objetivo por riesgo excepcional; sin embargo, en tanto, la parte demandante aduzca una falla cometida por la administración pública, debe darse paso al análisis del caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad subjetiva, por falla en el servicio, al respecto ha señalado:

“En cuanto al régimen de responsabilidad aplicable en el presente caso, el precedente jurisprudencial ha señalado que tratándose de daños ocasionados con armas de fuego de dotación oficial, debe aplicarse de manera preferente el título de imputación objetivo por riesgo excepcional; sin embargo, en tanto se aduzca por la parte demandante una falla cometida por la administración pública, debe darse paso al análisis del caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad subjetiva, pues es necesario que se pongan en evidencia los errores cometidos por la administración en el desarrollo de sus actividades, de modo que, a partir del papel pedagógico que cumplen las sentencias del Consejo de Estado frente al ejercicio de las funciones públicas encomendadas a los diferentes organismos del Estado, entre ellos, la fuerza pública, se fijen pautas para que tales yerros no tengan de nuevo ocurrencia. En el contexto expuesto, esta subsección ha señalado además que para que surja la responsabilidad patrimonial a cargo de la entidad demandada bajo dicho título “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 lo 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 si estuvo inmersa en una infracción funcional”. La parte actora sostiene que en el presente caso existió una falla imputable a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional en la medida en que el agente Jovanny Ernesto Rodríguez Torres utilizó su arma de dotación de manera injusta y desproporcionada en contra de la humanidad del joven David Alexander Salazar Quintero ocasionándole graves heridas que por poco le causan la muerte, por lo que el asunto deberá analizarse bajo el régimen de responsabilidad subjetiva anotado, a fin de determinar si ocurrió o no la falla del servicio aducida.”

¹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, 13 de diciembre de 2017. Radicación número: 05001-23-31-000-2002-01214-01(44227)

Igualmente el Consejo de Estado¹² ha definido cuando existe responsabilidad del Estado por uso excesivo de la fuerza, estableciendo en qué circunstancias existe uso legítimo de la misma, así:

*“El Código Nacional de Policía -Decreto 1355 de 1970-, señala que la policía se encuentra 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”, por lo que corresponde a ésta “la conservación del orden público a través de la prevención y eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad y la moralidad públicas”, autorizándose para ello el empleo de la fuerza, solo cuando sea estrictamente necesario bajo los eventos tipificados en el artículo 29 del mismo ordenamiento (...) [E]l artículo 30 ibídem, modificado por el artículo 109 del Decreto 522 de 1971, dispuso que para preservar el orden público, la policía emplearía solo los medios autorizados por la ley o reglamento y escogería siempre, entre los eficaces, aquellos que causen el menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes, precisando que los mismos no podrían ser utilizados más allá del tiempo indispensable para el mantenimiento del orden o su restablecimiento. Tal disposición precisó en cuanto a la posibilidad del uso de las armas ante una situación de fuga lo siguiente: “[L]as armas de fuego no pueden emplearse contra fugitivo sino cuando este las use para facilitar o proteger la fuga” La normatividad internacional aplicable en tiempos de paz ha definido las condiciones o eventos en los que se considera legítimo el uso de la fuerza por parte de las fuerzas armadas de un Estado, estableciendo que el uso de la fuerza en general, y de las armas de fuego en particular, debe sujetarse a los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. En cuanto a su observancia, esta Sala precisó en sentencia de 29 de marzo de 2014 que pese a carecer de efecto vinculante en el ámbito nacional, estos instrumentos pueden adoptarse como criterios orientadores en torno al tema, dada su vocación axiológica o normativa (...) [S]e entiende legítimo el uso de la fuerza de acuerdo a los instrumentos internacionales citados, último recurso al que deben acudir los agentes del Estado para el cumplimiento de sus deberes legales y constitucionales, de donde primordialmente, habrán de acudir a aquellos medios coercitivos que representen un menor daño para la integridad de las personas, comoquiera que es su deber fundamental la protección del derecho a la vida. **De lo expuesto se infiere que la Policía Nacional puede, con el fin de hacer cumplir la ley y mantener el orden, emplear la fuerza armada aun cuando con ello se produzcan muertes o lesiones personales.** Sin embargo, en ningún caso, la fuerza empleada puede ser excesiva, lo que implica que debe ser necesaria y proporcional al objetivo que se pretende alcanzar. En línea con lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado que, aunque es legítimo el uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad del Estado para preservar el orden y combatir la delincuencia, se compromete la responsabilidad de la administración cuando los agentes estatales causan la muerte o heridas a una persona i) que ya ha depuesto las armas, ii) se encuentra en estado de indefensión o iii) no representa una amenaza real para su vida o su integridad personal.”*

¹² Ibidem

7.5.2. Uso de la fuerza de la Policía Nacional

Teniendo en cuenta que el demandado es la Policía Nacional, se transcriben a partes del Decreto 1355 de 1970¹³ **"Por el cual se dictan normas sobre Policía", específicamente en el uso de la fuerza, para el efecto el artículo 29 señala:**

"ARTICULO 29. - Solo cuando sea estrictamente necesario, la policía puede emplear la fuerza para impedir la perturbación del orden público y para restablecerlo.

Así, podrán los funcionarios de policía utilizar la fuerza:

- 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;*
- c) Para asegurar la captura de la que deber 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."*

Sobre este Tópico la Organización de las Naciones Unidas, ha establecido el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General, mediante Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979¹⁴, explicando:

"Artículo 3

*Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza **sólo cuando sea estrictamente necesario** y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.*

Comentario:

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

¹³ Norma vigente para la época de los hechos (2012)

¹⁴ <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/LawEnforcementOfficials.aspx>

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

c) El uso de armas de fuego se considera una medida extrema. Deberá hacerse todo lo posible por excluir el uso de armas de fuego, especialmente contra niños. En general, no deberán emplearse armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas. En todo caso en que se dispare un arma de fuego, deberá informarse inmediatamente a las autoridades competentes.”

7.6. Caso concreto.

Teniendo en cuenta que ambas demandadas interpusieron recurso de apelación, con argumentos distintos, es por lo que se dividirá su estudio para poder analizar los fundamentos de cada uno de ellos, iniciando por el recurso de apelación propuesto por la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

7.6.1 Apelación de la Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional

El recurso de apelación se encuentra encaminado a obtener la modificación del título de imputación, toda vez que en la sentencia se analizó la teoría de riesgo excepcional, con imputación objetiva y no la falla en el servicio como se anotó en la audiencia inicial.

Teniendo en cuenta lo anterior, analizado el antecedente normativo y jurisprudencial, la Sala procede a resolver el presente asunto; para ello comenzará haciendo un análisis de los hechos de la demanda, donde se evidencia, que la parte actora, enfatiza que existió una extralimitación de funciones del agente de la policía nacional, toda vez que a pesar que la víctima tenía sus manos arriba, en señal de alto, el patrullero Víctor Raúl Cantillo, le propino varios disparos a la altura de la rodilla, herida que terminó con la amputación de su pie.

Así las cosas, tal como se dijo en la audiencia inicial realizada el 26 de abril de 2016¹⁵, el problema jurídico es *¿Existe responsabilidad administrativa y patrimonial de la NACIÓN - POLICÍA NACIONAL, por la presunta falla en el servicio de la que resultó lesionado el señor DARWIN BONOLI VECINO, con*

¹⁵ Folio 336

ocasión de un procedimiento de control, que según el dicho de la parte actora resultó injusto y desproporcionado?

Luego entonces, aclarado el título de imputación que debía ser analizado por el A quo, es decir, subjetivo por falla en el servicio, procede la Sala, a analizar las pruebas traídas al proceso en aras de determinar el actuar cierto y certero, dentro del procedimiento adelantado por los agentes de policía, que según el dichos de los demandantes fue abusivo y desproporcionado.

De las pruebas recaudadas, se puede resaltar, que efectivamente los **Hechos Probados** son los siguientes:

- Que el 8 de diciembre de 2013 a las 5:00 a.m., se presentó una riña entre jóvenes en el barrio Torices, donde el señor Darwin Bonoli Vecino, resultó herido con un arma de dotación de la policía y posteriormente le amputaron el pie (folios 223, 369-371 ver epicresis)
- Que el mismo día de los hechos la víctima Darwin Bonoli Vecino, fue judicializado por el delito de fabricación o porte de arma de fuego (folios 353-368 y 389- 392)
- Que el arma encontrada es de fabricación hechiza, se encuentra apta para disparar, con un cartucho calibre 38 de carga única y una vainilla del mismo calibre (folios 374-377)
- Contra el Patrullero Víctor Raúl Cantillo Miranda la señora Leivis Bonoli Vecino, interpuso denuncia por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto (folios 455-457)

7.6.1.1. Análisis crítico de la prueba frente al marco normativo y jurisprudencial

Está demostrado que el señor Darwin Bonoli Vecino, fue herido a causa de un disparo con un arma de dotación oficial; el A quo, concluyó que se había demostrado los tres elementos de la responsabilidad, por lo que accedió a la indemnización por daño antijurídico.

Por su parte en el recurso de apelación la Policía Nacional, fundamenta su inconformidad en el hecho que no existió falla o falta en el servicio, pues la institución se encontraba autorizada por la ley a repeler el peligro inminente que representaba la víctima, que había disparado en contra de un particular, siendo a su juicio proporcional la respuesta de la autoridad ante la agresión.

De otro lado, los demandantes alegan que el agente de policía Víctor Cantillo, abuso de su autoridad, toda vez que le disparó al señor Darwin Bonoli Vecino, porque lo tenía amenazado, es decir, que tenía problemas personales con el lesionado, es decir, que según el dicho de la parte actora, de manera injusta le disparó, a pesar que no estaba oponiéndose a la orden de alto, porque este alzó sus brazos y se colocó a disposición de la autoridad, pero que a pesar de ello, el patrullero le disparó en repetidas oportunidades, lo que le causó la herida en la pierna y su posterior amputación.

Por su parte, la policía nacional, relata que en procedimiento de control en el barrio Torices, en el callejón Victoria, sale corriendo una persona que portaba un arma de fuego, la cual fue accionada contra la humanidad de otro particular, al observar la situación le dieron voces de alto y este le apuntó con el arma, por lo que se vieron en la necesidad de usar las armas de dotación oficial, y quien llevaba el arma cae al piso y la suelta a pocos metros, anotando que la comunidad sale amotinada, les arrebató al particular, por ello, recogen el arma y salen del sector.

Teniendo en cuenta que los hechos narrados por cada una de las partes no son coincidentes, le corresponde a esta Corporación, confrontarlos con la prueba recaudada, a efecto de determinar lo que se encuentra acreditado.

Como primera medida se transcribirá los relatos de la parte demandante, así:

Denuncia de la señora Leivis Bonoli Vecino por abuso de autoridad o por acto arbitrario (folio 219-221)	Entrevista FPJ 14 realizada a la víctima Darwin Bonoli Vecino (folio 228)	Informe Pericial de Clínica Forense (folio 223)
“ vengo a denunciar unos hechos que ocurrieron en el día de hoy, yo me encontraba en mi casa con mis hijos y mi hermano, ellos estaban en la terraza colocando las velitas y de repente mi hijo de nombre Jhon Carlos me grita mi tío y me doy cuenta que mi hermano de nombre Darwin Bonoli Vecino, está peleando con dos muchachos, los cuales tenían un arma de fuego y un arma blanca, mi hermano les lanzo una piedra y yo cogí a uno y lo estrellé y ellos soltaron el arma de fuego, fue cuando mi hermano tomó el arma de fuego de los muchachos y se intentó defenderse, en ese momento llegó la policía y le dijo a mi hermano quite, las manos arriba	“..De los hechos quiero decir, que el día 8 de diciembre de 2013, yo me encontraba en mi casa prendiendo las velitas con dos sobrinos míos de nombre Jan Carlos y Jhon Carlos Santiago Bonoli, había igualmente una prima de nombre Angelina de la Barrera, eso fue como a las 5 y 45 de la mañana, cuando de repente venían dos topes armados, uno de ellos tenía un revolver y el otro un cuchillo, comenzaron a intimidarme y yo me doy la vuelta por el patio, en eso sale mi hermana Leivis Bonolis y coge al tipo que tenía el revólver y lo empuja, ese sujeto se le cae el arma y yo lo cogí (sic) en eso viene una moto de la policía con dos agentes, los	El examinado Darwin Bonoli Vecino “El 8 de diciembre de 2013 a las 5 de la mañana en mi casa del barrio San Pedro Callejón Victoria, un policía de nombre Manuel Castillo, me dio un tiro en la rodilla, cuanto me metí a defender a mi hermano porque estaba en una pela (sic) callejera y los policías llegaron y empezaron a dar palo, yo empuje al policía y el me dio el tiro, me operaron y me amputaron el pie. ”

y mi hermano les dijo listo mi agente ya esto quito soltó el revólver y unos de los agentes de policía sin mediar palabras le disparo a mi hermano a la pierna....”	dos sujetos que intentaron agredirme se fueron corriendo y la policía me dice quito y yo tiro el arma, entonces, el arma cogió un señor que vive por allí mismo que estaba viendo la pelea, no sé cómo se llama el señor, los policías le quitan el arma a este señor de las manos, yo alzo las manos ya que la policía me había dado la orden de quieto, yo alzo las manos esperando que me requisen, pero uno de estos policías lo que hizo fue que me disparo en tres ocasiones de los cuales mi (sic) dio un impacto en la pierna derecha a la altura de la rodilla”	
--	---	--

De los relatos transcritos se evidencia, que era el día de las velitas en la madrugada, cuando se presentó una riña en calle La Victoria, donde al parecer unos sujetos armados con arma blanca y de fuego, agreden a Darwin Bonoli Vecino, quien se defiende y a uno de ellos se le cae el arma de fuego y es cuando aparece la policía y el patrullero le dispara en repetidas ocasiones a la víctima, pero este relato no es coincidente con lo manifestado por el lesionado, ante el Informe Pericial de Clínica Forense, donde acepta que efectivamente había una riña, que estaba participando de la gresca, tratando de defender a su hermano, y los policías llegaron golpeándolos, por lo que el actor empujó al policía y este le propinó un disparo.

Esta Magistratura, considera que las circunstancias de tiempo, modo y lugar, no son claras, además la prueba testimonial recepcionada¹⁶, no relata con verosimilitud sobre la riña, la caída del arma, pues estos no vieron los hechos anteriores al disparo del policía, es decir, la mayoría depone sobre las amenazas que había recibido el señor Bonoli de parte del patrullero implicado en este medio de control; por lo tanto, se hace necesario apoyarnos en el resto del material probatorio.

Así las cosas, vemos, que del informe de balista¹⁷, se pudo establecer que el arma de fabricación artesanal, está en óptimas condiciones para disparar, tanto, que tenía una cartucho y una vainilla del calibre 38, es decir, que había sido disparada en una ocasión, circunstancia, que coinciden con lo manifestado por la policía en el informe de vigilancia en casos de captura en flagrancia¹⁸, cuando expresa “...cuando del callejón victoria del mismo

¹⁶ CD folio 617

¹⁷ Folios 373 y ss

¹⁸ Folio 285 reverso

sector sale corriendo un particular el cual vestía suéter color blanco el cual era perseguido por un particular que vestía camisa a rayas color blanco y rojo el cual portaba un arma de fuego en su mano derecha la cual acciono contra la humanidad del particular que vestía suéter blanco..."

Ahora, bien está claro que la víctima y los agentes de policía, se encontraban ejerciendo una actividad peligrosa, como es el uso de un arma de fuego, es decir, que ambas partes debían tener el cuidado debido sobre el uso de armas, además, que se presentó una situación confusa que hizo que la policía disparara en contra del señor Darwin Bonoli Vecino, pues los patrulleros, al advertir que un particular corría con un arma de fuego persiguiendo a otro civil, solo reaccionaron de acuerdo con los protocolos y con el objeto de neutralizar al agresor le propiciaron un disparo en la pierna, tal como quedó en el informe pericial del clínica forense¹⁹, donde se anota que por proyectil de arma de fuego en la rodilla derecha con fractura abierta y daño vascular fue intervenido quirúrgicamente el actor, es decir, que dicha prueba desvirtúa que los patrulleros hayan disparado varias veces en contra de la persona del señor Bonoli, además, no se realizó prueba de balística de las armas de dotación oficial, lo que impide saber a ciencia cierta, cuantas veces disparó el policial, es decir, que lo único que demuestra que la policía disparo, es el informe de vigilancia en casos de captura en flagrancia²⁰.

La confusión del momento se explica en el hecho que los policías al realizar su labor de vigilancia en el sector, encuentran un civil armado y corriendo que está disparando a otro particular, y por otra parte, el señor Darwin Bonoli Vecino, está tratando de defender a su hermano de una riña, o tratando de alejar a los jóvenes que se encontraban en frente de su casa, agrediéndolo y amenazándolo con arma de fuego y blanca, pero lo único claro, es que el lesionado, estaba participando de una reyerta, que la reglas de la experiencia, no indican que el día de las velitas a esa horas de la madrugada, el actor, se encontraba bajo la influencia del alcohol, que en el sector, existían jóvenes armados (fuego y blanca), luego entonces, la situación del orden público estaba alterada por los hechos de violencia antes descritos.

No obstante lo anterior, esta Judicatura no puede desconocer que el disparo en la rodilla del señor Darwin Bonoli Vecino fue determinante en su lesión, pues la amputación de su pie, se debió a una infección en la zona intervenida con cirugía, por lo que se pregunta esta Corporación, si la reacción de los policiales fue proporcional a la agresión, es decir, era dos policías armados y en motocicleta y el señor Darwin Bonoli Vecino, era un

¹⁹ Folio 223

²⁰ Folio 285 reverso

joven, que estaba solo, armado, envuelto entre una riña protagonizada por jóvenes armados con armas de fuego y blanca, pero el disparo de los agentes fue para persuadir al hombre armado, porque bastó con un disparo en sus piernas para detenerlo, además, los protocolos que existen para el uso de las armas de fuego y de la policía, tal como se anotó en el acápite de antecedentes normativos y jurisprudenciales, *“es solo cuando sea estrictamente necesario”*.

Luego entonces, vemos que la policía empleó la fuerza para impedir la perturbación del orden público, teniendo en cuenta que existía una gresca, pero no podemos pasar por alto, que era necesario dispararle a la víctima, para controlar la situación, su actuar fue proporcional, pues el uso de armas de fuego se considera una medida extrema, tal como lo reconoce la organización de las naciones unidas, toda vez que sintieron que sus vidas corrían riesgo o la vida de las personas que integran la comunidad, debieron actuar, sin esperar la ayuda de los otros patrulleros, disparando con la intención de persuadir al presunto delincuente, pues el actor al portar un arma de fuego, era una amenaza, por lo tanto, se colige, que el actuar de los policiales, fue proporcional, toda vez que estaban preservando y protegiendo el orden público.

Ante la ambigüedad del relato de la víctima, que dice que estaba defendiendo a su hermano de una riña, que empujó al policía y este le disparo, o ante el otro escenario donde manifiesta que unos jóvenes lo agredieron en la puerta de su casa con arma de fuego y blanca, y que a uno de ellos se le cayó el arma y cuando la recogió en ese momento llegó la policía, y de manera indiscriminada le dispararon a pesar de estar con los brazos en alto, esta Judicatura, no puede pasar por alto, varios indicios en contra del señor Darwin Bonoli Vecino, siendo uno de ellos, es que el 25 de noviembre de 2013, es decir, 13 días antes de los hechos relatados en el sub examine, el señor Joer Escalante Aponte presentó denuncia²¹ por el delito de hurto calificado, en contra del actor, explicando que con revolver en la mano lo despojó de sus pertenencias.

Igualmente, uno de los testigos, el señor Felipe Páez Hernández²², cuando relata sobre las amenazas que había recibido el señor Bonoli, menciona que fue el demandante quien le comenta sobre los hostigamientos que le hacía el patrullero, manifestando que según el policía le había dicho que *“se las tenía que pagar”*, concluyendo el declarante que *“El Darwin siempre ha sido rabioso”*, es decir, que la ciencia del dicho del testigo fue de manera indirecta, porque la misma víctima es la que le comenta sobre las supuestas amenazas, además, describe un aspecto de la personalidad del actor como

²¹ Folio 437

²² Minuto 16.35 de la grabación

“rabioso”, es decir, que se trata de un ser humano irascible, colérico, irritable, es decir, que nuevamente aplicando una regla de la experiencia, esta Sala, concluye que la víctima es una amenaza, pues aquella persona que tiene dentro de su personalidad un componente agresivo, adicional a eso envuelto en una riña, en un festejo que se acostumbra ingerir licor como la noche de velitas, con un arma de fuego, estando acorralado por los policiales, su reacción no sería otra que atacar a los patrulleros o a la comunidad, por lo tanto, el disparo de los policiales a la pierna del señor Bonoli fue acorde al postulados constitucionales y legales y de acuerdo a los fines esenciales del Estado, toda vez que aseguraron la convivencia pacífica.

Para reiterar lo dicho en el párrafo anterior, el Consejo de Estado²³ explica el régimen constitucional y reglamentario de la policía nacional, específicamente el servicio de policía de vigilancia permanente del Estado, para conservar el orden público, proteger las libertades y prevenir y controlar la comisión de delitos, así:

“Ahora bien, con relación al servicio de vigilancia se estableció que la Policía, en el ejercicio de sus funciones, debe desarrollar un espíritu de observación, sagacidad e iniciativa, con el propósito de vigilar preferentemente a personas sospechosas que deambulen por su lugar de facción, concertar su atención en aquellas personas cuyas actitudes le merezcan duda en su proceder y velar por la seguridad en el sector a su cargo, especialmente en los turnos de noche²⁴, entre otras, y en todo caso con la obligación de intervenir, cualquiera sea la circunstancia en que se encuentre²⁵ y de desplegar toda su iniciativa para procurar la prevención de delitos, desordenes, o cualquier otro acto que tienda a perturbar la seguridad y el bienestar de la comunidad²⁶, de lo cual se resalta que el servicio de vigilancia policial es eminentemente preventivo, en el entendido que las normas y los servicios de policía se establecieron como medios para prevenir la infracción penal.”

Precisado lo anterior, se destaca que en la sentencia recurrida el Juez, consideró que como quiera el título de imputación es el riesgo excepcional y su régimen es de carácter objetivo, basta la realización del hecho dañoso y que sea atribuible al Estado, para declarar la responsabilidad de la demandada, pero este argumento no lo comparte esta Sala, porque en efecto, el título de imputación es el subjetivo por falla en el servicio, tal como se señaló en la audiencia inicial, en la etapa de fijación del litigio, cuando se determinó el problema jurídico.

²³ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 22 de noviembre de 2017. Radicación número: 76001-23-31-000-2006-03583-01(39848)

²⁴ Artículo 38 Resolución 9969 de 1992- Policía Nacional

²⁵ Artículo 39 ibídem.

²⁶ Artículo 47 ibídem.

Quedando claro que medió la participación del afectado en la producción del daño, toda vez que si el señor Darwin Bonoli Vecino, no hubiera portado un arma de fuego, los agentes de la policía no dispararían en contra de su humanidad, siendo la conducta del lesionado reprochable, lo cierto es que la misma guarda relación con la acción de los policiales que le causaron la herida en su pierna.

En conclusión, no se encuentra demostrada la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la Nación – Ministerio de defensa – Policía Nacional, por existir ruptura del nexo causal, por culpa exclusiva de la víctima, pues su participación fue determinante en la causación del daño; por las motivaciones expuestas, considera esta Corporación, que son razones suficientes para despachar positivamente los argumentos del recurso de apelación de la parte demandada y en los alegatos de conclusión; por lo tanto, se revocará la sentencia de primera instancia.

Por sustracción de materia el segundo problema jurídico no se desatará, que se refería al recurso de apelación de la parte demandante, que se circunscribía a la indemnización de perjuicios por daño moral de los hijos de crianza.

7.7. Conclusión

Se colige de lo expuesto que se **revocará** la sentencia recurrida, porque el actuar de la víctima contribuyó de forma específica y determinante al resultado, en efecto, medió la participación del afectado en la producción del daño; por lo que se rompe el nexo causal, existiendo el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima.

VIII.- COSTAS -

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación condenará en costas a la parte vencida, es decir, la parte demandante; dicha condena en ambas instancias, conforme lo establece el artículo 365 numeral 4º del CGP.

IX.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 31 de octubre de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, **DENEGAR** las pretensiones de la demanda, por existir un eximente de responsabilidad – culpa exclusiva de la víctima.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la parte vencida, es decir, la parte demandante, conforme a lo establecido en los art. 188 del CPACA y del 365 - 366 del CGP; en ambas instancias, tal como lo establece el numeral 4º del artículo 365 Ibidem.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 045 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ