

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, treinta y uno (31) de julio de dos mil veinticinco (2025)

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA - APELACIÓN SENTENCIA
(EXPEDIENTE DIGITAL)

DEMANDANTE: YANETH ELLES RICO Y OTROS

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA
NACIONAL

RADICADO: 20-001-33-33-001-2019-00439-01

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA

I. ASUNTO. -

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y demandada, contra la sentencia de fecha catorce (14) de julio de 2022, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, así:

“PRIMERO: Declarar NO probadas las excepciones denominadas culpa exclusiva de la víctima y falta de configuración de elementos estructurales de la falla del servicio, el hecho, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre ellos propuestas por la Policía Nacional de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL por los daños morales sufridos por los demandantes, como consecuencia del fallecimiento de JHON FREDYS MAESTRE ELLES.

TERCERO: Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL por concepto de daño moral causado a los demandantes en la proporción que se relaciona en el esquema que se inserta a continuación:

DEMANDANTE	MONTO
YANETH ELLES RICO (MADRE)	100 SMLMV
KELLYS JOHANA SAENZS ELLES (HERMANA)	50 SMLMV
NEVER MANJARRES ELLES (HERMANO)	50 SMLMV
FREDY JOSE MAESTRE ARRIETA (HERMANO)	50 SMLMV

CUARTO: Como medidas de reparación integral se ordena a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, a adoptar las siguientes medidas de naturaleza no pecuniarias:

A) El Ministerio de Defensa Nacional establecerá un link con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia. La entidad demandada, en el término de dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo, subirá a la red el archivo que contenga esta decisión y mantendrá el acceso al público del respectivo vínculo durante un período de seis (6) meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web de esa institución.

B) El comandante de la Policía Cesar (DECES) deberá en persona, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad por los hechos en los que falleció Jhon Fredys Maestre Elles y cuya realización debe ser concertada entre dichas autoridades y las víctimas, además deberán convocar a dicho acto a los medios de comunicación local y regional.

Lo anterior por cuanto se probó en el proceso que el comandante DECES dijo ante los medios de comunicación que la hoy víctima era un delincuente, situación que como se vio no es cierta y que evidencia que manchó el buen nombre de la víctima.

C) Se oficiará a la Fiscalía General de la Nación, para que, dentro del ámbito de sus competencias, inicie las respectivas investigaciones dirigidas a esclarecer la responsabilidad penal y los presuntos responsables de los hechos ocurridos el día 05 de marzo de 2018, hechos en los que resultó muerto el menor Jhon Fredys Maestre Elles, toda vez que se está frente a la comisión de una ejecución extrajudicial en perjuicio de un menor de edad, lo que eventualmente conlleva a una grave violación de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. La instrucción respectiva deberá comprender, de igual manera, cualquier tipo de responsabilidad derivada de la omisión⁴³.

Por Secretaría, remítase copia autentica e integral de la presente providencia con destino a la Fiscalía General de la Nación.

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Sin condena en costas en esta instancia.

SEPTIMO: Esta sentencia se cumplirá conforme a los artículos 187 y 192 del C.P.A.C.A. (...)"¹

II.- ANTECEDENTES. -

2.1.- FUNDAMENTOS FÁCTICOS. -

Se resumen de la siguiente manera:

Relató el apoderado de los demandantes, que el menor JHON FREDYS MAESTRE ELLES, el día 5 de marzo de 2018, aproximadamente entre las 12:30 y 1:00 a.m., fue impactado en su humanidad por un miembro de la Policía Nacional, estando en actos de servicio, cuando se encontraba acompañado de su novia y unos amigos en el Barrio Nuevo Milenio.

¹ Archivo 38 OneDrive

Explicó, que el día de los hechos, el menor estaba en la casa de su novia, compartiendo con unos amigos, cuando observaron que se estaba presentando una persecución de unos policías a unos presuntos delincuentes en el sector, y en medio de este procedimiento, venían disparando sus armas de dotación, por lo que el menor y sus amigos salieron corriendo despavoridos con la intención de resguardarse en la residencia, pero el joven MAESTRE ELLES se regresó a recoger su bicicleta y en ese preciso momento iban pasando los agentes cuando uno de ellos le disparó al menor.

Narró, que los oficiales, al ver la gravedad de los hechos, y, el error que habían cometido, intentaron irse del lugar sin prestar auxilio al menor, no obstante, los amigos y algunos vecinos les exigieron que lo ayudaran, por lo que lo remitieron al Hospital Eduardo Arredondo Daza inicialmente, pero, al no tener atención, lo llevaron al Hospital ubicado en el CDV, de donde fue trasladado en una ambulancia al Hospital Rosario Pumarejo de López.

Indicó, que debido a la gravedad de las heridas, el joven JHON FREDYS MAESTRE ELLES tuvo que ser intervenido quirúrgicamente dos veces, siendo trasladado a la unidad de cuidados intensivos, falleciendo finalmente ese mismo día.

Sostuvo el apoderado, que varios testigos del insuceso coincidieron en afirmar que el actuar del miembro de la Policía Nacional fue imprudente y violatorio de los derechos humanos, pues el agente disparó su arma de dotación en contra del menor sin ningún motivo, pues éste no estaba realizando actos que atentaran contra alguna persona o contra algún miembro de la institución, y peor aún, siendo totalmente ajeno al procedimiento que ellos estaban realizando, por lo que consideraron que el oficial confundió al joven con un presunto delincuente que segundos antes había pasado corriendo por el sector.

Expuso, que con el fin de poner en conocimiento de las autoridades lo sucedido, los familiares y amigos se llevaron la sorpresa que éstos ya estaban enterados de lo ocurrido, y, que según las versiones de los policiales EMEL JOSÉ VEGA MUÑOZ y ELKIN SILVERA CANTILLO, el joven JHON FREDYS MAESTRE había resultado herido pues estaba atracando a mano armada a unos ciudadanos, que además, supuestamente había sostenido un enfrentamiento con los policías y que además, portaba un arma de fuego y otro tipo de arma corto punzante que le había sido incautada al interior de un maletín, información que según testigos presenciales, es totalmente falsa.

Agregó, que al conocer lo anterior, los familiares y amigos que se dieron cuenta de lo ocurrido, alzaron su voz de protesta narrando la forma real como sucedieron los hechos, dejando en evidencia la maniobra ilegal por parte de los agentes para evitar las sanciones a las que se enfrentarían por asesinar injustamente a un menor de edad.

Aseveró, que los familiares del menor luego se enteraron, que el patrullero EMEL JOSÉ VEGA MUÑOZ, había sido destituido porque comercializaba armas de fuego de manera ilegal, además, que estaba siendo procesado por el delito de Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego, Accesorios, Partes o Municiones, proceso que cursa en el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del Municipio de Valledupar.

Finalizaron diciendo, que todo lo narrado constituye una falla en el servicio, y, que los parientes del menor fallecido con el hecho han padecido múltiples perjuicios los cuales solicitan sean reparados.

2.2.- PRETENSIONES. -

Se solicita en la demanda que se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL, por la muerte del menor JHON FREDYS MAESTRE ELLES, causada con proyectiles de armas de fuego disparados por un policía con su arma de dotación oficial, en hechos ocurridos el día 5 de marzo de 2018 en el Barrio Nuevo Milenio de esta ciudad.

Que, como consecuencia de lo anterior, se condene a la entidad demandada a indemnizar a los demandantes por los perjuicios morales, materiales y alteración a las condiciones de existencia.

Asimismo, solicita que se reconozcan los intereses desde la ejecutoria de la sentencia, además pretende, que la sentencia se cumpla en los términos señalados en los artículos 187 y 192 del CPACA.

Finalmente solicita, que se condene en costas a la parte demandada.

2.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.3.1. El apoderado de la entidad demandada al contestar la demanda, se opuso a todas las pretensiones de la misma, toda vez que los daños y perjuicios infringidos a los aquí demandantes no fueron consecuencia de la acción, omisión o extralimitación de la entidad o de alguno de sus miembros, lo ocurrido el 5 de marzo de 2018.

Mencionó, que el material probatorio de la parte actora es insuficiente para demostrar la responsabilidad a la Policía Nacional, explicando que cuando el ser humano cuando se ve inmerso en situaciones tales como la expuesta por el demandante, busca hallar responsabilidad en quien mejor le convenga, con el fin de suplir la necesidad generada y recibir cualquier tipo de indemnización.

Precisó, que no se presentan elementos procesales para responsabilizar administrativamente a la entidad, puesto que la acción que dio origen al perjuicio cuyo resarcimiento reclaman, no es una acción realizada por la institución policial, ya que la muerte del menor Maestre, no fue como consecuencia de la omisión o extralimitación de los funcionarios policiales, sino una reacción a la acción del occiso, tal como está tácitamente establecido en el código penal colombiano en su artículo 32.

Propuso como excepciones: ***“FALTA DE CONFIGURACIÓN DE ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA FALLA DEL SERVICIO, EL HECHO, EL DAÑO ANTIJURIDICO Y EL NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE ELLOS, CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA.”***

2.4.- PROVIDENCIA APELADA.

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, luego de analizar el material probatorio obrante dentro del proceso, accedió a las pretensiones de la demanda, argumentando que al contrastar las declaraciones de los patrulleros involucrados en los hechos con la de los testigos presenciales y contra quienes se dirigió el hurto, le daba credibilidad a estos últimos, pues fueron

coherentes en demostrar que el menor JHON FREDYS MAESTRE ELLES no había hurtado a nadie, no pertenecía a ninguna banda delincuencial y mucho menos portaba un arma de fuego.

Agregó, que contrario a los argumentos sobre los cuales estructuró la entidad accionada su versión de los hechos, la misma no encontró respaldo en los medios de prueba obrantes en el plenario, toda vez que no existe prueba alguna que en efecto acredite su decir, esto es, que el joven Maestre Elles era un delincuente y había accionado un arma en su contra, como quiera que a pesar de la denuncia que fue interpuesta en contra del menor, lo cierto es que los mismos denunciantes después aclararon que se trataba de un error y lo que es peor, dejaron por sentado que los agentes de la Policía Nacional los indujeron al mismo, aunado al hecho que no existía prueba alguna de que en efecto los agentes de la Policía Nacional hubieran recibido un disparo o que su vida se hubiera puesto en peligro como para que procedieran a accionar un arma en contra del joven fallecido.

En virtud de lo anterior, el a quo no encontró probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima alegada por la entidad demandada, concluyendo que lo que se pudo configurar fue una ejecución extrajudicial, como quiera que las circunstancias que rodearon la muerte del menor Jhon Fredys Maestre Elles, ponían de presente un actuar que resulta, desde todo punto de vista, arbitrario y antijurídico, toda vez que se ultimó a un ciudadano del cual no se había demostrado que ofreciera peligro alguno para que dispararan en su contra.

Adicionalmente, el juez reprochó el hecho de que los agentes, conscientes de que habían acabado con la vida de una persona que nada tenía que ver con los hechos que originaron la persecución, quisieran valerse de sus condiciones de agentes del Estado para montar todo un proceso judicial en contra de la víctima directa, pese a que los propios denunciantes reiteraron que el menor Maestre Elles en ningún momento participó en el ilícito, además, aquellos intentaron alterar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como se desarrollaron los hechos, con el fin de evitar cualquier investigación penal y disciplinaria que se pudiera formular en su contra al ver que habían cometido una ejecución extrajudicial contra un menor que tenía toda una vida por delante, e incluso, quisieron inducir en error a los denunciantes respecto de la persona que les había disparado, al punto que, presentaron a ciegas una denuncia en su contra, empero, posteriormente se retractaron, lo que para el fallador demostraba, aún más, la astucia de los agentes para intentar ocultar la ejecución extrajudicial que cometieron.

Por estas consideraciones, accedió a las pretensiones de la demanda en los términos transcritos al inicio de esta providencia.

2.5.- RECURSOS DE APELACIÓN. -

2.5.1. El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación, persiguiendo que se modifique parcialmente la sentencia, en el sentido de reconocer a favor de los demandantes, JORGE ENRIQUE ELLES RICO (tío de la víctima), SHARNEY GISELLE NAVARRO SAENZ, JERSON DAVID NAVARRO SAENZ y JOSUE DANIEL NAVARRO SAENZ (sobrinos de la víctima), y LIZNERYS BEATRIZ MENDINUETA RICO (hermana de crianza), la indemnización por los daños morales a ellos causados por la muerte de JHON FREDYS MAESTRE ELLES, como quiera que dentro del proceso aparecen pruebas suficientes y fehacientes del parentesco de éstos con la víctima, la cercanía y unión entre ellos, además de todo el daño moral padecido, tales como los testimonios recaudados de los señores YANETH QUINTANA PÉREZ y MAIRA ALEJANDRA TRILLOS ARNEDO, quienes narraron

cómo está conformado el grupo familiar de la víctima y los padecimientos y perjuicios que causó a cada uno de los demandantes, la muerte del menor JHON FREDYS MAESTRE ELLES.

Así mismo menciona, que dentro del proceso, aparecen pruebas documentales que señalan la gran cercanía existente entre la víctima directa y la demandante LIZNERYS BEATRÍZ MENDINUETA RICO, como es la queja disciplinaria de fecha 9 de marzo de 2018, instaurada por ésta a raíz de los hechos, así como la declaración y ampliación de denuncia impetrada el 18 de mayo de 2018, donde también se presenta como tía de la víctima y narró que en ese momento el joven estaba a su cargo, lo que según el apoderado, demuestra la gran cercanía y familiaridad existente entre ellos, por lo tanto, el perjuicio moral que sufrió la señora LIZNERYS BEATRIZ MENDINUETA RICO.

Como segundo reparo en contra de la sentencia de primera instancia, el apoderado solicita se acceda a condenar a la entidad demandada, a reconocer a favor de la señora YANETH ELLES RICO, los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, pues ello fue debidamente solicitado y probado dentro del proceso, con los testimonios de los señores DAIRIS MARCELA ARIAS JIMENEZ, YANETH QUINTANA PEREZ y MAIRA ALEJANDRA TRILLOS ARNEDO, quienes narraron claramente que la víctima realizaba algunas actividades laborales y con ello ayudaba a su madre.

Finalmente, muestra inconformidad con la decisión del juez de negar los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, a favor de la señora YANETH ELLES RICO, en la suma de \$10.000.000, pues aunque para el a quo no existía ninguna prueba que corroborara éste, en las alegaciones se señalaron algunas que lo acreditan, tales como, la certificación expedida por el abogado JOSÉ JAIRO GUITÉRREZ MARTÍNEZ, quien indica que la demandante le canceló la suma antes señalada por concepto de honorarios profesionales, por representarlos como parte civil dentro del proceso penal adelantado en el Juzgado 170 de Instrucción Penal Militar, de igual forma, está la constancia expedida por el juzgado en mención, donde consta que el apoderado tiene la representación de la demandante, adicionalmente, se encuentra la carpeta de indagación preliminar, donde se encuentran algunas actuaciones que realizó el apoderado dentro del proceso penal y la causación de los honorarios que le fueron cancelados.

2.5.2. Por su parte, la entidad demandada también presenta recurso de apelación, solicitando que la sentencia sea revocada en su integridad, reitera lo manifestado en la contestación de la demanda, respecto a que, dentro del proceso, no se demostraron los elementos para predicar una responsabilidad en esa institución policial. Menciona, que los elementos de la responsabilidad deben analizarse a la luz de la irresistibilidad, la exterioridad de la causa extraña y la imprevisibilidad.

Indica, que, dentro del acervo probatorio, no existe la más mínima prueba que permita evidenciar, que a los agentes EMEL JOSÉ VEGA MUÑOZ y ELKIN SILVERA CANTILLO, sobre todo en contra del primero, se hubiese adelantado investigación disciplinaria o penal, lo que impide tener mayor claridad de la forma cómo sucedieron los hechos, no pudiéndose presumir de la narración fáctica descrita con la demanda.

En cuanto a la culpa personal del agente, trae a colación lo que ha sostenido la jurisprudencia para recalcar, que, analizando las circunstancias de tiempo, modo y lugar, dentro del proceso no es posible predicar la responsabilidad de la Policía Nacional, pues el patrullero EMEL JOSÉ VEGA MUÑOZ actuó con base en los parámetros institucionales.

2.6 - ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.

Las partes no presentaron alegaciones finales.

III. - CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Judicial Para Asuntos Administrativos, no emitió concepto al respecto.

IV.- CONSIDERACIONES. -

4.1.- COMPETENCIA. -

Procederá la Sala a dictar la sentencia que en derecho corresponda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA.

4.2.- PROBLEMA JURÍDICO. -

Al tenor de los recursos de apelación que nos ocupan, el estudio de esta segunda instancia se limitará inicialmente a determinar, si la entidad demandada, Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, es administrativa y patrimonialmente responsable por falla en el servicio, derivada de la muerte del menor JHON FREDYS MAESTRE ELLES (Q.E.P.D), ocurrida el día 5 de marzo de 2018 en esta ciudad, en manos de agentes de policía, cuando estando en servicio, dispararon sus armas de dotación en contra de la humanidad del menor, y, si como consecuencia de ello, debe responder por los perjuicios causados.

En segundo lugar, se analizará los reparos señalados por la parte actora en su escrito de apelación, relacionados con el reconocimiento de los perjuicios morales a favor de JORGE ENRIQUE ELLES RICO (tío de la víctima), SHARNEY GISELLE NAVARRO SAENZ, JERSON DAVID NAVARRO SAENZ y JOSUE DANIEL NAVARRO SAENZ (sobrinos de la víctima), y LIZNERYS BEATRIZ MENDINUETA RICO (hermana de crianza), y, los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante a favor de la señora YANETH ELLES RICO, al existir material probatorio que acreditan su comprobación.

Así las cosas, para efectos de demostrar lo anterior, se deberá analizar previamente los medios probatorios aportados al proceso, así:

- Registros civiles de nacimiento y cédulas de ciudadanía de YANETH ELLES RICO, KELLYS JOHANA SAENZ ELLES, SHARNEY GISELLE NAVARRO SAENZ, JERSON DAVID NAVARRO SAENZ, JOSUÉ DANIEL NAVARRO SAENZ, FREDY JOSÉ MAESTRE ARRIETA, NEVER MANJARRES ELLES, JORGE ENRIQUE ELLES RICO, LIZNERYS BEATRIZ MENDINUETA RICO, JHON FREDYS MAESTRE ELLES (Q.E.P.D) (Archivo 01, folios 15 a 40 expediente digital)
- Registro civil de defunción de JHON FREDYS MAESTRE ELLES (Q.E.P.D) con fecha de deceso el día 5 de marzo de 2018. (Archivo 01, folio 41 OneDrive)
- Derecho de petición de fecha 5 de abril de 2018, presentado por la señora YANETH ELLES RICO ante el Comandante del Departamento de Policía Cesar. (Archivo, folios 42 y 43 OneDrive)

- Oficio No. S-2018-019691/COMAN-ASJUR-1.10 del 10 de abril de 2018, suscrito por el Jefe de Asuntos Jurídicos DECES, en donde se da respuesta al derecho de petición anterior. (Archivo 01, folio 44 OneDrive)
- Derecho de petición de fecha 18 de noviembre de 2019, suscrito por la señora Yaneth Elles Rico, dirigido al Juzgado 170 de Instrucción Penal Militar. (Archivo 01, folio 45 OneDrive)
- Oficio No. S-2019-1425/MDN DEJPM-JUZ170 IPM de fecha 18 de noviembre de 2019, suscrito por el Secretario del Juzgado 170 de Instrucción Penal Militar DECES, dirigido a la señora YANETH ELLES RICO. (Archivo 01, folio 46 OneDrive)
- Derecho de petición incoado por la señora YANETH ELLES RICO, de fecha 15 de noviembre de 2019, dirigido al Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno del Departamento de Policía Cesar. (Archivo 01, folio 47 OneDrive)
- Oficio No. S-2019-104902/DECES-CODIN-3.1 de fecha 16 de diciembre de 2019, dando respuesta al derecho de petición anterior. (Archivo 01, folio 49 OneDrive)
- Formato recepción PQRS “peticiones, quejas o reclamos, reconocimiento del servicio y sugerencias”, de la Policía Nacional, con fecha 9 de marzo de 2018, suscrita por la señora LIZNERYS BEATRÍZ MENDINUETA RICO, en donde ésta interpone una queja por los hechos acaecidos el día 5 de marzo de 2018, por la muerte de su “sobrino” JHON FREDYS MAESTRE ELLES. (Archivo 01, folios 50 y 51 OneDrive)
- Memorial presentado por la señora YANETH ELLES RICO, al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Valledupar. (Archivo 01, folio 52 OneDrive)
- Piezas del proceso penal adelantado en contra del señor EMEL JOSÉ VEGA MUÑOZ, por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, con número de radicado 20001-60-00000-2018-00167. (Archivo 01, folios 54 a 81 – carpeta 24 expediente penal OneDrive – archivo 24 OneDrive)
- Constancia emitida por el Juzgado 170 de Instrucción Penal Militar, respecto a la calidad de apoderado del señor JOSÉ JAIRO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ, quien actuó en representación de los intereses de las señoras YANETH ELLES RICO y KELLYS JOHANA SAENZ ELLES. (Archivo 01, folio 82)
- Certificación de pago de honorarios, en donde el apoderado JOSÉ JAIRO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ, deja la constancia que recibió de la señora YANETH ELLES RICO, la suma de \$10.000.000 por concepto de honorarios profesionales, por la representación de ellos como parte civil dentro de la investigación penal adelantada por el Juzgado 170 de Instrucción Penal Militar, en contra de los patrulleros EMEL VEGA MUÑOZ y ELKIN SILVERA CANTILLO. (Archivo 01, folio 83 OneDrive)
- Video en donde se aprecia al parecer los momentos posteriores a las heridas de arma de fuego causadas al joven JHON FREDYS MAESTRE ELLES. (Archivo 00 anexos)
- Carpeta que contiene la indagación preliminar No. 1246 adelantada por el Juzgado 170 de Instrucción Penal Militar en contra de los patrulleros de la Policía Nacional EMEL JOSÉ VEGA MUÑOZ y ELKIN DAVID SILVERA CANTILLO, por la

muerte del menor JHON FREDYS MAESTRE ELLES (Q.E.P.D). (Archivo21 indagación preliminar OneDrive – archivo 20 OneDrive)

- Carpeta que contiene el proceso disciplinario radicado SIJUR DECES 2019-38 por la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Policía Nacional, seguido en contra del patrullero EMEL JOSÉ VEGA MUÑOZ, por el delito de Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego, Accesorios partes o municiones. (Carpeta 31 OneDrive)
- Investigación disciplinaria radicada SIJUR P-DECES-2018-23, seguida por la Oficina de Control Disciplinario Interno del Departamento de Policía Cesar, en contra de los patrulleros EMEL JOSÉ VEGA MUÑOZ y ELKIN DAVID SILVERA CANTILLO, por los hechos acaecidos el día 5 de marzo de 2018, en donde perdió la vida el joven JHON FREDYS MAESTRE ELLES (Q.E.P.D). (Archivo 30 OneDrive)
- Declaraciones rendidas en el juzgado de primera instancia por los señores DAIRIS MARCELA ARIAS JIMÉNEZ, KEVIN ANDRÉS OROZCO HERNÁNDEZ, WILMAR ALBERTO PÉREZ TORRES, YANETH QUINTANA PÉREZ y MAIRA ALEJANDRA TRILLOS ARNEDO. (Pueden ser escuchados en el archivo 18 OneDrive)

Así las cosas, lo primero que aclara esta Colegiatura, es que a la presente causa fueron trasladados los procesos penal y disciplinario que se adelantaron en contra de los patrulleros de la policía EMEL VEGA MUÑOZ y ELKIN SILVERA CANTILLO, con ocasión de la muerte del joven JHON FREDYS MAESTRE ELLES (Q.E.P.D), ocurrida el día 5 de marzo de 2018, a los cuales, tal como indicó el a quo, se les dará pleno valor probatorio, al tenor de lo señalado por el Consejo de Estado quien ha señalado, *“...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 y que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque formalidades legales para su inadmisión².*

En virtud de lo anterior, si bien es cierto que las mencionadas pruebas trasladadas fueron solicitadas única y exclusivamente por la parte demandante, lo que en principio conllevaría a que solamente se pueda valorar la prueba documental que contengan los procesos disciplinarios y penal seguidos por la muerte del joven JHON FREDYS MAESTRE ELLES, también es cierto que en este caso se está frente a un caso de violación grave de derechos humanos, caso en el cual la valoración probatoria debe ser más flexible dadas las circunstancias de indefensión en que se encuentran las víctimas de este tipo de eventos, razón por la cual la Sala, en virtud de los principios de justicia material y de acceso a la administración de justicia, dará valor a la totalidad los elementos de convicción que obran en dichos procesos³.

Aclarado lo anterior, tenemos que el daño es el presupuesto principal de la responsabilidad extracontractual del Estado el cual exige para ser resarcido, desde el punto de vista de la responsabilidad subjetiva, una conducta que constituya una

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 21 de 2002, expediente 12.789

³ Sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 28 de agosto de 2014, expediente 05001-23-25-000-1999-01063-01(32.988).

infracción a la norma que tutela un derecho o un interés legítimo y el efecto antijurídico del menoscabo en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial de la víctima que no tiene la obligación de soportarlo, por no existir causas jurídicas que así lo justifiquen.

Ahora bien, para que ese daño sea indemnizable, se requiere que éste sea cierto, actual, real, determinado o determinable y protegido jurídicamente, configurándose la responsabilidad estatal, por el hecho de que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar el daño, pues es el mismo Estado el que tiene el mandato de preservar los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración.

En el asunto de autos, la parte actora pretende la responsabilidad de la Policía Nacional, por la muerte del menor de edad JHON FREDYS MAESTRE ELLES (Q.E.P.D), ocurrida el día 5 de marzo de 2018, aduciendo que el deceso ocurrió cuando patrulleros de esa institución, en servicio, perseguían a unos delincuentes que minutos antes habían cometido un hurto, por lo que hicieron pasar al joven fallecido como uno de ellos, alegando que éste se encontraba amenazándolos con arma de fuego y corto punzante, por lo que reaccionaron para proteger su integridad.

Al respecto, encuentra esta Corporación, que en el plenario está ampliamente acreditado el daño que reclaman los actores, con el certificado de defunción, la historia clínica y el informe pericial de clínica forense adosados al paginario, en donde se puede corroborar que el joven JHON FREDYS MAESTRE ELLES (Q.E.P.D) falleció el día 5 de marzo de 2018, como consecuencia de heridas de arma de fuego en tórax.

Ahora bien, en cuanto a la imputabilidad del daño a la entidad demandada, es decir, el nexo causal que debe existir entre ese daño y la conducta de los agentes estatales, es lo que constituye el argumento de apelación de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, aduciendo que dentro del proceso contencioso, no se acreditaron los elementos para imputar responsabilidad a la institución, así mismo, que no existe prueba sobre adelantamiento de investigaciones disciplinarias o penales en contra de sus uniformados por tales hechos, y alegando además, la culpa personal del agente.

En ese orden de ideas, como quiera que en el plenario existen dos versiones respecto de la forma como ocurrió el deceso del menor JHON FREDYS MAESTRE ELLES (Q.E.P.D), pues, de un lado, la demandada sostiene que éste falleció al ser sorprendido por sus agentes cometiendo un hurto, por lo que se presentó una persecución policial en donde el menor los amenazaba con arma de fuego y arma blanca, teniendo que reaccionar para proteger su integridad, y, por otra parte, los demandantes afirman que el menor no era quien estaba cometiendo el ilícito, sino que éste estaba en el lugar, compartiendo con unos amigos pero que al darse cuenta del peligro trataron de correr, siendo impactado el joven por uno de los patrulleros causando su deceso, la Sala, con base en las pruebas transcritas y a partir de indicios concretos, procederá a establecer si el daño causado a los demandantes es o no jurídicamente imputable a la entidad demandada.

Sobre la prueba indiciaria, el Consejo de Estado ha señalado:

“En nuestro derecho positivo (arts. 248 a 250 CPC), los indicios son medios de prueba indirectos y no representativos -como sí lo son el testimonio y la prueba documental- y no pueden ser observados directamente por el juez, como por ejemplo sucede en la inspección judicial. En la prueba indiciaria el juez tiene ante sí

unos hechos probados a partir de los cuales establece otros hechos, a través de la aplicación de reglas de la experiencia, o principios técnicos o científicos. En otros términos, al ser el indicio una prueba indirecta que construye el juez con apoyo en la lógica, partiendo de la existencia de unos hechos debidamente acreditados en el proceso, tal construcción demanda una exigente labor crítica...⁴. (Sic)

En otras oportunidades indicó:

“Ahora bien, la existencia y convergencia de hechos indicadores, los cuales se encuentran debidamente acreditados, entraña una pluralidad simétrica de hechos indicados que corresponden a las conclusiones como producto de las inferencias, a partir de un número igual de hechos probados. Y es que como ya se sabe, el indicio se estructura sobre tres elementos: 1. Un hecho conocido o indicador, 2. Un hecho desconocido, que es el que se pretende demostrar, y 3. Una inferencia lógica a través de la cual, y partiendo del hecho conocido, se logra deducir el hecho que se pretende conocer.

“Es el juzgador quien declara la existencia de un indicio, cuando establece un hecho indicador, aplica una o varias reglas de la experiencia e infiere lógicamente otro hecho indicado. Es el juez quien construye el indicio, en cada caso concreto”⁵. (Sic)

En virtud de lo anterior, en el caso bajo estudio tenemos como hechos conocidos o indicadores, los siguientes:

1. En horas de la madrugada del día 5 de marzo de 2018, en instantes en que agentes de la Policía Nacional perseguían a unos delincuentes que minutos antes habían cometido un hurto a una pareja, en el Barrio Nuevo Milenio de Valledupar, el joven JHON FREDYS MAESTRE ELLES, se encontraba en el sector con sus amigos.

2. En instantes de la persecución, el joven MAESTRE ELLES comenzó a correr, recibiendo dos disparos en el tórax, por parte de un patrullero, razón por la cual fue auxiliado por los agentes de policía, quienes lo trasladaron al centro médico más cercano.

4. A las 11:00 p.m del día 5 de marzo de 2018, el joven JHON FREDYS MAESTRE ELLES falleció, como consecuencia de la lesión que sufrió con arma de fuego unas pocas horas antes.

Los mencionados hechos y las pruebas transcritas con anterioridad, le permiten a la Sala inferir que el joven JHON FREDYS MAESTRE ELLES falleció el 5 de marzo de 2018, como consecuencia de dos disparos que recibió en el tórax, por parte de dos agentes de policía del Cuadrante 8 del Departamento de Policía Cesar, haciéndolo pasar por un delincuente que minutos antes había cometido un hurto, pudiéndose evidenciar que éste no había participado en tal ilícito.

En efecto, si bien los agentes de policía que estuvieron vinculados en tales hechos, adujeron que el menor de edad fallecido era uno de los delincuentes que venían persiguiendo, y, que éste los apuntó con un arma de fuego, por lo que dispararon para defenderse, lo cierto es que dichas afirmaciones fueron controvertidas por otros medios de prueba que obran en el proceso, pues varios de los testigos presenciales de los hechos señalaron de manera unánime y consecuente que: i)

⁴ Sentencia de enero 18 de 2012, expediente: 68001-23-15-000-1995-11029-01(21196).

⁵ Sentencia de 24 de marzo de 2011, expediente (17993) y sentencia de junio 13 de 2013, expediente 05001-23-31-000-1995-00998-01(25180).

en la madrugada del 5 de marzo de 2018, Jhon Fredys no estaba cometiendo ningún hurto, sino que estaba en la casa de su novia, ii) que los agentes de policía venían persiguiendo a dos delincuentes que previamente habían cometido hurto, y que por ello venían disparando, iii) que observaron cuando uno de los policías disparó y los tiros impactaron a Jhon Fredys que estaba recogiendo su bicicleta para tratar de resguardarse de lo que estaba sucediendo, y, iv) que el occiso nunca había cometido un delito, y, que en el momento de los hechos no tenía ni arma de fuego ni arma blanca, por lo que no estaba amenazando a los patrulleros con ellas.

Adicionalmente, se advierte, que dentro de las pruebas que fueron recolectadas dentro de los procesos penales y disciplinarios, tampoco se evidencia prueba técnica o científica, que compruebe que el joven fallecido el día de los hechos portaba un arma de fuego o arma corto punzante, tampoco, que evidencie que éste había disparado, por el contrario, existen pruebas documentales que ratifican el dicho de los declarantes, respecto a que el menor Jhon Fredys Maestre Elles no tenía antecedentes penales, por lo que no pudo comprobarse la actividad delincinencial que aducen los patrulleros involucrados en el insuceso.

Se acota, que aunque dos testigos, señalados de ser a quienes les habían hurtado sus pertenencias el día de los hechos – YARLETH PEREIRA VELASQUEZ y RICARDO MARIO GARCÍA LÓPEZ, presentaron una denuncia, conminados por los agentes de policía que balearon al joven MAESTRE ELLES, aduciendo que éste fue quien los hurtó, también lo es que posteriormente los denunciante acudieron nuevamente a las autoridades para rectificar la anterior denuncia, señalando claramente que el menor que falleció no fue quien los atacó, indicando con precisión el nombre de quien lo hizo e incluso, aportando fotografías de él, además, recalcaron que la primera denuncia la efectuaron porque los agentes de policía les dijeron que habían capturado a la persona que los había hurtado, que estaba herido y que debían presentar una denuncia en su contra, le mostraron una fotografía que no visualizaron muy bien, pero que luego, al poder constatar cuál era el joven herido, advirtieron que no se trataba del mismo delincuente que los había robado, motivo por el cual presentaron una ampliación de denuncia y rectificaron lo dicho. Ambas denuncias pueden ser avizoradas al interior del proceso adelantado por la Fiscalía 170 de Instrucción Penal Militar aportada al proceso.

Bajo esta perspectiva, para la Sala existen razones suficientes para considerar que los agentes de la policía fueron quienes dispararon sus armas de dotación a raíz de la persecución que tenían de unos ladrones, que uno de esos proyectiles, impactó sobre la humanidad del joven JHON FREDYS MAESTRE ELLES, quien sólo estaba presente en el lugar donde ocurrieron los hechos, pues estaba visitando a su novia, además, que cuando intentaba refugiarse de los disparos que escuchaba, tratando de recuperar su bicicleta, un agente de policía le disparó, siendo auxiliado por sus amigos y por los mismos patrulleros, los cuales seguidamente lo hicieron pasar por uno de los delincuentes que estaban persiguiendo, alegando que el occiso los estaba apuntando con un arma por lo que le dispararon para proteger su integridad, no obstante, la realidad probatoria comprueba que el menor de edad no portaba ninguna arma de fuego, ni tampoco arma blanca, además, que no tenía antecedentes penales, ni había cometido el hurto que alegaban los patrulleros, que tampoco los increpó con armas de fuego, ni los estaba amenazando, por lo que éste no representaba ningún peligro para ellos, concluyéndose en consecuencia que su deceso, está más catalogado como una ejecución extrajudicial, tal como indicó el a quo.

Así las cosas, la Sala considera que, con los indicios y las pruebas que obran en el plenario, está demostrado que la muerte del joven JHON FREDYS MAESTRE

ELLES (Q.E.P.D) fue causada por un agente de la Policía Nacional, en actos propios del servicio y durante un operativo oficial.

En ese orden de ideas, si bien en el presente caso resultaría procedente la aplicación de un régimen de responsabilidad objetivo derivado del uso de armas de dotación oficial, advierte la Sala que, al acreditarse la ocurrencia de una falla del servicio por parte de la entidad demandada, así debía declararse tal como lo hizo el a quo, lo anterior, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado de tiempo atrás, al sostener que la falla del servicio es el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al juez administrativo le compete 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.⁶

En efecto, en varias oportunidades la Alta Corporación ha considerado, que la utilización de armas de dotación por la Fuerza Pública y otros organismos del Estado resulta necesaria para garantizar la seguridad de los ciudadanos; no obstante, el ejercicio de esta actividad peligrosa constituye un título de imputación idóneo para deducir responsabilidad al Estado, cuando se causa un daño antijurídico a alguna persona⁷; sin que pueda perderse de vista que los miembros de la Fuerza Pública no sólo reciben suficiente instrucción y preparación en el ejercicio de esta actividad, al punto de estar obligados a observar las indicaciones sobre el manejo mecánico y las medidas de seguridad, sino que también son capacitados para actuar en operativos oficiales, al punto que ese nivel de instrucción les debe permitir solventar situaciones como la ocurrida en el *sub lite*, de manera que, cuando se advierte que éstos actúan de manera irregular en el cumplimiento de sus funciones y durante un servicio oficial, obviando los procedimientos para los cuales han sido preparados, se configura una falla del servicio que debe declararse, salvo que se logre probar la ocurrencia de una causa extraña, que no fue este caso.

Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, cuando sus integrantes en servicio causan daño a la integridad de las personas, tal como se indica en el asunto de autos, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“15.2. La Sala ha manifestado que cuando una autoridad pública ocasiona un daño en desarrollo de las funciones propias que le fueron constitucional y legalmente asignadas, la imputabilidad del mismo a la administración se estructura en la medida en que ha sido causado por un agente estatal o en que el hecho tiene un nexo o vínculo próximo y directo con el servicio, de esta manera, es posible inferir que el daño fue ocasionado como consecuencia y en el marco del ejercicio de una función administrativa.⁸ De esta manera, la imputación se imprecisa a la administración cuando la autoridad pública prevalida de sus funciones y a los ojos de la víctima, causa un comportamiento dañoso en ejercicio de las potestades públicas reconocidas por el ordenamiento jurídico⁹.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de julio de 1993, exp. 8163 y del 16 de julio de 2008, exp. 16423, entre otras.

⁷ Ver, entre otras, sentencia del 18 de mayo de 2000, expediente 12.053.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de julio del 2012, rad. 25245, M.P. Danilo Rojas Betancourth (E). También se pueden revisar las sentencias del 17 de marzo del 2010, rad. 18526, M.P. Mauricio Fajardo Gómez y del 10 octubre de 1994, rad. 8200, M.P. Juan de Dios Montes.

⁹ Se remite a las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: del 28 del 2010, rad. 17201, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; 17 de marzo del 2010, rad. 18526, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; 16 de febrero del 2006, rad. 15383, M.P. Ramiro Saavedra Becerra; 24 de

15.3. En ese sentido, si el daño no se produce como consecuencia del ejercicio de una potestad pública, sino que se ejecutó exclusivamente en la esfera privada del agente estatal, desligado del servicio público, no es posible imputarle el resultado dañoso al Estado, pues esta Sección ha reconocido que los agentes estatales tienen una esfera individual, ámbito en el cual sus comportamientos son reputados como los de cualquier particular sin que tenga incidencia con las funciones asignadas constitucional y legalmente¹⁰. Así pues, cuando los agentes estatales actúan por ejemplo, i) no con ocasión de las funciones públicas o administrativas que les han sido asignadas temporal o permanentemente por vía legal o reglamentaria¹¹; o ii) despojado de toda condición pública frente al sujeto que padece el daño, esto es si el ofensor ante los ojos de la víctima exhibe un comportamiento evidente y manifiesto de persona privada, no es posible imputarle los daños al Estado¹².

15.4. Bajo esta perspectiva, la Corporación de tiempo atrás y de modo recurrente¹³ ha precisado que las actuaciones de las autoridades públicas sólo comprometen el patrimonio del Estado, en la medida que estas tengan algún nexo próximo y directo con el desarrollo de la función pública o administrativa, es decir, que el sólo factor subjetivo de quien participa en la producción del daño resulta insuficiente para impeler la responsabilidad del Estado, ya que es indispensable un factor objetivo o funcional que establezca el nexo entre la actividad productora del daño y las funciones constitucional y legalmente asignadas. Al respecto, la Sala manifestó:

“De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, que ahora se reitera, las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público¹⁴. La simple calidad de funcionario que ostente el autor del hecho no vincula necesariamente al Estado, pues dicho funcionario puede actuar dentro de su ámbito privado separado por completo de toda actividad pública.

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

“[N]o cualquier actuación dañosa de los funcionarios o agentes administrativos conlleva imputación de responsabilidad a la administración de quien dependen o en

noviembre del 2005, rad. 13305, M.P. Germán Rodríguez Villamizar y 15 de junio del 2000, rad. 11330, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁰ Al respecto, consultar las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 16 de febrero del 2006, rad. 15383, M.P. Ramiro Saavedra Becerra; 19 de noviembre del 2008, rad. 35073, M.P. Ramiro Saavedra Becerra; 8 de julio del 2009, rad. 17171, M.P. Ramiro Saavedra Becerra y 23 de marzo del 2011, rad. 19571, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de junio del 2011, rad. 19643, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹² Cfr. Sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 28 de abril del 2010, rad. 17201, M.P. Ruth Stella Correa Palacio y del 16 de febrero del 2006, rad. 15383, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹³ Se pueden consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 10 de agosto del 2001, rad. 13666 y del 15 de agosto del 2002, rad. 13335, M.P. Alier Hernández Enríquez.

¹⁴ En sentencia de 26 de septiembre de 2002, rad. 14.036, dijo la Sala: “Para determinar cuándo el hecho tiene o no vínculo con el servicio se debe examinar la situación concreta para establecer si el funcionario actuó frente a la víctima prevalido de su condición de autoridad pública, es decir, que lo que importa examinar no es la intencionalidad del sujeto, su motivación interna, sino la exteriorización de su comportamiento. En otros términos, lo que importa para atribuir al Estado, por ejemplo, el hecho de un policía que agrede a una persona es establecer “si a los ojos de la víctima aquel comportamiento lesivo de la policía nacional aparecía como derivado de un poder público, siquiera en la vertiente del funcionamiento anormal de un servicio público”.

la que están encuadrados.

Se requiere en todo caso para que opere el mecanismo de atribución a la administración del deber de reparar un daño patrimonial, que la actuación lesiva de la persona autora material de éste pueda calificarse como propia del “funcionamiento de los servicios públicos”.

Es decir que la conducta del agente de la administración productora del evento dañoso suponga una manifestación del desempeño o ejercicio del cargo público, presentándose externamente entonces el resultado lesivo como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público.

Por tanto, la Administración no responde de los daños causados por la actividad estrictamente privada de sus funcionarios y agentes, es decir, la llevada a cabo absolutamente al margen de las funciones del cargo público; en una palabra, la realizada fuera del servicio público.

En definitiva, el fenómeno jurídico de la imputación de responsabilidad civil a la administración no se produce en aquellos supuestos de daños resarcibles en los que el funcionario se presenta frente al sujeto dañado en su calidad de persona privada, desprovisto, por tanto, de toda calificación jurídico pública”¹⁵¹⁶.¹⁷ (Sic para lo transcrito)

En resumen se puede decir que, si se acredita que el daño fue causado o en horas del servicio –nexo temporal-, o en el lugar del servicio –nexo espacial-, o con instrumentos del servicio –nexo instrumental-, o con deseos de ejecutar el servicio o con impulsión del mismo, o si todos estos se presentaron, habrá un nexo con el servicio y esto significa que se dará el requisito de la imputabilidad, es decir, atribución del daño al Estado y, por tal razón, el Estado deberá responder por el daño causado.

Ahora bien, el Consejo de Estado también ha considerado de antaño, que la legítima defensa puede ser esgrimida como causal eximente de responsabilidad, no obstante, esta figura debe acreditarse de forma certera e incontrovertible en el proceso, pues, de no ser así, por esa vía se estaría legitimando el uso excesivo de las armas como forma de control del orden público y la paz ciudadana, con lo cual se desconocerían los cometidos de la fuerza pública y los organismos armados instituidos para proteger la vida y la honra de los ciudadanos.

Por lo tanto, aunque los agentes pueden hacer uso legítimo de la fuerza y, por lo tanto, recurrir a las armas para su defensa, también es cierto que esta potestad sólo puede ser utilizada como último recurso, luego de haber agotado todos los medios a su alcance y que representen un menor daño, pues lo contrario implicaría legitimar el restablecimiento del orden en desmedro de la vida y demás derechos fundamentales de las personas.

¹⁵ NAVARRO MUNUERA, Andrés, “La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la administración a los daños ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público”, en Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 60, octubre-diciembre de 1988. Se analiza en el artículo la sentencia del Tribunal Supremo de España del 27 de mayo de 1987, que concedió a los demandantes la indemnización por la muerte de su hijo ocasionada por un agente de la policía con arma de fuego reglamentaria, pero quien disfrutaba de sus vacaciones, en aplicación de la teoría del riesgo como título de imputación.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 10 de febrero del 2011, rad. 19123, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁷ Sección Tercera Consejo de Estado, providencia de fecha 9 de octubre de 2014, radicación 20001-23-31-000-2005-01640-01

Sobre la inviolabilidad del derecho a la vida, el Consejo de Estado¹⁸ ha recalcado:

“No hay que olvidar que, también en vigencia de la Constitución anterior, el Consejo de Estado dedujo la responsabilidad de la administración, en múltiples casos en que para reprimir desórdenes públicos se optó por utilizar medios desproporcionados que pusieron en peligro la vida. Así en 1967 esta Corporación Judicial condenó al Estado por el proceder brutal de una tropa de soldados que disparó indiscriminadamente contra una manifestación de estudiantes de la Universidad Nacional el 9 de junio de 1954, proceder desviado del buen servicio que terminó con un fatal desenlace en la carrera 7ª con calle 13 en Bogotá:

“En definitiva, en el derecho colombiano la inviolabilidad del derecho a la vida en su doble dimensión (i) no admite excepción alguna y (ii) ostenta carácter absoluto¹⁹ y, por lo mismo, ha supuesto de antaño la imposibilidad de transgredirlo toda vez que constituye una de las normas básicas de los estados de derecho de estirpe demoliberal, como el nuestro.

“(…) Igualmente, en el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en 1990, se adoptaron los Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. El quinto principio pone de relieve el carácter excepcional del uso de la fuerza y subraya que cuando el recurso a las armas de fuego sea inevitable, dichos funcionarios deberán ejercer moderación y actuar en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo perseguido, debiéndose en consecuencia reducir al mínimo los daños y lesiones y respetando y protegiendo la vida humana. A su turno, el principio noveno establece que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una amenaza seria para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a la autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos, por lo que en cualquier caso sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida²⁰ (se subraya).

“En consonancia con estos mandatos, el artículo 2 Constitucional -en perfecta armonía con el Preámbulo de la Carta- dispone que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, en su dimensión bifronte de derecho fundamental y principio superior²¹ que inspiró al constituyente en el diseño del ordenamiento constitucional y por lo mismo es uno de los pilares de nuestra democracia.

“Fines del Estado que encuentra (sic) una de sus concreciones más caracterizadas en el principio de exclusividad de la fuerza pública, previsto en el artículo 216 Superior (sic) como que uno de los rasgos esenciales del poder público lo configura justamente el monopolio del ejercicio de la coacción del Estado.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 17318, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁹ VERGÉS RAMÍREZ, Salvador. “Derechos Humanos: Fundamentación”, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 197 y ss.

²⁰ Vid. NACIONES UNIDAS: “La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos”, 1991, págs. 84 y ss y 110 y ss.

²¹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C 013 de 1997, MP Hernández Galindo y C 239 de 1997, MP Gaviria.

A este respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado, en criterio que esta Sala prohija, que:

“De lo que se deja dicho se desprende que indudablemente los miembros de las Fuerzas Militares, en el marco del respeto de la dignidad humana (artículo 1 C.P.) y de los derechos fundamentales, en especial la vida, sólo pueden utilizar la fuerza cuando ello sea estrictamente necesario y están facultadas para hacerlo con el objeto de asegurar la captura para que el presunto infractor del orden jurídico sea conducido ante las autoridades judiciales competentes. La fuerza pública debe, pues, escoger dentro de los medios eficaces aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes, más aún cuando cumplen la delicada misión de escoltar a personas.

“En definitiva, en un Estado de Derecho como el nuestro no son admisibles las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Y por ello, nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, salvo que se haga bajo una de las causales de justificación (vgr. legítima defensa o estado de necesidad). Evento en el cual la amenaza individualizada, grave, actual e inminente contra la vida del uniformado o de un tercero, debe revestir tal entidad que sólo mediante el uso extremo y subsidiario de la fuerza (ultima ratio) pueda protegerse ese mismo bien jurídico [la vida, en este caso de las víctimas o de los uniformados].

“Deberán entonces evaluarse las condiciones de la amenaza real -que no hipotética- para que, sólo si razones de necesidad y proporcionalidad lo imponen, pueda llegarse a esa situación extrema. Todo lo demás, desborda el limitado espacio que brindan las normas disciplinarias y penales a los agentes del orden.

“Así las cosas, cuando se infringe este deber de usar la fuerza guiado por los principios de necesidad y proporcionalidad y si la conducta es atribuible a un agente del Estado en ejercicio de sus funciones se compromete la responsabilidad patrimonial de este último frente a las eventuales víctimas, por uso excesivo de la fuerza por parte de los agentes del Estado” (Subrayado fuera del original).

De conformidad con lo anterior, el uso de la fuerza y, concretamente, la necesidad de segar una vida humana se establece como un criterio de *ultima ratio*, es decir, se trata del último recurso al cual debe acudir la fuerza pública para neutralizar o repeler un delito o agresión, no pudiéndose perder de vista que el artículo 2 de la Constitución Política asigna en cabeza de las autoridades públicas la protección genérica de la vida, honra y bienes de todos los asociados, inclusive de aquellos que puedan ser catalogados como delincuentes.

En consecuencia, en el presente asunto, esta Corporación considera, haciendo el juicio de razonabilidad, de necesidad y de proporcionalidad necesario, que el accionar de los agentes de la Policía Nacional no se ajustó a los parámetros legales y constitucionales que los gobiernan, por el contrario, la reacción de éstos en los hechos acaecidos, fue desproporcional, teniendo en cuenta que no se pudo establecer que ellos estuvieran en una situación de riesgo o de una posible agresión, como aludían, apartándose del deber de protección que les asistía, más aún tratándose de un menor de edad.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que el homicidio causado por los patrulleros de la Policía Nacional, ocurrió en contra de un menor de edad, por lo que

se debe recordar las garantías procesales con la que cuentan éstos, al tenor de lo señalado por la Corte Constitucional²²:

“En consecuencia, existe un consenso entre la legislación nacional e internacional en el sentido de rodear a los niños de una serie de garantías y beneficios que los protejan en el proceso de formación y desarrollo de la infancia hacia la adultez, generando un trato preferente que obedece a su caracterización jurídica como sujeto privilegiado y de la cual se deriva la titularidad de un conjunto de derechos que deben ser contrastados con las circunstancias específicas tanto del menor como de la realidad en la que ellos se hallan.

En efecto, el Estado lejos de asumir una actitud pasiva, insensible o indiferente frente a la protección de los niños, niñas y adolescentes en las que sus derechos fundamentales se dispongan como meras prestaciones de contenidos simbólicos y programáticos; debe adoptar una posición activa orientada a la promoción y efectiva realización de sus derechos. De ahí que la autoridad pública al momento de aplicar cualquier figura jurídica que de alguna manera afecte el núcleo esencial de dichos derechos o implique una regulación completa o integral de sus facultades o de sus mecanismos de defensa, debe ser excesivamente celoso no sólo con las limitaciones que puedan hacer nugatorio sus alcances y efectos, sino también con las atribuciones que excluyan la protección especial ordenada por la Constitución y, en ese orden de ideas, incumplan la obligación positiva que se le impone al Estado por el Constituyente (C.P. art. 44). [27] (....)” (Sic).

Y por su parte, el órgano de cierre de esta jurisdicción²³ sobre el tema ha considerado:

*“(...) Por su parte, la regla ponderativa en el marco de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, en aquellos casos donde está de por medio un sujeto de especial protección, conlleva a la siguiente proposición: el peso del reproche al cumplimiento del deber de especial protección se agudiza cuando surge la condición de vulnerabilidad como premisa empírica del balanceo, en cuyo caso, la culpa de la víctima se sitúa en la escala más intensa de gradación y la decisión de exonerar el deber de indemnizar se torna perentoria. Huelga decir, por evidente, que el peso abstracto que tienen los derechos de los niños/as como sujetos de especial protección, en cualquier escenario judicial es superior a otro derecho que se le contra ponga, porque así está dispuesto desde el ordenamiento constitucional*²⁴.

Las cargas argumentativas que suponen la inmediata ruptura del deber de indemnizar por la constatación del dolo civil de la víctima, vienen dadas por el interés superior y prevalente de los niños/as, y en virtud de éste, por la fuerza suasoria que merecen sus declaraciones. Estas dos consideraciones toman valía a partir del denominado principio pro infans y se respaldan en las siguientes premisas normo-fácticas:

(i) El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo. La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, memorando la proclama de la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas conforme a la cual “la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”, le impuso al Estado, entre otras, la obligación de

²² Sentencia T-117 de 2013.

²³ Consejo de Estado, por ejemplo: en Sentencia de fecha catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 20001-23-31-000-2010-00235-01(42771). Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO.

²⁴ Art. 44 Constitucional.

“asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”²⁵. Esto, por cuanto a los menores su falta de madurez física y mental los hace vulnerables, y por ende, los cuidados se esmeran y se extreman en su favor.

Las obligaciones contenidas en el art. 3 de la Convención fueron desarrolladas por la interpretación consultiva OC-17/2002²⁶, que dispuso: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. (se resalta). A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha dimensionado este deber como un fin legítimo e imperioso:

El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”²⁷.

En el marco interno, el art. 44 de la Constitución al consagrar los derechos de los niños y niñas, dispuso categóricamente que estos prevalecerían frente a cualquier otro derecho. En definitiva, el ordenamiento en su conjunto prepondera el carácter trascendente de los derechos de la niñez, a la vez, que los deberes que surgen para el conglomerado social y estatal al momento de protegerlos. El postulado de protección se entiende a partir de una relación de inferencia básica: (a) los niños(as) atendiendo su condición sicofísica son considerados sujetos vulnerables; b) en tanto vulnerables, son sujetos de especial protección, y c) en tanto sujetos de especial protección, sus derechos gozan de primacía. (Subrayas fuera de texto).

Además de lo anterior, la Sala no pasa por alto, que los patrulleros de la policía no sólo desconocieron el deber de protección que les asistía sobre los ciudadanos, más aún, cuando estaba en peligro la vida de un menor de edad, sino que además, lo acusaron de ser un delincuente, lo tildaron de haberlos amenazado con un arma de fuego, pero ello tampoco pudo comprobarse, por lo que se guarda conformidad con lo esgrimido por el fallador de primera instancia, respecto a que lo que pudo concretarse en este asunto, fue más una ejecución extrajudicial, constituyéndose una flagrante violación de los derechos humanos.

En este orden de ideas, resulta forzoso concluir que se configuró una falla en el servicio, por exceso de la fuerza estatal, pues ésta fue desproporcionada en relación con las circunstancias presentadas, al punto que, producto de ella, se causó una herida mortal al joven, menor de edad, JHON FREDYS MAESTRE ELLES, sin que

²⁵ Art. 3, nº 2.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de agosto de 2002, nota 58.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas).

podiera acreditarse, de manera fehaciente, que dicho menor hubiera estado armado ni que hubiera utilizado algún arma contra los miembros de la Policía Nacional.

En conclusión, en virtud de que la demandada no probó la existencia de cualquiera de las causales eximentes de responsabilidad que permitiera romper el nexo de causalidad entre el hecho imputado a la administración y el daño sufrido por los actores, la Sala considera que sí era procedente declarar la responsabilidad patrimonial de la entidad por la muerte del joven JHON FREDYS MAESTRE ELLES, al haberse comprobado los elementos para declararla, lo que permite contradecir los argumentos expresados por la entidad demandada, al respecto, y, sobre que fue la culpa personal del agente la causante del daño, se repite, al evidenciarse que los agentes que participaron del hecho, estaban en servicio y las armas que utilizaron fueron de dotación oficial.

Además, en relación con la no acreditación de la apertura de alguna investigación disciplinaria o penal en contra de los agentes de policía que participaron en el hecho, como se aduce en el recurso de alzada, esto lógicamente tampoco es de recibo para esta Corporación, como quiera que de la relación probatoria transcrita con anterioridad, claramente se observa que por estos hechos, se adelantaron dos aperturas de investigación, disciplinarias y penal, en contra de los patrulleros, aunque no se hubiese evidenciado el resultado de las mismas.

En conclusión, esta Sala de Decisión, encuentra acertada la decisión del juez de primera instancia al declarar la responsabilidad estatal en este litigio, por lo que este tópico de la sentencia habrá de confirmarse.

De otro lado, la parte demandante también presentó reparos en contra de la sentencia de primer grado, en relación con la negativa del a quo de reconocer perjuicios morales al tío, sobrinos y tía de crianza del menor fallecido, y, sobre la falta de reconocimiento de los perjuicios materiales en las modalidades de daño emergente y lucro cesante a favor de la madre de la víctima, por lo que a continuación se analizará lo necesario, según los parámetros fijados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre ello.

PERJUICIOS MORALES:

Por la muerte del joven JHON FREDYS MAESTRE ELLES (Q.E.P.D), se solicitó en la demanda perjuicios, entre otros, a favor de su tío JORGE ENRIQUE ELLES RICO, sus sobrinos SHARNEY GISELLE, JERSON DAVID y JOSUE DANIEL NAVARRO SAENZ, y su tía de crianza LIZNERYS BEATRIZ MENDINUETA RICO, no obstante, el a quo, negó tales reconocimientos, al no haberse comprobado el grado de afectación emocional que produjo en ellos la muerte de su familiar.

Respecto de la cuantía de la indemnización de este perjuicio inmaterial, en caso de muerte, la Sala de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014²⁸, estableció cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño o causante y quienes acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas, así:

Nivel 1. Comprende la relación afectiva propia de las relaciones conyugales y paterno – filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 SMLMV.

²⁸ Radicación número: 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251)

Nivel 2. Se refiere a la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (hermanos, abuelos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel 3. Abarca la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil (tíos, sobrinos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil y afines hasta el segundo grado (primos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

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

La siguiente tabla, resume lo expuesto, así:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

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

Así las cosas, en el caso de autos, el a quo negó el reconocimiento de este perjuicio a favor del señor JORGE ENRIQUE ELLES RICO (tío), SHARNEY GISELLE, JERSON DAVID y JOSUE DANIEL NAVARRO SAENZ (sobrinos), pues al estar en el grado 3° de consanguinidad debían comprobar además, del parentesco, la relación afectiva que tenían con la víctima directa, con lo cual está en desacuerdo la parte demandante, pues considera que las declaraciones de las señoras YANETH QUINTANA PÉREZ y MAIRA ALEJANDRA TRILLOS ARNEDO, comprueban esa relación.

Al respecto, esta Corporación al revisar las declaraciones rendidas por los testigos señalados en el recurso de alzada, considera que le asiste razón al a quo en negar esta indemnización para el tío y los sobrinos de la víctima, pues en sus juramentadas no se evidencia ese grado de cercanía, familiaridad y la relación afectiva entre éstos, además, el grado de afectación moral que pudieron padecer con la muerte del joven, como se explica:

En efecto, la señora YANETH QUINTANA PÉREZ, se identificó como vecina, la persona que cuidó y estaba encargada del joven JHON FREDYS MAESTRE ELLES para el momento de los hechos, la que lo alimentaba y estaba pendiente de sus cosas, como quiera que su progenitora, la señora YANETH ELLES RICO, estaba privada de la libertad. La testigo, aunque mencionó el grupo familiar del menor fallecido, dentro de los cuales estaba el tío y sus sobrinos, solamente indicó que la relación era buena, que la muerte les causó mucho dolor por la forma tan injusta en que ocurrió, pero recalcaba todo el tiempo, que ella mantenía más contacto con la mamá del joven y con el occiso, pues con los demás no tenía casi trato, es decir, que no puede dar certeza de cómo eran las relaciones de afecto y cariño entre estos familiares y el joven MAESTRE ELLES.

Por su parte, la señora MAIRA ALEJANDRA TRILLOS ARNEDO, también se identificó como vecina del joven, y, aunque esta declarante conocía con más exactitud el nombre de los familiares que conformaban el núcleo familiar del occiso, cuando se le indagó por el tío de éste, sólo indicó que se llamaba JORGE ELLES, que en el instante del deceso, también estaba privado de la libertad con detención intramural, que se afectó, sin dar más detalles, y, que su relación era buena, de otro lado, cuando se le preguntó por los sobrinos, dijo sus nombres, también que tenían una buena relación con la víctima, pero recalcó que estaban muy pequeños y que a esa edad no podían comprender como un adulto los hechos.

Por consiguiente, estas declaraciones las cuales según el recurso, permiten concretar la configuración de un perjuicio moral a favor de los anteriores demandantes, por el contrario, generan dudas sobre si estos familiares vivían por ejemplo con el menor fallecido, si tenían o no relaciones de afecto y solidaridad entre ellos, pues nótese, que su tío ni siquiera vivía con el menor en esa época como quiera que estaba privado de su libertad, al igual que los sobrinos, de quienes tampoco se comprobó que convivieran con JHON FREDYS, por lo que estas juramentadas no pueden ser consideradas con el grado de solidez que se necesita para poder atribuirles a su favor indemnización alguna.

Ahora bien, en cuanto a la negativa de reconocer indemnización por este concepto, a favor de la señora LIZNERYS BEATRIZ MENDINUETA RICO, a quien se cataloga como hermana de crianza de la madre del joven víctima, es decir, tía de crianza de éste, la Sala guarda conformidad con el a quo, como quiera que la prueba testimonial en cita, sólo la menciona como prima hermana de la señora YANETH ELLES RICO (madre del menor), y, ambas deponentes, manifestaron no tener ningún tipo de relación con ella, aunado al hecho de que las dos declarantes fueron contestes en señalar que quien estaba a cargo del menor JHON FREDYS MAESTRE ELLES, era la señora YANETH QUINTANA PÉREZ, vecina y declarante, a quien la madre dejó encargada de su cuidado, mientras solucionaba el problema de su privación de la libertad.

De igual forma, aunque es cierto que la prueba documental obrante en el plenario, esto es, la queja disciplinaria y la declaración y ampliación de denuncia, dentro de los procesos penal y disciplinario adelantado en contra de los patrulleros que participaron en el hecho, muestran que la señora LIZNERYS MENDINUETA se identificaba como la persona que tenía a su cargo y que vivía con JHON FREDYS MAESTRE ELLES, tal como se indica en el recurso, ello se contradice con lo señalado por las testigos respecto a la persona que cuidaba y que tenía a su cargo al menor, y se repite, ni siquiera tenían relación con aquella, por lo que no pudieron señalar que ésta vivía o no con la víctima. Maxime como indicó el a quo, cuando de sus apellidos tampoco se deduce los lazos de consanguinidad.

Por lo tanto, para esta Corporación, no se probó que entre JORGE ENRIQUE ELLES RICO, SHARNEY GISELLE, JERSON DAVID, JOSUE DANIEL NAVARRO SAENZ, LIZNERYS BEATRIZ MENDINUETA RICO, y la víctima directa del daño, existieran relaciones de solidaridad, afecto o unión familiar, ni el padecimiento moral que tuvieron con la muerte del menor JHON FREDYS MAESTRE ELLES, por lo que no era procedente el reconocimiento de indemnización alguna por concepto de daño moral, tal como determinó el a quo.

Por otro lado, la parte demandante muestra reparos con la decisión del a quo de negar reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y daño emergente, a favor de la madre del menor fallecido, señora YANETH ELLES RICO, aduciendo que la prueba testimonial y documental, comprueban este perjuicio, por lo que a continuación se analizará si les asiste o no razón en ello.

LUCRO CESANTE:

En efecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 14 de septiembre de 2011, Expediente No.19031, M.P. Enrique Gil Botero, frente al lucro cesante, indicó que, de conformidad con las reglas de la sana crítica, de comprobarse que la víctima ejercía una actividad lucrativa pero se desconoce el monto devengado, se puede reconocer los perjuicios materiales por este concepto, teniendo como base el salario mínimo mensual legal vigente para la época de los hechos.

De igual forma, en relación con el reconocimiento del lucro cesante a favor del grupo familiar de la víctima, la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁹ ha sostenido lo siguiente:

“(…).

Como se ha dicho, está suficientemente acreditado que el señor Julián Andrés Uni Gironza laboraba y contribuía al sostenimiento familiar. No consta, en cambio, el monto de sus ingresos ni qué proporción de los mismos eran destinados a ayudar a su familia. Por otra parte, no parece razonable suponer que el joven Julián Andrés Uni Gironza contribuiría con la economía familiar durante toda su vida, por cuanto es de suponer que con el tiempo formaría su propio núcleo familiar y se ocuparía de él.

Por lo anterior, la Sala acudirá a los criterios jurisprudenciales por ella misma fijados, e inferirá a falta de pruebas en sentido contrario, que el señor Uni Gironza recibía ingresos equivalentes al salario mínimo, incrementado en un 25%, correspondiente a prestaciones sociales. Por otra parte, asumirá que el señor Uni Gironza probablemente ayudaría a su madre y a su núcleo familiar hasta los 25 años, fecha aproximada de emancipación de los hijos y conformación de un nuevo núcleo familiar. En cuanto a la proporción de los ingresos destinados al sostenimiento de su familia, la Sala inferirá que estos ascendían al 75% de dicho valor³⁰.

(…)

Ahora bien, dado que en la demanda se pide reconocer el lucro cesante de la madre y los hermanos de la víctima, la Sala dividirá la suma anteriormente referida entre la señora Mariela Gironza y sus tres hijos todos los cuales tendrían menos de 25

²⁹ Sentencia del 5 de abril de 2013, radicación número: 19001233100019990021701 (24984), M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

³⁰ La Sala acoge así el criterio sostenido en sentencia de 30 de enero de 2013, exp. 22274, C.P. Danilo Rojas Betancourth, en el que se define que la porción destinada a los gastos personales de quien es soltero y contribuye con la manutención de sus padres equivale al 25% de sus ingresos.

años en el momento de la emancipación probable del señor Julián Andrés Uni Gironza. Para el cálculo de lo que corresponde a cada uno de los demandantes, la Sala dividirá en partes iguales la suma que se ha indicado como correspondiente a lo que la víctima habría destinado al mantenimiento del hogar". (Subrayas y Negrilla fuera del texto).

En cuanto a la presunción de ayuda económica de los hijos menores de 25 años para con sus padres, la Sala Plena de la Sección Tercera unificó el criterio jurisprudencial y fijó los parámetros para el reconocimiento del lucro cesante en estos eventos. El demandante debe acreditar que: (i) los hijos efectivamente contribuían económicamente con el sostenimiento del hogar paterno o materno, porque estaban en condiciones de hacerlo, es decir, ejercían una actividad productiva; y (ii) los padres fueron beneficiarios de la obligación alimentaria, por no tener los medios para sostenerse de forma autónoma, por desempleo, enfermedad o discapacidad.³¹

Así mismo, en cuanto al reconocimiento y liquidación de este rubro, cuando se genera un daño, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 18 de julio de 2019 unificó su jurisprudencia, la que si bien estuvo enfocada a quienes fueran privados injustamente de la libertad, posteriormente se ha ampliado a otros escenarios³².

En aquella oportunidad, la Sección Tercera recopiló las posturas existentes hasta ese momento, destacando que en las indemnizaciones por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, se acudía a las siguientes presunciones: (i) ante la ausencia de la prueba del ingreso devengado por la víctima del daño, si se encontraba en una edad productiva, recibía como ingreso, al menos, un salario mínimo legal mensual, incluso con independencia de que hubiera acreditado o no que al tiempo de la detención mantenía un vínculo laboral o desempeñaba una actividad que le reportara ingresos; (ii) la víctima, luego de recobrar la libertad, requería un tiempo adicional para reubicarse laboralmente, sin importar para ello si era empleado o independiente; y (iii) el ingreso de la víctima debía incrementarse en un 25%, por concepto de prestaciones sociales, sin importar si, para cuando perdió libertad, era asalariado o no.

Sin embargo, consideró la Sala Plena de la Sección Tercera que resultaba mejor, *"con miras a un adecuado ejercicio de la labor de impartir justicia, soslayar el uso de presunciones de orden jurisprudencial que lleven a reconocer de oficio perjuicios de este tipo, pues evitarlas y, por tanto, decidir con sustento en hechos o supuestos efectivamente probados"*³³. Por lo tanto, entendió que el juzgador debe tener en cuenta que *"no puede asimilarse el caso de una persona que tiene vigente una actividad productiva lícita que le genera ingresos por sus servicios que efectivamente se interrumpen o terminan con su detención, con el evento en que ésta no genera tal efecto o con aquel en el que esa actividad no existe y, por ende, la detención no implica la pérdida de un lucro económico"*³⁴.

Agregó, que el juzgador sólo puede disponer una condena si, a partir de las pruebas obrantes en el expediente se demuestra que la posibilidad de tener un ingreso era cierta. Es decir, que correspondía a la continuación de una situación precedente o

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de abril de 2018, Rad. 46.005

³² En la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 18 de julio de 2019, exp. 44.572, se consignó: *"los criterios que aquí se adoptan son aplicables a todos los eventos en los que le corresponde al juzgador determinar la existencia y el monto de perjuicios materiales de la misma clase"*.

³³ Consejo de Estado, Sala Plena Sección Tercera, sentencia del 18 de julio de 2019, exp. 44.572.

³⁴ Ibidem

que iba a darse efectivamente por existir previamente una actividad productiva lícita ya consolidada.

En este sentido, en la sentencia del 18 de julio de 2019, la Sección Tercera determinó que el lucro cesante sólo se puede reconocer en dos escenarios: (i) a partir de la ruptura de una relación laboral anterior o de una que, aun cuando futura, era cierta en tanto que ya estaba perfeccionada al producirse la privación de la libertad; o (ii) a partir de la existencia de una actividad productiva lícita previa no derivada de una relación laboral, pero de la cual emane la existencia del lucro cesante.

Es importante destacar que el Consejo de Estado se ha referido a la posibilidad de reconocer el lucro cesante en trabajos informales, sin embargo, lo ha limitado a que al momento de generarse el daño, la víctima se encuentre realizando una actividad productiva. Así señaló la Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 18 de julio de 2019 (45577):

“... se reconocerá el lucro cesante, pero exclusivamente a favor de (...) la esposa de la víctima directa, ya que estaba dedicada a las labores del hogar y no percibía ningún tipo de asignación, por lo que dependía por completo de los ingresos de (...) [la víctima fallecida]. Para la liquidación de su perjuicio se tendrá como parámetro el criterio aceptado jurisprudencialmente según el cual, la víctima fallecida devengaba, por lo menos, un salario mínimo, pues trabajaba como comerciante independiente, aunque no se probaron sus ingresos. (...) Debido a que el causante no tenía contrato laboral, no se aumentará al valor del salario mínimo (...) suma alguna por concepto de prestaciones sociales; se deducirá de ese valor el 25% que se presume que destinaba para sus gastos personales. (...) El lucro cesante futuro corresponde a los meses que hay entre el día siguiente a la fecha de esta sentencia y el cumplimiento de la vida probable que tenía la víctima directa. Se toma en cuenta la expectativa de vida de (...) [la víctima], estadísticamente, estaría llamado a fallecer antes que su esposa (...).”

De igual forma, es menester traer a colación la providencia de la Subsección A, Sección Tercera, en sentencia del 9 de abril de 2021 (55583), quien conoció una acción de reparación directa contra el Ejército Nacional por la muerte de un civil que supuestamente disparó contra unos uniformados en zona rural del municipio de Algeciras, sin que se probara causal alguna eximente de responsabilidad. En dicha oportunidad el Consejo de Estado indicó:

“De conformidad con lo señalado en la sentencia de unificación de la Sección Tercera de esta Corporación en materia de lucro cesante, la prueba de que la víctima ejercía una actividad económica lícita es una condición necesaria para reconocer la indemnización. En el proceso se demostró que el señor [...] trabajaba como agricultor de su propia parcela [...], de lo cual obtenía los ingresos para el sustento de su esposa e hijos, como lo señalaron los testigos [...]. De ahí que se encuentre probado que el señor [...] se ocupaba del sostenimiento de su esposa y de sus hijos, a quienes, además, por ley, debía alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 411, numerales 1 y 2 del Código civil. De acuerdo con lo señalado en la sentencia de unificación de la Sección Tercera de esta Corporación en materia de lucro cesante, se encuentra suficientemente demostrado que el señor [...] desempeñaba una actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos y, dado que no se demostró su monto, en atención a la misma jurisprudencia, se tomará como ingreso base de liquidación el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de esta providencia [...].”

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia en cita, no era procedente el reconocimiento de esta indemnización a favor de la señora YANETH ELLES RICO, como quiera que la prueba testimonial recaudada en el proceso, no genera certeza sobre la contribución económica que tenía el joven fallecido para el hogar o el sostenimiento de éste, ni siquiera, se desprende que el menor fallecido ejerciera una actividad productiva y que con ello, sostenía o brindaba ayuda a su madre, pues de sus dichos lo que se observa es que el menor estudiaba los fines de semana y durante la semana tenía como pasatiempo, arreglar o decorar bicicletas, y que de esa actividad recibía un aporte pequeño para sus gastos, teniendo en cuenta que ya tenía novia, pero no se desprende que contribuyera económicamente y de manera regular al sostenimiento del hogar, mucho menos, que tuviera la obligación alimentaria de su madre, pues nótese que ésta estaba privada de su libertad.

En consecuencia, a juicio de esta Colegiatura, la decisión del a quo fue acertada, al no darse los presupuestos jurisprudenciales dados por el Consejo de Estado para acceder a esta indemnización, por lo que se impone confirmar también este aspecto de la sentencia.

Por otra parte, el fallador de primera instancia no accedió al reconocimiento de perjuicios materiales, por concepto de daño emergente a favor de la señora YANETH ELLES RICO, por lo cancelado por honorarios al profesional del derecho que defendió sus intereses dentro de las investigaciones adelantadas en contra de los patrulleros, pues consideró que no obraba prueba alguna de que en efecto los demandantes incurrieron en dicho gasto, con lo cual no está de acuerdo la parte demandante, en la medida en que según su parecer, la prueba documental (certificación del apoderado y la constancia emitida del Juzgado 170 de Instrucción Penal Militar), denotan que efectivamente se sufragó tal gasto.

Así las cosas, tenemos que el Consejo de Estado, también ha emitido sentencia de unificación en cuanto al reconocimiento de perjuicios materiales por concepto de daño emergente, y, aunque se trate de asuntos en los cuales se ventile una privación injusta de la libertad, la Alta Corporación ha indicado que ello debe servir de orientación en los demás procesos en los cuales se discuta este reconocimiento.

En consecuencia, para esa Corporación, cuando el demandante pretenda obtener la indemnización del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales cancelados al abogado que asumió la defensa del afectado directo con la medida dentro del proceso penal, quien haya realizado el pago deberá aportar: i) la prueba de la real prestación de los servicios del abogado y ii) la respectiva factura o documento equivalente expedido por éste, en la cual se registre el valor de los honorarios correspondientes a su gestión y la prueba de su pago, de suerte que, si solo se aporta la factura o solo se allega la prueba del pago de la misma y no ambas cosas, no habrá lugar a reconocer la suma pretendida por concepto de este perjuicio.³⁵

Atendiendo lo anterior, a juicio de este Tribunal no es posible acceder al reconocimiento de este perjuicio en favor de la señora YANETH ELLES RICO, como quiera que la prueba documental arrimada, esto es, la certificación emitida por el apoderado sobre el pago efectuado por la señora, y, la constancia de la representación dentro del proceso penal emitida por el juzgado de instrucción penal miliar, no resultaban suficientes para acreditar los gastos en que incurrieron los demandantes para la representación dentro de los procesos disciplinarios y penales, como parte civil dentro de los mismos, echándose de menos, recibos de pagos,

³⁵ Sección Tercera, Consejo de Estado, providencia de fecha 18 de julio de 2019, radicado 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572)

facturas, entre otros documentos contables, que generen la total certeza del pago efectuado. En virtud de lo anterior, para esta Sala de Decisión, es ajustada a derecho la decisión del juez de negar este perjuicio, por lo que este tópico también debe ser confirmado.

Concluyese de todo lo dicho, que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada en su integridad, al encontrarla ajustada al ordenamiento legal y jurisprudencial que rige el asunto.

4.3.- CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, ARTÍCULO 188 DEL CPACA.-

Las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho³⁶, los llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, gastos ordinarios del proceso , y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

De esta manera, el artículo 188 del CPACA establece que salvo en los casos donde se discute un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas atendiendo para efectos de liquidación y ejecución lo previsto en normatividad procesal civil.

Al tenor de esa remisión, los artículos 365 y 366 del CGP, regulan la condena y liquidación de las costas, de cuyo contenido se extrae que la parte vencida será condenada a su pago y que se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que la originó, indicando además el valor de las agencias en derecho, que serán incluidas en la liquidación. Seguidamente, se prevé el trámite para la liquidación en cabeza del Secretario que deberá hacerla, para la posterior aprobación por parte del juez.

No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado³⁷ en dicha temática, ha precisado que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP antes mencionado; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En el caso, la Sala, atendiendo a los criterios ya definidos por la jurisprudencia, no condenará en costas, al revisar que las mismas no se han comprobado.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

³⁶ Artículo 361 del Código General del Proceso.

³⁷ Providencia de fecha 21 de enero de 2021, radicado: 25000-23-42-000-2013-04941-01 (3806-2016), M.P WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, el día 14 de julio de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas.

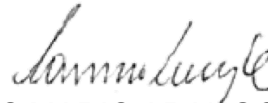
TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el proceso al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de Decisión No. 083, efectuada en la fecha.



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
MAGISTRADO



CARLOS MARIO ARANGO HOYOS
MAGISTRADO



CARMEN DALIS ARGOTE SOLANO
PRESIDENTE