

	JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI
Cali	Veintinueve (29) de junio de dos mil dieciocho (2018)

SENTENCIA No. 085

MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
ACCIONANTE	LUIS RAMIRO BOTINA YANGUATIN Y OTROS
ACCIONADA	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL
RADICADO	76001-33-33-009-2015-00441-00

1. ANTECEDENTES DE LA DEMANDA

1.1 Pretensiones y fundamentos de hecho de la demanda:

El señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin** y la señora **Kelly Tatiana Gaviria Mendoza**, quienes actúan en nombre propio y representación de los menores **Juan David Botina Gaviria** y **Samantha Botina Gaviria**, así como los señores **Ramiro Botina Ordoñez**, **Miller Iván Botina Yanguatin**, **Diana Rocio Botina Yanguatin**, **Gina Faisury Botina Yanguatin**, **Verónica Botina Yanguatin**, quienes actúan en nombre propio, a través de apoderado judicial, promueven el medio de control de Reparación Directa, en contra de la **Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional**, con el fin de que se le declare administrativamente responsable de los daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, ocasionados como consecuencia de las lesiones que sufrió el primero de los mencionados, en hechos ocurridos el pasado 15 de diciembre de 2013.

Como fundamentos de orden fáctico, el representante judicial de los demandantes expuso, que en la fecha señalada, alrededor de las 8:00 de la noche, mientras el señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin** y su esposa **Kelly Tatiana Gaviria Mendoza**, se encontraban en el sector de la Nave del Barrio Siloe de la ciudad de Cali, esperando a la señora **Ana Mireya Mendoza Córdoba**, se presentó un enfrentamiento entre las pandillas del sector, por lo cual el señor **Luis Ramiro**, salió a refugiarse en una de las casas del sector, cuando en ese momento ingresó un Agente de la Policía Nacional, quien le apuntó con su arma de dotación oficial, le preguntó si tenía en su poder un arma de fuego y seguidamente, le disparó en varias ocasiones, causándole graves lesiones en sus dos manos.

En este sentido, manifestó que una de las hermanas del señor **Botina Yanguatin**, en el momento de los hechos, recogió los casquillos y el proyectil provenientes del arma de dotación oficial de la Policía Nacional.

Así mismo, refirió que el señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin**, no portaba ninguna arma de fuego, sino que sólo tenía en sus manos un celular, el cual le fue extraído por el Agente de la Policía Nacional que le causó la lesión, quien además

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00441-00

no le brindó los primeros auxilios y tampoco le permitió su traslado a un centro de atención hospitalario.

Por otro lado, señala que el hecho antes descrito fue denunciado ante la Fiscalía General de la Nación, por la señora **Verónica Botina Yanguatin**, hermana del lesionado, el día 16 de diciembre de 2013, por el delito de lesiones personales y abuso de autoridad, proceso que fue radicado bajo el No. 760016000193201335927.

Finalmente, indicó que de acuerdo con la historia clínica del Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E., al señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin** le ocasionaron graves lesiones en su miembro superior derecho e izquierdo, por lo que debió ser intervenido quirúrgicamente para practicarle los procedimientos que denomina de la siguiente forma: "*reducción abierta de fractura metacarpianos (una o más) con fijación interna y reducción cerrada de fractura con fijación percutánea (pines) de falanges (una o más)*"; así mismo, refiere que a pesar de dichos procedimientos y las terapias a las que se ha sometido, no ha recuperado plenamente la movilidad de sus dedos.

1.2 Alegatos de conclusión:

En el término concedido para tal efecto, la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión¹, a través de los cuales reiteró los hechos expuestos en el libelo introductorio y, al realizar una valoración de las pruebas recaudadas en el curso del proceso, concluyó que en el presente asunto se encuentra acreditado el daño antijurídico sufrido por los demandantes y las graves lesiones que padeció en sus manos el señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin**, al ser impactado con un arma de dotación oficial de la Policía Nacional.

En lo que respecta a los hechos ocurridos el día 15 de diciembre de 2013, afirma que los elementos probatorios que obran dentro del proceso adelantado por el Juzgado 145 de Instrucción Penal Militar, permiten inferir que uno de los casquillos obtenidos por una de las hermanas de la víctima, hacen parte del lote de munición No. 99/2011, el cual está asignado a la Policía Nacional y por ende, el mismo que le fue entregado al patrullero **Mauricio Salazar González**, como arma de dotación oficial, por lo que concluye que uno (1) de los proyectiles que impactó en la humanidad de la víctima, provino de un arma de dicha institución.

Así mismo, aduce que los fundamentos fácticos de su demanda también se sustentan en el testimonio rendido por la señora **Rosa Irene Rivera Gómez**, quien fue testigo presencial de los hechos y en su declaración afirmó que vio el momento exacto en el que un Agente de la Policía Nacional le disparó al señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin**, por lo que aduce que con dicha declaración, se tiene acreditado que la lesión fue ocasionada con un arma de dotación oficial de la Policía Nacional.

A partir de lo anterior, solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda, al encontrarse acreditada la falla en la prestación del servicio en que incurrió la entidad accionada.

¹ Folios 280 a 292 del expediente.

2. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA

2.1. Contestación de la demanda:

La apoderada judicial de la **Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional**, contestó oportunamente la demanda², oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para ello, que en el presente asunto no se encuentran demostrados los elementos constitutivos de la responsabilidad Estatal, ya que las circunstancias planteadas en el libelo introductorio carecen de exactitud y pruebas determinantes que sustenten su veracidad.

En este orden de ideas, expuso que el material probatorio obrante en el proceso no demuestra que las lesiones personales que sufrió el señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin**, hayan sido ocasionadas por miembros de la Policía Nacional y hasta el momento, pese a la investigación adelantada por el Juzgado 145 de Instrucción Penal Militar, la cual se encuentran en etapa de instrucción, no se encuentra demostrado que el daño antijurídico pueda resultar atribuible al actuar de la Fuerza Pública, por lo que refiere que en el presente asunto se presenta el eximente de responsabilidad de hecho de un tercero.

Finalmente, como excepciones propone las denominadas: *"inexistencia de falla en el servicio – ausencia de pruebas que demuestran la responsabilidad de la entidad demandada – requisitos de responsabilidad extracontractual del Estado y ausencia de pruebas que determinen la responsabilidad de la entidad demandada"*.

2.2 Alegatos de conclusión:

A través de apoderada judicial, la **Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional** presentó oportunamente sus alegatos de conclusión³, a través de los cuales ratificó los argumentos expuestos al momentos de contestar la demanda y para tal efecto, reiteró que en el curso del proceso no se logró acreditar que un Agente de la Policía Nacional, haya ocasionado con su arma de dotación oficial una lesión al señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin**, por lo que solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.

3. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

3.1. De los presupuestos procesales.

El Despacho no observa irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado pues, una vez admitida la demanda, notificada la misma y surtido el traslado para su contestación, se llevó a cabo la audiencia inicial en la forma señalada en el artículo 180 de la ley 1437 de 2011⁴, en la que, además de fijar el litigio, se decretaron las pruebas, siendo éstas recaudadas conforme lo dispone el artículo 181 de la misma norma⁵.

En virtud de lo anterior, se declaró cerrada la etapa probatoria y de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 181 de la Ley 1437 de 2001, se prescindió de

² Folios 149 a 155 del expediente.

³ Folios 278 a 279 del expediente.

⁴ Folios 203 a 204 del expediente.

⁵ Folios 265 a 269 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00441-00

la audiencia de Alegaciones y Juzgamiento y se dispuso correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión por el término común de diez (10) días. El audio y video de las audiencias realizadas por el Despacho, se encuentran grabados conforme el artículo 183 ibídem.

3.2. Problema jurídico planteado:

El problema jurídico se circunscribe determinar si entidad accionada, **Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional**, es administrativamente responsable de los daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que aducen haber sufrido los demandantes, como consecuencia de las lesiones que sufrió el señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin**, en hechos ocurridos el día 15 de diciembre de 2013, cuando presuntamente fue impactado con un arma de fuego de dotación oficial de la Policía Nacional, mientras se desarrollaba un procedimiento en el sector de la Nave del Barrio Siloe de esta ciudad.

3.3. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso concreto:

La cláusula general de responsabilidad del Estado contenida en el artículo 90 de la Constitución Política establece que: *"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas..."*.

A partir de lo anterior es claro, que en relación con el tema de la responsabilidad extracontractual de la administración, y en general del Estado, el constituyente de 1991 previó que éste debe responder por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

De igual manera, el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que consagra el medio de control de reparación directa, establece que la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico por la acción u omisión de los agentes del Estado, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Ahora, para que se origine la responsabilidad de naturaleza extracontractual de la administración, no es necesario que el daño sea consecuencia de una conducta dolosa, es decir, llevada a cabo con la intención de causar el daño, sino que es suficiente que el mismo se cause con la sola culpa, esto es, por impericia o negligencia del agente, o, mediante la violación de normas o reglamentos o en últimas por el quebrantamiento patrimonial que hay que reparar.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

"...Debe recordarse que a la luz de lo preceptuado en el artículo 90 de la Constitución Nacional de 1991, el Estado debe responder "...patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas". Dentro de este universo constitucional no hay duda de que el fundamento de la responsabilidad administrativa no se da siempre por una conducta dolosa o culpable, que deba ser sancionada, sino por el quebranto

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00441-00

patrimonial que hay que reparar. La atención del constituyente se desplazó, pues, desde el autor o la conducta causante del daño, hacia la víctima misma. Por ello importa más reparar el daño causado, que castigar una acción u omisión administrativa culpable. La finalidad de la responsabilidad patrimonial no consiste, pues, en borrar una culpa, sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración, el daño sufrido por el particular⁶.

En consecuencia, es necesario dilucidar en cada caso concreto si se configuran los elementos previstos en la norma para que nazca el deber del Estado de responder, esto es, una actuación o una omisión de una entidad estatal, el daño antijurídico y la relación de causalidad entre los dos.

Respecto a la responsabilidad del Estado ante la muerte o lesiones sufridas por los particulares causadas con arma de dotación oficial, la jurisprudencia administrativa ha señalado que, en principio, el régimen de responsabilidad corresponde al riesgo excepcional, puesto que en este caso el Estado debe equilibrar nuevamente las cargas que debieron soportar en forma excesiva algunos de sus asociados, para lo cual deberá el demandante acreditar que el daño por el que reclama fue producido con arma de dotación oficial. Sin embargo, cuando se encuentre acreditado que el daño fue generado por un mal funcionamiento de la Administración, el título de imputación bajo el cual ha de estudiarse la responsabilidad del Estado es la falla del servicio:

"Se precisa que, en la actualidad, cuando se discute la responsabilidad del Estado por daños causados accidentalmente con el uso de armas de fuego, por regla general se aplica la teoría del riesgo excepcional; así, la Administración se hace responsable siempre que, en ejercicio de las funciones a su cargo, produzca un daño con ocasión de una actividad peligrosa o de 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 o 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 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; por su parte, la Administración puede exonerarse de responsabilidad, para lo que 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 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, **cuando se configuren 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***

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de noviembre de 1991, Radicado interno No. 6784, Consejero Ponente: Dr. **Julio Cesar Uribe Acosta**

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00441-00

acreditada en el plenario, el carácter admonitorio y de reproche del actuar de la administración que la invocación de este título de imputación conlleva hace que la condena se profiera con fundamento en éste y no aplicando el régimen objetivo de responsabilidad⁷” (Negrillas del Despacho).

Finalmente, es menester indicar que el Consejo de Estado, en providencia fechada el 1º de junio de 2017⁸, en lo que respecta a la imputación en los casos de daños causados por el uso de armas de dotación oficial, reiteró lo siguiente:

“...En concordancia con el artículo 2 de la Constitución, las autoridades “están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y libertades”, por lo que, en criterio de la Sala, “[o]mitir el cumplimiento de esas funciones no sólo genera responsabilidad personal del funcionario sino además responsabilidad institucional, que de ser continua pone en tela de juicio su legitimación⁹”. Así las cosas, si en el despliegue de una actividad peligrosa como es el uso legítimo de las armas por parte del Estado se causa daño a los ciudadanos, el Estado estará llamado a responder en tanto guardián de la actividad por los perjuicios que se ocasionen al realizarse el riesgo creado, siempre y cuando la misma tenga nexo con el servicio público y cuando quiera que no se acredite la configuración de una eximente de responsabilidad: la fuerza mayor, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima, circunstancias cuyo advenimiento determinará la imposibilidad de imputar o atribuir jurídicamente el resultado dañoso a la accionada¹⁰.

A partir de lo anterior es claro, que la entidad pública puede exonerarse de responsabilidad si prueba que su actuación no constituyó una vulneración a su deber legal o si demuestra la existencia de una causa extraña (fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero).

Así las cosas, se procederá a valorar el material probatorio allegado al proceso, con el fin de determinar si se demostró que el daño se produjo como consecuencia de la utilización de armas de fuego de dotación oficial, o si se acreditó una causal eximente de responsabilidad a favor de la entidad demandada.

3.4. Cuestión previa con relación a la valoración probatoria:

En lo que respecta a la valoración de los medios probatorios arrimados al plenario, es menester señalar que en los cuaderno 2 y 3 del plenario, obran copia de la investigación adelantada por la Fiscalía 149 Penal Militar y el Juzgado 145 de Instrucción Penal Militar, por los hechos ocurridos el día 15 de diciembre de 2013, en donde resultó lesionado el señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin** y en donde funge como sindicado o imputado el patrullero **Mauricio Salazar González**, prueba que fue decretada en audiencia inicial e incorporada en la audiencia de

⁷ Consejo de Estado, Subsección B, Sección Tercera, Sentencia del 29 de mayo de 2014, Consejero Ponente: Dr. Ramiro Pazos Guerrero, Radicación No. 05001-23-31-000-2000-4596-01 (29882).

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Consejero ponente: Stella Conto Díaz del Castillo, Radicación número: 20001-23-31-000-2006-01315-01(38872), Actor: Yomaine Esther Ospino Rivas y Otros, Demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 20 de noviembre de 2008, expediente 20511, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, c. P.: Mauricio Fajardo Gómez, Exp.: 19001-23-31-000-1997-01038-01(18076).

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00441-00

pruebas celebrada el pasado 13 de junio de 2017, motivo por el cual se advierte que dicha prueba será valorada en su integridad para esclarecer los hechos materia de litigio, amén de que, la entidad demandada no se opuso a su incorporación y valoración. De esta manera es claro, que al cumplir dicho medio de prueba con los presupuestos establecidos en el artículo 174 del Código General del Proceso, la apreciación de la misma resulta procedente.

Por otro lado, en lo que respecta a las fotografías aportadas con la demanda, visibles de folios 119 a 122 del plenario, el Despacho advierte que no les otorgará valor probatorio, toda vez que las mismas sólo dan cuenta del registro de imágenes, sobre las que no es posible determinar su origen, el lugar, ni la época en que fueron tomadas o documentadas, pues carecen de reconocimiento o ratificación, por lo que no pueden cotejarse con otros medios de prueba allegados al proceso¹¹.

3.5. Análisis del caso en concreto:

3.5.1. El daño:

Como primer aspecto, debe exponerse que el daño, es uno de los presupuestos primordiales para que pueda endilgarse responsabilidad alguna en el Estado, de tal forma que ante su ausencia se pierde cualquier posibilidad de que ésta se configure; aquel menoscabo o detrimento en los bienes o intereses materiales como inmateriales que son jurídicamente protegidos, llamado daño, necesita de ciertas condiciones para que pueda ser indemnizable, por ello se requiere que el daño sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual, y que recaiga sobre un bien jurídicamente tutelado conforme los parámetros jurisprudenciales.

A partir de lo anterior, es menester señalar que del acervo probatorio recaudado, en especial de la Historia Clínica expedida por el Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" E.S.E, visible de folios 44 a 99 del plenario, se logra acreditar que el señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin** ingresó por urgencias el día 15 de diciembre de 2013, por una lesión en sufrió en sus manos, ocasionada con un arma de fuego; por lo cual los médicos tratantes le diagnosticaron: *"herida proyectil arma de fuego en mano izquierda, fractura conminuta falange proximal II dedo mano derecha, fractura II, III, IV y V, diafisarias mano izquierda"*.

Lo anterior, también se logra verificar con la radiografía de dedos en mano bilateral¹², practicada el día 15 de diciembre de 2013, en donde se obtuvo el siguiente resultado: *"aumento en volumen y densidad de los tejidos blandos, con múltiples fracturas que comprometen el segundo, tercero, cuarto y quinto metacarpiano izquierdo, conminutas, impactadas, sin compromiso aparente del carpo, en el lado izquierdo hay fractura conminuta de la diáfisis de la falanga proximal del segundo dedo"*.

Por otro lado, se tiene que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, rindió el informe pericial No. GRCOPPF-DRSOCCDTE-00293-2014, fechado

¹¹ Sobre el valor probatorio de las fotografías, ver, por ejemplo, sentencias de febrero 3 de 2002, exp: 12.497, 25 de julio de 2002, exp: 13.811 y 1º de noviembre de 2001, AP-263 y 21 de agosto de 2003, AP-01289.

¹² Folio 48 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00441-00

el 09 de enero de 2014¹³, a partir del cual se puede establecer que una vez examinado el señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin**, se obtuvo el siguiente resultado: *"Miembros superiores: simétricos, se observa edema en ambas manos, de predominio en mano izquierda, se observa en dorso de mano derecha salida de dos (2) clavos, cicatriz en región palmar en la base de segundo dedo de la mano. En la mano izquierda se observan dos cicatrices de cirugía, además cicatriz en región dorsal lateral. Presenta limitación funcional en ambas manos con dolor de moderada intensidad"*.

En atención al examen físico practicado y de la revisión de la historia clínica correspondiente, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, concluyó lo siguiente: *"Al examen presenta lesiones actuales consistentes con el relato de los hechos, mecanismo traumático de lesión: proyectil arma de fuego, incapacidad médico legal provisional de cuarenta y cinco (45) días"*.

Teniendo en cuenta que en dicho informe se otorgó una incapacidad provisional, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, practicó un nuevo examen médico legal al señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin**, el día 07 de abril de 2014, en donde determinó una nueva incapacidad médico legal de cuarenta y cinco (45) días, en forma provisional.¹⁴

Finalmente, el instituto en mención, a través del informe pericial de clínica forense No. GRCOPPF-DRSOCCDTE-09201-2014 del 14 de julio de 2014¹⁵, le otorgó una incapacidad médico legal definitivo de cuarenta y cinco (45) días y, como secuelas médico legales, las siguientes: *"deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente, perturbación funcional de miembro superior izquierdo y derecho de carácter permanente, perturbación funcional de órgano de prensión mano izquierda y derecha de carácter permanente"*.

Como se puede observar, las pruebas documentales antes relacionadas permiten inferir que en el presente asunto se encuentra acreditado el daño antijurídico deprecado por la parte demandante, como primer elemento requerido para imputarle responsabilidad a la **Nación – Ministerio de Defensa –Policía Nacional**, por los hechos ocurridos el día 15 de diciembre de 2013, motivo por el cual se entrará a realizar el juicio de imputación al caso concreto y a establecer el nexo de causalidad entre éste y aquel.

3.5.2. La imputación:

Ab initio, es del caso señalar que si bien en el proceso no obra el informe administrativo por parte de la Policía Nacional, en donde se exponga la forma en que ocurrieron los hechos que se demandan, lo cierto es que de la valoración integral de las pruebas documentales y testimoniales que reposan en el plenario, se logra determinar que el día 15 de diciembre de 2013, en el sector de La Nave del Barrio Siloe de la ciudad de Cali, se presentó un enfrentamiento entre las bandas o pandillas del sector, resultando herido el señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin**.

Establecido lo anterior, debe determinarse si las lesiones que sufrió el señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin**, en su miembro superior derecho e izquierdo, durante

¹³ Folios 112 a 114 del expediente.

¹⁴ Folios 115 a 116 del expediente.

¹⁵ Folios 117 a 118 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00441-00

los hechos ocurridos el pasado 15 de diciembre de 2013, fueron o no ocasionadas con un arma de dotación oficial de la Policía Nacional.

Para comenzar, es del caso señalar que de las pruebas practicadas dentro de la investigación adelantada por el delito de "*lesiones personales y abuso de autoridad*", ante la Fiscalía 149 Penal Militar y ante el Juzgado 145 de Instrucción Penal Militar, se logra extraer la declaración rendida por la señora **Rosa Irene Rivera Gómez**, en audiencia preliminar No. 522¹⁶, celebrada el día 15 de abril de 2014, quien declaró sobre los hechos ocurridos el día 15 de diciembre de 2013, precisando para ello, que vio el momento exacto en que un agente de la Policía Nacional, le apuntó y le disparó al señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin**, además hizo referencia a que dicho agente ingresó a su lugar de residencia en búsqueda de un arma de fuego, que presuntamente le correspondía al lesionado.

En este sentido, expuso el siguiente relato: "*... Para ese día me encontraba entrando los elementos del puesto de comidas que tengo a las afueras de mi casa, en ese momento, empezó una balacera y me asome a la puerta y vi a Luis tirado en las gradas y un policía estaba disparando, en ese momento yo cojo a Luis y lo entro al interior de mi casa y el policía cuando hizo el último disparo nos dijo que él iba a entrar y que si salíamos, o él iba a entrar, como sea, pero cuando él ya estaba en las mitad de las gradas y ahí fue cuando el policía recogió el celular de Luis que estaba en las gradas y preguntó que donde teníamos el arma, ahí fue cuando Luis se desplomó y le vimos ya la sangre, fue aumentando la cantidad de sangre que le salía, ahí fue cuando salió el señor Juan Carlos Medina, a ayudarnos a recoger a Luis. (...)*"

Como se puede observar, el anterior relato dado en forma espontánea, permite establecer que cuando la señora **Rosa Irene Rivera Gómez** se asomó a la puerta de su casa, el señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin** ya se encontraba herido, por lo que es claro que si bien indicó que vio a un agente de la policía disparando, en su relato no indicó que dicha actuación se estuviera perpetrando sobre la humanidad del accionante en mención.

Además, de la declaración rendida por la misma testigo en la audiencia de pruebas celebrada el día 16 de febrero de 2017¹⁷, se tiene que ésta no fue clara, ya que no logró precisar las circunstancias en que sucedieron los hechos, pese a que indicó que vio cuando el Agente de la Policía le disparó al lesionado, afirmación que se desestima por completo, cuando en su declaración expuso lo siguiente:

*"...Pregunta del Despacho: (...) Los policías ingresaron a su casa, como bien lo afirmó al inicio de la declaración o no ingresaron, teniendo en cuenta que manifestó que el señor Luis fue herido cuando iba ingresando a su casa, sobre las gradas. Responde: Si señora, cuando Luis entró, cuando él iba entrando por las gradas, **se oyó, vi una luz y el sonido que nos ensordeció**, cuando yo lo ayude a bajar las otras gradas que faltaban, ya le vi las manos manchadas de sangre (...), por eso afirmo de verdad, de corazón, que si lo hirieron ahí en las gradas. Pregunta del Despacho: Eso quiere decir que el señor **Luis Ramiro Botina**, no fue herido dentro de su casa. Responde: Si doctora, porque el policía estaba en la puerta cuando empezó a dispararle (...) si fue en la casa. (...)"*

¹⁶ Folios 100 a 106 del expediente.

¹⁷ Folios 265 a 267 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00441-00

Como bien se observa, las inconstancias presentadas en la declaración rendida por la señora **Rosa Irene Rivera Gómez**, sólo permiten inferir que cuando ella iba saliendo de su casa escuchó los disparos tanto de la Policía Nacional como los detonados por las bandas o pandillas del sector, pero su relato no alcanza a acreditar que vio el momento en que el Agente de la Policía accionó su arma de fuego en contra del señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin**, pese a que así lo afirmó, pues inicialmente dijo que cuando lo ayudó a terminar de bajar las gradas le vio las manos manchadas de sangre y por eso efectuó tal afirmación, pero luego, hizo referencia que el Agente de la Policía le disparó cuando estaba dentro de su casa, hechos que son disímiles y que no esclarecen la forma en que sucedieron los mismos.

En este punto, es importante señalar que el señor **Luis Carlos Narváez**¹⁸, en la declaración rendida ante el Juzgado 145 de Instrucción Penal Militar, manifestó que cuando salió de su casa, porque sintió los disparos, vio ingresar ya herido al señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin** y, seguidamente expuso que un Agente de la Policía Nacional, entró a su vivienda en búsqueda de un arma de fuego, sin que en su declaración haya hecho referencia a un actuar desproporcionado por parte del patrullero involucrado; declaración que difiere del testimonio entregado por la señora **Rosa Irene Rivera Gómez**, quien afirmó que el Policía le disparó dentro de su casa.

Por otro lado, resulta importante resaltar la señora **Verónica Botina Yanguatin**¹⁹, hermana del lesionado **Luis Ramiro Botina Yanguatin**, en la declaración rendida bajo el sumario 125²⁰, manifestó que si bien no fue testigo presencial de los hechos, cuando llegó al lugar en donde ocurrió el incidente, las personas del sector le informaron que su hermano había resultado herido en una "balacera" e hizo referencia a un enfrentamiento entre las pandillas del sector, circunstancia que evidentemente genera dudas respecto de la ocurrencia de los hechos y el origen de la lesión de la víctima, pues el arma con el que se causó la lesión pudo haber sido de un tercero integrante de una banda criminal del sector.

Igualmente, resulta importante traer a colación la declaración rendida por la señora **Viviana Valencia Valencia**²¹, ante el Juzgado 145 de Instrucción Penal Militar, en donde refirió lo siguiente:

*"Ese día acabada de terminar la final del equipo del Cali, como mi esposo tiene un negocio de la panadería PANPACHOQUE, a dos casas de donde ocurrieron los hechos, entonces estaban ahí un grupo de muchachos comentando lo de la pérdida del equipo, pues ellos estaban ahí reunidos normal, dentro de ellos se encontraba el señor **Luis Botina**, cuando de la parte alta, más arriba de donde estábamos, se empezaron a escuchar unos disparos que estaban haciendo, es una pandilla que es de la parte de arriba, que siempre viene a molestar, que es de las delicias, **entonces hicieron como unos tres disparos al grupo de muchachos o a la parte en donde ellos se encontraban, entonces cuando ellos se resguardaron dentro de la casa de donde estaban, en momento como queda cerca la plaza de mercado, entonces estaba una de las patrullas motorizadas de las que mantienen por el sector, entonces subió corriendo un policía y el sacó el arma,***

¹⁸ Folios 182 a 184 del cuaderno 2.

¹⁹ Folios 109 a 11 del expediente.

²⁰ Folios 109 a 11 del expediente.

²¹ Folios 178 a 181 del cuaderno 2.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00441-00

pero empezó apuntándonos a los que estábamos ahí y primero me apunto a mí y yo le guie que los tiros venían de arriba, posteriormente sonó otro disparo de arriba y entonces ahí fue cuando el agente disparó como en dos ocasiones hacia el grupo de muchachos que se encontraba diagonal a mi panadería, entonces es ahí donde yo volví y le grite diciendo no son ellos, son los de arriba, pero pues igual el policía persistía, diciendo que eran ellos y él se metió hasta la casa donde supuestamente el policía decía que estaba el arma, pero allá no creo que hubiera arma, porque el grupo de muchachos no estaba haciendo nada, solamente estaban hablando de la pérdida del Cali (...)"

Esta declaración, impide aun más establecer que la lesión que sufrió en el miembro superior derecho e izquierdo el demandante, haya sido ocasionada con un arma de dotación oficial de la Policía Nacional, toda vez que la testigo en su declaración dejó entrever que durante una arremetida, los integrantes de una de las pandillas del sector de la Nave del Barrio de Siloe de esta ciudad, accionaron sus armas de fuego en contra de un grupo de jóvenes que se encontraban reunidos en el sector, entre los que estaba el señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin**, quien posteriormente salió corriendo a resguardarse en una de las casas que se encontraba cerca al lugar.

Así las cosas, de lo expuesto en precedencia, se tiene que la señora **Rosa Irene Rivera Gómez**, fue la única testigo que afirmó haber visto al agente de la Policía Nacional dispararle en forma directa a la víctima, sin embargo, a juicio del Despacho su declaración impide dar por cierto tal hecho, ya que una vez analizadas sus declaraciones, se encuentra que incurrió en varias inexactitudes al momento de narrar la forma en que ocurrieron los hechos materia de litigio.

Ahora bien, el apoderado judicial de la parte actora, al momento de rendir sus alegatos de conclusión, dio por hecho que las lesiones ocasionadas al señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin**, fueron ocasionadas con un arma de dotación oficial porque uno de los casquillos recogidos en el lugar del incidente, hacían parte del lote de munición No. 99/2011, el cual estaba asignado a la Policía Nacional y específicamente al patrullero Mauricio Salazar González.

Al respecto, resulta necesario precisar que en audiencia preliminar No. 522²², se hizo entrega formal de los elementos probatorios consistentes en: i) dos (2) vainillas color dorado calibre 9mm, identificado como 1-L-64 IM 09 9mm / 2-L 99 IM 11 9mm, ii) una (1) ojiva plomo color marrón al parecer de calibre 9mm deformado, los cuales habían sido recaudados por la señora **Ana Mireya Mendoza Córdoba**, el día de los hechos, diligencia en donde manifestó lo siguiente: *"...vi las vainillas afuera de la casa frente a la casa donde Luis se escondió diagonal queda una panadería y ahí en esa calle estaban en el suelo dos vainillas y yo las cogí rápidamente con las manos, pensando que eso podría servir como prueba por lo que había sucedido, entonces mire por las gradas de la casa donde Luis se escondió por los disparos y en esas gradas vi una bala y también la recogí"*.

Antes de continuar, es importante señalar que esta declaración también desvirtúa por completo la afirmación realizada por la señora **Rosa Irene Rivera Gómez**, de haber visto el momento en que un Agente de la Policía Nacional le disparó al señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin**, dentro de su casa, pues si las vainillas fueron

²² Folios 285 a 287, cuaderno 3.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00441-00

encontradas en la calle, afuera de su casa y, una bala en las gradas, no habría forma de sustentar la hipótesis de que el funcionario accionó su arma de fuego dentro de la vivienda, tal como lo indicó en su declaración esta testigo, cuando señaló que "(...) *uno de los policías empezó a disparar al lado de mi casa, entró dando bala a mi casa, hiriendo a mi amigo (...)*"²³.

Ahora bien, los elementos probatorios antes indicados, fueron objeto de estudio por parte del Grupo de Policía Judicial – Balística Seccional de Cali, dentro del proceso adelantado ante Juzgado 145 de Instrucción Penal Militar, a través del informe pericial fechado el 31 de octubre de 2014²⁴, el cual se realizó con el objetivo de efectuar un análisis de uniprocedencia a las dos armas de fuego correspondientes a los Agentes de la Policía Nacional involucrados en los hechos, en relación con las dos (2) vainillas y un (1) plomo aportado a la investigación por la señora **Ana Mireya Mendoza Córdoba**. Este informe concluyó lo siguiente:

"...- Las dos (2) armas de fuego tipo pistola marca sig sauer relacionadas en el presente estudio, presentan sus mecanismos de disparos completos y al ser disparadas su funcionamiento fue correcto.

- Las dos (2) vainillas "incriminadas", han sido percutidas por dos (2) armas diferentes.

- Las dos (2) vainillas "incriminadas", no han sido percutidas por ninguna de las dos (2) pistolas marca sig sauer, reseñadas en el presente informe.

- El proyectil "incriminado", no ha sido disparado por ninguna de las dos pistolas marca sig sauer reseñadas en el presente informe (...)"

En este punto, es del caso resaltar que al momento de realizarse el estudio de balística en mención, se valoró el arma que había sido entregada al patrullero **Mauricio Salazar González**, mediante comprobante de dotación individual material de guerra, fechado el 07 de agosto de 2013²⁵, elemento probatorio que se describió así: una pistola, marca: sig sauer, 9 mm, modelo SP 2022, con numero de arma: SP0205218 y munición de 50 cartuchos, lote 99/2011.

En este orden de ideas y atendiendo lo previsto en el informe pericial antes indicado, se logra concluir que el proyectil disparado y la vainilla percutida, no provienen del arma de dotación oficial asignada al patrullero **Mauricio Salazar González**, pues se determinó que no hay identidad al comparar dichos elementos recaudados por la señora **Ana Mireya Mendoza Córdoba**.

Por otro lado, debe decirse que en los términos del Oficio No. S-2016-039227/MECAL-CODIN-29 del 05 de mayo de 2016²⁶, suscrito por el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Cali, por los hechos ocurridos el día 15 de diciembre de 2013, no cursa investigación disciplinaria en contra del patrullero **Mauricio Salazar González**.

²³ Extraído de la declaración contenida en el CD visible a folio 264.

²⁴ Folios 295 a 304 del cuaderno 3.

²⁵ Folio 108 del expediente.

²⁶ Folio 161 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00441-00

Así las cosas, el Despacho considera que las pruebas testimoniales y documentales aportadas no son suficientes para acreditar que la lesión sufrida por la víctima directa, fue ocasionada con un arma de dotación oficial, amén de que en el proceso obra un informe pericial rendido por el Grupo de Policía Judicial – Balística Seccional de Cali, en donde se determinó que los elementos obtenidos por una de las testigos, a saber: dos (2) vainillas y un (1) proyectil, no pertenecen al arma que portaba el patrullero **Mauricio Salazar González**, el cual fue señalado e identificado por la señora **Rosa Irene Rivera Gómez**, como el autor de las lesiones personales sufridas por el señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin**.

Así mismo, el hecho de que el imprevisto haya iniciado por miembros de una de las bandas criminales que operan en el sector de la Nave del Barrio Siloe y, que estos hayan disparado en varias ocasiones en contra de un grupo de personas que estaban departiendo en el sector, entre las cuales se encontraba el señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin**, impiden tener plena certeza de que las lesiones sufridas en su miembro superior derecho e izquierdo (manos y dedos) hayan sido ocasionadas con un arma de dotación oficial, pues queda la duda respecto del actuar de los integrantes de estos grupos criminales.

En este punto, resulta importante destacar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, la carga de la prueba continua estando a cargo de la parte que alega un hecho o lo controvierte; razón por la que resulta indispensable demostrar, por los medios legalmente dispuestos para tal fin, los hechos que sirven de fundamento fáctico de la demanda, de modo que la mera afirmación de los mismos no es suficiente para sacar adelante sus pretensiones.

Lo anterior fue explicado por el Tratadista Hernando Davis Echandia, en su libro *"Teoría General de la prueba judicial"*, Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405, al referir lo siguiente:

*"Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los **dos aspectos** de la noción: 1º) por una parte, **es una regla para el juzgador o regla del juicio**, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2º) por otro aspecto, **es una regla de conducta para las partes**, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones."* (Negrilla y Subrayado del Despacho).

Postulado que es el adoptado por la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo al analizar la temática de la carga de la prueba, tal como quedó demostrado en la providencia del 28 de junio de 2016²⁷, donde fungió como Consejera Ponente la Doctora **Martha Teresa Briceño de Valencia**, al precisar que:

²⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Consejero ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia, Radicación No. 68001-23-31-000-2000-02852-01(18727), Sentencia del 28 de junio de 2016.

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00441-00

*"...Conforme con dicho postulado, **el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten recae en los sujetos de derecho que intervienen en el proceso, independientemente de la oficiosidad en el decreto y práctica de los medios probatorios, pues los interesados son los más conocedores de las pruebas que deben emplear para demostrar los hechos en que se fundamentan sus pretensiones o excepciones.** (...)"*. (Negrilla y Subrayado del Despacho).

Teniendo en cuenta lo expuesto, el Despacho procederá a negar las pretensiones de la demanda, como quiera que no resulta procedente endilgar responsabilidad alguna a la **Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional**, por los hechos acaecidos el día 15 de diciembre de 2013, toda vez que no se logró acreditar que las lesiones del señor **Luis Ramiro Botina Yanguatin**, hayan sido ocasionadas con un arma de dotación oficial o por miembros de dicha institución.

En este sentido, se procederá a declarar probadas las excepciones propuestas por la entidad accionada, denominadas: *"inexistencia de falla en el servicio – ausencia de pruebas que demuestran la responsabilidad de la entidad demandada – requisitos de responsabilidad extracontractual del Estado y ausencia de pruebas que determinen la responsabilidad de la entidad demandada"*.

3.6. De las costas y agencias en derecho:

El Despacho advierte que si bien la Ley 1437 de 2011 en el artículo 188, consagra un criterio objetivo, respecto de la condena en costas, lo que significa que habrá de condenarse a la *"parte vencida en el proceso"* a su pago, lo cierto es que este criterio no puede considerarse como absoluto, en razón a que el precitado artículo dispone que para su liquidación y ejecución se deben observar las reglas previstas en el estatuto procesal civil y, en este sentido el artículo 365 del Código General del Proceso, prevé en su numeral 8º que: *"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*.

Criterio que viene siendo el acogido por la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, pues en providencia fechada el 09 de agosto de 2016²⁸, precisó que el estudio íntegro de las normas contenidas en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, descartaban una apreciación objetiva respecto de la condena en costas, por el simple hecho de resultar vencido en el proceso.

Lo anterior fue secundado y además complementado por dicha Corporación en providencia del 17 de octubre de 2017²⁹, al disponerse que la imposición de la condena en costas por parte del Juez Contencioso Administrativo, *"...debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, **tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas**, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; **descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte***

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01488-00(AC), Actor: Andrea Yolima Torres Lizarazo, Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación No. 73001-23-33-000-2015-00229-01(0913-17).

Radicado No. 76001-33-33-009-2015-00441-00

quien resulte vencido para que le sean impuestas.” (Negrilla y subrayado del Despacho).

En virtud de lo anterior y a partir de la revisión de la totalidad del expediente de la referencia, se pudo determinar que si bien en el presente caso se encuentra acreditado el pago de unos gastos procesales por la parte actora, los que conforme con lo establecido en los artículos 361 y siguientes del C.G.P., hacen parte de las costas procesales, lo cierto es que la conducta desplegada por la parte demandante en el presente caso, no adoleció de temeridad o actuación alguna que obrara en desmedro del trámite normal de la presente Litis, motivo por el cual el Despacho deberá abstenerse de emitir una condena en este sentido.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS LAS EXCEPCIONES denominadas: *“inexistencia de falla en el servicio – ausencia de pruebas que demuestran la responsabilidad de la entidad demandada – requisitos de responsabilidad extracontractual del Estado y ausencia de pruebas que determinen la responsabilidad de la entidad demandada”*, propuestas por la entidad accionada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS.

CUARTO: EJECUTORIADA esta providencia, **DEVUÉLVANSE** los remanentes, si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso previo a las anotaciones en el sistema siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MIRFELLY ROCÍO VELANDÍA BERMEO
JUEZ