

APELACION SENTENCIA - Recurso de apelación / SEGUNDA INSTANCIA - Recurso de apelación / COMPETENCIA CONSEJO DE ESTADO - Segunda instancia / SEGUNDA INSTANCIA - Competencia. Cuantía

Las normas de asignación de competencia que rigen la actuación, teniendo en cuenta la fecha de interposición del recurso de apelación, se encuentran previstas en el Decreto 597 de 1988, de allí que para que este asunto pueda ser tramitado en segunda instancia, la cuantía del proceso debe exceder el monto de \$18.850.000. Como quiera que la pretensión de mayor valor formulada en la demanda corresponde a la suma de \$ 25.281.060, por concepto perjuicios morales para cada de los demandantes que concurren al proceso en calidad de hijos del causante, se concluye que esta Corporación es competente para conocer de los recursos interpuestos. En ese orden, decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes el 30 de abril y 2 de mayo de 2001, contra la sentencia del 2 de octubre de la misma anualidad, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

UTILIZACION DE ARMAS DE DOTACION OFICIAL - Régimen de responsabilidad aplicable / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE POR UTILIZACION DE ARMAS DE DOTACION OFICIAL - Régimen objetivo. Riesgo excepcional. Riesgo creado. Reiteración jurisprudencial / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE POR UTILIZACION DE ARMAS DE DOTACION OFICIAL - Falla del servicio / FALLA EN EL SERVICIO - Cuando el daño es consecuencia del mal funcionamiento de la administración

Esta Corporación ha señalado que en los casos en los que se involucran armas de fuego de dotación y de uso oficial, al actor le basta demostrar el daño y la relación de causalidad entre éste y el actuar de la administración, para que se abra paso la declaratoria de responsabilidad, pudiéndose exonerar esta última si acredita la ocurrencia de fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima, caso en el cual se pregona que quien tiene la guarda de la cosa debe responder por los perjuicios que se ocasionen al realizarse el riesgo creado. (...) Sin embargo, lo anterior no obsta para que la Sala declare, si hay lugar a ello, la configuración de una falla en la prestación del servicio en el caso de encontrarla acreditada, luego de valorar las pruebas obrantes en el proceso y siempre que no exista como eximente de responsabilidad una causa extraña. Siendo procedente aplicar el régimen de falla del servicio y probados los hechos que la configurarían, la Sala habrá de declarar la responsabilidad de la Administración de manera preferente con fundamento en la referida falla del servicio y no en el régimen objetivo.

NOTA DE RELATORIA: En cuanto al régimen aplicable en los eventos en los cuales se hace uso de armas de dotación oficial consultar sentencia del 5 de marzo de 2001, expediente número 11222, la cual ha sido reiterada, entre otras, en las siguientes providencias: del 2 de marzo de 2002, expediente número 11250, del 16 de marzo de 2002, expediente número 11670, del 26 de abril de 2002, expediente número 13273 y de diciembre 4 de 2006, expedientes números 16092 y 16188

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Arma de dotación oficial / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Actuar de sus agentes / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Actuar de un agente desligado del servicio o sin nexo con el mismo

Debe advertirse en todo caso, que la naturaleza oficial del arma que se emplee para producción del daño y la condición de agente que ostente quien haga uso de este medio, no conllevan necesariamente a la estructuración de una responsabilidad objetiva frente al Estado por el riesgo creado, pues, puede ocurrir que la autoridad pública utilice los recursos (armamento oficial) que tiene destinados para la prestación del servicio, para fines personales distintos al cumplimiento de las funciones propias de su cargo, evento en el cual, la responsabilidad del Estado no se verá comprometida al advertirse que el daño se produjo por el actuar de un agente desligado del servicio o sin nexo con el mismo, lo que impide abrir paso a la imputación del hecho dañoso en cabeza de la administración.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la responsabilidad del Estado por el actuar de sus agentes, ver entre otras, sentencia de 2 de febrero de 1995, expediente número 9846, Consejero Ponente doctor Daniel Suárez Hernández. Tesis jurisprudencial reiterada en sentencia proferida el 16 de julio de 2008, expediente número 16487, y recientemente en sentencia de 17 de marzo 2010, expediente número 18526, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez

REGIMEN DE FALLA DEL SERVICIO - Noción. Concepto. Definición

En cuanto al régimen de falla del servicio, la Sala, de tiempo atrás, ha dicho que ésta ha sido en nuestro derecho y continúa siendo el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete - por principio - una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual. También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, de que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades (...) Es que las obligaciones que están a cargo del Estado - y por lo tanto la falla del servicio que constituye su transgresión, han de mirarse en concreto, frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2. INCISO 2

NOTA DE RELATORIA: Sobre la falla del servicio como título jurídico de imputación por excelencia, consultar sentencia del 13 de julio de 1993, expediente número 8163; sentencia del 8 de abril de 1998, expediente número 11837 y sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente número 14787

PRUEBAS - Valoración / VALORACION DE LA PRUEBA - Código de Procedimiento Civil. Artículo 254 / PRUEBA TRASLADADA - Proceso disciplinario / PRUEBA TRASLADADA - Valoración. Código de Procedimiento Civil. Artículo 185. Reiteración jurisprudencial

En el presente asunto, la prueba está contenida en los documentos aportados y solicitados por las partes tanto en el escrito de demanda como en su contestación, los cuales obran en copias auténticas por lo que tendrán pleno valor probatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 254 del C.P.C. Las pruebas trasladadas del proceso disciplinario, podrán valorarse sin restricción alguna, toda

vez que la parte demandante solicitó su traslado y la entidad demandada coadyuvó tal solicitud. (...) En cuanto al traslado de pruebas, esta Sección ha expresado, en otras ocasiones, que aquellas que no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil o que no hubieren sido solicitadas en el proceso contencioso administrativo por la parte contra quien se aducen o no hubieren sido practicadas con audiencia de aquélla, no podrán ser valoradas en el primer proceso. También ha dicho la Sala que, en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hayan sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión.

NOTA DE RELATORIA: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 185 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254

NOTA DE RELATORIA: Sobre el traslado de las pruebas recaudadas en otro proceso y su valor probatorio, consultar sentencia de julio 7 de 2005, expediente número 20300 y sentencia de febrero 21 de 2002, expediente número 12789

DILIGENCIA DE INDAGATORIA - Valor probatorio. No puede valorarse / DILIGENCIA DE INDAGATORIA - Diferente a testimonio / DILIGENCIA DE INDAGATORIA - No cuenta con el requisito previo del juramento. Reiteración jurisprudencial

La Sala no dará valor probatorio a las declaraciones rendidas por los agentes de policía Jesús Alberto Cuesta Ospina e Ignacio Antonio Ospina Bolívar, por cuanto las mismas se tomaron durante la práctica de la diligencia de indagatoria, de forma que no cuentan con el requisito previo del juramento, necesario para otorgarle validez como prueba testimonial.

NOTA DE RELATORIA: En cuanto a la no valoración como prueba de la diligencia de indagatoria, ver sentencia del 18 de septiembre de 1997, expediente número 9666 y sentencia del 8 de febrero de 2001, expediente número 13254

DAÑO ANTIJURICIDO - Acreditación. Configuración

El señor ALFREDO MOSQUERA PEREA murió el 15 de noviembre de 1997, como consecuencia de las lesiones causadas con proyectil de arma de fuego que impactaron en la región occipital derecha, lo que causa su deceso por "Laceraciones cerebrales". Así las cosas, se encuentra acreditado el daño por cuya indemnización reclaman los actores.

FUERZA PUBLICA - Policía Nacional / POLICIA NACIONAL - Utilización de las armas de dotación / USO DE LAS ARMAS DE DOTACION OFICIAL - Uso desmedido / USO DE LAS ARMAS DE DOTACION OFICIAL - Ultimo recurso de represión. Casos extremos y por excepción / USO DE LAS ARMAS DE DOTACION OFICIAL - Código Nacional de Policía. Decreto 1355 de 1970 / USO DE LAS ARMAS DE DOTACION OFICIAL - Resolución número 9960 de 1992. Artículo 131. Numerales 1 y 3

Lo que puede colegirse del plenario es que los agentes hicieron uso desmedido de su armamento de dotación oficial, en primer lugar, por el hecho de haber detonado en cuatro oportunidades sus armas para controlar un sólo sujeto y con la finalidad de propender a su captura -ello se encuentra acreditado por cuanto, cuatro de las cinco vainillas embaladas en el lugar de los hechos fueron percutidas con las dos armas oficiales, tres de las cuales disparadas con el revólver número ABE - 4180, asignado al agente IGNACIO OSPINA-, número de detonaciones que no se justifica para un procedimiento policial en el que se reprime la conducta de un sólo sujeto que se encontraba huyendo y que, como se afirmó en precedencia, no ejercía contra los agentes agresión inminente, máxime si se tiene en cuenta que la utilización de armas de fuego debe emplearse como último recurso de represión y que de los medios de fuerza o coercitivos utilizados para tal fin, deben ser aquellos que causen el menor daño para la integridad de las personas, de conformidad con los parámetros previstos en el Código Nacional de Policía, Decreto 1355 de 1970, aplicable para las autoridades de policía en todo el territorio nacional. No debe perderse de vista, igualmente que el numeral 1º del artículo 131 de la Resolución No 9960 de 13 de noviembre de 1.992, "Por la cual se aprueba el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional", proferida por el Director General de la Policía, aplicable al presente asunto, en relación con el uso de las armas de dotación oficial, dispone que el personal de la policía: "En cumplimiento de su actividad preventiva y ocasionalmente coercitiva, para preservar el orden público empleará sólo los medios autorizados por la ley o reglamento y escogerá, entre los eficaces aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes" Asimismo, el numeral 3º del citado artículo señala: "En el uso de de las armas se deberá tener en cuenta su naturaleza de contingencia y peligro que exige el manejo prudente. Su empleo, requiere equilibrio emocional, mesura, serenidad, firmeza y control evitando siempre cualquier exceso. Como último recurso debe emplearse para proteger la integridad personal o la de terceras personas".

FUENTE FORMAL: DECRETO 1355 DE 1970 / RESOLUCION NUMERO 9960 DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1992 - ARTICULO 131. NUMERALES 1 Y 3

FUERZA PUBLICA - Policía Nacional / AGENTES DE LA POLICIA NACIONAL - Uso desmedido de las armas de dotación / AGENTES DE LA POLICIA NACIONAL - Desbordamiento en el cumplimiento de sus funciones / FALLA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO - Configuración

El agente agresor accionó su arma de dotación tomando como blanco de ataque un área de impacto en el cuerpo que resultaba letal, esto es, cavidad craneal, actuar de la autoridad con el cual lejos de propender por el cumplimiento de un deber propio de las funciones de policía, lo que produjo fue una lesión a la vida e integridad de una persona. (...) Lo que resulta incuestionable en el caso concreto y que a la postre fue la causa directa y eficiente del daño, es el proceder de los agentes de policía, el cual a juicio de la Sala, luego de valorar los medios de convicción practicados en el proceso, fue irregular, en el entendido que éstos hicieron un uso desmedido de las armas de dotación, en una actuación que en criterio de la Sala fue precipitada y desproporcionada, pues con todo y que el señor MOSQUERA PEREA se encontrara armado, lo cierto es que el número de efectivos policiales que participaron en el operativo era más que suficiente para procurar la captura de la víctima o exigir su entrega sin la utilización, en la forma como se hizo, de las armas de dotación, ya que no procuraron con su empleo causar el menor daño posible a los derechos e integridad personal del afectado, con mayor razón cuando la víctima en ningún momento accionó el arma de fuego contra los uniformados, según se dejó dicho, denotándose una falla en la

prestación del servicio, la cual resulta imputable a la demandada, quien deberá indemnizar los perjuicios causados de manera plena a los actores.

FUERZA PUBLICA - Policía Nacional / AGENTES DE LA POLICIA NACIONAL - Uso desmedido de las armas de dotación / CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD - Culpa exclusiva de la víctima. No se configuró

Ante el hecho de que en el proceso la parte demandada no haya probado que la conducta de los agentes se justificó al tratar de defenderse de una agresión actual o inminente por parte del occiso, no podrá configurarse la existencia de la culpa exclusiva de la víctima para exonerar de responsabilidad a la demandada ni podrá inferirse a partir de allí, una supuesta participación de la víctima en la producción del daño que determine una posible "concausa", como así lo definió el Tribunal para negar la indemnización plena a cargo de la entidad enjuiciada.

LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Perjuicio moral / PERJUICIO MORAL - Acreditación / PERJUICIO MORAL - Muerte a ciudadano con arma de dotación oficial / REGISTRO CIVIL - Prueba idónea para probar parentesco

Se encuentra acreditado que Neyla Eulalia Zúñiga Barahona, era la compañera permanente del señor Alfredo Mosquera Perea, según se infiere de los testimonios practicados en el proceso, en los cuales se afirma de manera constante dicha condición, así como también está demostrado que Alis Faysuri Mosquera Zúñiga y Michael Antonio Mosquera Benavides son hijos del occiso, según la prueba idónea que acredita el parentesco consistente en los respectivos registros civiles de nacimiento provenientes de la Notaría Cuarta del Circuito Notarial de Cali, en los cuales se observa el nombre del señor ALFREDO MOSQUERA PEREA como padre del registrado. De igual modo está acreditado, conforme lo demuestra el registro civil de nacimiento de la víctima proveniente de la Notaría Dieciocho del Circuito Notarial de Cali, que la señora Hilda Perea era la madre del causante y que el señor Bernardo Mosquera era el hermano del occiso, último vínculo que se halla también demostrado con la aportación del registro civil de nacimiento de éste, expedido por la Notaría Dieciocho del mismo circuito notarial.

LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Perjuicio moral / PERJUICIO MORAL - Demostración

Según la jurisprudencia de la Sala, en los eventos en los que una persona fallece o sufre una lesión y ésta es imputable al Estado, ello desencadena a cargo de éste, la indemnización de perjuicios morales, de tal manera que las personas que se sientan perjudicadas por dicha situación y hagan parte del núcleo familiar más cercano, pueden reclamar la indemnización de estos perjuicios acreditando el parentesco con la víctima directa del daño, pues éste se convierte en un indicio suficiente para tener por demostrado el perjuicio moral sufrido, siempre que no hubieren pruebas que indiquen o demuestren lo contrario.

LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Perjuicio moral / PERJUICIO MORAL - Acto terrorista / ARBITRIO JUDICIAL - El funcionario de conocimiento es quien define qué retribución se aviene como adecuada según su prudente juicio / PERJUICIO MORAL - Tasación / TASACION PERJUICIO MORAL - Pauta jurisprudencial. Se fija en salarios mínimos legales mensuales vigentes

Respecto de la cuantía de la indemnización de este perjuicio inmaterial, debe recordarse que, de conformidad con lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se

estimaba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicios morales; se ha considerado, en efecto, que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y se ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado de intensidad.

NOTA DE RELATORIA: Para establecer el monto de la indemnización se tendrá en cuenta la pauta jurisprudencial que ha venido sosteniendo la Corporación desde la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes números 13232 y 15646, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, la entidad demandada pagará a favor de los demandantes las sumas de dinero, liquidadas en salarios mínimos legales mensuales vigentes

PERJUICIO MATERIAL - Muerte a ciudadano con arma de dotación oficial / PERJUICIO MATERIAL - Lucro cesante / LUCRO CESANTE - Cálculo / CALCULO - Si no se tiene un ingreso establecido se tendrá en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente / LUCRO CESANTE - Actualización de la renta. Cálculo / LUCRO CESANTE - Fórmula jurisprudencial para actualizar la renta / LUCRO CESANTE - Indemnización debida / INDEMNIZACION DEBIDA - Cálculo y fórmula / LUCRO CESANTE - Indemnización futura / INDEMNIZACION FUTURA - Cálculo y fórmula

En el sub iudice está demostrado que el señor ALFREDO MOSQUERA PEREA tenía una actividad económica dentro del campo de la “construcción”, sin embargo no se acreditó el valor de los ingresos que devengada por el desarrollo de esta actividad, razón por la cual para efectos del cálculo de la indemnización, se liquidará el mencionado perjuicio, teniendo en cuenta el valor del salario mínimo mensual vigente a la fecha de la presente sentencia, es decir, la suma de \$535.600, pues ésta resulta, en términos de equidad, más beneficiosa que la actualización del salario mínimo vigente para la época de los hechos, es decir la suma de \$414.532, la cual se deriva de aplicar la fórmula utilizada reiteradamente para actualizar la renta. Aplicando la fórmula utilizada para actualizar la renta, se tiene que la renta actualizada (Ra) es igual a la renta histórica (valor del salario mínimo en el año de 1.997) multiplicada por el índice de precios al consumidor del mes anterior a la sentencia proferida por la Sala, dividido por el índice de precios al consumidor vigente en el mes en el cual falleció la víctima. (...) Indemnización debida (...) Indemnización futura.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejera ponente (E): GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil once (2011)

Radicación número: 76001-23-31-000-1998-00270-01(21055)

Actor: NEYLA EULALIA ZUÑIGA BARAHONA Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por las partes contra la sentencia de 2 de octubre de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en cuya parte resolutive dispuso:

“RESUELVE”

“1°. Declarar que la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, es administrativamente responsable de la muerte del señor ALFREDO MOSQUERA PEREA en hechos ocurridos el 15 de noviembre de 1997, en la ciudad de Cali.

2°. Que como consecuencia de la anterior declaración, la Nación Colombiana Ministerio de Defensa - Policía Nacional, pagará a título de indemnización por el daño moral ocasionado los siguientes valores:

- a). Para la señora HILDA MARÍA CORREA (madre), el equivalente de quinientos (500) gramos oro.
- b). Para BERNARDO MOSQUERA PEREA (hermano), el equivalente de doscientos cincuenta (250) gramos oro.
- c). Para ALIS FAYSURI MOSQUERA ZÚÑIGA (hija), el equivalente de quinientos (500) gramos oro
- d). Para MICHAEL ANTONIO MOSQUERA (hijo), el equivalente de (500) quinientos gramos oro.
- e). Para NEYLA EULALIA ZÚÑIGA BARAHONA (compañera permanente), el equivalente de quinientos (500) gramos oro.

Las anteriores cantidades de oro se pagarán de acuerdo con el precio de dicho metal, que para la fecha de ejecutoria de esta sentencia, certifique el Banco de la República.

3. Que como consecuencia de la anterior declaración la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, pagará por perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante los siguientes valores:

- a). Para la señora NEYLA EULALIA ZÚÑIGA BARAHONA (compañera permanente), la suma de DIEZ MILLONES CUATRO MIL OCHOCIENTOS PESOS CON 09/100 MCTE (\$10.004.800.09).

b). Para ALIS FAYSURI MOSQUERA ZÚÑIGA (hija), la suma de TRES MILLONES CIENTO VEINTIÚN MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS CON 50/100 MCTE (\$3.121.544.50).

c.) Para MICHAEL ANTONIO MOSQUERA (hijo) la suma de TRES MILLONES CIENTO OCHENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS OCHENTA PESOS CON 79/100 (3.186.380.79).

“(...)” (Folio 127 a 129, cdno. ppal.)

I. ANTECEDENTES:

El 18 de marzo de 1998, los señores Neyla Eulalia Zúñiga Barahona, actuando en nombre propio y en representación de su hija menor Alis Faysuri Mosquera Zúñiga; Nancy Elena Benavides obrando en representación de su hijo menor Michael Antonio Mosquera Benavides; Nubia Golles Quiñónez obrando en representación de su hija menor Luisa Fernanda Golles Quiñónez; María Nelsan Córdoba obrando en representación de su hijo menor Luís Miguel Córdoba; Hilda María Perea Mosquera; Gabriel, José Valerio, José Heliodoro, José Antonio, José Jael, Bernardo y Adelaida Mosquera Perea, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa formularon demanda contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional -, con la finalidad de obtener la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada y la consecuencial condena al pago de los perjuicios que afirman les fueron irrogados, por la muerte del señor Alfredo Mosquera Perea, en hechos ocurridos el 15 de noviembre de 1997 en la ciudad de Cali, protagonizados por miembros de la Policía Nacional (folios 21 a 29, cdno. 1).

Como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad, los actores solicitaron que se reconociera por concepto de perjuicios morales la suma equivalente en pesos al valor de 2.000 gramos de oro para cada uno de los demandantes Neyla Eulalia Zúñiga Barahona, en su condición de compañera permanente, para Alis Faysuri Mosquera Zúñiga y Michael Antonio Mosquera Benavides, en su condición de hijos reconocidos, para Luisa Fernanda Golles Quiñónez y Luís Miguel Córdoba, en su condición de hijos biológicos o damnificados y para Hilda María Mosquera Perea, en su condición de madre de la víctima. Por el mismo perjuicio, solicitaron la suma equivalente en pesos al valor de 500 gramos oro para cada uno de los demandantes Gabriel, José Valerio, José Heliodoro, José Antonio, José Jael, Bernardo y Adelaida Mosquera Perea, en su condición de hermanos.

En cuanto al reconocimiento de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, solicitaron se reconociera a favor de señora Neyla Eulalia Zúñiga Barahona, en su condición de compañera permanente, y de los hijos reconocidos y biológicos o damnificados Alis Faysuri Mosquera Zúñiga y Michael Antonio Mosquera Benavides, Luisa Fernanda Golles Quiñónez y Luís Miguel Córdoba, la suma de \$50.000.000, en consideración a la vida probable del occiso y sus ingresos (folio 22, cdno. ppal.).

El fundamento fáctico de la demanda, se contrajo en señalar:

“(...)”

“3. ALFREDO MOSQUERA PEREA se radicó en esa ciudad de Cali y en relaciones extramatrimoniales procreó con su compañera permanente

NEYLA EULALIA ZÚÑIGA BARAHONA, a ALIS FAYSURI, nacida el 11 de junio de 1993, reconocida legalmente por su padre, al igual que a MICHAEL ANTONIO nacido en enero 28 de 1995 e hijo de NANCY ELENA BENAVIDES.

“4. Además ALFREDO tuvo en relaciones extramatrimoniales a LUISA FERNANDA GOLLES QUIÑÓNEZ nacida el 11 de junio de 1995 e hija de NUBIA GOLLES y a LUÍS MIGUEL CÓRDOBA nacido el 20 de febrero de 1992 e hijo de MARÍA NELSAN CÓRDOBA. Estos menores no fueron reconocidos legalmente por su padre, pero sí los sostenía, alimentada y protegía como a sus hijos, así sólo fuere el padre genético.

“5. ALFREDO a partir de 1992 se unió con su compañera permanente NEYLA EULALIA ZÚÑIGA conviviendo con ésta y con su hijita ALIS FAYSURI bajo el mismo techo, en esta ciudad de Cali, demostrando ante propios y extraños una gran unidad familiar.

“6. ALFREDO se desempeñaba hasta el día de su muerte, como maestro de construcción, obteniendo el dinero suficiente para su propio sostenimiento, el de su compañera y su pequeña hija Faysui. Igualmente aportaba mensualmente cuota alimentaria para sus hijos MICHAEL ANTONIO MOSQUERA BENAVIDES, reconocido, LUISA FERNANDA Y LUIS MIGUEL, no reconocidos (...).

“7. Aproximadamente a las 7:30 p.m. del 15 de noviembre de 1997, llegó ALFREDO a la casa de NANCY ELENA BENAVIDES ubicada en la calle 110 con carrera 26, con el fin de saludar y dejar dinero para su hijo MICHAEL ANTONIO. Dijo que ya regresaba y efectivamente como a los cinco minutos lo hacía. En eso apareció una radio patrulla de la Policía Nacional, vehículo desde el cual, dispararon sobre ALFREDO, quien de inmediato cayó al suelo muriendo en el acto. NANCY ELENA corrió hacia el lugar y ya se había bajado del vehículo un policía uniformado. Ella limpió la cara ensangrentada de Alfredo y el policía la halaba de la camisa; NANCY corrió a dar aviso a la compañera y demás familiares.

“8. Cuando NANCY volvió al lugar del crimen se encontraban presentes otros policías diferentes quienes dijeron que el occiso se había enfrentado con los uniformados y éstos tuvieron que disparar ocasionándole la muerte. En el suelo aparecía el arma, al parecer revólver, la cual no estaba cuando NANCY ELENA salió a dar aviso a los familiares.

“9. Indudablemente, el homicidio de ALFREDO cometido sin ninguna razón, justificación ni explicación alguna, en forma cobarde, alevosa y aprovechándose de la indefensión de la víctima, ocasionó gravísimos perjuicios morales a su madre, compañera permanente, hijos reconocidos y biológicos o damnificados y hermanos, así como perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante a su compañera permanente, hijos reconocidos, hijos biológicos o damnificados, pues dejaron de recibir las cuotas alimentarias que religiosamente les aportaba” (folios 22 a 24, cdno. 1).

Arguyó la parte demandante que de la relación de los referidos hechos, es posible inferir claramente la configuración de una falla en la prestación del servicio, pues los agentes no tenían razón alguna, motivo o justificación para disparar desproporcionadamente sus armas de dotación oficial, sobre una persona inerte

e indefensa, desconociendo de tal modo, el mandato constitucional que prohija por la protección por parte de las autoridades de la vida, integridad personal y bienes de los ciudadanos.

2. La demanda se admitió mediante auto de 13 de abril de 1998 (folios 30, cdno. 1), y una vez notificada en debida forma, fue contestada por el apoderado de la entidad, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones y se allanó a la solicitud de pruebas de la demandante *“por considerarlas suficientes para el esclarecimiento de los hechos”* (folios 36 a 38, *ibídem*).

Como fundamento de su oposición, el apoderado de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional arguyó que el actor ejerció una acción equivocada, por cuanto el soldado RAMÍREZ MURILLO fue retirado del servicio activo por haber sido considerado no apto, lo anterior en virtud del acta proferida por la Junta Médica Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército, en ese orden debió incoar contra dicho acto administrativo la acción de nulidad y restablecimiento dentro de los términos de caducidad previstos en la ley, así las cosas al dejar vencer la oportunidad para ejercer la acción,

encontrar fenecida

previ la cual debió demandarse dentro del término de caducidad de tal modo que por el hecho de no haber interpuesto los recursos de ley, dicho acto administrativo quedó en firme y al dejar pasar el término de caducidad de la acción “se acude a la agucia de incoar acciones equivocadas”. }}

contra dicho acto adm, inistrativo que como no

mediante

que se ha optado en este caso no es la idónea, pro cuanto el

que la muerte del señor MOSQUERA PEREA fue provocada por su actuar sospechoso y su proceder al margen de la ley, lo que a la postre dio lugar a los hechos en los cuales perdió la vida, configurándose el eximente de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima.

Sostuvo que los hechos se presentaron cuando la víctima trató de huir al advertir la presencia de la fuerza pública, lo cual dio lugar a la reacción de los agentes quienes, **en cumplimiento de su deber legal**, detonaron sus armas de dotación para controlarlo, además, para contrarrestar su agresión la cual fue inminente e injusta.

3. Vencido el período probatorio y fracasada la audiencia de conciliación celebrada el 2 de mayo de 2000, por falta de propuesta conciliatoria por parte de

la demandada, al considerar que en este caso no existe responsabilidad alguna que pueda endilgársele, el Despacho corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (folios 95 y 97, cdno. 1).

La parte demandante solicitó se accediera a las pretensiones de la demanda, por cuanto el daño alegado en la demanda se desencadenó por el actuar arbitrario e injusto desplegado por agentes de la Policía quienes utilizaron sus armas para atentar contra la vida de un ciudadano indefenso, pues, el disparo fue propinado en la nuca, tal como lo demuestran los medios de prueba practicados en el proceso.

Por otra parte, señaló que la entidad demandada no demostró la culpa de la víctima como factor determinante de la producción del daño, teniendo en cuenta que los testimonios obrantes en el proceso, dan cuenta que ésta no portaba arma de ninguna naturaleza con la cual hubiere efectuado un ataque en contra de los policiales, además, el señor MOSQUERA PEREA fue herido mortalmente en la nuca, esto es por detrás, lo que descarta una confrontación física con los agentes.

La entidad demandada, señaló como argumento de defensa la configuración de la culpa exclusiva de la víctima en la producción del daño, en la medida en que en el proceso quedó demostrado que el señor ALFREDO MOSQUERA momentos antes de recibir el impacto de bala, había efectuado varios disparos en contra de un establecimiento de comercio, hecho que motivó su persecución, de modo que la víctima al sentirse hostigada por los agentes de la policía, disparó contra éstos con el arma que portaba, debiéndose emplear las armas de dotación para repeler el ataque.

El Ministerio Público, guardó silencio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia de 2 de octubre de 2000¹, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando la responsabilidad de la entidad demandada por la muerte del señor ALFREDO MOSQUERA PEREA, no obstante señaló que la indemnización de perjuicios no se generaba de manera plena, por cuanto la víctima contribuyó a la realización del daño, en ese sentido declaró la existencia de la denominada “compensación de culpas”.

Para el efecto, sostuvo:

“(..)”

“La controversia puede centrarse en dos aspectos, el primero que está relacionado con los momentos que antecedieron a la muerte del señor ALFREDO MOSQUERA PEREA, concretamente el incidente ocurrido en la vulcanizadora y, segundo las circunstancias mismas de su deceso, donde no es meridianamente clara la actuación de los agentes policiales y donde la pregunta que surge es que si fue proporcionada la actuación de las

¹ Folios 110 a 129m, cdno. ppal

fuerzas del orden ante las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos, en otras palabras la inquietud que surge es si fue proporcionada o desproporcionada la respuesta de la autoridad, pudiendo evitarse la muerte del ciudadano, o era fatalmente inevitable el resultado final.

“Hay indicios en el plenario, que llaman a duda al juzgador sobre la ausencia de culpa de la administración, cuando es claro que no le asiste inquietud a la Corporación sobre la culpa inicial de la víctima desatada por los hechos de la vulcanizadora, en este sentido militan aspectos como, la identidad de marcas y de calibre de las armas que participaron en la contienda, la forma y orificio de entrada de la bala que acabó con la vida del señor MOSQUERA PEREA en la región occipital del cerebelo, lo que lleva a inferir que el tiro se hizo a espaldas de quien era perseguido, quedando sin piso la versión que éste se había volteado a agredir con su arma a uno de los agentes y que éste repostó para defenderse y lo mató, considera la Corporación que con las razones expuestas **la parte demandada no se ha descargado de su responsabilidad, que de todos modos es compensada con la llamada culpa inicial y desencadenante de la víctima, que finalmente originó en forma desproporcionada** y eleve (sic) el daño de la administración.

“Ante la existencia de la compensación de culpas en el plenario, el Tribunal estimará en la mitad de los daños (...)”

Recurso de Apelación

Dentro de la oportunidad legal, los apoderados de la parte actora y la entidad demandada, mediante sendos escritos de fechas 30 de abril² y 2 de mayo de 2001³, respectivamente, interpusieron recursos de apelación.

Como fundamento de su disenso, el apoderado de la **entidad demandada**⁴ se ratificó en los argumentos esgrimidos en primera instancia, señalando que en este caso no podrá declararse la responsabilidad que se le endilga, por cuanto la muerte del señor ALFREDO MOSQUERA PEREA fue provocada por su proceder imprudente, negligente y al margen de la ley.

Arguyó que del resultado de la absorción atómica practicada al cadáver es posible establecer que éste tenía marcas de pólvora en ambas manos, razón para afirmar que sí efectuó disparos con arma de fuego, primero, contra un establecimiento de comercio y luego contra los agentes, circunstancias que provocaron la reacción de los agentes y con ello trataron de repeler el brutal ataque. Así las cosas, los agentes de policía actuaron amparados en dos causales de justificación de su conducta, esto es, en cumplimiento de un deber legal y en ejercicio de la legítima defensa, lo cual conlleva a que se libere de responsabilidad a la demandada, y se concluya que la culpa de la víctima fue determinante en la producción del daño.

La parte demandante⁵, solicitó la revocatoria de la sentencia proferida en primera instancia para que en su lugar se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda, por cuanto en este caso no existe la concurrencia de culpas expuesta por el Tribunal, en la medida en que la falla del servicio que se atribuye

² Folio 132, cdno. ppal.

³ Folio 133, *ibidem*

⁴ Folios 136 a 142, *ibidem*

⁵ Folios 145 a 148, cdno. ppal.

al ente demandado, fue la única causa determinante del daño. Falla que se ubica en la actuación posterior de los miembros de la policía al momento que pretendían capturar al señor MOSQUERA PEREA, haciendo uso desmedido de sus armas de dotación lo que causó una lesión mortal, desconociendo de tal modo que la responsabilidad de las autoridades, en los eventos de flagrancia, es la de adoptar las medidas necesarias y precauciones posibles para controlar la situación y no para lesionar injustamente bienes jurídicos superiores como la vida.

Cuestionó igualmente la decisión del *a-quo* en cuanto desconoció el reconocimiento de perjuicios a favor de los hijos biológicos y los hermanos de la víctima, por cuanto en el proceso existe prueba suficiente que acredita tal calidad.

III. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Mediante auto de 21 de mayo de 2001, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca concedió el recurso de apelación formulado por las partes (folio 134, cdno. ppal.), y fue admitido por esta Corporación a través de auto de 7 de septiembre de 2001 (folio 150, cdno. ppal.).

El 1° de octubre de 2001, el Despacho corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto (folio 152, cuaderno principal).

En esta oportunidad procesal, la parte demandada se ratificó en todos los argumentos esgrimidos en el curso del proceso, reiterando que del análisis del caudal probatorio obrante en el proceso se llega a la conclusión de que en este caso, operó la culpa exclusiva y determinante de la víctima (folios 153 y 154, *Ibídem*).

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

IV. CONSIDERACIONES:

Las normas de asignación de competencia que rigen la actuación, teniendo en cuenta la fecha de interposición del recurso de apelación, se encuentran previstas en el Decreto 597 de 1988, de allí que para que este asunto pueda ser tramitado en segunda instancia, la cuantía del proceso debe exceder el monto de \$18.850.000. Como quiera que la pretensión de mayor valor formulada en la demanda corresponde a la suma de \$ 25.281.060⁶, por concepto perjuicios morales para cada de los demandantes que concurren al proceso en calidad de hijos del causante, se concluye que esta Corporación es competente para conocer de los recursos interpuestos.

En ese orden, decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes el 30 de abril y 2 de mayo de 2001, contra la sentencia de 2 de octubre de la misma anualidad, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Conforme a lo expuesto en la demanda, los actores alegan que la muerte del señor MOSQUERA PEREA fue provocada por el actuar de los agentes de la Policía Nacional que dispararon de manera injusta, desmedida y sin ninguna

⁶ Resultado que se obtiene de multiplicar por 2.000 el valor del gramo oro para la compra (\$12.640.53) vigente para la fecha de presentación de la demanda, certificado por el Banco de la República a través su página web www.banrep.gov.co, link "Series Estadísticas", "Precios", "Metales Preciosos".

justificación sus armas de dotación oficial, lo cual estructura en forma diáfana una “falla probada del servicio”.

Por su parte, la entidad demandada sostuvo que los agentes de Policía tuvieron que accionar sus armas de dotación para repeler el ataque del señor MOSQUERA PEREA, quien en momentos en los que era perseguido tras cometer un hecho punible, les disparó con arma de fuego, así las cosas, señalan que el daño se produjo por la culpa exclusiva de la víctima.

El Tribunal accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, como quiera que el daño por el cual se predica la responsabilidad del Estado tuvo como causa el actuar desmedido de los miembros de la fuerza pública y la conducta inicial de la víctima, quien motivó la reacción de los agentes de policía, en ese orden declaró la ocurrencia de una “concausa” o “compensación de culpas” en la producción del daño.

En relación con la indemnización de perjuicios, no reconoció los pretendidos por los demandantes que concurrieron en calidad de “hijos biológicos” y “hermanos” de la víctima, quienes a su juicio, no acreditaron dichas calidades.

La parte demandante recurrió la decisión y señaló que las pruebas recaudadas en el plenario resultan suficientes para condenar en forma plena a la entidad demandada por los hechos que se le imputan, como quiera que los agentes en un procedimiento policial irregular, emplearon indebidamente sus armas de dotación y con ello causaron la muerte al señor MOSQUERA PEREA.

La entidad demandada, por su parte señaló que el fallo de primera instancia deberá revocarse por cuanto en el proceso quedó establecido que el daño alegado en la demanda fue provocado por la culpa exclusiva de la víctima, quien atacó con arma de fuego a los agentes de policía, cuando era perseguido por éstos tras un procedimiento de captura.

1. Régimen de Responsabilidad aplicable

Esta Corporación ha señalado que en los casos en los que se involucran armas de fuego de dotación y de uso oficial, al actor le basta demostrar el daño y la relación de causalidad entre éste y el actuar de la administración, para que se abra paso la declaratoria de responsabilidad, pudiéndose exonerar esta última si acredita la ocurrencia de fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima, caso en el cual se pregona que quien tiene la guarda de la cosa debe responder por los perjuicios que se ocasionen al realizarse el riesgo creado.

Debe advertirse en todo caso, que la naturaleza oficial del arma que se emplee para producción del daño y la condición de agente que ostente quien haga uso de este medio, no conllevan necesariamente a la estructuración de una responsabilidad objetiva frente al Estado por el riesgo creado, pues, puede ocurrir que la autoridad pública utilice los recursos (armamento oficial) que tiene destinados para la prestación del servicio, para fines personales distintos al cumplimiento de las **funciones propias de su cargo**, evento en el cual, la responsabilidad del Estado no se verá comprometida al advertirse que el daño se produjo por el actuar de un agente desligado del servicio o sin nexo con el mismo, lo que impide abrir paso a la imputación del hecho dañoso en cabeza de la administración⁷.

⁷ Sobre la responsabilidad del Estado por el actuar de sus agentes, ver entre otras, sentencias de 2 de febrero de 1995, MP. Daniel Suárez Hernández, Exp. 9.846. Tesis jurisprudencial reiterada en sentencias proferidas el 16 de julio

En cuanto al régimen aplicable en los eventos en los cuales se hace uso de armas de dotación oficial, la Sala ha sostenido:

“El problema de la responsabilidad del Estado debe resolverse con base en lo prescrito en el art. 90 de la Carta Política, según el cual el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Debe establecerse, entonces, en cada caso, si existen los elementos previstos en esta disposición para que surja la responsabilidad, esto es, el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado. (...)

“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”⁸.

Sin embargo, lo anterior no obsta para que la Sala declare, si hay lugar a ello, la configuración de una falla en la prestación del servicio en el caso de encontrarla acreditada, luego de valorar las pruebas obrantes en el proceso y siempre que no exista como eximente de responsabilidad una causa extraña. Siendo procedente aplicar el régimen de falla del servicio y probados los hechos que la configurarían, la Sala habrá de declarar la responsabilidad de la Administración de manera preferente con fundamento en la referida falla del servicio y no en el régimen objetivo.

En cuanto al régimen de falla del servicio, la Sala, de tiempo atrás, ha dicho que ésta ha sido en nuestro derecho y continúa siendo el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete - por principio - una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.⁹

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, de que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades..., “ *debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del*

de 2008, Exp. 16.487, y recientemente, sentencia de 17 de marzo 2010, Expediente: 18.526, Actor: Gustavo Sepúlveda Hernández. MP: Mauricio Fajardo Gómez.

⁸ Sentencia del 5 de marzo de 2001, exp. 11.222, la cual ha sido reiterada, entre otras, en las siguientes providencias: del 2 de marzo de 2002, exp. 11.250, del 16 de marzo de 2002, exp. 11.670 y del 26 de abril de 2002, exp. 13.273, de diciembre 4 de 2006, exps. 16.092 y 16.188.

⁹ Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163.

personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera.”¹⁰

Es que las obligaciones que están a cargo del Estado - y por lo tanto la falla del servicio que constituye su transgresión, han de mirarse en concreto, frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo¹¹ (se subraya).

En ese orden de ideas, la Sala procederá a estudiar de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si la Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional, es responsable de los perjuicios causados a los actores, con ocasión de la muerte del señor ALFREDO MOSQUERA PEREA, como consecuencia de los hechos acaecidos el 15 de noviembre de 1997.

2. Caso concreto

En el presente asunto, la prueba está contenida en los documentos aportados y solicitados por las partes tanto en el escrito de demanda como en su contestación, los cuales obran en copias auténticas por lo que tendrán pleno valor probatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 254 del C.P.C.

Las pruebas trasladadas del proceso disciplinario, podrán valorarse sin restricción alguna, toda vez que la parte demandante solicitó su traslado y la entidad demandada coadyuvó tal solicitud.

En efecto, en el escrito contentivo de la demanda la parte actora solicitó se oficiara a la oficina de Inspección y Disciplina de la entidad demanda, para que remitiera al proceso, copia del expediente disciplinario que debió adelantar por la muerte del señor ALFREDO MOSQUERA PEREA, por su parte la entidad demanda se allanó a la solicitud de pruebas formulada en la demanda.

En auto de 3 de diciembre de 1998, el Tribunal abrió el proceso a pruebas decretando el traslado solicitado por la parte demandante, en consecuencia libró el oficio respectivo a la autoridad correspondiente (folio 44, cdno. 1).

Mediante oficio visible a folio 19 del cuaderno dos, el Jefe de la Oficina de de Asuntos Disciplinarios de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali, remitió copia del expediente disciplinario número 678, seguido por la muerte del señor ALFREDO MOSQUERA PEREA.

En cuanto al traslado de pruebas, esta Sección ha expresado, en otras ocasiones, que aquellas que no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil o que no hubieren sido solicitadas en el proceso contencioso administrativo por la parte contra quien se aducen o no hubieren sido practicadas con audiencia de aquélla, no podrán ser valoradas en el primer proceso¹². También ha dicho la Sala que, en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso es solicitado por

¹⁰ Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.

¹¹ Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787

¹² Sentencia de julio 7 de 2005, expediente 20.300.

ambas partes, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hayan sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión¹³.

La Sala no dará valor probatorio a las declaraciones rendidas por los agentes de policía Jesús Alberto Cuesta Ospina e Ignacio Antonio Ospina Bolívar, por cuanto las mismas se tomaron durante la práctica de la diligencia de indagatoria, de forma que no cuentan con el requisito previo del juramento, necesario para otorgarle validez como prueba testimonial. Al respecto, la Sala ha sostenido:

“En relación con la indagatoria practicada dentro de un proceso penal, debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que no puede ser trasladada a un proceso administrativo, ya que no puede valorarse, en ningún caso, como prueba testimonial ni someterse a ratificación. En efecto, si bien se trata de una declaración rendida por un tercero, que no se identifica con la entidad estatal que tiene la calidad de parte dentro del proceso administrativo, no cumple los requisitos del testimonio, porque no se rinde bajo juramento. Así las cosas, siempre que se quiera hacer valer la declaración, dentro de este tipo de procesos, debe ordenarse la práctica de su testimonio”. Ver sentencias del 18 de septiembre de 1997, expediente 9666 y del 8 de febrero de 2001, expediente 13.254.

Para acreditar los supuestos fácticos de la demanda y de la defensa se allegaron los siguientes medios de prueba, en lo pertinente:

1. Copia auténtica del Registro Civil de Defunción¹⁴ proveniente de la Notaria Catorce del Círculo Notarial de Cali, que acredita que el señor ALFREDO MOSQUERA PEREA, murió en la ciudad de Cali, Departamento del Valle del Cauca el 15 de noviembre de 1997, como consecuencia de “Laceración Cerebral”.

2. Necropsia médico legal practicada al cadáver del señor ALFREDO MOSQUERA PEREA el 16 de noviembre de 1997¹⁵, en la cual se señala que el occiso fue baleado en el Barrio “Manuela Beltrán” de la ciudad de Cali. Se anota que el cadáver presentaba lesiones causadas con proyectil de arma de fuego, en la cavidad craneal consistentes en “Laceraciones cerebrales” y “herida craneoencefálica”.

Las heridas por proyectil con arma de fuego, fueron descritas por el perito forense, así:

“1.1 Orificio de entrada con bordes regulares, **localizada en región occipital derecha** a 4 cm. del vértice a 7 cm. de la línea media (...) sin tatuaje e hundimiento.

1.2 Se recupera proyectil en tejido subcutáneo en región frontal derecha (...)

1.3 **Lesiones: Cuero cabelludo, hueso occipital y cerebro**

¹³ Sentencia de febrero 21 de 2002, expediente 12.789

¹⁴ Folio 20, cdno. 1

¹⁵ Folio 147 y 148, cdno. 3. Prueba obrante en el proceso administrativo.

1.4 Trayectoria: Atrás - adelante, arriba debajo de derecha a izquierda”

De acuerdo con lo anterior, es posible concluir que el señor ALFREDO MOSQUERA PEREA murió el 15 de noviembre de 1997, como consecuencia de las lesiones causadas con proyectil de arma de fuego que impactaron en la región occipital derecha, lo que causa su deceso por “Laceraciones cerebrales”.

Así las cosas, se encuentra acreditado el daño por cuya indemnización reclaman los actores.

b. Sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos en los cuales murió el señor ALFREDO MOSQUERA PEREA, obran en el plenario los siguientes medios de prueba.

3. Informativo de novedad¹⁶ suscrito por el Comandante de la Estación 14 de Policía “Los Mangos”, en el que se informa sobre los hechos acaecidos el 15 de noviembre de 1997, alrededor de los cuales resultó muerto el señor MOSQUERA PEREA, y que involucró un procedimiento policial empleado por los agentes de Policía Jesús Cuesta Ospina e Ignacio Ospina Bolívar, integrantes de la patrulla Estacionaria número 14, adscrita a ese comando de policía. Sobre el particular, se informó:

“Comedidamente me permito informar a mi Coronel que el día 15/11/97 a las 20:30 horas en la calle 110 con carrera 26 **fue dado de baja** el señor ALFREDO MOSQUERA PEREA (...) por los agentes que conformaban la patrulla Estacionaria 14 de policía CUESTA OSPINA JESÚS (...) y OSPINA BOLÍVAR IGNACIO (...).

“HECHOS: El occiso momentos antes de su muerte llegó a la vulcanizadora “El Peludo” ubicada en la calle 112 número 26 donde **dónde** discutió con el propietario del establecimiento Luis Alberto López Largo (...) en la dirección antes mencionada e intentó darle de muerte ya que realizó un disparo sin alcanzar su intención con el revólver SMITH WESSON calibre 38 largo (...) con capacidad para seis cartuchos (...) es de anotar que la patrulla estacionaria 14 que se movilizaba en el vehículo NISSAN 4 puestas siglas 24059 perteneciente a la Estación Los Mangos se encontraba cerca de la vulcanizadora y acudió al lugar, **el occiso al notar la presencia policial emprendió la huida a la cual los policiales realizaron tiros al aire para evitar que siguiera huyendo, haciendo caso omiso, y al llegar a la calle 110 con carrera 26 intentó disparar contra uno de los integrantes de la patrulla donde la rápida acción del agente OSPINA BOLÍVAR IGNACIO ANTONIO evitó su cometido ocasionándole un impacto de bala en la región parietal derecha a ocho centímetros de la línea media posterior, dónde murió instantáneamente “(...”**

“Asimismo me permito informar a mi Coronel que la inspección del cadáver la realizó la Fiscal 111 (...) a quien con la respectiva acta se le dejó a disposición el revólver SMITH WESSON calibre 38 largo, número externo AEP-3552, capacidad para seis cartuchos, pavonado con cinco cartuchos y

¹⁶ Folio 13, cdno. 3

una vainilla, propiedad de la Policía Nacional y asignado al agente CUESTA OSPINA JESÚS y revólver SMITH WESSON calibre 38 largo, número externo ABE 4180, con capacidad para seis cartuchos, pavonado con tres cartuchos y tres vainillas, propiedad de la Policía Nacional y asignado al agente OSPINA BOLIVAR IGNACIO (...)."

4. Acta de entrega de armamento de fecha 16 de noviembre de 1997¹⁷, a través de la cual el suscrito comandante de la Estación de Policía "Los Mangos E-14", deja a disposición de la Fiscal 111, las armas de dotación asignadas a los agentes CUESTA OSPINA JESÚS y OSPINA BOLÍVAR IGNACIO quienes para la fecha de los hechos "se encontraban de servicio y portaban armamento de corto alcance". Sobre las características del armamento, se señaló que correspondían a armas de fuego tipo revólver, marca SMITH & WESSON de calibre 38 largo, identificadas con los números de asignación AEP-3552 y ABE-4180, respectivamente.

5. Minuta de Vigilancia correspondiente al tercer turno prestado el 15 de noviembre de 1997¹⁸, en la Estación 14 de la Policía Metropolitana de Cali, en lo pertinente señala que a los agentes CUESTA OSPINA JESÚS y OSPINA BOLÍVAR IGNACIO, se les asignó armamento oficial números externos 3552 y 4180, respectivamente.

6. Acta suscrita por la Fiscal Seccional 11, dentro de la diligencia de inspección judicial practicada en el lugar de los hechos en los que se presentó la muerte del señor MOSQUERA PEREA, en la parte pertinente se señala:

"se trata de la Calle 100 frente al número 26 - 58 Barrio "Manuela Beltrán" es una calle pavimentada, el occiso se encuentra a escasos 33 cms. del borde del andén, en su mano izquierda tiene aún la chapuza del revólver calibre 38 largo que tiene cerca de su mano izquierda (...)"

7. Dentro del proceso disciplinario, se adelantaron las siguientes declaraciones rendidas bajo la gravedad de juramento.

a. Testimonio rendido por el señor OMER GÓMEZ POPO de fecha 5 de mayo de 1998, ante la Oficina de Asuntos Disciplinarios de la Décimo Cuarta Estación de Policía "Los Mangos", sobre los hechos acaecidos el día 15 de noviembre de 1997, declaró:

"Para esa fecha salí de ruta de control de buses la COMMEPAL ubicado en el barrio Manuela Beltrán, conducía el bus número 384 y luego se me pinchó una llanta delantera, entonces arrimé a la vulcanizadora, me estaban despinchando la llanta, terminó el trabajo y cuando le estaban echando aire a la llanta, llegó un tipo y se paró a unos tres metros y le dijo al dueño de la vulcanizadora esta frase "entonces qué" y el dueño de la vulcanizadora le contestó que si le iba a pegar un tiro y el tipo le respondió que sí, de inmediato sacó un revólver intimidando al dueño de la vulcanizadora el cual corrió hacia el interior de la misma y el tipo lo persiguió y le hizo un tiro. Luego el tipo quedó apuntando con el arma **y de repente apareció una patrulla de la policía, el tipo al ver la patrulla corrió y uno de los miembros de la patrulla que no se quién, fue y le dijo "que alto" y el tipo siguió corriendo y voltearon la cuadra y al**

¹⁷ Folio 23, cdno. 3

¹⁸ Folio 24, *ibidem*

instante escuche varios disparos, no escuché más ya que tenía el bus encendido. Al rato me di cuenta que la patrulla había dado de baja al tipo, cosa que no observé porque me había quedado en la vulcanizadora”

b. Testimonio que rinde la señora LEONOR BENÍTEZ¹⁹, esposa del propietario de la vulcanizadora “El Peludo”, quien afirmó que el día 15 de noviembre de 1997 un sujeto ingresó al establecimiento de su esposo y lo agredió con una ama de fuego, luego en el lugar hicieron presencia dos agentes de la policía que se encontraban en una patrulla lo cual provocó que el sujeto saliera corriendo, en seguida escuchó varios disparos pero que no puede relatar nada al respecto porque no presencié este suceso, sólo escuchó por versiones de la gente, que la policía había dado de baja al agresor.

c. Testimonio que rinde el señor LUÍS ALBERTO LÓPEZ LARGO²⁰, propietario de la vulcanizadora “El Peludo” quien señaló que el día de los hechos un sujeto lo agredió con arma de fuego por que no quiso despincharle la motocicleta en la que se movilizaba. Preciso, que inicialmente el sujeto ingresó al establecimiento y le exigió que le echara aire a la llanta, ante negativa de éste, el sujeto le lanzó improperios, luego se fue en la moto y al instante volvió con el arma con la cual lo agredió.

d. Testimonio que rinde el señor Héctor Lizarazo Gamboa²¹, quien sobre los hechos depuso:

“En esa fecha siendo aproximadamente las 17 horas me dirigía a mi casa, pasé por dicha vulcanizadora y en ese momento me percaté de un desacuerdo que había entre el un sujeto y el dueño de la vulcanizadora, el sujeto le exigía al dueño de la vulcanizadora que lo despinchara (...) el dueño le dijo que no lo podía atender, cosa que el señor de la moto no le agradó y fue por eso que le dije al sujeto que más adelante había una vulcanizadora (...) luego el señor de la moto montado de cólera le contestó al dueño de la vulcanizadora que ya venía en tono amenazante y prendió la moto así pinchada y se fue. Acto seguido me retire a mi casa para recibir un tinto que me estaban preparando, aclaro la distancia de mi residencia a la vulcanizadora es de treinta metros, en el momento que yo salgo a tomármelo, escuché dos detonaciones de arma de fuego, acto seguido dejé en el planchón del carro el café y salí a ver que era, **cuando observo al sujeto de la motocicleta corriendo con un revólver en la mano**, paso por la calle 112 por la calle 111, a coger la calle 110 de inmediato me dirijo a la vulcanizadora en sentido opuesto en ese momento apareció una patrulla de la Policía persiguiendo al sujeto, **escuché dos voces de alto y observe un disparo al aire por parte de los policías** luego me dirigí a la vulcanizadora pensando de que algo le había pasado al peludo **en el sitio escuché otra detonación sobre la calle 110, luego el comentario de los vecinos que la policía había dado de baja al sujeto”**

8. En el proceso administrativo, se practicaron los siguientes testimonios:

a. De la señora LUZ MARINA ARIAS, quien sostiene que para la fecha de los hechos se encontraba en la casa de la compañera del occiso que ella se percató que una patrulla de la policía venía detrás del ALFREDO y que los

¹⁹ Folios 31, 32, cdno. 3

²⁰ Folios 33 y 34, cdno. 3.

²¹ Folio 35 y ss., cdno. 3

agentes venían disparando, precisó que “en ese momento de la balacera todo el mundo se entró para su casa y después del rato cuando ya se calmaron fue cuando comenzó a salir la gente y fuimos a noveliar”. Afirmó que cuando vio al occiso tirado en el suelo “en ese momento él sí tenía un arma”.

b. Del señor JHON JAIRO AGUILAR, amigo personal del occiso. Sobre las relaciones familiares del señor MOSQUERA PEREA, sostuvo:

“Alfredo vivió en unión libre con la señora Neyla Zúñiga, tuvo tres hijos más con Nancy y otras dos muchachas. PREGUNTADO: Diga si tiene conocimiento a qué labores se dedicaba Alfredo y en qué invirtiera los dineros que ganaba. CONTESTÓ: Los dineros que se ganaba Alfredo los repartía entre las mujeres e hijos que tenía, yo varias veces lo acompaña a eso, él se dedicaba al ramo de la construcción. PREGUNTADO: Sírvase decir si conoció a los padres y hermanos de Alfredo, manifestando sus nombres. CONTESTÓ: Sí los conocí, su padre ya murió se llamaba José Mosquera, su madre Hilda Perea, sus hermanos uno se llama Joel, José Antonio, Adelayda, José Valerio Mosquera Perea. PREGUNTADO: Sírvase decir si la madre, hermanos, compañera permanente e hijos de Alfredo, estuvieron presentes en el velorio y entierro. CONTESTÓ: Sí todos ellos estuvieron presentes tanto en el velorio como en el entierro. El compartimiento era de tristeza y lloraban mucho (...).”

c. NANCY ELENA BENAVIDES BALLESTEROS, quien tuvo una relación sentimental con la víctima y con quien procreó un hijo, cuya paternidad fue reconocida por éste (MICHAEL ANTONIO MOSQUERA BENAVIDES), sobre las relaciones familiares, señaló:

“El no era casado pero convivía con un muchacha que se llama NEYLA ZÚÑIGA y con ella tuvo una niña que tiene tres años, la niña se llama Alis Faysuri y tenía **otros hijos más que se llaman Luís Miguel y Luisa Fernanda** ellos no son reconocidos por él en la Notaría. PREGUNTADA: Sírvase decir si usted conoció o conoce a los padres y hermanos de Alfredo, indicando sus nombres y como eran las relaciones con ellos. Yo les conozco a todos ellos y a la mamá también, se llama HILDA PEREA y los hermanos son JOSÉ ANTONIO MOSQUERA, HELIODORO MOSQUERA, GABRIEL MOSQUERA, JAEL MOSQUERA, BERNARDO MOSQUERA, VALERIO MOSQUERA, ellos viven en Bogotá y a pesar de que están lejos, él en la semana santa o en diciembre se iba para estar allá con los hermanos, el día de la muerte de él vinieron todos. PREGUNTADA: A qué labores se dedicaba Alfredo y si sabe a que destinaba su dinero. CONTESTÓ: **Él era maestro de construcción** y la plata la destinaba para su mujer, su hijo, la mamá vivía con él, y los otros tres hijos les daba también y el resto para gastársela (...). PREGUNTADO: Diga usted cómo fue la reacción de la madre, hermanos y compañera permanente e hijos del causante durante el velorio y entierro de Alfredo. CONTESTÓ: Pues cuando a él lo mataron **la señora madre de él se colocó muy mal, la esposa también (...) los hermanos y todos se colocaron muy tristes porque él era el hermano menor (...)**”.

d. De las señoras ROSA HERNÁNDEZ y JUANA HILDA RODRÍGUEZ, quienes afirmaron conocer al señor ALFREDO MOSQUERA PEREA desde hace más de quince años. Sobre sus relaciones familiares son constantes en afirmar que convivía con la señora NEYLA EULALIA y que tenía dos hijos menores de

nombres Faysuri y Michael. Asintieron en el hecho de que por la muerte del señor MOSQUERA PEREA, su compañera, padres y hermanos sufrieron mucho.

e. De la señora LUISA MARÍA BALLESTEROS, quien mantenía una relación estrecha con el occiso y su núcleo familiar. Sobre el particular sostuvo:

“PREGUNTA: Díganos si igualmente conoció a los padres y hermanos de Alfredo desde cuándo y dando sus nombres. CONTESTÓ: Si los conozco a la madre que se llama HILDA PEREA, y a los hermanos como BERNARDO, JAEL, GABRIEL Y VALERIO el papá se llamaba JOSÉ otro de los hermanos se llama HELIODORO y JOSÉ ANTONIO, los demás nombres no los recuerdo, pero si los distingo. PREGUNTADA: Sírvase decir si ALFREDO era casado con quién convivía y si tuvo descendencia en la que fue su compañera permanente. CONTESTÓ: No era casado convivía con NEYLA EULALIA ZÚÑIGA, tuvo una hija que se llamaba FAISURY, el vivía con ellas en la misma casa. PREGUNTADO: Díganos usted si ALFREDO tuvo otros hijos indicando sus nombres, el nombre de su madre y si fueron reconocidos legalmente por su padre. COSTESTÓ: **Él si tuvo otros hijos**, se llaman **MICHAEL ANTONIO** es hijo de NANCY ELENA BENAVIDES y **LUIS MIGUEL** es hijo de NELSA CÓRDOBA, este niño no fue reconocido por negligencia de la mamá porque la mamá no tenía cédula **y la otra niña LUISA FERNANDA** que es hija de NUBIA NUÑEZ no fue reconocida se sabía que era hija de él por los familiares y el veía por ellos. PREGUNTADO: Diga usted si le consta, si ALFREDO visitaba con frecuencia o llevaba a su casa a los hijos MICHAEL ANTONIO, LUISA FERNANDA y a LUÍS MIGUEL CÓRDOBA (...). CONTESTÓ: Sí ALFREDO los visitaba y siempre los veía con él y en la cuadra todo el mundo conocíamos que él era el papá de esos niños (...) todos asistieron al velorio y al entierro, la mamá así como la madre de sus hijos estaban muy tristes inclusive un hermano de él dijo por qué no fui yo el muerto en lugar de mi hermano, ellos estaban muy tristes lloraban mucho, estaban muy afectados, se lamentaban de por qué murió así (...).”

9. Resultado del análisis instrumental para residuos de disparo por emisión atómica o “absorción atómica”, practicada al señor Alfredo Mosquera Perea, que arroja positivo para ambas manos.

10. Resultado del análisis instrumental para residuos de disparo por emisión atómica o “absorción atómica”, practicada al agente IGNACIO ANTONIO OSPINA BOLÍVAR, que arroja positivo para ambas manos.

11. Prueba de balística²² practicada a los revólveres de dotación que fueron incautados a los agentes de Policía y al arma que se encontró cerca al cuerpo del señor MOSQUERA PEREA, que indica que los tres revólveres fueron disparados y que tres de las vainillas embaladas en la escena del crimen, fueron percutidas con el arma de fuego tipo revólver número ABE - 4180, asignada al agente de policía IGNACIO ANTONIO OSPINA, una vainilla, igualmente embalada en la escena del crimen, fue percutida con el arma de fuego tipo revólver número AEP-3552 asignada al agente de policía JESÚS CUESTA. Finalmente otra de las vainillas embaladas fue percutida con el arma de fuego tipo revólver que se encontró cerca del cadáver del señor MOSQUERA PEREA.

²² folios 70 y ss, cdno. 3

12. Resolución de 7 de mayo de 1998²³, proferida por el Juzgado 88 de Instrucción Penal Militar, a través de la cual define la situación jurídica de los agentes JESÚS ALBERTO CUESTA e IGNACIO OSPINA BOLÍVAR, absteniéndose de proferir en su contra medida de aseguramiento, para lo cual señaló que el procedimiento policial, particularmente el empleado por el agente IGNACIO OSPINA, consistente en el impacto de bala que le propinó al señor MOSQUERA PEREA “por la región occipital en dirección atrás hacia delante” fue ajustado a derecho, por cuanto reaccionó a la acción “energúmena” del occiso.

De las pruebas relacionadas, encuentra la Sala acreditado que el día 15 de noviembre de 1997, en procedimiento policial adelantado por los agentes de Policía adscritos a la Estación 14 de Policía “Los Magos”, resultó muerto el señor ALFREDO MOSQUERA PEREA, cuando él emprendía la huída luego de haber agredido con arma de fuego al dueño de un establecimiento de comercio ubicado en el Barrio Manuela Beltrán de la ciudad de Cali, y percatarse de la presencia de los agentes de policía, quienes corrieron detrás suyo para capturarlo, empleando para ello sus armas de dotación, y percutiendo con éstas un disparo que impactó en la cavidad craneana concretamente en la “región occipital derecha”²⁴, lo que le produjo la muerte por “Laceración cerebral”.

De lo probado en el proceso se tiene plenamente establecido que en los hechos en los que se dio muerte al señor MOSQUERA PEREA hubo manipulación de armamento oficial, el cual de conformidad con el informativo de novedad suscrito por la demandada, los exámenes de balística y el resultado de la prueba de absorción atómica-, correspondía a dos revólveres marca SMITH WESSON calibre 38, identificados con los números seriales ABE 4180 y AEP 3552, asignados para la prestación del tercer turno de vigilancia de los agentes IGNACIO OSPINA BOLÍVAR y JESÚS CUESTA OSPINA, y que fueron percutidos por éstos el día de los hechos, siendo la primera de las armas, esto es, la identificada con el número ABE 4180, con la que se causó la detonación que impactó a la víctima.

El actuar de los agentes de Policía, según los testimonios practicados en el proceso, se motivó cuando advirtieron que la víctima se encontraba persuadiendo con un arma de fuego al dueño de un establecimiento de comercio ubicado en el sector de los hechos, razón por la cual, ésta al percatarse de la presencia de las autoridades, emprendió la huída, lo que conllevó a que los policiales iniciaran su persecución, empleando en dicho procedimiento sus armas de dotación oficial, las cuales fueron disparadas.

Las afirmaciones expuestas por la parte demandada que refieren al hecho de que los agentes de policía hicieron uso de sus armas de dotación para repeler la agresión inminente del occiso, no encuentran en el proceso respaldo probatorio alguno, por cuanto, si bien del resultado de la prueba de absorción anatómica y del examen de balística, se determina que el occiso dio positivo a la presencia de pólvora en sus manos y que una de las vainillas embaladas en el lugar de los hechos fue percutida con el arma que se encontrada cerca al cadáver de la víctima, según los testimonios, contra el propietario de la vulcanizadora, pero ello no es prueba suficiente para afirmar a partir de allí, la existencia de la aludida agresión, todo lo contrario, lo que resulta posible de inferir del material probatorio, es que la misma no pudo presentarse, lo anterior por cuanto el disparo que causó

²³ Folio 96, *ibidem*

²⁴ Tomado de Anatomía Humana de M. Prives, N. Lisenkou y V. Buskrovich. Editorial MIR MOSCÚ. **HUESOS DEL CRÁNEO.** Hueso Occipital: forma la pared postero - inferior de la craneal, participando conjuntamente en la calvaria y en la base del cráneo.

la muerte a la víctima, impactó en la “región occipital derecha” y con una trayectoria “atrás adelante”, esto es, en la parte posterior del cráneo, lo cual indica que el disparo se produjo de espaldas, circunstancia que descarta sin mayores elucidaciones la presunta agresión, en la medida en que por la posición de la víctima se infiere que ésta se encontraba huyendo y no en posición de ataque.

Lo que puede colegirse del plenario es que los agentes hicieron uso desmedido de su armamento de dotación oficial, en primer lugar, por el hecho de haber detonado en cuatro oportunidades sus armas para controlar un sólo sujeto y con la finalidad de propender a su captura -ello se encuentra acreditado por cuanto, cuatro de las cinco vainillas embaladas en el lugar de los hechos fueron percutidas con las dos armas oficiales, tres de las cuales disparadas con el revólver número ABE - 4180, asignado al agente IGNACIO OSPINA-, número de detonaciones que no se justifica para un procedimiento policial en el que se reprime la conducta de un sólo sujeto que se encontraba huyendo y que, como se afirmó en precedencia, no ejercía contra los agentes agresión inminente, máxime si se tiene en cuenta que la utilización de armas de fuego debe emplearse como último recurso de represión y que de los medios de fuerza o coercitivos utilizados para tal fin, deben ser aquellos que causen el menor daño para la integridad de las personas, de conformidad con los parámetros previstos en el Código Nacional de Policía, Decreto 1355 de 1970, aplicable para las autoridades de policía en todo el territorio nacional²⁵.

No debe perderse de vista, igualmente que el numeral 1º del artículo 131 de la Resolución No 9960 de 13 de noviembre de 1.992, “*Por la cual se aprueba el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional*”, proferida por el Director General de la Policía, aplicable al presente asunto, en relación con el uso de las armas de dotación oficial, dispone que el personal de la policía: “*En cumplimiento de su actividad preventiva y ocasionalmente coercitiva, para preservar el orden público empleará sólo los medios autorizados por la ley o reglamento y escogerá, entre los eficaces aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes*”

²⁵ DECRETO 1355 DE 1970 del 4 de septiembre de 1970 “*Por el cual se dictan normas sobre policía*”.

“(…)” DEL EMPLEO DE LA FUERZA Y OTROS MEDIOS COERCITIVOS

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

Así, podrán los funcionarios de policía utilizar la fuerza:

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

ARTICULO 30. Para preservar el orden público la Policía empleará sólo medios autorizados por ley o reglamento y **escogerá siempre entre los eficaces, aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes.** (…)

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

Asimismo, el numeral 3º del citado artículo señala: *“En el uso de de las armas se deberá tener en cuenta su naturaleza de contingencia y peligro que exige el manejo prudente. **Su empleo, requiere equilibrio emocional, mesura, serenidad, firmeza y control evitando siempre cualquier exceso. Como último recurso debe emplearse para proteger la integridad personal o la de terceras personas**”*.

En segundo lugar, el agente agresor accionó su arma de dotación tomando como blanco de ataque un área de impacto en el cuerpo que resultaba letal, esto es, cavidad craneal, actuar de la autoridad con el cual lejos de propender por el cumplimiento de un deber propio de las funciones de policía, lo que produjo fue una lesión a la vida e integridad de una persona.

Por todo lo anterior, ante el hecho de que en el proceso la parte demandada no haya probado que la conducta de los agentes se justificó al tratar de defenderse de una agresión actual o inminente por parte del occiso, no podrá configurarse la existencia de la culpa exclusiva de la víctima para exonerar de responsabilidad a la demandada ni podrá inferirse a partir de allí, una supuesta participación de la víctima en la producción del daño que determine una posible “concausa”, como así lo definió el Tribunal para negar la indemnización plena a cargo de la entidad enjuiciada.

Lo que resulta incuestionable en el caso concreto y que a la postre fue la causa directa y eficiente del daño, es el proceder de los agentes de policía, el cual a juicio de la Sala, luego de valorar los medios de convicción practicados en el proceso, fue irregular, en el entendido que éstos hicieron un uso desmedido de las armas de dotación, en una actuación que en criterio de la Sala fue precipitada y desproporcionada, pues con todo y que el señor MOSQUERA PEREA se encontrara armado, lo cierto es que el número de efectivos policiales que participaron en el operativo era más que suficiente para procurar la captura de la víctima o exigir su entrega sin la utilización, en la forma como se hizo, de las armas de dotación, ya que no procuraron con su empleo causar el menor daño posible a los derechos e integridad personal del afectado, con mayor razón cuando la víctima en ningún momento accionó el arma de fuego contra los uniformados, según se dejó dicho, denotándose una falla en la prestación del servicio, la cual resulta imputable a la demandada, quien deberá indemnizar los perjuicios causados de manera plena a los actores.

Hechas las anteriores precisiones, la Sala modificará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo deL Valle del Cauca, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, puesto que se encuentra acreditado que la falla del servicio en la cual incurrió la entidad demandada, fue el factor determinante para la causación del daño.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Perjuicios morales

Por la muerte de ALFREDO MOSQUERA PEREA concurren al proceso, Neyla Eulalia Zúñiga Barahona, en su condición de compañera permanente, Alis Faysuri Mosquera Zúñiga y Michael Antonio Mosquera Benavides, en su condición de hijos reconocidos, Luisa Fernanda Golles Quiñónez y Luís Miguel Córdoba, en

su condición de hijos biológicos o damnificados, Hilda María Mosquera Perea, en su condición de madre, Gabriel, José Valerio, José Heliodoro, José Antonio, José Jael, Bernardo y Adelaida Mosquera Perea, en su condición de hermanos, según se desprende de la demanda y de los poderes debidamente conferidos a su apoderado judicial (fls. 1 a 12 cdno. 1).

Los actores que concurrieron al proceso ostentando las calidades de compañera permanente, hijos y madre del causante pidieron, por concepto de perjuicios morales, una suma equivalente en pesos, al valor de 2.000 gramos de oro, para cada uno de ellos. Asimismo, los actores que actúan en calidad de hermanos del causante pidieron, por concepto de perjuicios morales, una suma equivalente en pesos, al valor de 500 gramos de oro, para cada uno de ellos.

Se encuentra acreditado que Neyla Eulalia Zúñiga Barahona, era la compañera permanente del señor Alfredo Mosquera Perea, según se infiere de los testimonios practicados en el proceso, en los cuales se afirma de manera constante dicha condición, así como también está demostrado que Alis Faysuri Mosquera Zúñiga y Michael Antonio Mosquera Benavides son hijos del occiso, según la prueba idónea que acredita el parentesco consistente en los respectivos registros civiles de nacimiento provenientes de la Notaría Cuarta del Circuito Notarial de Cali, en los cuales se observa el nombre del señor ALFREDO MOSQUERA PEREA como padre del registrado. De igual modo está acreditado, conforme lo demuestra el registro civil de nacimiento de la víctima proveniente de la Notaría Dieciocho del Circuito Notarial de Cali, que la señora Hilda Perea era la madre del causante y que el señor Bernardo Mosquera era el hermano del occiso, último vínculo que se halla también demostrado con la aportación del registro civil de nacimiento de éste, expedido por la Notaría Dieciocho del mismo círculo notarial (folios 16, 17, 14 y 13 cdno. 1).

Así las cosas, según la jurisprudencia de la Sala, en los eventos en los que una persona fallece o sufre una lesión y ésta es imputable al Estado, ello desencadena a cargo de éste, la indemnización de perjuicios morales, de tal manera que las personas que se sientan perjudicadas por dicha situación y hagan parte del núcleo familiar más cercano, pueden reclamar la indemnización de estos perjuicios acreditando el parentesco con la víctima directa del daño, pues éste se convierte en un indicio suficiente para tener por demostrado el perjuicio moral sufrido, siempre que no hubieren pruebas que indiquen o demuestren lo contrario.

Respecto de la cuantía de la indemnización de este perjuicio inmaterial, debe recordarse que, de conformidad con lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se estimaba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicios morales; se ha considerado, en efecto, que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y se ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado de intensidad²⁶.

En ese orden de ideas, la Sala condenará a la entidad demandada, a pagar, por concepto de perjuicios morales, **la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, a favor de cada uno de los demandantes, Neyla Eulalia

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646, actor: Belén González y otros – William Alberto González y otra.

Zúñiga Barahona, en su condición de compañera permanente, Alis Faysuri Mosquera Zúñiga y Michael Antonio Mosquera Benavides, en su condición de hijos, Hilda María Mosquera Perea, en su condición de madre y la suma de **50 salarios mínimos legales mensuales vigentes** a favor de Bernardo Mosquera Perea, en su condición de hermano de la víctima.

En relación con los menores Luisa Fernanda Golles Quiñónez y Luís Miguel Córdoba, se advierte la ausencia de la prueba idónea que acredite el vínculo de parentesco con la víctima, por cuanto, si bien fueron allegados al proceso sus respectivos registros civiles de nacimiento, en los mismos no se registró la información sobre el padre, así las cosas no podrá reconocerse indemnización a su favor en su condición de hijos, sin embargo la prueba testimonial infiere que el occiso mantenía tal vínculo a través de una relación de hecho y que éstos sintieron un grado de aflicción por la pérdida del señor MOSQUERA PEREA, lo que infiere un perjuicio moral que les resulta indemnizable, dada su condición de terceros afectados o damnificados.

Así las cosas, la Sala condenará a la entidad demandada, a pagar, por concepto de perjuicios morales, **la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, a favor de cada uno de los demandantes, Luisa Fernanda Golles Quiñónez y Luís Miguel Córdoba, en su condición de damnificados.

En la misma condición se encuentran los demandantes Gabriel, José Valerio, José Heliodoro, José Antonio, José Jael y Adelaida Mosquera Perea en relación con los cuales no fue aportado el documento idóneo para acreditar su grado de parentesco por consanguinidad en relación con la víctima, razón por la cual, en principio no podría efectuarse una indemnización a su favor en su condición de hermanos. Sin embargo, se advierte que en la prueba testimonial, los declarantes identificaron a cada uno de ellos afirmando entre sí la existencia de un lazo de unidad y afecto en relación con la víctima y la perturbación emocional padecida a causa de su muerte, en ese orden es posible establecer un perjuicio moral que les resulta indemnizable.²⁷

Por lo anterior, la Sala condenará a la entidad demandada, a pagar, por concepto de perjuicios morales, **la suma de 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, a favor de cada uno de los demandantes, Gabriel, José Valerio, José Heliodoro, José Antonio, José Jael y Adelaida Mosquera Perea, en su condición de damnificados.

Perjuicios materiales

Por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, los actores solicitaron \$50.000.000, en consideración a la vida probable y los ingresos del causante dejados de producir, perjuicio que se solicitó a favor de la señora Neyla Eulalia Zúñiga Barahona, en su condición de compañera permanente y de los menores Alis Faysuri Mosquera Zúñiga, Michael Antonio Mosquera Benavides, Luisa Fernanda Golles Quiñónez y Luís Miguel Córdoba, en su condición de hijos o damnificados.

²⁷ Sobre el reconocimiento frente a terceros damnificados, ver entre otras Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 27 de abril de 2011, Expediente 26.861, Actor: María Elena Pacanchique Herrera y otros, Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional. MP. Mauricio Fajardo Gómez.

La Sala no reconocerá indemnización por este concepto a favor de los demandantes, Luisa Fernanda Golles Quiñónez y Luís Miguel Córdoba, en tanto su condición de damnificados sólo es atendible al grado de aflicción emocional por la muerte del causante - dada la ausencia de la prueba idónea para acreditar el parentesco en relación con la víctima -, no así para el desmedro patrimonial que pudo haberse generado por el mismo hecho, por cuanto no se tienen los elementos de convicción suficientes para determinar el alcance ni la periodicidad de la ayuda económica que según la versión de los deponentes en el proceso les proporcionaba, ni el *quantum* de la misma, razón por la cual frente a ellos no podrá estructurarse la materialización cierta de un perjuicio material que les resulte indemnizable.

En el *sub judice* está demostrado que el señor ALFREDO MOSQUERA PEREA tenía una actividad económica dentro del campo de la “construcción”, sin embargo no se acreditó el valor de los ingresos que devengada por el desarrollo de esta actividad, razón por la cual para efectos del cálculo de la indemnización, se liquidará el mencionado perjuicio, teniendo en cuenta el valor del salario mínimo mensual vigente a la fecha de la presente sentencia, es decir, la suma de **\$535.600**, pues ésta resulta, en términos de equidad, más beneficiosa que la actualización del salario mínimo vigente para la época de los hechos, es decir la suma de \$414.532, la cual se deriva de aplicar la fórmula utilizada reiteradamente para actualizar la renta.

Aplicando la fórmula utilizada para actualizar la renta, se tiene que la renta actualizada (Ra) es igual a la renta histórica (valor del salario mínimo en el año de 1.997) multiplicada por el índice de precios al consumidor del mes anterior a la sentencia proferida por la Sala, dividido por el índice de precios al consumidor vigente en el mes en el cual falleció la víctima.

$$Ra = R (\$172.005) \frac{\text{índice final - mayo / 2011 (107.55)}}{\text{índice inicial - noviembre/1997 (44.44)}} = 2.42$$

Ra = \$414.532

La suma correspondiente al valor del salario mínimo, \$535.600, deberá incrementarse en un 25%, por concepto de prestaciones sociales, esto es \$669.500, y a ésta se le deducirá un 25%, monto que se presume la víctima destinaba para sus gastos personales, para un total de **\$502.125**. Con el 50% de la suma anterior, esto es **\$251.062**, se liquidará la indemnización debida y futura reclamada por la cónyuge supérstite y el otro 50%, esto es la suma de \$251.062 se dividirá entre 2, correspondiente al número de hijos menores de edad de la víctima, para un total de **\$125.531**.

Para Neyla Eulalia Zúñiga Barahona (cónyuge supérstite)

Indemnización debida

Comprende el período transcurrido desde la fecha en la que se produjo el deceso, 15 de noviembre de 1997, hasta la fecha de esta sentencia (22 de junio de 2011), para un total de 163.23 meses.

Aplicando la fórmula, se tiene lo siguiente:

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

$$S = \$251.062 \frac{(1+0.004867)^{163.23} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 61.899.336,1$$

Indemnización futura

Comprende el período transcurrido desde el día siguiente de esta sentencia (22 de junio de 2011), hasta la vida probable del occiso, pues era el mayor de los dos. De conformidad con las tablas de supervivencia se estimó la vida probable del occiso en 46.24 años, para un total de 554.88 meses, teniendo en cuenta que la víctima tenía 30 años de edad cuando murió, según el registro civil de nacimiento (folio 14, cuaderno 1).

A los 554.88 meses deberá restársele 163.23 meses, los cuales ya fueron indemnizados, para un total de 391.65 meses.

Aplicando la fórmula, se tiene:

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

$$S = \$251.062 \frac{(1+0.004867)^{391.65} - 1}{0.004867(1+0.004867)^{391.65}}$$

$$S = \$ 44.468.101,44$$

Sumados los valores de la indemnización debida y futura se obtiene un valor total de **\$106.367.437,54**

Para Alis Faysuri Mosquera Zúñiga

Indemnización debida

Comprende el período transcurrido desde la fecha en la que se produjo el deceso, 15 de noviembre de 1997, hasta la fecha de esta sentencia (22 de junio de 2011), para un total de 163.23 meses.

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

$$S = \$ 125.031 \frac{(1+0.004867)^{163.23} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 30.826.393,05$$

Indemnización futura

Comprende el período transcurrido desde la fecha de esta sentencia (8 de junio de 2011) hasta el 29 de julio de 2020, fecha en la cual Alis Faysuri, cumplirá la edad de 25 años, pues nació el 29 de julio de 1995, según el registro civil de nacimiento (folio 16cuaderno 1), para un total de 130.76 meses.

Aplicando la fórmula, se tiene lo siguiente:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$
$$S = \$125.031 \frac{(1+0.004867)^{130.76} - 1}{0.004867(1+0.004867)^{130.76}}$$

$$S = \$ 12.090.497,7$$

Sumados los valores de la indemnización debida y futura se obtiene un valor total de **\$ 42.916.890,75**

Para Michael Antonio Mosquera Benavides

Comprende el período transcurrido desde la fecha en la que se produjo el deceso, 15 de noviembre de 1997, hasta la fecha de esta sentencia (22 de junio de 2011), para un total de 163.23 meses.

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$
$$S = \$ 125.031 \frac{(1+0.004867)^{163.23} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 30.826.393,05$$

Indemnización futura

Comprende el período transcurrido desde la fecha de esta sentencia (22 de junio de 2011) hasta el 28 de enero de 2020, fecha en la cual Michael Antonio, cumplirá la edad de 25 años, pues nació el 28 de enero de 1995, según el registro civil de nacimiento (folio 17, cuaderno 1), para un total de 136.08 meses.

Aplicando la fórmula, se tiene lo siguiente:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$
$$S = \$125.031 \frac{(1+0.004867)^{136.08} - 1}{0.004867(1+0.004867)^{136.08}}$$

$$S = \$ 12.369.316,83$$

Sumados los valores de la indemnización debida y futura se obtiene un valor total de **\$ 43.195.709,89**

FALLA:

PRIMERO: MODÍFICANSE los numerales 2° y 3° la sentencia de 2 de octubre de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, los cuales quedarán así:

“**CONDÉNASE** a la Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional, a pagar la suma de **100 salarios mínimos** legales mensuales vigentes, a favor de cada uno de los demandantes Neyla Eulalia Zúñiga Barahona, Alis Faysuri Mosquera Zúñiga y Michael Antonio Mosquera Benavides e Hilda María Mosquera Perea; la suma de **50 salarios mínimos legales mensuales vigentes** a favor de Bernardo Mosquera Perea y Luisa Fernanda Golles Quiñónez, Luís Miguel Córdoba y la suma de **30 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, a favor de cada uno de los demandantes, Gabriel, José Valerio, José Heliodoro, José Antonio, José Jael y Adelaida Mosquera Perea.

“**CONDÉNASE** a la Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional a pagar a **Neyla Eulalia Zúñiga Barahona**, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, la suma de **\$106.367.437,54**.

“**CONDÉNASE** a la Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional a pagar a **Alis Faysuri Mosquera Zúñiga**, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, la suma de **\$ 42.916.890,75**

“**CONDÉNASE** a la Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional a **Michael Antonio Mosquera Benavides**, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, la suma de **\$43.195.709,89**

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

TERCERO: sin costas

Dése cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme con lo dispuesto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil. Para tal efecto, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca cumplirá los dictados del artículo 362 del C.P.C.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ (E)

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ