

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 015

Santiago de Cali, enero treinta y uno (31) de dos mil diecisiete (2017).

Medio de Control	Reparación Directa
Radicación	76001333300520140028700
Demandante	NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ Y OTROS
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL POLICÍA NACIONAL
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÀLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de reparación directa, instaurado a través de apoderado judicial, por la señora NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÒPEZ, LUIS EDUARDO JIMÉNEZ ANACONA, ARI DIANA JIMÉNEZ ZUÑIGA, ARLEY DARÌO JIMÉNEZ ZUÑIGA, NELCY JIMÉNEZ ZUÑIGA, ALDAIR JIMÉNEZ ZUÑIGA, GERARDO ANTONIO ZUÑIGA Y ELVIA MARÍA LÓPEZ DE ZUÑIGA, en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL– POLICÍA NACIONAL.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

PRIMERA.- DECLARAR con fundamento en el régimen objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional, extracontractual y administrativamente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL por los perjuicios ocasionados a los demandantes como consecuencia del homicidio culposo de LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ y las lesiones personales producidas a NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ, causados en agosto 16 de 2013, en desarrollo de procedimiento policial adelantado por miembros de tal institución.

SEGUNDA.- Que como consecuencia, condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL a reconocer y pagar a los actores los siguientes perjuicios:

2.1. Perjuicios Morales

2.1.1. Por la muerte de LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ

100 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES a favor de NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ y LUIS EDUARDO JIMÉNEZ ANACONA, respectivamente en su condición de madre y padre de crianza de la citada occisa.

50 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES a favor de ARI DIANA JIMÉNEZ ZUÑIGA, ARLEY DARÍO JIMÉNEZ ZUÑIGA, NELCY JIMÉNEZ ZUÑIGA, ALDAIR JIMÉNEZ ZUÑIGA, en su condición para cada uno, de hermanos de la citada occisa.

50 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES a favor de GERARDO ANTONIO ZUÑIGA y ELVIA MARÍA LÓPEZ DE ZUÑIGA, en su condición de abuelos maternos de la citada occisa.

2.1.2. Por las lesiones causadas a NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ

50 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES a favor de la afectada y víctima directa.

2.1.3. Afectación vida de relación y alteración de condiciones de existencia por la muerte de LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ

100 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES a favor de NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ y LUIS EDUARDO JIMÉNEZ ANACONA, respectivamente en su condición de madre y padre de crianza.

50 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES a favor de ARI DIANA JIMÉNEZ ZUÑIGA, ARLEY DARÍO JIMÉNEZ ZUÑIGA, NELCY JIMÉNEZ ZUÑIGA, ALDAIR JIMÉNEZ ZUÑIGA, respectivamente, en su condición para cada uno de ellos, de hermanos de la citada lesionada.

50 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES a favor de GERARDO ANTONIO ZUÑIGA y ELVIA MARÍA LÓPEZ DE ZUÑIGA, en su condición para cada uno de ellos, de abuelos maternos de la citada lesionada.

2.2. Perjuicios Materiales

2.2.1. Daño emergente

Costas del proceso en proporción a un 20 % sobre el valor de las condenas al tenor del artículo 188 de la Ley 437 de 2011.

2.2.2. Lucro cesante

2.2.2.1. Por la muerte de LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ

Teniendo en cuenta sus expectativas como estudiante de quinto de primaria que contaba con 8 años de edad, quien probablemente al cumplir la edad de 25 años prestaría apoyo a sus padres que tasa en \$25.000.000 para su madre biológica y padre de crianza, respectivamente.

2.2.2.2. Por las lesiones de NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ

\$267.000, teniendo en cuenta que devengaba \$800.000 como auxiliar de cocina, según incapacidad de 10 días otorgada por el Instituto Nacional de medicina Legal y Ciencias Forenses.

2.3. Intereses

Lo liquidado en aplicación de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

2. HECHOS DE LA DEMANDA

Los **HECHOS** expuestos en la demanda se resumen así:

- 2.1. En agosto 16 de 2013, aproximadamente a las 21:15 p.m., fueron asesinados JONATHAN IBAÑEZ NAVIA y JUAN DAVID OROZCO ARANGO, a la altura de la Avenida 7 B Oeste con 19 A Barrio TERRÓN de Cali, situación conocida por la Policía Nacional, que a través de los señores RAMÓN EDUARDO CUESTA ZAPATA y WILSON ANTONIO CASTRO BOLÍVAR, pudieron ver los cuerpos de las víctimas y emprendieron persecución con el fin de capturar a los homicidas.
- 2.2. En la misma fecha y hora NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ, LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ y MARÍA GLADIS MEDINA QUICENO, retornaban a sus casas después de acudir a una misa y al encontrarse

de frente con los policiales que se encontraban persiguiendo a los homicidas, llevaban armas en la mano; procuraron devolverse asustadas, cumplido lo cual e inexplicablemente, uno de los policiales accionó en su contra arma de fuego, que impactó a LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ con bala que ingresó por la espalda y salió por la axila derecha persona que después falleció e hirió a su vez a NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ a quien le dieron incapacidad definitiva de 10 días, todo lo cual se acredita además con diligencias adelantadas por el CTI, que por su parte determinó que tal muerte y herida no tenía nada que ver con el homicidio de JONATHAN IBAÑEZ NAVIA y JUAN DAVID OROZCO ARANGO, lo que motivó el trámite de investigaciones penales separadas y disciplinaria interna de la Policía Nacional.

- 2.3. Como la muerte de LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ y la herida causada a NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ ocurrió en desarrollo de operativo policial, las afectadas se expusieron a un riesgo excepcional que se estima debe ser indemnizado o daño especial por desequilibrio en las cargas públicas como quiera que las víctimas eran madre e hija de 8 años de edad, cuyo núcleo familiar debió padecer traumas psicológicos, de su vida de relación y condiciones de existencia, al paso que se afectó la probabilidad de apoyo económico que la fallecida podría brindar a su familia.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Enuncia como fundamentos de derecho los artículos 1, 2, 5, 11, 13, 42, 44, 90 de la Constitución Política.

Indica que los hechos narrados se enmarcan claramente bajo el régimen de responsabilidad objetiva del Estado, cuyo título de imputación debe ser el riesgo excepcional, ya que se trata de lesiones causadas por miembros de la Policía Nacional, por el ejercicio de actividades peligrosas, como lo es el uso de las armas de fuego, o en imputación por daño especial, sin que la administración pueda excepcionar fuerza mayor, hechos determinante y exclusivo de la víctima, o hecho determinante de un tercero.

Para sustentar lo atinente al régimen de responsabilidad aplicable, el apoderado de la parte actora afirma la existencia del daño antijurídico, la acción que lo causó como lo es el uso de armas de fuego por parte de policiales a quienes se imputa la

responsabilidad y el nexo de causalidad, para cuyos efectos cita diversos precedentes jurisprudenciales emanados del Consejo de Estado.

4. RAZONES DE DEFENSA

El apoderado de la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL**, se opone a las pretensiones de la demanda, ya que en su sentir en el proceso no se han demostrado todos los elementos necesarios para atribuir responsabilidad al Estado en cabeza de la entidad demandada.

Refiere que los hechos narrados en la demanda no se encuentran debidamente probados, por cuanto no se demuestra que las lesiones ocasionadas a las víctimas hayan sido producidas por los policiales, sino que quienes las originaron fueron los homicidas de las otras dos (2) personas que igualmente fueron asesinadas en esa fecha y ello es así porque querían distraer el accionar de la Policía y por cuanto no hay prueba de que la bala que produjo la muerte de LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ hubiere sido disparada por arma de dotación oficial de los policiales.

Indica que el demandante no ha cumplido con la carga probatoria que en virtud de la ley le atañe, y ante tal ineficiencia probatoria, las pretensiones no podrán prosperar.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

El apoderado de la **parte demandante** realiza una valoración pormenorizada de todo el material probatorio recaudado en el presente asunto, y afirma como probado la ocurrencia de un operativo policial para perseguir a homicidas, e igualmente el dictamen balístico que precisa que la bala causante de los hechos era de dotación oficial y como único disparo producido en esa fecha.

Concluye que la entidad demandada es la única responsable del daño antijurídico causado a los demandantes; debido a un daño especial por colocar en riesgo excepcional que no debían soportar o a la ruptura de igualdad ante las cargas públicas en la cual fueron puestas las víctimas (daño especial), y por tanto reitera las pretensiones de la demanda.

A su turno, la **NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL**, refiere que de la totalidad del material probatorio recaudado no se puede afirmar con certeza que la acción señalada por el demandante como causante del daño, haya sido perpetrada por miembros de la Policía Nacional, esto es el disparo que se afirma realizado por policiales; no obstante reconocer que los patrulleros RAMÓN EDUARDO CUESTA ZAPATA y WILSON ANTONIO CASTRO BOLÍVAR si realizaron operativo tendiente a capturar a unos homicidas, quienes fueron en realidad los agresores de LUISA ALEJANDRA ZÚÑIGA LÓPEZ y NANCY RUBIELA ZÚÑIGA LÓPEZ, justamente por accionar su armamento en contra de los policiales citados, con el fin de evitar su captura además de que testigos del hecho si bien refieren que hubo un solo tiro, no se especifica de dónde provino.

En lo demás, la entidad se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho plasmados en el escrito de contestación de demanda, pues al analizar uno y otro escrito es dable concluir que no existe una diferencia sustancial que amerite un nuevo análisis, más se precisa, todos los argumentos serán valorados para proferir la presente sentencia y una vainilla de bala entregada permitió corroborar que no correspondía a la dotación oficial de los policiales que intervinieron en el operativo citado.

6. TRÁMITE PROCESAL

Mediante proveído N° 703 de septiembre 18 de 2014¹, se admitió la presente demanda al cumplir con los requisitos legales para ello. Posteriormente, la misma fue notificada a la entidad demandada y demás sujetos procesales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA².

Vencidos los respectivos términos de traslado, se convocó a audiencia inicial, la cual se llevó a cabo el día 8 de septiembre del año 2015, saneando el proceso, fijando el litigio y decretando las pruebas pertinentes solicitadas por las partes³.

Finalmente se llevó a cabo audiencia de pruebas⁴ en la cual se recaudó la totalidad del material probatorio decretado.

¹ Folios 157 y 158 Cuaderno No. 1

² Folio 160 Cuaderno No. 1

³ Folios 223 al 226 y cd a folio 227 Cuaderno No. 1

⁴ Folios 242 al 244 y cd a folio 245; folios 256 al 261 y cd a folio 262 Cuaderno No. 1

Una vez concluida la audiencia de recaudo de pruebas, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto sobre el particular⁵, quedando el proceso a despacho para emitir la presente decisión de mérito.

7. CONSIDERACIONES

7.1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control y teniendo en cuenta la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial, debe el Juzgado determinar, si es responsable administrativa y extracontractualmente la entidad demandada, por el daño causado a los demandantes, con ocasión de los hechos acaecidos el 16 de agosto de 2013 en donde resultó muerta la niña LUISA ALEJANDRA ZÚÑIGA LÓPEZ y herida la señora NANCY ZUÑIGA LÓPEZ por un proyectil de arma de fuego a nivel de su espalda con orificio de salida que impactó a las dos personas citadas, mientras presuntamente Agentes de la Policía llevaban a cabo una persecución policial.

7.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a: **i)** realizar un análisis sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, el daño antijurídico y su imputabilidad al mismo; **ii)** estudiar la responsabilidad objetiva que se deriva del riesgo excepcional generado por el uso de armas de dotación oficial; **iii)** efectuar un análisis del acervo probatorio; y, **iv)** con base en éste, determinar si en el **caso concreto**, a los demandantes les asiste o no el derecho reclamado.

8. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO – DAÑO ANTIJURÍDICO E IMPUTABILIDAD.

Como primera medida, obligatorio es recordar que el artículo 90 de la Constitución Política, establece un principio general de responsabilidad patrimonial extracontractual en cabeza del Estado, principio que a su vez está fundamentado en la noción de daño antijurídico, (entendido éste como aquel que la víctima no tiene la obligación de soportar) y la imputabilidad del mismo al Estado.

⁵ Folio 261 Cuaderno No. 1

Cada uno de los títulos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, valga decir, *falla del servicio*, *riesgo excepcional* y *daño especial*, emanan de actuaciones estatales diferentes, y por ende se desarrollan de distinta forma y poseen reglas y requisitos distintos para su configuración, y que cada una de estas formas mediante las cuales se desarrollan estos títulos de imputación, constituyen los denominados regímenes de imputación, que bien pueden ser subjetivos, subjetivos en los que se presume la falla del servicio, objetivos.

8.1. El régimen subjetivo por falla del servicio

Como su nombre lo indica, la responsabilidad se sustenta en las obligaciones que adquiere el Estado ante la sociedad, cuyo contenido obligacional se predica de la actividad funcional que desarrollan los servidores públicos, con sustento en el artículo 6 de la Carta Política, que señala:

Artículo 6°. Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En tal sentido, el hecho constitutivo de falla del servicio, se presenta por no funcionar o funcionar deficientemente. Al respecto el Consejo de Estado ha definido⁶:

“(...) Respecto de la falla del servicio probada ha de decirse que ésta surge a partir de la comprobación de haberse producido como consecuencia de una violación – conducta activa u omisiva – del contenido obligacional determinado en la Constitución Política y en la ley a cargo del Estado, lo cual, como ya se dijo, constituye una labor de diagnóstico por parte del juez, de las falencias en las que incurrió la Administración y que implica un consecuente juicio de reproche. Por su parte la entidad pública demandada solo podrá exonerarse de responsabilidad si prueba que su actuación no constituyó una vulneración a ese contenido obligacional que le era exigible, es decir, que acató los deberes a los que se encontraba obligada – positivos o negativos – o, si demuestra que medió una causa extraña: fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima, o hecho también exclusivo y determinante de un tercero (...)”

Como el Estado actúa a través de servidores públicos, es indispensable entonces establecer desde el punto de vista probatorio que el autor del daño actuó de manera dolosa o culposa y esa carga en principio le asiste al afectado con el hecho generador del daño, sin perjuicio de establecer eventuales causales de exoneración de responsabilidad por parte de la entidad demandada. Solo existirá responsabilidad cuando esta sea fallida, tardía, imprudente, irregular, valga decir, reprochable; razón por la cual, el elemento esencial para establecer

⁶ Expediente No. 26855. Radicación No. 200003226 Sección Tercera Subsección A. Consejero Ponente HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Demandante MARÍA DEL MAR ESCORCIA ORDOÑEZ Y OTROS

responsabilidad, cuando estamos frente al régimen subjetivo, es la estructuración de la culpabilidad, por parte del agente estatal bajo el título de *falla en el servicio*.

8.2. El régimen objetivo

Es aquel en el cual no se evalúa la conducta estatal para determinar su responsabilidad, sino que lo determinante es el daño y su antijuridicidad, siendo atribuible a los títulos de imputación de daño especial y riesgo excepcional.

8.2.1. Daño especial

Se predica de aquellas actuaciones lícitas de la Administración que eventualmente pueden originar daño a los administrados, y en tal sentido es indemnizable el perjuicio que se llegare a causar.

Al respecto, la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado ha definido la responsabilidad con fundamento en la teoría de la igualdad frente a las cargas públicas que deben tener los gobernados, quienes se pueden ver expuestos a ciertos sacrificios o cargas que por equidad y justicia distributiva igualmente deben ser resarcidos, en la siguiente forma⁷:

“(...) Responde el Estado a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando al obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la naturaleza de los poderes y sus actuaciones del Estado, equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado (...)”

La doctrina en tal sentido ha precisado a propósito de la jurisprudencia en mención⁸:

“(...) En la responsabilidad extracontractual por daño especial, dos son los factores esenciales que deben siempre coexistir: la plena o absoluta legalidad de la actuación administrativa y el rompimiento de la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas.

“(...) La responsabilidad administrativa de los entes públicos por el llamado daño especial, tiene origen cuando la entidad en ejercicio legítimo de su actividad irroga daño o perjuicio a cualquier persona, de forma tal que sobrepasa o supera el ocasionado a los demás; vale decir, que con su comportamiento se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas (...)”

“A manera de síntesis, para que pueda hablarse de responsabilidad administrativa por daño especial, es indispensable la concurrencia de los siguientes requisitos tipificadores de la figura, a saber:

“a) Que se desarrolle una actividad legítima de la Administración;

“b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona;

⁷ Sentencia de octubre 28 de 1976. Consejero Ponente JORGE VALENCIA ARANGO.

⁸ Ver Blog Jurídico sobre el tema de ALEX CASTAÑO. alexiure.wordpress.com/2012/05/27/los-titulos-de-imputacion-de-dano-especial-y-riesgo-excepcional/

“c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la Ley y a las cargas públicas;

“d) El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los administrados;

“e) Debe existir nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado, y

“f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la Administración.

“Se trata, entonces, de una responsabilidad objetiva dentro de la cual demostrado el hecho, el daño y la relación de causalidad entre uno y otro se produce la condena, teniendo en cuenta, eso sí, que se presenten los demás elementos tipificadores de este especial régimen (...)”

8.2.2. Riesgo Excepcional

También es de elaboración jurisprudencial y su evolución nos muestra a la responsabilidad del Estado cimentadas en el riesgo excepcional o hecho de las cosas, al no encontrar en la tesis de falta o falla del servicio un soporte suficiente para su decisión. Inicialmente, precisó la jurisprudencia⁹:

“(...) El caso en estudio corresponde precisamente a uno de los varios eventos que comprende la responsabilidad sin falta, el denominado por algunos expositores riesgo excepcional. Tiene ocurrencia cuando el Estado, en desarrollo de una obra o servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a “un riesgo de naturaleza excepcional” (Laubadere) el cual, dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia del servicio público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la Administración, así no haya habido falta o falla del servicio.

Con posterioridad, el Consejo de Estado ha precisado¹⁰:

“(...) Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un ‘riesgo de naturaleza excepcional’ que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio (...)”

“(...) El riesgo excepcional o de naturaleza especial es otro de los campos en los cuales se desenvuelve el régimen de la responsabilidad objetiva del Estado, en el que no entra a jugar papel alguno el concepto de la falla del servicio y que sólo permite como exoneración de responsabilidad, la demostración, por parte de la entidad oficial demandada, de la fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero. Tampoco aquí se tiene como factor liberatorio el caso fortuito (...)”

Se fundamenta esta teoría también en el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas y se presenta en los casos en que el Estado en la elaboración de una obra pública o en la prestación de los servicios a su cargo, se

⁹ Con ponencia del doctor EDUARDO SUESCUN MONROI en el año 1984

¹⁰ Sentencia febrero 20 de 1989. Expediente No. 4655. Consejero Ponente Doctor ANTONIO J. DE IRRISARRI RESTREPO

vale de ciertos recursos que aunque necesarios para el trabajo, sitúan a los administrados bajo un riesgo especial o particular el cual es superior o mayor al que normalmente se está obligado a tolerar; cuando esto suceda es deber del estado indemnizar los perjuicios que cause y esto como contrapartida de las ventajas obtenidas por las obras realizadas o servicios prestados¹¹.

Se concluye entonces que las condiciones requeridas para estructurar dicha modalidad de responsabilidad por la producción de un daño indemnizable son:

- El desarrollo de una obra o actividad de servicio público;
- El empleo por parte de la administración de recursos o medios que coloquen a los administrados o a sus bienes en una situación de quedar expuestos a un riesgo, que dada su gravedad excede las cargas que normalmente deben soportar los ciudadanos, como contrapartida de las ventajas que reportan de la actividad o servicio;
- La realización o materialización del riesgo creado por la administración se realiza, esto es, se materializa, se produce un daño indemnizable.

8.2.2.1. Ejercicio de actividades peligrosas

Cuando ante esta Jurisdicción se debate la responsabilidad estatal derivada de daños causados por el ejercicio de actividades peligrosas por parte del Estado, como lo puede ser el uso de armas o de vehículos de dotación oficial, ha sido reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado, en determinar que resulta aplicable al caso la teoría del “*riesgo excepcional*” como título de imputación.

Bajo este título, corresponde al Estado asumir la reparación de los perjuicios causados a quienes hayan resultado afectados por la utilización de elementos de naturaleza riesgosa, como lo son las armas de fuego, instrumentos que son utilizados para el ejercicio de sus funciones y prestación del servicio por algunas autoridades públicas, como son la Policía Nacional y el Ejército Nacional, por nombrar algunos ejemplos.

Por tratarse de un régimen de responsabilidad objetivo, según se indicó con anterioridad, quien acude a la jurisdicción pretendiendo el reconocimiento de

¹¹ Ver nuevamente Blog Jurídico sobre el tema de ALEX CASTAÑO. alexiure.wordpress.com/2012/05/27/los-titulos-de-imputacion-de-dano-especial-y-riesgo-excepcional/

responsabilidad estatal, le corresponde acreditar la existencia del daño y la imputación del mismo a la entidad pública demandada, sin que sea necesario analizar la licitud de la conducta desplegada por el agente.

A su turno, la entidad demandada sólo podrá exonerarse de la condena de responsabilidad, desvirtuando la misma por la ocurrencia de una causa extraña, como:

- i) El hecho exclusivo de la víctima;
- ii) La fuerza mayor o caso fortuito; y/o
- iii) El hecho exclusivo y determinante de un tercero.

No obstante lo anterior, debe precisarse que de acreditarse una falla en el servicio, debe el Juez decidir la situación concreta con fundamento en éste título de imputación y no en el de régimen objetivo bajo la égida del riesgo excepcional, así lo indicó el Consejo de Estado en los siguientes términos¹²:

“(…) 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. (...) **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 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 responsabilidad.”** (Se resalta)

Sobre el régimen de responsabilidad aplicable frente a la indemnización de perjuicios generados por el uso de armas de dotación oficial, la mencionada Corporación al reiterar su jurisprudencia manifestó¹³:

“(…) Ahora bien, la Sala ha estimado que **en aquellos casos en los que se debate la obligación del Estado de indemnizar el perjuicio generado por la utilización de armas de dotación oficial, se debe aplicar el sistema objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional, toda vez que el Estado asume los riesgos a que expone a la sociedad con ocasión de la utilización de artefactos peligrosos o por el desarrollo de actividades de igual naturaleza. En tal sentido, para efectos de determinar la responsabilidad, resulta irrelevante el análisis de la licitud o ilicitud de la conducta asumida por los agentes estatales, como quiera que **es suficiente para****

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de abril de 2014, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicación número: 76001-23-31-000-2000-01498-01(29811).

¹³ Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección A, sentencia 14 de marzo de 2013, CP. Mauricio Fajardo Gómez. Radicación número: 41001-23-31-000-1994-07760-01(26078).

imputar el daño antijurídico, a título de riesgo excepcional, la demostración de que este fue causado por el artefacto o por la realización de la actividad peligrosa cuya guarda se encontraba a cargo del Estado. Sin embargo, éste podrá ser exonerado de responsabilidad demostrando que la imputación no existe o es apenas aparente, cuando el hecho ha tenido ocurrencia por la intervención de un elemento extraño: fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima (...)” (Se resalta)

En otro pronunciamiento el Consejo de Estado también precisó¹⁴:

“(...) En la actualidad, cuando se debate la responsabilidad del Estado por daños causados con el uso de armas de fuego de dotación oficial, por regla general se aplica la teoría del riesgo excepcional; en este sentido la jurisprudencia de la Sala ha señalado que la Administración debe responder siempre que produzca un daño con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, como lo es la manipulación de las armas de fuego de las cuales están dotadas algunas autoridades por razón de las funciones a ellas encomendadas, tales como la Policía Nacional, el D.A.S., o el Ejército Nacional, pues el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos peligrosos.

“(...) Ha sido reiterada la tesis de la Sala, según la cual en los eventos en que el daño es producido por las cosas o actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.), el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es ésta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen de responsabilidad del Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos posteriores a la expedición de la nueva Carta Política.

“En dichos eventos (daños producidos por las cosas o las actividades peligrosas), al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de una actividad riesgosa. Y la entidad demandada, para exculparse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero”. (Se resalta)

Se reitera entonces, que el estudio de responsabilidad extracontractual del Estado, en tratándose de perjuicios ocasionados con armas de dotación oficial –actividad de por si riesgosa-, por regla general deberá efectuarse bajo el título de imputación de riesgo excepcional, mediante el cual se atribuye una responsabilidad de carácter objetiva que para ser declarada requiere exclusivamente la acreditación de la existencia de un daño antijurídico y la imputación de este a la administración, demostrando su causación a través del artefacto peligroso que se encuentra a cargo del Estado, valga decir, el arma de dotación oficial.

9. ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD

Se considera que la responsabilidad está integrada por dos (2) elementos fundamentales, el daño y el título de imputación.

9.1. El daño

¹⁴ Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia del 27 de junio de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Radicación número: 41001-23-31-000-1998-00500-01(27626).

Es necesario aclarar que el daño debe tener el carácter de antijurídico; sobre este tema, el Consejo de Estado ha discurrido bajo el siguiente temperamento¹⁵:

“(...) El daño constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace inocuo el estudio de la imputación frente a la entidad demandada; esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril cualquier otro análisis, comoquiera que es el umbral mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

*“Así las cosas, **el daño se refiere a aquel evento en el cual se causa un detrimento o menoscabo, es decir, cuando se lesionan los intereses de una persona en cualquiera de sus órbitas, es “la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera”**”¹⁶*

“(...) es pertinente señalar, que la constatación de éste no es suficiente para que se proceda a su indemnización; en efecto, el daño debe ser cualificado para que sea relevante en el mundo jurídico, por ello la Constitución Política en el artículo 90 señala que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Se resalta).

Sobre la antijuridicidad del daño, esta misma providencia puntualizó:

“(...) La antijuridicidad¹⁷ se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es “contrario a derecho”¹⁸, “es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad”¹⁹, ello se refiere a que se desconozca cualquier disposición normativa del compendio normativo, sin importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad del daño”²⁰.

“En ese orden, la antijuridicidad puede ser estudiada en el plano formal y en el material: el primero de ellos se evidencia con la simple constatación de la vulneración a una norma jurídica, y el segundo se refiere a la lesión que se produce con esa vulneración, en los derechos de un tercero”²¹, aspectos que deben estar presentes para que el daño sea indemnizable.

“Sin embargo, es preciso señalar que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también aquel que atenta contra un bien jurídicamente protegido, en palabras de Roberto Vázquez Ferreyra, “la antijuridicidad supone una contradicción con el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural. En esta formulación amplia caben los atentados al orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales del derecho y hasta el ejercicio abusivo de los derechos”^{22,23} (...)”.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, C.P. Enrique Gil Botero. **Radicación número: 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590).**

¹⁶ ORGAZ Alfredo. El daño resarcible. 2ª Edición. Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires. Pág. 36. En ese mismo sentido VÁSQUEZ Ferreira Roberto en su obra Responsabilidad por daños. Ed. Depalma, Buenos Aires. Pág. 174 lo definió así: “El daño es la lesión a un interés jurídico.”

¹⁷ Término que ha sido aceptado por un sector de la doctrina como sinónimo de injusto, y en ciertos eventos de ilícito.

¹⁸ BUSTOS Lago José Manuel, Ob. cit. Pág. 45.

¹⁹ Nota del original: “Cfr. BUERES, A. J.: <<El daño injusto y la licitud>> op. Cit., p. 149. En el mismo sentido, entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO, G.: Derecho Penal. Parte General, op cit., p. 343: <<Para la determinación de la antijuridicidad resulta decisivo el ordenamiento jurídico en su conjunto>>”. BUSTOS Lago José Manuel. Ob. cit. Pág. 50.

²⁰ Sobre el concepto de daño antijurídico resulta ilustrativo, la breve reseña que sobre el mismo presentó, VÁSQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 128.: “En una primera aproximación, Compagnucci de Caso define a la antijuridicidad como “el acto contrario a derecho, considerado este último concepto como una concepción totalizadora del plexo normativo.”

“Gschnitzer entiende por antijuridicidad “una infracción de una norma, ley, contrato, ya norma expresa, ya atentado a la finalidad que la norma persiga o lesiones principios superiores”.

“En el campo penal, Mezger define la antijuridicidad –injusto- como el juicio impersonal- objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.”

²¹ BUSTOS Lago José Manuel. Ob. Cit. Pág. 51 a 52.

²² Nota del original: “así lo expusimos en nuestra obra *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*, ED. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, p.67. Ver también Alberto Bueres en *El daño*

En síntesis, el daño objeto de reparación se configura cuando:

- 9.1.1. Tiene el carácter de antijurídico;
- 9.1.2. Se trasgrede un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento, y
- 9.1.3. Posee una connotación cierta, valga decir, que se pueda apreciar materialmente y no sea un simple supuesto;

Así, existe responsabilidad estatal cuando se configura un daño de carácter antijurídico, atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, y una vez verificada la ocurrencia de un daño de esta índole, surge el deber de indemnizarlo plenamente, siempre y cuando este sea imputable al Estado, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido.

9.2. Título de Imputación

Sobre la aplicación de los títulos de imputación, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha manifestado²⁴:

*“(...) En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 **no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.** Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, **sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.**”*

“En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia (...)” (Se resalta).

Así, será el juez quien en virtud de la aplicación del principio *iura novit curia*, determine en cada caso concreto el régimen de responsabilidad aplicable y por ende el título de imputación que deba emplearse.

Sobre la imputabilidad, basta mencionar que se trata del componente que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado, o en el caso concreto, a la

injusto y la licitud..., ob. cit., p. 149, y Omar Barbero, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Edit. Astrea, Bs. As., 1977, p. 106.”

²³ VÁZQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 131.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección A, sentencia del 12 de marzo de 2014. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-00405-01(30648), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Policía Nacional, para lo cual se itera, fueron creados los denominados títulos de imputación que deben ser empleados por el juzgador atendiendo las particularidades del caso concreto.

10. ANÁLISIS DEL ACERVO PROBATORIO.

De cara a las pruebas de este proceso, es menester indicar que fueron, decretadas y practicadas conforme a las reglas contenidas en el Código General del Proceso, entre el 17 de julio de 2014²⁵ y el 25 de febrero de 2015²⁶; por consiguiente, también deben ser valoradas de acuerdo a los parámetros fijados en dicha norma procedimental y no bajo los causes del Código de Procedimiento Civil.

Ello, teniendo en cuenta que con relación a la entrada en vigencia del Código General del Proceso, la Sala Plena del Consejo de Estado, en auto de 25 de junio de 2014²⁷, unificó su jurisprudencia, así:

“(...) para señalar que su aplicación plena en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como en materia arbitral relacionada con temas estatales, es a partir del 1º de enero de 2014, salvo las situaciones que se gobiernen por la norma de transición (...), las cuales se resolverán con la norma vigente al momento en que inició el respectivo trámite”.

Luego, en auto de fecha 6 de agosto de 2014, proferido por la misma Corporación –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera –Subsección C, C.P. Enrique Gil Botero, radicación: 88001-23-33-000-2014-00003-01 (50.408), precisó que:

“(...) i) aquellas situaciones procesales surtidas con fundamento en las normas del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con lo establecido en el artículo 267 del CPACA, en el lapso comprendido entre el 1º de enero de 2014 y el 25 de junio de 2014, se tendrán como situaciones jurídicas consolidadas y en consecuencia, se registrarán hasta su terminación por las normas con base en las cuales fueron adelantadas, según las reglas establecidas en el artículo 624 del C.G.P. (...)”.

De acuerdo con lo mencionado líneas arriba, *en el sub lite* las pruebas fueron decretadas y practicadas después del 25 de junio de 2014; en consecuencia, le son aplicables las ritualidades del Código General del Proceso, y por ende, en aras de garantizar el debido proceso, las pruebas deben valorarse conforme a los parámetros establecidos en esta codificación.

²⁵ Fecha de audiencia inicial (f. 186 cdno 1).

²⁶ Fecha de celebración de la audiencia de pruebas (f. 228 ib).

²⁷ Consejo Ponente: Enrique Gil Botero, radicación: 25000-23-36-000-2012-00395-01 (IJ), número interno: 49.299, demandante: Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A., y demandado: Nación –Ministerio de Salud y de la Protección Social.

Así las cosas, el Despacho, en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá valor probatorio a la prueba documental que obra en el proceso en su gran mayoría en copia simple, y que surtidas las etapas de contradicción, no fueron cuestionadas en su veracidad por las partes, pues en virtud de lo dispuesto en el artículo 246 ibídem, los documentos allegados en copia tendrán el mismo valor probatorio del original, argumentación que igualmente es acorde con los planteamientos realizados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, a través de **sentencia de Unificación** de 28 de agosto de 2013, con ponencia del Consejero: ENRIQUE GIL BOTERO, Radicación N° 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022)²⁸.

Por lo anterior, los documentos aportados con la demanda y su contestación, así como los recaudados a lo largo del proceso a solicitud de las partes y que en casi su totalidad reposan en copia simple en el expediente, prestan el suficiente mérito probatorio y así serán valorados para tomar la presente decisión de fondo.

Finalmente, se dará valor probatorio a la totalidad de dictámenes y testimonios recepcionados por el Juzgado, cuya crítica se realiza a continuación.

En el presente asunto se han planteado dos (2) hipótesis de los hechos ocurridos como soporte de demanda y de la contestación de la demanda a saber:

- 10.1. Que el día 16 de agosto del año 2013 a las 21:25 aproximadamente, fueron asesinadas dos (2) personas en las escaleras ubicadas en la Avenida 7 C Oeste con Calle 19 del Barrio Terrón Colorado. Tales personas correspondían a los nombres de JHONATAN IBAÑEZ NAVIA y JUAN DAVID OROZCO ARANGO. El caso fue conocido instantes después de lo ocurrido por los agentes de Policía Nacional RAMÓN EDURDO CUESTA ZAPATA y WILSON ANTONIO CASTRO BOLÍVAR, quienes al percatarse de la huida de las dos (2) personas desconocidas que dispararon en contra

²⁸ “Así las cosas, cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C.G.P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachen de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias.

Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales.”

de la humanidad de los occisos, emprendieron persecución para procurar su captura²⁹.

- 10.2. Que en desarrollo de la persecución citada y a la altura de la Avenida 7 C Oeste No. 20 – 54, Comuna 1 Barrio TERRÓN de Cali, es decir en proximidades del lugar de ocurrencia de los dos homicidios anteriormente citados, fueron impactadas con arma de fuego LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ niña de 8 años quien falleciera como consecuencia de un disparo de arma de fuego que le atravesó su espalda y tuvo orificio de salida por una axila, NANCY ZUÑIGA LÓPEZ, madre de la anterior quien resultó herida en un brazo por la misma bala, después de hacer orificio de salida en la occisa antes citada³⁰.

La versión policial refiere que al momento de perseguir a los homicidas de las dos (2) personas citadas inicialmente, aquellos a su vez dispararon en contra de los policiales, lo que los llevó a atrincherarse en los muros de la calle que recorrían; no obstante, desafortunadamente uno de los tiros efectuados para distraer la persecución realizada por la Policía Nacional, impactó a la menor que posteriormente falleció; bala que también impactó a la madre de la hoy occisa. El informe reconoce haber efectuado un tiro al aire con ángulo de 45° como medida preventiva, para poder auxiliar a la menor herida y trasladarla a un centro de atención médica³¹.

Es decir, aunque se niega la posible responsabilidad en el accionar del arma determinante de la muerte y de las lesiones sufridas por las víctimas, se admite la probabilidad de que el daño antijurídico que nos ocupa (muerte de menor y lesiones de una adulta), haya sido producido por disparos efectuados por delincuentes dentro de un operativo policial.

La versión de la madre de la menor fallecida, brindada ante la Fiscalía General de la Nación, es de contenido similar al precisado como objeto de la demanda³², difiere de la versión policial, en cuanto afirma que el disparo se produjo, por agente de la Policía Nacional. Se enuncian los hechos así:

²⁹ Informe suscrito por RAMÓN EDUARDO CUESTA ZAPATA a folio 26

³⁰ Así se menciona en el informe citado, así como en la copian del libro de novedades de dicha fecha visible a folios 28 al 31 Cuaderno No. 1 y en el informe de Red Ladera ESE y del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses visibles a folios 28 y 29 Cuaderno No. 2 C

³¹ Ver informe elaborado por RAMÓN EDUARDO CUESTA ZAPATA a folio 26 y 27 y copias del Libro de Población de la Policía Nacional visible a folios 28 al 30

³² Folios 45 al 47 Cuaderno No. 1

“(...) LOS POLICIAS VENÍAN VESTIDOS NORMAL, VERDE ELLOS, LLEVABAN ARMAS EN LA MANO, UNAS ARMAS CORTAS, ELLOS VENÍAN SUBIENDO POR EL COLEGIO COMO HACIA LA IGLESIA POR EL OTRO LADO PERO POR LA CALLE Y NOSOTROS IBAMOS POR LA CALLE PRINCIPAL AL FRENTE DE LOS POLICÍAS DONDE TRANSITAN LOS JEPETOS, PORQUE LAS CALLES SON MERAS GRADAS O RAMPLAS, YO ESCUCHÉ UN SOLO TIRO, PERO NO VI QUIEN DISPARÓ PORQUE IBA DE ESPALDA, EN ESE MOMENTO YO SENTÍ UN PRINGONAZO, YO ME IMAGINO QUE DISPARARON LOS POLICÍAS PORQUE NO HABÍA NADIE MÁS, YO ESCUCHÉ UN TIRO Y VI QUE LOS POLICIAS IBAN ADELANTICO, AHÍ FUE QUE LA NIÑA SE DESPLOMÓ, SE CAYÓ AL PISO Y ELLA MOVÍA LAS MANITOS Y LOS OJITOS Y YO QUEDÉ COMO UNA LOCA, SALÍ GRITANDO, LA OTRA SEÑORA GLADIS TAMBIÉN GRITABA Y AHÍ SE DEVOLVIÓ UN POLICÍA DE ESOS Y ALZÓ LA NIÑA Y LA ECHÓ EN UN TAXI (...) EL MÉDICO ME LLAMÓ Y ME DIJO QUE NO HABÍA NADA QUE HACER PORQUE EL TIRO DE LA NIÑA ERA MORTAL (...) YO LES DIJE QUE ESTABA HERIDA UNA ENFERMERA DE ESAS ME APLICÓ LA INYECCIÓN DEL TÉTANO, ME COLOCARON DESTROSA (...) COMO A LAS CUATRO DE LA MAÑANA ME DIERON DE ALTA Y LOS POLICÍAS ME LLEVARON A LA CASA (...)”

Dicha versión coincide además con la entrevista de MARÍA GLADIZ MEDINA QUICENO³³, al referir:

“(...) CUANDO VENÍAMOS BAJANDO POR LA AVENIDA 8 CON 7 NOSOTROS NO SABÍAMOS QUE HABÍAN MUERTOS MÁS ABAJO, ENTONCES SUBÍAN DOS POLICÍAS CON ARTMAS EN LAS MANOS EL PRIMERO QUE IBA ADELANTE DISPARÓ, LAS ÚNICAS QUE NOS ENCONTRÁBAMOS EN LA CALLE ERAMOS NOSOTROS TRES POR AHÍ NO HABÍA NADIE MÁS NI HABÍAN CASAS ABIERTAS. EL POLICÍA DISPARÓ Y NO ME IMAGINÉ QUE ESA BALA LE IBA A PEGAR A LA NIÑA Y A LA SEÑORA NANCY, YO DESPUES DE QUE SENTÍ ESE DISPARO SENTÍ QUE ME CAYÓ UN POCO DE ARENA, LA SEÑORA NANCY SE AGARRÓ LA MANO Y EN ESE INSTANTE CAE LA NIÑA AL SUELO Y YO CREÍA QUE LA NIÑA ESTABA DESMALLADA (SIC) LA NIÑA CUANDO CAYÓ AL SUELO DECÍA MAMITA MAMITA ENTONCES EMPEZE (SIC) A GRITAR Y UN POLICÍA SE DEVOLVIÓ Y LA RECOGIÓ LLEVÁNDOLA EN UN TAXI QUE ESTABA PARQUEADO CERCA DE UN SEÑOR QUE VIVE POR AHÍ EN EL SECTOR, SOLAMENTE SE ESCUCHÓ UN TIRO Y FUE EL QUE HIZO EL POLICÍA CUANDO VENÍA CORRIENDO DEL LUGAR DONDE HABÍA MATADO A DOS MUCHACHOS, PRIMER VEZ QUE VEIA A ESTOS DOS POLICÍAS (...)LA DISTANCIA EN QUE SE ENCONTRABA EL POLICÍA CUANDO DISPARÓ ERA POR AHÍ DE TRES METROS, CUANDO VIMOS A LOS POLICÍAS QUE VEMÍAN CORRIENDO NOSOTROS NOS DEVOLVIMOS Y ALCANZAMOS A DEVOLVERNOS COMO TRES METROS, LA NIÑA DECÍA CON LA POLICÍA NO PASA NADA ANTES NOS CUIDAN EN ESE MOMENTO ES QUE VEO EL POLICÍA QUE DISPARA HACIA ARRIBA IMPACTANDO A LA NIÑA Y LA SEÑORA NANCY, DESPUÉS DE ESTO YO ME VOY PARA LA CASA DE LA FAMILIA DE DOÑA NANCY (...) YO LO ÚNICO QUE DIGO ES PORQUE EL POLICÍA DISPARABA SI NO HABÍA NADIE POR AHÍ CORRIENDO SOLO ESTÁBAMOS NOSOTRAS TRES (...)”

Según lo expuesto en la versión de las personas que protagonizaron los hechos pretendidos probar en el sub judice, en la fecha mencionada (agosto 16 de 2013), hay coincidencia en cuanto que en desarrollo de un operativo policial, persiguiendo a unos homicidas de dos (2) personas, se disparó un arma de fuego que produjo la muerte de LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ y las lesiones a NANCY ZUÑIGA LÓPEZ.

De corroborarse desde el punto de vista probatorio la versión policial, el título de imputación sería el de responsabilidad objetiva con sustento en la teoría del daño especial, en cuanto se causó daño antijurídico tanto a la menor fallecida como a

³³ Folios 8 y 9 Cuaderno No. 2 D

su madre, en ejercicio de la función lícita policial de perseguir a un delincuente, sin importar desde donde provino la lesión que causó la muerte y las lesiones.

De corroborarse la versión de los demandantes, el título de imputación a establecer, es el de responsabilidad objetiva, con sustento en la teoría del riesgo excepcional por falla del servicio, generado en el ejercicio de una actividad peligrosa, como lo es el uso de armas de fuego oficiales, dentro del cual no hay lugar al análisis acerca de si existió culpa o no de los policiales al accionar sus armas.

En cualquiera de las dos modalidades el costo de la indemnización es de contenido similar.

10.3. Hechos probados

Sobre la base de la necesidad de establecer si las lesiones y muerte causadas se originan en falla del servicio, o el ejercicio de actividad peligrosa desplegada por miembro de la Policía Nacional, por la probable activación imprudente de arma de fuego oficial, dentro de cuyo contexto se aplica el régimen objetivo de riesgo excepcional, el régimen también es objetivo en cuanto es suficiente probar que el origen de la producción del riesgo y su relación de causalidad adecuada con el daño imputado, sin que resulte preciso probar el dolo o culpa.

Así las cosas, para poder entrar a definir si se aplica el régimen de responsabilidad llamado a aplicar, el Despacho procederá inicialmente a confrontar el material probatorio allegado, con el fin de establecer la veracidad de las hipótesis planteadas por cada una de las partes, por virtud de la aplicación del principio iura novit curia, sin descartar inicialmente la probabilidad de aplicar el régimen de falla del servicio probada o de ser factible la denominada falla presunta por el uso de arma oficial, dadas las circunstancias que respectivamente alegan las partes, a lo cual se procede en la siguiente forma, con el fin de destacar los hechos considerados probados:

- Existió el homicidio de los señores JHONATAN IBAÑEZ NAVIA y JUAN DAVID OROZCO ARANGO, cuya investigación se adelantó ante la Fiscalía General de la Nación y el Juzgado 16 Penal del Circuito de Cali, dentro del proceso radicado bajo el No. 760016000193201324125 NI 55680-182, adelantado en contra de LUIS ALFONSO GÓMEZ GALLEGU, identificado

con cédula de ciudadanía No. 1.136.059.306 de Cali, quien aparece sindicado de cometer dicho homicidio al cual se le dio el carácter de agravado, en concurso con porte ilegal de armas.

Tal persona fue capturada el 13 de septiembre de 2013. El Despacho ante el cual le fue imputada la comisión de los delitos fue el Juzgado 21 Penal Municipal de Cali con funciones de Control de Garantías. Al momento de correr traslado para alegar de conclusión, se tiene evidencia además de que se está adelantando el respectivo juicio en contra del sindicado, quien se encuentra detenido por orden de autoridad competente, con sustento en tales hechos³⁴.

- Así mismo, al proceso se allegó evidencia de encontrarse en trámite el proceso radicado bajo el No. 76001600199201400056, con ocasión del homicidio de LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ, en contra de los patrulleros de la Policía Nacional WILSON ANTONIO CASTRO BOLÍVAR y RAMÓN EDUARDO CUESTA ZAPATA, tramitado en la Fiscalía 40 Seccional de Santiago de Cali.

Dicho proceso, se encontraba aún para noviembre 19 de 2015³⁵, en etapa de Indagación, a expensas de la versión de los hechos suministradas por NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ y MARÍA GLADIS MEDINA QUICENO y el propio agente de la Policía Nacional CUESTA ZAPATA³⁶ dentro del trámite del proceso adelantado por la muerte de los menores JHONATAN IBAÑEZ NAVIA y JUAN DAVID OROZCO ARANGO.

Dentro de dicho expediente, el informe pericial de necropsia de LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ, refiere que la herida que sufrió se produce por arma de fuego y que fallece por hemorragia masiva de la región del torax secundaria a laceración de pulmones causados por los proyectiles de arma de fuego; el orificio de entrada es escapula izquierda mide 0,8 X 0,6 cms a 29 cms de vertex y 10 cms de línea media y el orificio de salida es axila derecha que mide 1,3 X0,9 cms a 32 cms del vertex y 10,5 cms de línea media, por lesiones en piel y tejidos blandos, músculos intercostales, pleura parietal y visceral, laceración lóbulo inferior y medio del pulmón derecho, laceración pleura parietal y visceral, en una

³⁴ Folios 1 al 131 del Cuaderno Número 2 E, 1 al 276 del Cuaderno No. 2 C, 192 al 324 Cuaderno No. 2 A1 al 276 Cuaderno No. 2 B

³⁵ Folio 1 Cuaderno No. 2 D

³⁶ Folios 102 al 106, 113 al 127 Cuaderno No. 2 D

trayectoria anatómica Plano horizontal ínfero superior. Plano Coronal: Plano Anterior. Plano sagital: izquierda a derecha³⁷.

Así mismo, el dictamen de Balística elaborado por la Fiscalía General de la Nación para el homicidio de LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ y otros occisos³⁸, se realiza con base en el análisis efectuado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con el fin de deducir la probable trayectoria de los proyectiles de armas de fuego que penetraron el interior de los cuerpos de las personas fallecidas, con base en los rastros que deja el proyectil al salir por la boca de fuego, dentro del cual se produce llama, gases y humo debido a la combustión de pólvora, granos de pólvora semi combustionados y gases producto de elaboración de metales incluyendo la presencia de cobre. Los métodos empleados, señala el informe, son aceptados por la Asociación AFTE y con el empleo de cinta métrica, pie de rey y reactivos químicos, muestra los siguientes hallazgos frente al tema que nos ocupa:

El dictamen de Policía Judicial aclara que en ninguno de los dos (2) sitios en los que se menciona ocurrieron los hechos (lugar de fallecimiento de JHONATAN IBAÑEZ NAVIA y JUAN DAVID OROZCO ARANGO frente al lugar de fallecimiento de LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ y heridas a NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ), que quedan distantes entre sí, 110 metros³⁹, fue acordonado, de manera que no se obtuvo inicialmente ninguna evidencia física⁴⁰.

En cuanto al caso específico de LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ, el dictamen analiza la versión de MARÍA GLADYS MEDINA y de NANCY ZUÑIGA, quienes afirman venían en sentido contrario al del desplazamiento del personal policial; regresan unos metros y quedan de frente a la vía, según planos topográficos y videos de recreación de la escena⁴¹; para concluir que coincide su versión con la probable trayectoria del proyectil de arma de fuego que se desplazó por el cuerpo de la niña y que le causara la muerte, cuya ruta proviene de la ruta asumida por los policiales, al paso que descarta la probable evidencia acerca de la existencia de ataque producido por armas de fuego desde otros lugares, como consecuencia de disparos efectuados por las personas que le causaron la muerte a los otros occisos citados a quienes los policiales perseguían precisamente .

³⁷ Folios 72 a 75 Cuaderno 2 D

³⁸ Folios 55 al 71 Cuaderno No. 2 D

³⁹ Folio 81 Cuaderno 2 D

⁴⁰ Folio 81 Cuaderno 2 D

⁴¹ Ver cd a folio 129 Cuaderno No. 2 D

En tal sentido, no considera sustentada la versión del patrullero RAMÓN EDUARDO CUESTA ZAPATA quien afirma que después de sobrepasar a las dos señoras y niña que estaban paradas esperando que pasaran los policiales, tomó refugio por ataque desde la parte alta del lugar donde tuvieron ocurrencia los hechos, para disparar hacia arriba a la altura del muro instalado en proximidades del Establecimiento Educativo JOSÉ PARDO. También se tuvo en cuenta en tal sentido, la versión de su compañero WILSON CASTRO BOLÍVAR, quien afirma no haber utilizado su arma de fuego, en el momento en el cual tuvieron ocurrencia los hechos.

Con base en la trayectoria del proyectil por entrada y salida de la víctima menor de edad que es proyectada en el protocolo de necropsia en representación anatómica consistente en dibujos del cuerpo de la occisa⁴², el informe señala como hallazgo la sustancia de cobre en muro del Establecimiento Educativo JOSÉ PARDO, se concluye que obedece a impacto de proyectil de arma de fuego en el sitio puntualizado como No. 1. En los puntos No. 2 y 3 no se hallaron evidencias de impactos con armas de fuego.

El estudio de Balística del tema fue elaborado por el señor JOSÉ NELSON PÉREZ PÉREZ está sustentado en estudio topográfico y fotográfico elaborado por el señor DARÍO SUÁREZ DÍAZ, anexo igualmente al proceso que detalla las posiciones de las personas que dan su versión de los hechos dada su condición de testigos o partícipes en los mismos⁴³.

El estudio concluye entonces que el tirador estaba en la parte posterior izquierda de la víctima, en un plano superior con respecto al orificio de entrada del proyectil a su cuerpo y aunque no existe en la versión de las víctimas una visión exacta de la persona que produjo el disparo, afirma que el disparo se produjo a larga distancia (superior a 1,20 metros para armas de fuego cortas), y por una pistola dado que no existe tatuaje, ni ahumamiento sobre el orificio de entrada. También concluye que en el muro en el que se afirma se refugió el policial que disparó, no existen evidencias de que haya sido impactado por armas de fuego y que el disparo que es el mismo que afectó a la mamá de la menor:

“(...) proviene desde la dirección del desplazamiento del personal policivo, así mismo que dicho proyectil ingresa en la parte posterior de la humanidad de la niña y sale en la parte anterior de la misma, generando este mismo proyectil un orificio de entrada y salida en el antebrazo izquierdo de la mamá (Nancy Zuñiga) (...)”

⁴² Folio 64 Cuaderno No. 2 D

⁴³ Folios 114 Cuaderno Principal y 129 Cuaderno 2 D

Aunque existe una prueba balística sobre residuos de proyectil hallado en el Colegio JOSÉ PARDO, que se afirma no corresponde a la dotación oficial de los policiales, prueba con sustento en la cual se archivó la investigación disciplinaria en contra de los policiales, esta prueba no se puede considerar dentro de la actuación que nos ocupa, por no corresponder su hallazgo al efectuado por parte de las autoridades de Policía Judicial en el sitio específico de los hechos, sino por haber sido allegadas por parte de terceros que hicieron entrega del residuo del proyectil a la madre de la menor ultimada, destacando una vez más las falencias debido al hecho de que en un principio no se acordonó el sector y no se sabe con precisión de qué forma se allegó al establecimiento educativo el residuo hallado, como si se encontró en sector aledaño al lugar exacto donde ocurrieron los hechos en el punto No. 1, rasgos de cobre, que determinan la evidencia de disparo de arma de fuego y que sirvió de complemento al análisis para concluir la probable dirección del proyectil que acabó con la vida de la menor LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ.

Así las cosas, la circunstancia de que el proyectil de arma de fuego hallado en el Colegio y entregado a la madre de la menor ultimada para su análisis comparativo con el informe balístico podría coincidir o no con las balas que emplean para su actuación oficial, los miembros de la Policía Nacional implicados y al no poder determinar su origen, no podemos afirmar que sea el causante o no de la muerte de la menor, al margen de no corresponder a la munición empleada por la autoridad policial.

De otra parte, se insiste en afirmar que no pudo ser corroborada la versión policial en el sentido de que hubo ataque con arma de fuego en su contra, producido por los presuntos homicidas desde el sitio en el cual huían.

- En cuanto a la prueba testimonial tenemos lo siguiente:

Los testigos FRANCISCO FABIÁN ROJAS RODRÍGUEZ y ADRIANA MARÍA PÉREZ CAMPO⁴⁴, no fueron presenciales de los hechos ocurridos que originaron las heridas que produjeron el fallecimiento de la menor LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA, así como las herida a su señora madre NANCY ZUÑIGA, aunque pudieron percibir instantes después y enterarse por lo dicho por sus familiares, que las víctimas estuvieron en misa y al salir les dispararon unos agentes de Policía persiguiendo a unas personas delincuentes. Situación que ocurrió al

⁴⁴ Folios 242 al 245 Cuaderno No. 1

momento de bajar de la iglesia con destino al sector donde queda el colegio y justo en el momento en que intentaron devolverse y después detenerse a esperar el paso de los policiales.

Manifiestan además que saben que la madre de la víctima sufrió una herida y que en el momento de los hechos, en la calle estaba solo la Policía. Finalmente, reconocen problemas de falta de seguridad por las disputas territoriales de las pandillas dedicadas a coger lo ajeno, quienes según uno de los testigos matan a *“quien da papaya”* en un sector duro. No obstante si la Policía dispara indiscriminadamente se produce afectación al interior de la comunidad por miedo.

El testigo FRANCISCO FABIÁN ROJAS RODRÍGUEZ (residente en la Avenida 8 Oeste No. 19 – 102 Terrón Colorado) al igual que ADRIANA MARÍA PÉREZ CAMPO, por su parte refieren conocer a LUIS EDUARDO JIMENEZ quien reside enseguida del lugar donde vive la familia de NANCY ALEJANDRA ZUÑIGA cuya muerte causó grave consternación en el núcleo social por tratarse de afectación de una familia dedicada al trabajo por parte de los padres y del estudio por parte de los menores. El tiempo transcurrido de conocimiento es de hace aproximadamente 7 a 9 años *“larguitos”* y desde esa época el señor JIMÉNEZ viene atendiendo como padre a la niña ahora fallecida, a quien la consideraban como una persona de buenas costumbres y esposo de la víctima NANCY RUBIELA ZUÑIGA; de quien además de ser juicioso, sin vicios, dedicado al trabajo y a su familia, le correspondía llevar a la niña fallecida al colegio y no le faltaba dentro de su pobreza nada. Sabe además que LUIS JIMÉNEZ y NANCY RUBIELA ZUÑIGA conviven juntos, en un hogar conformado además por 4 muchachos y la niña objeto de homicidio. Nunca han sabido que la familia haga algo malo o raro y la comunidad resultó afectada por los problemas de la familia como consecuencia de la muerte de la niña, junto con tías, papá, mamá y por comentarios de la gente.

De otra parte, la testigo MARÍA GLADIS MEDINA QUICENO como persona que presenció los hechos, reitera conocer hace más de 15 años a la señora NANCY ZUÑIGA y ser amigas por asistir a la iglesia. LUIS es el papá, DIANA, NELSY, son hijos de NANCY y atendía en vida a la menor fallecida. Aunque esta testigo no percibió ni reconoció el rostro del policial que disparó, menciona que venían de la iglesia de una reunión misionera y al ir a la altura de la Escuela PARDO , cuando venían bajando, vieron a los dos (2) policiales que venían corriendo hacia arriba con arma empuñada. Por tal motivo, trataron de devolverse al ver a los policías correr. No obstante, por sugerencia de la niña que dijo *“(...) no mamita, no corramos*

que la Policía nos cuida (...)”, decidieron detenerse a ver pasar a la Policía. Agrega la testigo que causa extrañeza el por qué venían ahí los agentes, si no había nadie en el lugar de los hechos y que tampoco sabían que en la parte de abajo había habido muertos, ni escucharon disparos y que solamente fue justo cuando los policiales ya se encontraban a cerca de 2 metros de las víctimas, que se soltó el disparo por parte de uno de los policiales que venía corriendo con el arma empuñada y aunque la mamá la intentó proteger a la menor, eso fue lo que le causó la muerte. También pudo percibir que de los policiales, que quien venía adelante fue la persona que hizo el disparo y reconoce además que el sector era de muy baja la luz y por consiguiente es difícil reconocer exactamente a la persona que activó el arma de fuego. Es decir, la testigo sabe que alguno de los dos (2) policiales, el que iba adelante fue el que produjo el disparo. Supo que ambos eran jóvenes, pero no los pudo reconocer cuando se requirió porque no los percibió por lo oscuro del sitio. Sin embargo es categórica en afirmar que al instante de pasar con pistola en mano, fue que sonó el disparo y en el mismo instante cayó la niña, instantes antes de pasar por el sitio exacto donde se encontraba la testigo, la niña y la mamá, en un lugar en el cual no había nadie a esa hora y no reconoce que hubieran efectuado más disparos, desde sitios diferentes.

La testigo también menciona que los policiales llevaban sus armas a cierta altura desde la cual era probable originar el disparo con la trayectoria que recorrió en la menor fallecida, toda vez que en su camino la niña había quedado de última y justo al estar los policiales aproximadamente a dos (2) metros de distancia, fue que se produjo el disparo y simultáneamente la caída de la niña. Ello, después de que el grupo que retornaba de actividades pastorales en una iglesia, se detuvieron para devolverse inicialmente y luego en realidad detenerse a esperar ver pasar a los policiales que venían de frente, por sugerencia de la misma niña que dijo que no era necesario que corrieran que la Policía era para cuidarlos.

Es de destacar que en la versión inicial realizada por la demandante, señora NANCY RUBIELA ZUÑIGA, se menciona que:

“(...) YO TENGO CINCO HIJOS ARI DIANA JIMENEZ TIENE 22 AÑOS, ELLA ES AMA DE CASA (...), ARLEY DARÍO JIMÉNEZ DE 21 AÑOS, EL VIVE CONMIGO, EL ES SOLTERO Y ES DESEMPLEADO (...) NELCY JIMÉNEZ TIENE 19 AÑOS., ES SOLTERA Y ESTUDIA EN EL SENA (...), ALDAIR JIMENEZ DE 18 AÑOS ESTUDIA (...) Y POPR ÚLTIMO LA NIÑA QUE FALLECIÓ, MI ESPOSO ESTÁ PRESO POR VIOLACIÓN Y ESTÁ EN LA CÁRCEL DE JAMUNDÍ (...)”

Refiriéndose al paso por el establecimiento educativo JOSÉ PARDO explica:

“(...) HABÍA UN SEÑOR QUEL TIENE RETRASO MENTAL, Y EL ESTABA ABRIENDO LA PUERTA Y TENÍA UNA TIRITA LARGUITA, COMO QUE LA OTRA LLAVE LE PEGABA LA PUERTA, YO ESCUCHÉ UN RUIDO, Y LE DIJE A LA OTRA SEÑORA QUE SI ERA BALA Y LA NIÑA FUE QUE ME DIJO FUE EL SEÑOR QUE NO PUEDE ABRIR LA PUERTA, NOSOTROS SALIMOS ABAJITO, CUANDO VENÍAN DOS POLICÍAS, ESO POR AHÍ ES SOLIDO (SOLITARIO) Y LE DIJE A LA SEÑORA QUE ESTARÍA PASANDO EN EL RIEALENGO QUE VIENEN EN CARRERA Y, LA NIÑA QUE IBA CONMIGO ADELANTICO Y LA SEÑORA GLADYS IBA ATRACITO DE NOSOTROS, ME DIJO NO SE PREOCUPE, ES LA POLICÍA ANTES ELLOS NOS CUIDAN, NO NOS PUEDEN HACER NADA, YO MIRÉ DOS POLICÍAS QUE IBAN A PIE CORRIENDO, LE DIJE A LA SEÑORA NOS DEVOLVEMOS Y AHÍ LA NIÑA QUEDÓ EN MEDIO DE NOSOTRAS NOS DEVOLVIMOS UN POQUITO MAS LOS POLICIAS VENÍAN VESTIDOS NORMAL, VERDE ELLOS LLEVABAN ARMAS EN LA MANO, UNAS ARMAS CORTAS, ELLOS VENÍAN SUBIENDO POR EL COLEGIO COMO HACIA LA IGLESIA POR EL OTRO LADO PEROPOR LA CALLE Y NOSOTROS IBAMOS POR LA CALLE PRINCIPAL AL FRENTE DE LOS POLICÍAS DONDE TRANSITAN LOS JEPETOS PORQUE LAS CALLES SON M,ERAS GRADAS O RAMPLAS. YO ESCUCHÉ UN SOLO TIRO, PERO NO VI QUIEN DISPARÓ PORQUE IBA DE ESPALDA, EN ESE MOMENTO YO SENTÍ UN PRINGONAZO, YO ME IMAGINO QUE DISPARARON LOS POLICÍAS PORQUE NO HABÍA NADIE MÁS YO ESCUCHÉ UN TIRO, Y VI QUE LOS POLICIAS IBAN ADELANTICO, AHÍ FUE QUE LA NIÑA SE DESPLOMÓ (...)”

En la misma diligencia la señora hizo entrega de vainilla de bala entregada por personal del Establecimiento Educativo JOSÉ PARDO a la madre de la víctima de homicidio, del que se afirma no puede ser considerado por el Despacho, debido a que se desconoce su procedencia y se cuestiona su validez debido a que no se hicieron las diligencias de acordonamiento e inspección requeridas en tales casos, responsabilidad que se encontraba a cargo de los policiales que conocieron del caso.

El policial WILSON ANTONIO CASTRO BOLÍVAR, en su condición de persona que participó en los hechos objeto de reparación, menciona que en el punto donde se encontraban laborando recibieron turno a eso de 9 30 pm y 5 minutos después escucharon detonaciones de arma de fuego, en sitio aproximado de 20 metros de distancia del sector TERRON COLORADO en unas gradas del REALENGO, donde pudieron advertir el fallecimiento de 2 menores. Al momento de ocurrir los hechos iba subiendo y se encontró de frente a los agresores, quienes dispararon en contra de los policiales, en un sector conflictivo por manejo de micro tráfico y barreras invisibles, entre dos pandillas delincuenciales del REALENGO y de la ESTATUA donde residían quienes cometieron el hecho.

Al terminar detonaciones pudieron observar corriendo a los homicidas e intentaron su cierre por la parte de abajo, no obstante son objeto de agresión con unos disparos, razón por la cual en ese momento se refugian a lado y lado de la vía. El compañero desistió de la persecución y si bien el testigo prosiguió persiguiendo a los agresores, tiempo después también decide no continuar con su cometido,

porque se encontraba solo y advierte no haber accionado en ningún momento su arma de fuego.

El otro policial RAMON EDUARDO CUESTA ZAPATA menciona que en realidad lo ocurrido fue que fueron agredidos, no obstante los acusaron a ellos de disparar, al momento de brindar apoyo a la menor para ser atendida en centro médico, frente a lo cual agrega que hizo un disparo a 45°, mientras su compañero CASTRO prosiguió la persecución, tema que fue objeto de anotación en el libro de población y que se pudo establecer que dispararon en su contra. Además por una prueba BALÍSTICA se destacó que su arma de dotación oficial no fue detonada; aclarando que el arma que le correspondía, la tuvo siempre en la chapusa y no la tuvo que sacar⁴⁵.

El Despacho considera con fundamento en los elementos probatorios referenciados, que como lo refiere el dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses el orificio de entrada se produjo por la escapula izquierda que corresponde a lo que denominamos hueso omoplato, que está ubicado en la parte posterior del hombro; ello significa que el disparo se produjo desde un sector próximo a la parte de atrás y al mismo tiempo desde la izquierda de la víctima y que si el proyectil atravesó ambos pulmones iba en dirección de izquierda a derecha, hasta salir como en especie de línea diagonal hacia el frente del cuerpo de la menor fallecida en la axila derecha, por donde se encontraba el orificio de salida; cobra credibilidad la versión de las víctimas frente a la planteada por los policiales, que por su parte no encuentra sustento desde el punto de vista técnico.

Lo anterior ya que si la versión de las víctimas es que se devolvieron al ver de frente a los policiales que en ese momento iban persiguiendo a alguien desconocido, enfundando sus armas y de que fue un solo disparo (el producido por el policial) el que produjo la muerte de la víctima y las lesiones en el brazo a la madre de esta, no es creíble la versión de un enfrentamiento igualmente descartado desde el punto de vista técnico, ni necesidad de disparar preventivamente⁴⁶, por cuanto el disparo efectuado en el cuerpo de la menor no la impactó de frente, sino que ingresó por el lado izquierdo de su espalda desde el omoplato, pasó por los pulmones y salió por la axila derecha en frente de la menor y en especie de diagonal a los policiales, quienes iban corriendo en dirección hacia donde dos (2) víctimas de los policiales se detuvieron a verlos pasar.

⁴⁵ Folios 28 al 32 Cuaderno No. 2

⁴⁶ Conforme se menciona en el informe visible a folios 26 y 27 del Cuaderno No. 1

Es decir resulta de mayor credibilidad la versión de las víctimas quienes afirman que por sentirse asustadas se devolvieron algunos metros, por el hecho de ver de frente a los policiales armados con sus armas desenfundadas, a diferencia del presunto enfrentamiento afirmado por RAMÓN EUARDO CUESTA ZAPATA, por cuanto si el otro policial WILSON ANTONIO CASTRO BOLÍVAR no disparó su arma de fuego en defensa suya y de su compañero, fue porque no lo estimó prudente y no era necesario a diferencia de la actitud del señor CUESTA ZAPATA. Lo anterior al margen de que puedan coincidir en sus testimonios rendidos ante el proceso los policiales, en cuanto que el probable origen del disparo de arma de fuego en contra de la menor y de su madre tantas veces citadas fue un nuevo ataque perpetrado por delincuencia.

Aunque el investigador disciplinario de la Policía Nacional⁴⁷ absolvió de responsabilidad a los policiales, con fundamento en los precedentes enfrentamientos de bandas ubicadas en el sector en el cual ocurrieron los hechos y la vainilla correspondiente a otra arma de fuego, según restos de un proyectil que le fuera entregado a la madre de la víctima fallecida y por parte de ésta a la investigación, lo cierto es que para la fecha de los hechos, el lugar no fue acordonado como era el deber que le correspondería a los policiales, por lo cual es difícil aseverar que en la fecha de los hechos fue producido y alojado el residuo de proyectil en ese lugar.

De otra parte, dicho elemento probatorio (resto de proyectil de arma de fuego) no se refiere en concreto a la trayectoria de la bala en el cuerpo de LUISA ALAEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ y a la forma como la prueba de informe de balística desvirtúa lo dicho por el señor CUESTA ZAPATA, en cuanto usencia de elementos que corroboren la presencia de rastros de disparos de armas de fuego y si eventualmente hubiere sido cierto que disparó hacia un sitio diverso para prevenir más agresiones la bala no la podía impactar en un plano horizontal como lo fue la trayectoria de la bala dentro del cuerpo de la víctima, sino de otra índole, no sustentada desde el punto de vista técnico.

Se aclara de otra parte y finalmente, que aunque inicialmente el homicidio y las lesiones sufridas por LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ y su señora madre NANCY RUBIELA ZUÑIGA ocurridos en la Avenida 7 C Oeste No. 20 - 54, se tramitaron bajo la misma cuerda procesal del homicidio causado a JHONATAN

⁴⁷ Folios 1 al 191 Cuaderno No. 2

IBÁÑEZ NAVIA y JUAN DAVID OROZCO ARANGO y de lesiones causadas a KEVIN ALEXANDER ATEHORTÚA GARCÍA y de JHOSEN ALEXANDER LUNA, ocurridos en la Avenida 7 B Oeste con 19 A, del mismo barrio TERRÓN COLORADO, la Fiscalía ante versiones policial y de una de las víctimas se vio precisada a compulsar copias y darle un trámite diverso, por considerarlas situaciones distintas y atribuibles a los policiales.

11. ESTUDIO DEL CASO CONCRETO

Según lo expuesto, deberá el Despacho analizar, uno a uno, los diferentes elementos integradores del régimen de responsabilidad a aplicar; advirtiéndole desde ya, que en caso de no lograrse acreditar cualquiera de ellos, por parte de los demandantes, se denegarán las súplicas de la demanda, sin que se haga necesario continuar con el estudio de los restantes, claro está, siempre y cuando la responsabilidad no pueda ser declarada a través de un título de imputación distinto.

Ahora bien, según la valoración probatoria realizada, veamos ahora si fue posible determinar la existencia de una falla en el servicio que compromete en términos de responsabilidad a la entidad demandada, razón por la cual, teniendo en cuenta el principio *iura novit curia*.

11.1. Daño Antijurídico

Como ya se explicó, el daño antijurídico ha sido definido por la jurisprudencia del Consejo de Estado como aquel daño que se produce a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, es decir, que no es justificado, por lo tanto, no todos los daños son susceptibles de ser indemnizados y solamente es indemnizable el daño que supere los mínimos de tolerancia de las personas en la sociedad.

En consecuencia, sólo puede entenderse como antijurídico el daño que causa un perjuicio personal y cierto a los derechos de la víctima, restringido con intromisiones intolerables, esto es, que es limitado de forma tal que excede la obligación jurídica de soportarlo.

Según se desprende del análisis del material allegado al proceso, podemos dar como probado, a manera de resumen:

- La menor LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ fue ultimada con proyectil de arma de fuego el día 16 de agosto de 2013. El mismo proyectil al salir del cuerpo de la menor fallecida, impactó también a su señora madre NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ, quien se encontraba con ella saliendo de una actividad religiosa hacia su casa.
- Los hechos narrados ocurrieron justo en el momento en que dos (2) patrulleros de la Policía Nacional enfundando sus armas y en persecución de delincuentes que instantes antes habían asesinado en un sitio ubicado aproximadamente a 200 metros del lugar a dos (2) personas, pasaron en frente de las personas ultimada y herida, a una distancia aproximada de dos metros.
- Desde el punto de vista técnico se estableció que el disparo que acabó con la vida de la menor y causó heridas a su señora madre, se produjo desde la dirección que transitaban los policiales, impactando por la espalda a la menor a la altura escapular izquierda es decir parte posterior izquierda donde queda el hueso omoplato y con orificio de salida por la axila derecha, es decir en la parte frontal de la occisa.
- Existe versión presencial de testigo de los hechos, en el sentido de que justo al momento de pasar los policiales se produjo el disparo y se desplomó casi simultáneamente la menor ultimada.
- Aunque la versión policial da cuenta de un presunto ataque de los delincuentes contra miembros de la Fuerza Pública que los perseguían, dicha circunstancia no fue objeto de prueba dentro de la actuación que nos ocupa, ni con base en los informes suministrados al perito en balística se pudo establecer.
- Al descartarse la versión policial sobre el probable enfrentamiento de delincuentes con personal policial, así como la versión acerca de la probable trayectoria de la bala que acabó con la vida de la menor LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ, fue producida desde un sector contrario al que se estableció técnicamente, y por el contrario poder probarse que fue desde la dirección que llevaban los miembros de la Fuerza Pública y que corresponde ello a la trayectoria de la bala que produjo su deceso, el Despacho concluye que el disparo fue originado por el policial que reconoció accionar su arma de fuego para la fecha de los hechos, a la

altura del muro, que tampoco apareció impactado por residuos de armas de fuego, señor RAMÓN EDUARDO CUESTA ZAPATA⁴⁸.

- De conformidad con lo anterior, se considera que en el presente caso se configuró un daño antijurídico que afecta a los demandantes, ya que el material probatorio da cuenta de las lesiones ocasionadas con arma de fuego a la menor LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ el día 16 de agosto del año 2013, las cuales le generaron la muerte y herida en un brazo a su señora madre NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ, con incapacidad definitiva de 10 días⁴⁹.

En otros términos, el daño antijurídico irrogado a los demandantes se concreta con la muerte y lesiones ocasionadas con un arma de fuego a la niña LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ y a su señora madre NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ, daño que no estaban en la obligación jurídica de soportar.

11.2. Culpa del agente estatal

El daño causado, se genera por el actuar imprudente de un policial que optó por correr con su arma desenfundada, sin advertir el peligro de herir a personas ajenas a la situación que pretendían controlar dada la autoridad de la que está investido el Cuerpo Policial, situación que se encuentra evidenciada en el proceso que nos ocupa, del análisis conjunto de las pruebas de informe del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de los informes fotográfico y topográfico de reconstrucción de los hechos (ratificado en audiencia pública dentro del trámite procesal), del dictamen sobre balística (ratificado en audiencia pública dentro del trámite procesal) y del testimonio de MARÍA GLADIS MEDINA QUICENO⁵⁰:

“(...) no debe perderse de vista que los miembros de la Fuerza Pública no sólo reciben suficiente instrucción y preparación en el ejercicio de esta actividad, al punto de estar obligados a observar las indicaciones sobre el manejo mecánico y las medidas de seguridad, sino que también son capacitados para actuar en operativos oficiales, al punto que ese nivel de instrucción les debe permitir solventar situaciones como la ocurrida en el sub lite, de manera que cuando se advierte que éstos actuaron de manera irregular en el cumplimiento de sus funciones y durante un servicio oficial obviando los procedimientos para los cuales han sido preparados, se confirma una falla del servicio que debe declararse.

⁴⁸ Ver informe de los hechos elaborado por el señor CUESTA ZAPATA a folios 26, 27 y 28 al 32

⁴⁹ Folios 49, 50, 67 al 83 y cd visible a folio 111 Cuaderno No. 1 y 54 al 71 y 129 Cuaderno No. 2 D

⁵⁰ Expediente No. 24550 Radicación No. 1998 – 02484 Sección tercera Sub Sección C. Consejera Ponente OLGA MÉLIDA DEL VALLE DE LA HOZ. Demandante JOSÉ YAMIL ORDOÑEZ Y OTROS. Sentencia de marzo 20 de 2013

“En efecto, la falla no solamente se encuentra verificada en la falta de planeación de las acciones a (sic) desarrollar, sino en su ejecución, quedando acreditado el uso desproporcionado de las armas de dotación sin que mediara juicio alguno de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad (...)”

Adicionalmente, a pesar de lo ocurrido, también se pudo establecer que el lugar de los hechos no fue objeto de acordonamiento o aislamiento para salvaguardar los elementos que hubieran dado mayor claridad al investigador y tal situación es atribuible a los policiales que tampoco asumieron medidas tendientes a garantizar como primer respondiente, la seguridad del sector en el cual se produjo el homicidio de la menor LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ, motivo por el cual justamente, debió realizarse un esfuerzo probatorio de reconstrucción topográfica de los hechos, la prueba balística y testimonial allegada.

11.3. Nexo causal - Imputabilidad.

Los demandantes afirman en su escrito de demanda que el daño resulta imputable a la demandada, por cuanto se concreta con la muerte y lesiones ocasionadas con un arma de fuego a la niña LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ y a su señora madre NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ, fueron causadas por miembros de la Policía Nacional en uso y desarrollo de sus funciones y con un arma de dotación oficial.

Así las cosas, probada como se encuentra la existencia de un daño antijurídico ocasionado a los demandantes, bajo la égida del título de imputación por falla del servicio y que dicha actitud le causó la muerte y lesiones a tales personas, existe un nexo causal entre el daño irrogado y el actuar a título de culpa atribuible a los miembros de la Policía Nacional, quienes en ejercicio de sus funciones, realizaron un manejo imprudente de artefactos de alta peligrosidad, como lo son las armas de fuego.

Pues bien, una vez analizado la totalidad del material probatorio existente, es dable concluir con certeza que el proyectil que impactó la humanidad de la niña LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ y a su señora madre NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ, en el lugar de los hechos el día 16 de agosto del año 2013, según el protocolo de necropsia realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses⁵¹ y el análisis de dicha información realizado por el topógrafo experto en balística a través de dictamen de Policía Judicial No. 76 – 117587 Orden de Trabajo 887 de noviembre 12 de 2013, según trabajo de campo

⁵¹ Folios 23 al 27 Cuaderno No. 1

efectuado en septiembre del mismo año⁵², coincide con el afirmado en la demanda, así como el testimonio presencial de la señora MARÍA GLADYS MEDINA QUICENO⁵³, quien es contundente al indicar que el día y fecha de los hechos, se accionó el disparo justo en el momento en que los policiales transitaban a una probable distancia de 2 metros y desde la parte de atrás hacia adelante. Aunque dicha persona no identificó cuál fue el policial que disparó el arma, afirma que provino al momento del paso del primero en avanzar, dado que pasó uno primero y otro después y ambos tenían enfundadas sus armas.

Además encontramos el reconocimiento de la realización de un disparo efectuado por RAMÓN EDUARDO CUESTA ZAPATA, sustentado en una versión de acompañamiento que es desvirtuada por los informes técnicos citados⁵⁴, hace concluir al Despacho que fue este policial quien activó su arma en contra de la menor en forma imprudente.

Es de anotar, que en un caso de ribetes semejantes, en el cual un menor resultó herido de muerte con arma de fuego en virtud del despliegue operacional de agentes de la Policía Nacional, en el que no obstante no fue posible determinar que las lesiones fueran causadas con las armas de dotación oficial utilizadas, el Consejo de Estado definió la posibilidad de responsabilizar por falla del servicio en cabeza de la entidad estatal, en caso de disparos imprudentes por parte de la autoridad policial así⁵⁵:

“(...) Ahora bien, el material probatorio allegado al expediente resulta suficiente para estructurar la responsabilidad deprecada a título de falla en el servicio en este caso, como quiera que, no puede ser aceptable para la Sala, que una patrulla motorizada de la Policía Nacional incursione en el lugar de los hechos disparando, sin consideración a que se encontraba en una zona residencial, precisamente donde era previsible la permanencia de residentes y transeúntes, elementos de prueba que permitan entender que los policiales actuaron de manera defectuosa en el cumplimiento de sus funciones o que durante la prestación del servicio desatendieron los procedimientos de rigor para los cuales han sido preparados (...)”

Esto es, en casos en los que se pruebe técnicamente como ocurre en el sub judice que existe imprudencia policial al disparar el arma de fuego y que ello lo corrobora un informe técnico, se debe imputar falla del servicio, teniendo en cuenta lo dispuesto en el aparte jurisprudencial transcrito y acreditado como se encuentra

⁵² Folios 67 al 111 Cuaderno No. 1; 55 al 71, 72 al 89 y 129 Cuaderno 2 D

⁵³ Folios 242 al 245 y cd a folio 246

⁵⁴ Se considera lo dicho frente a la afirmación de agresión con disparos de arma de fuego de personas perseguidas o enfrentamiento que la testigo dice nunca ocurrió ya que solo se encontraban los policiales y las víctimas, además de la propia testigo. Dicha versión desvirtuada por parte técnica aparece a folios 26, 27, 28 al 34 Cuaderno No. 1

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de noviembre de 2014, C.P. Hernán Andrade Rincón. **Radicación No.: 76001-23-31-000-2000-02819-01(28716).**

en el presente asunto, que bajo el estudio de los títulos de imputación de falla en el servicio, es posible atribuir responsabilidad a la entidad demandada,

De esta manera, con lo que resultó probado se podría sostener, que en principio la actuación de los agentes de la Policía Nacional pudo estar ajustada y justificada ante la amenaza que estaba aflorando en esos momentos, sin embargo, no resulta aceptable que personal de la Policía Nacional, entrenado para salvaguardar y proteger la vida y la integridad de los miembros de la comunidad, utilice sus armas de dotación oficial en un lugar y en contra de personas donde ello no es factible y donde es habitual la permanencia de habitantes y transeúntes, accionar que no fue desvirtuado por la entidad demandada.

Debe decirse además, que los agentes del orden no atendieron los procedimientos y dispararon su armas de dotación para evitar la fuga de los delincuentes, sin precaución, al correr enfundando sus armas y poniendo en riesgo la vida de los habitantes allí presentes, tanto así, que resultó muerta la menor LUISA ALAJANDRA ZUÑIGA y herida su señora madre NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ, sin considerar que no fueron partícipes del hecho delictivo que se estaba llevando a cabo y por todo ello debe ser objeto de indemnización.

12. LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS.

12.1. Lucro Cesante:

El apoderado de la parte demandante, por este concepto solicita el pago de \$25.000.000 para LUIS JIMÉNEZ (padre de crianza) y \$25.000.000 para NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ, teniendo en consideración la expectativa de vida probable de la menor NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ, que no podrá ser objeto de reconocimiento por cuanto no se acredita la posibilidad de que dicha menor esté en capacidad de generar ingresos y en tal sentido será negado el pago respectivo.

La incapacidad que de 10 días le fue reconocida a la señora NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ, y para la cual reclama el pago de la suma de \$267.000 debido a que devengaba \$800.000 mensuales aproximadamente, no fue objeto de acreditación; no obstante en el entendido que para poder subsistir la familia devengaría el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente que en el año 2017 equivale a \$737.717, se liquidará con base en tal valor que arroja la suma de \$245.905,70 para los diez (10) días mencionados. Dicho valor se

ajustará en un 25 %, en lo referido al pago de prestaciones sociales, lo cual nos da un total de \$307.382

12.2. Perjuicios Morales:

Ahora bien, respecto a los **perjuicios morales**, estos se refieren a la aflicción, congoja, padecimiento o angustia que se causa a la persona directamente afectada, y/o a sus familiares o personas cercanas. El Consejo de estado ha definido al respecto:

“(...) En consecuencia, para la reparación del perjuicio moral en caso de muerte se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia calidad de perjudicados o víctimas indirectas, los cuales se distribuyen así:

“Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 SMLMV.

“Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

“Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

“Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

“Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

“Así las cosas, para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva, y finalmente, para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

“En casos excepcionales, como los de graves violaciones a los derechos humanos, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en todos los eventos anteriores, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral, sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios antes señalados. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño. (...)” (se resalta).

De conformidad con lo anterior, para efectos de efectuar la liquidación del perjuicio moral en casos de muerte, deberá tenerse en cuenta el grado de cercanía o parentesco que tenía la persona que reclame el perjuicio, con el fallecido, este criterio determinará según la tabla transcrita, el valor en salarios mínimos a pagar por concepto de perjuicio moral.

Es similar el criterio sostenido a efectos de determinar el nivel de perjuicio ocurrido con ocasión de lesiones, para cuyos efectos igualmente son acreedores del perjuicio moral invocado, a fin de verificar el *quantum* del mismo, los siguientes⁵⁶:

“Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

GRAFICO No. 2					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

“Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

“La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

“Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). **Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%;** a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

“Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva, propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, **hermanos** y nietos). obtendrán el 50% del valor adjudicado al lesionado o víctima directa, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se describe: **tendrán derecho al reconocimiento de 50 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%;** a 40 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 30 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 20 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 10 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

⁵⁶ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

“Nivel No. 3. Está comprendido por la *relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. Adquirirán el 35% de lo correspondiente a la víctima, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión*, como se indica: tendrán derecho al reconocimiento de 35 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 28 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 21 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 14 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 7 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 3,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.(...)” (se resalta).

De conformidad con lo anterior, para efectuar la liquidación del perjuicio moral en casos de lesiones personales, como el que hoy nos concita, deberá tenerse en cuenta un nivel referente a la persona que solicita el pago del perjuicio y la gravedad de la lesión causada, ambos criterios determinarán según la tabla transcrita, el valor en salarios mínimos a pagar por concepto de perjuicio moral.

Por lo anterior, debe mencionarse que respecto a la acreditación del perjuicio moral el Consejo de Estado ha indicado que **“tratándose de los padres, hermanos, hijos y abuelos basta la acreditación del parentesco para que se presuma el perjuicio moral**, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que la muerte de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, por las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, surgidas en el ámbito de la familia.”⁵⁷ (Se resalta), lo propio ocurre igualmente con el conyugue o compañero(a) permanente de la persona directamente afectada.

Así las cosas el perjuicio moral respecto al fallecimiento de la menor LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ se predica existente y serán cancelados a favor del señor LUIS EDUARDO JIMÉNEZ ANACONA (padre de crianza según los testimonios rendidos) y para NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ, madre de la menor, según consta en el correspondiente registro civil de nacimiento⁵⁸ el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno, en cuanto la entidad demandada no desvirtuó la presunción de aflicción que enmarca dicho reconocimiento y no obstante la detención que pesaba al momento de los hechos sobre el primero de los nombrados, que tampoco fuera objeto de debate probatorio dentro del presente proceso.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 26 de febrero de 2015, C.P. Olga Melida Valle de la Hoz, **Radicación número: 47001-23-31-000-2002-01357-01(37569)**.

⁵⁸ Folios 10 y 11 Cuaderno No. 1

A su turno, el perjuicio moral causado a los abuelos de la víctima ELVIA MARÍA LÓPEZ DE ZUÑIGA, y GERARDO ANTONIO ZUÑIGA⁵⁹, así como a ARI DIANA JIMÉNEZ ZUÑIGA, ARLEY DARÍO JIMÉNEZ ZUÑIGA, NELCY JIMÉNEZ ZUÑIGA; ALDAIR JIMÉNEZ ZUÑIGA, en su condición de hermanos (a) de la víctima, se cuantifica en 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno (a) de ellos (a), según consta en los correspondientes registros civiles de nacimiento⁶⁰.

Finalmente frente al perjuicio moral causado por las lesiones que padeció RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ, como afectada directa en el tema, se fijarán en la suma equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, es decir el mínimo permitido, en cuanto su incapacidad no supera los 10 días y se presume la aflicción que sufrió leve de acuerdo a las características de sus lesiones.

12.3. Daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos – solicitados como “daño a la vida de relación”:

A lo largo del tiempo el perjuicio inmaterial ha evolucionado constantemente en materia de lo Contencioso Administrativo, así, tan solo la sentencia del 14 de septiembre de 2011, emitida por el Honorable Consejo de Estado, con ponencia del Consejero ENRIQUE GIL BOTERO puso fin a la confusión existente respecto a esta categoría de perjuicios indicando que:

“La tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.”

Se colige de lo anterior, que tratándose de perjuicios inmateriales actualmente existen tres categorías a saber: i) perjuicios morales, ii) daño a la salud y iii) cualquier otra afectación a un bien o derecho jurídica o constitucionalmente tutelado que no se encuentre incluido en la reparación de perjuicios morales o daño a la salud (psicofísicos) y que ameriten un estudio y reconocimiento independiente, categoría en la que expresamente se incluyeron los perjuicios comúnmente denominados como “daño a la vida de relación” y “alteración a las condiciones de existencia”, que actualmente se encuentran desechados por la jurisprudencia de esta jurisdicción, para pasar a hacer parte de una categoría

⁵⁹ Ver nuevamente folios 10 y 11 Cuaderno No 1

⁶⁰ Folios 12, 13, 14 y 15 Cuaderno No. 1

mucho más definida y concreta cuyo resarcimiento, en términos del aparte transcrito se realizaría bajo los lineamientos que posteriormente fijaría el Consejo de Estado.

Pues bien, los lineamientos resarcitorios fueron establecidos por dicha Corporación a través de sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014, en la cual además a dicho perjuicio en términos genéricos se le denominó ***Daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos***, señalándose las características del mismo de la siguiente forma:

“15.4.1. El daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características:

*i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. **Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.***

*ii) **Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.***

*iii) **Es un daño autónomo**: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.*

*iv) **La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva**: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.” (se resalta)*

A su turno, sobre los aspectos que pueden ser reparados en el ***daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos***, la misma providencia mencionó:

15.4.2. La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos:

***i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos.** La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.*

ii) La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, **también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia.**

iii) La legitimación de las víctimas del daño: **se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza", en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.**

iv) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles **podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud.** Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado.

v) Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración: debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales imputables al mismo, y se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral adecuadas y pertinentes al caso, de tal manera que el Estado ejecute el *debitum iuris*. Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas, reprobando las relevantes violaciones a los derechos humanos y concretar las medidas de garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional.

vi) Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas; sin embargo, en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas.

Queda claro entonces respecto a los criterios para tasar el **daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos** que el fin de reparar el mismo es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos, valga decir, en la medida de lo posible, regresar todo a su estado natural como si jamás se hubiese generado el daño, razón por la cual las medidas de reparación no pecuniarias son preferentes respecto a las pecuniarias, pues estas últimas deben otorgarse de forma excepcional, solo cuando las primeras no sean **posibles, suficientes o adecuadas** para resarcir el daño y que en el evento de optarse por la medida de reparación pecuniaria, esta solo se dará en favor de la víctima directa hasta por un valor máximo de 100 SMLMV, **siempre y cuando no se hubiese reconocido rubro alguno por concepto de daño a la salud**, lo que quiere decir que el **daño a bienes convencional y constitucionalmente**

protegidos cuando se pretenda reparar pecuniariamente y el **daño a la salud** se excluyen entre sí.

De otra parte, referente a las características de este tipo de perjuicios y la forma de repararlos, debe precisarse que no es necesario que su indemnización haya sido solicitada expresamente, ya que el Juez tiene el deber de ordenar su reparación en los eventos en que lo encuentre acreditado, valga decir, opera de manera oficiosa.

Así las cosas, no se reconocerá rubro alguno a los demás demandantes por concepto de **daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos**, solicitado como “**daño a la vida de relación**”, por cuanto, se repite, este perjuicio cuando deba ser reparado pecuniariamente, solo podrá otorgarse a la víctima directa.

13. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre **dispondrá** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Pues bien, el artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación⁶¹:

*“(...) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la **errónea** interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma **objetiva**, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, **lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales.**” (se resalta).*

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineluctablemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

“(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye el Juzgado que al estudiar el legajo expediente, se concluyó que las referidas costas procesales si fueron causadas en el presente asunto, en cuanto se acreditó el esfuerzo probatorio que se realizó con el fin de llevar al juez a la convicción de su decisión. Por tanto se condenará a la parte vencida al pago de las mismas, las cuales se liquidaran por secretaria, una vez se encuentre debidamente ejecutoriado este proveído.

14. AGENCIAS EN DERECHO

Fijase como agencias en derecho el valor equivalente al 3 % del valor de las pretensiones reconocidas en este asunto⁶² a través de la presente sentencia, de conformidad con lo estipulado en el inciso segundo del numeral 3.1.2 del capítulo III del artículo sexto del Acuerdo 1887 de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR administrativa y extracontractualmente responsable a la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL, por los perjuicios ocasionados a los demandantes, como consecuencia de la muerte causada a la menor LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ y de las lesiones causadas a la señora NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ, derivadas de los hechos a que se refiere la presente providencia.

⁶² Atendiendo los criterios contenidos en el artículo 3 del Acuerdo N° 1887 de 2003, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

SEGUNDO.- Consecuente con lo anterior, **CONDENAR** a la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL, a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

2.1. Como consecuencia de las lesiones causadas con proyectil de arma de fuego a la señora NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ:

A título de Perjuicios Materiales - Lucro Cesante

A favor de la señora NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ, la suma de \$307.382

A título de Perjuicios morales

A favor de la señora RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ, como afectada directa en el tema, se fijarán en la suma equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.2. Como consecuencia del fallecimiento producido por arma de fuego de LUISA ALEJANDRA ZUÑIGA LÓPEZ

A título de Perjuicios Inmateriales - Morales

Para los señores LUIS EDUARDO JIMÉNEZ ANACONA (padre de crianza según los testimonios rendidos) y para NANCY RUBIELA ZUÑIGA LÓPEZ, madre de la menor, el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

Para ELVIA MARÍA LÓPEZ DE ZUÑIGA, y GERARDO ANTONIO ZUÑIGA, en su condición de abuelos de la víctima; así como a ARI DIANA JIMÉNEZ ZUÑIGA, ARLEY DARÍO JIMÉNEZ ZUÑIGA, NELCY JIMÉNEZ ZUÑIGA; ALDAIR JIMÉNEZ ZUÑIGA, en su condición de hermanos (a) de la víctima, la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno (a) de ellos (a).

TERCERO.- ORDENAR dar cumplimiento a esta providencia con observancia a lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA.

CUARTO.- CONDENAR en costas a la entidad demandada, las cuales se liquidarán por secretaria una vez ejecutoriado este proveído.

QUINTO.- Se fijan como agencias en derecho en favor de la parte actora, y a cargo de la entidad demandada, por el valor equivalente al 3 % de las pretensiones reconocidas en esta decisión, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO.- EJECUTORIADA esta providencia **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previa las actuaciones pertinentes y las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

SÉPTIMO: NEGAR las demás pretensiones del libelo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ORIGINAL FIRMADO

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez