



F-25-38
C.3.

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

Acción	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13-001-33-33-013-2013-00464-01
Demandante	LEANDRO GARCÍA ANAYA y OTROS
Demandado	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL
Magistrado	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Muerte con arma de dotación oficial - concurrencia de culpas

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y demandante, contra la sentencia del 10 de febrero de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por los señores LEANDRO GARCÍA ANAYA, MARÍA CONCEPCIÓN OLIVEROS DE SANJUANELO, MERCEDES ISABEL OLIVEROS MARTÍNEZ, ALEX DEL CARMEN GARCÍA MARTÍNEZ, SERGIO TULIO OLIVEROS MARTÍNEZ, POLA TERESA GARCÍA MARTÍNEZ, ELÍAS RAMÓN OLIVEROS MARTÍNEZ, por conducto de apoderado.

2.2. Demandado

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

2.3. La demanda¹.

La presente acción de Reparación Directa fue instaurada por señores LEANDRO GARCÍA ANAYA Y OTROS, por conducto de apoderado judicial, con el siguiente objetivo:

¹Folios 1-16 cuaderno 1





"PRIMERA: Declarar que LA NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL es administrativa y patrimonialmente responsable de los perjuicios ocasionados a cada uno de los demandantes por la muerte de su hijo y hermano LEANDRO GARCÍA MARTÍNEZ (q.e.p.d.)

SEGUNDA: Como consecuencia de la declaración anterior se solicita que se condene a la Nación (sic) NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL a pagar los perjuicios morales ocasionados, así:

NOMBRE	PARENTESCO	SMLMV
LEANDRO GARCÍA ANAYA	Padre de la víctima	100 SMLMV
MARÍA CONCEPCIÓN OLIVEROS DE SANJUANELO	Hermana de la víctima	100 SMLMV
MERCEDES ISABEL OLIVEROS MARTÍNEZ	Hermana de la víctima	100 SMLMV
ALEX DEL CARMEN GARCÍA MARTÍNEZ	Hermano de la víctima	100 SMLMV
SERGIO TULIO OLIVEROS MARTÍNEZ	Hermano de la víctima	100 SMLMV
ELÍAS RAMÓN OLIVEROS MARTÍNEZ	Hermano de la víctima	100 SMLMV
TOTAL DEMANDANTES 6		

TOTAL: EL equivalente a la fecha de esta solicitud a la cantidad de seiscientos (600) salarios mínimos legales mensuales vigentes, o el equivalente a la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS M/L (\$353.700.000.00) teniendo en cuenta que el salario mínimo legal mensual vigente en Colombia actualmente es de QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL PESOS MCTE (\$589.500.00)

TERCERA: Condénese a la NACIÓN(sic)COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA Y POLICÍA NACIONAL a pagar a los actores las costas y gastos judiciales a que haya lugar.

CUARTA: Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 192 de la Ley 1437/2011 y según la jurisprudencia concordante al respecto.

QUINTA: Que el pago de la sentencia se efectúe acorde con el artículo 195 de la Ley 1437/2011, de manera tal que en caso de mora se proceda conforme al numeral 4º del citado artículo"



2.5. Hechos

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

Que el 4 de noviembre de 2012, siendo las 3:30 a.m., en el barrio La Victoria, donde se presentaron disturbios, al parecer iniciados por jóvenes en riesgo, por lo que fueron llamados los miembros de la Policía Nacional.

En el operativo adelantado por la Policía Nacional, resultó lesionado en la espalda por un disparo el señor LEANDRO GARCÍA MARTÍNEZ, herida que le causó posteriormente la muerte.

2.6. Contestación de la Demanda

2.6.1 Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional²

Se opone a la prosperidad de las pretensiones, por carecer de respaldo probatorio.

Explica como fundamento de la defensa, que de acuerdo a las circunstancias fácticas nos encontramos frente a una de las causales de exoneración de responsabilidad administrativa, como lo es la culpa exclusiva de la víctima, por cuanto, este generó la reacción de los policías al momento que los atacó con el arma de fuego que tenía, estos, para proteger su integridad, la vida, repelieron el ataque.

Que el procedimiento en el cual se causó la muerte al señor LEANDRO GARCÍA MARTÍNEZ, fue única y exclusivamente culpa de él, cuando se expuso con un arma de fuego a agredir a la fuerza pública, quien solo cumplía con su deber constitucional y legal, y es brindar las condiciones necesarias para el ejercicio de derechos y libertades públicas, asegurando que los colombianos convivan en paz.

Indica que no puede ser reprochable que los uniformados hayan utilizado sus armas para repeler la agresión de la cual eran sujetos, pues además de encontrarse cumpliendo un deber legal, estaban legitimados para hacerlo de acuerdo con lo estipulado en el artículo 29 del Código Nacional de Policía y demás normas concordantes que autorizan a los funcionarios de Policía a emplear la fuerza para impedir la perturbación del orden público y para restablecerlo.

²Folios 190 – 194 Cuaderno No. 1



III. – SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia del 10 de febrero de 2016, la Juez Décimo Tercero Administrativo del circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

La Juez A quo expuso, que si existe falla en el servicio de la parte demandada, que generó responsabilidad del Estado, cuando dentro de un operativo policial resultó muerto un particular que portaba arma de fuego, al acreditarse un exceso en el uso de la fuerza por parte de los miembros de la Policía Nacional.

Analizó el material probatorio, y concluyó que el accionar de las armas de fuego a cargo de la fuerza pública debe ser proporcional a la agresión que se está recibiendo, y en efecto, lo que se pierde en todo punto de vista en este asunto, es dicha proporcionalidad, no por el accionar de las pistolas de dotación que tenían los uniformados, sino que siendo estos profesionales en su oficio, siendo entrenados para tener que afrontar dicha situación de riesgo, causen una lesión que provocó la muerte del señor Leandro García Martínez, pretendiendo que con ella solo se quería inmovilizar al agresor, cuando claramente se tiene que el sitio donde fue causada era letal.

Explicó, que si bien la víctima se expuso al riesgo y provocó la reacción policial, en criterio de la juez de primera instancia, la misma fue desproporcionada y letal, no pudiendo sostenerse para que la causación del daño, es ello la muerte del señor García solo su actuar contribuyó de forma específica y única al resultado dado, pues como se ha venido demostrando, existió una respuesta desproporcionada por parte de la autoridad pública; es por esto, que aplicó la compensación de culpas al momento de establecerse el quantum indemnizatorio, el cual será en un porcentaje del 50%.

Ahora bien, al momento de tasar el daño moral, la Juez consideró que a pesar de estar demostrados en el proceso con los registros civiles de nacimiento, el parentesco de los demandantes con el causante, la referencia de trato familiar no quedó demostrada con todos los hermanos, pues apoyada con la prueba testimonial concluyó que el occiso solo tenía dicho trato con 4 hermanos, por lo que solo reconoce daño moral de los señores Leandro García Anaya (padre), Mercedes Isabel Oliveros Martínez

³ Folios 244-252 cuaderno 2





(hermana), Sergio Tulio Olivero Martínez (hermano), María Concepción Oliveros Martínez (hermana) y Alex del Carmen García Martínez (hermano).

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

4.1. Parte demandante⁴

Explica que en la sentencia, solo se le reconoció a cuatro de los hermanos del causante el daño moral, dejando por fuera a los señores POLA TERESA GARCÍA y ELÍAS RAMÓN OLIVEROS MARTÍNEZ, bajo el criterio que los testigos traídos por la parte actora al hablar del vínculo de afecto entre el occiso y sus hermanos, no mencionaron a los prenombrados demandantes.

Reitera que la omisión de los testigos, respecto de los hermanos Pola Teresa García y Elías Ramón Oliveros Martínez, no era prueba suficiente para dar por hecho que se quebrantaba la presunción, siendo que los testigos solo guardaron un silencio, actitud que no implica *per se* que los hermanos señalados no mantuvieran un estrecho vínculo de afecto con el occiso y/o un estado de inercia psíquica, mas no una actitud consciente y deliberada de que entre los demandantes y el causante no existiera un nexo cercano de amor, cariño y aprecio que determinar el sufrimiento o congoja de los mismos ante la trágica muerte de su hermano Leandro García Martínez.

Explica que es muy distinto que un testigo se pronuncie abiertamente de que determinado hermano no tenía mayor vínculo afectivo con el causante, a que sobre el mismo tópico guarde silencio, respecto de dos o más de los mismos, puede suceder que una persona identifique a los integrantes de un determinado núcleo familiar como parte del mismo, pero no tenga presente los nombre de todos y cada uno de ellos, lo que no obsta para que pueda dar fé que entre todos los miembros de ese núcleo familiar, existe un estrecho vínculo de afecto y cariño.

Concluye, que la juez le da un cariz de negación, cuando solo es un comportamiento pasivo y al realizar ese ejercicio la funcionaria se convierte en algo que le resulta vedado, en fuente de prueba, ya que en lugar de interpretar la prueba procede a inferir de la misma algo que no dice, situación que desnaturaliza la prueba, porque la juez pudo darse cuenta que el nombre de los dos demandantes, era porque los mismos no tenían mayor vínculo afectivo con el occiso y tales facultades son ajenas a la naturaleza humana.

⁴Folios 262-266 Cuaderno No. 2





El otro argumento de apelación es que no hay concurrencia de culpas, las declaraciones de los señores Armesto y Martínez Aguillón fueron recopilados en la etapa preliminar el mismo día en que ocurrieron los hechos a través de entrevistas, pero no fueron ratificadas dentro del desarrollo del juicio oral por lo que no pueden ser tenidos como pruebas.

Por otro lado, no hay prueba de que el occiso disparara contra los policiales, este argumento fue desvirtuado en el proceso disciplinario que le siguieron a los policiales en el cual fueron absueltos bajo la teoría del error invencible, ya que el órgano disciplinario concluyó que hubo una interpretación errada por parte de los mismos, cuando entendieron el accionar del occiso como un acto de agresión de los mismos, representando un hecho distinto a la realidad del caso concreto. Concluyendo el apelante que no hubo tal agresión por lo que no puede hablarse de culpa compartida y en consecuencia solicita que la condena sea plena y no como lo determinó el juez de primera instancia.

4.2. Parte demandada⁵

La Policía Nacional no discute la ocurrencia del hecho dañoso, es decir, la muerte del señor Leandro García Martínez, a consecuencia de la actividad peligrosa endilgada a la institución, el recurso de apelación se encuentra encaminado a obtener la modificación de la sentencia, consistente en aumentar el porcentaje de la concurrencia de la culpa de la víctima, en el equivalente a un 60%, razón por la cual fue condenada a la institución policial.

Explica que es evidente que desplegó una actividad peligrosa en el empleo de las armas de fuego, también lo es que la víctima, influyó en el resultado final de su muerte, circunstancia esta que impactó en la tasación de los perjuicios en el equivalente a un 50%, juicio de reproche para la Policía Nacional, por cuanto el porcentaje debió ser superior, por las siguientes razones:

- El señor LEANDRO GARCÍA MARTÍNEZ, tenía profesión escolta, por lo que tenía amplia instrucción sobre el manejo de armas de fuego, y el empleo de la misma.
- ¿Era el único medio más expedito con el cual podía hacer cesar el señor GARCÍA MARTÍNEZ, la riña entre jóvenes en riesgo?
- ¿Sometió la víctima a un riesgo a los habitantes del barrio La Victoria, al utilizar su arma de fuego tipo revolver?

⁵Folios 256 – 260 Cuaderno No.2





- Desde la perspectiva de su formación como escolta, ¿debió prever que al hacer presencia la Policía Nacional, su arma tenía que estar envainada o en su defecto esgrimirla?
- ¿Debió el señor LEANDRO GARCÍA MARTÍNEZ, identificarse al notar la presencia de la policía?

La demandada expresa que todos los interrogantes planteados, permiten inferir que el señor LEANDRO GARCÍA MARTÍNEZ; actuó de manera consciente, por lo tanto, su comportamiento incidió en el resultado de la muerte, es por ello que la tasación de la concurrencia de culpas debió ser superior al 50% habida consideración que el accionar de la policía se encuentra enmarcado dentro de los estándares legales de uso legítimo de la fuerza, pues la víctima fue quien se expuso al riesgo de portar y accionar un arma de fuego hacia la humanidad de los policías.

Reprocha que la A quo, debido ahondar en el contexto del ejercicio de la actividad peligrosa y la secuencia causal del daño, según las circunstancias fácticas, a fin de determinar concretamente el grado de participación del agente causante del daño y la víctima directa, atendiendo que traería una consecuencia en la tasación del perjuicio alegado, y el porcentaje de la concurrencia de culpa, resultando de tal forma mayor al tasado por el despacho, y no dejarlo supeditado a la subjetividad del operador judicial.

Concluye solicitando se modifique parcialmente la sentencia, en el sentido que se aumente el porcentaje de la concurrencia de culpa en el equivalente a un 60%.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendado 23 de noviembre de 2016⁶ se concedieron los recursos de apelación interpuestos por las partes; con providencia del 11 de mayo de 2017⁷, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 24 de julio de 2017⁸, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante

La parte demandante no alegó de conclusión.

⁶ Folio 276 cuaderno No. 2

⁷ Folio 4 C. 2ª instancia

⁸ Fol. 8 C. 2ª instancia





6.2. Alegatos de la parte demandada⁹:

La parte demandada, se reitera en los argumentos expuestos en el recurso de alzada, solicitando se aumente el porcentaje para la tasación de perjuicios, por concurrencia de culpas.

6.3. Ministerio Público

Con escrito del 16 de noviembre de 2017, el Procurador 130 delegado ante este Tribunal, rindió concepto en el asunto de la referencia.

Ahora bien, advierte esta Corporación que dicho concepto fue aportado de manera extemporánea al proceso, atendiendo a que el término para el mismo corrió del 10 al 24 de agosto de 2017, puesto que la notificación del auto de alegatos, se realizó a las partes el 25 de julio de 2017¹⁰.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1 Control De Legalidad

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

7.2. Competencia.

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

7.3 Problema Jurídico

La Sala formulará un problema jurídico común, a los dos recursos presentados por las partes en cuanto a la existencia de la concurrencia de culpas así:

- Existe prueba de que el occiso intervino en la producción del daño?

Resuelto el problema anterior, deberá resolverse

- ¿si es procedente aumentar el porcentaje de la concurrencia de culpa en el equivalente a un 60% para la tasación de perjuicios?

⁹ Folios 11-15 C. 2ª instancia

¹⁰ Folio 9-10 C. 2ª instancia





- Igualmente se entrará a determinar ¿si la prueba testimonial logra desvirtuar la presunción de dolo que los señores Pola Teresa Olivero Martínez y Elías Ramón Olivero Martínez, como hermanos de la víctima?

7.4 Tesis

La Sala de Decisión, desatando los recursos de apelación, considera que se **confirmará** la sentencia recurrida, porque el actuar de la víctima contribuyó de forma específica al resultado, en efecto, medió la participación del afectado en la producción del daño; pero lo cierto es que no guarda relación con la acción de los policiales que le causaron la muerte, siendo así, se establece la causación del daño en términos porcentuales en un 50%, como se concluyó en la sentencia de primera instancia.

Con relación al daño moral, se **revocará el numeral quinto** de la parte resolutive de la sentencia y se **modificará el numeral cuarto**, incluyendo en la condena del daño moral a los señores Pola Teresa García Martínez y Elías Ramón Olivero Martínez, toda vez que se demostró el parentesco con la víctima y los testimonios valorados en la sentencia no desvirtúan la presunción de dicho daño.

La Tesis planteada se soporta en los argumentos que a continuación se exponen, (i) marco jurisprudencial de la concurrencia de culpas, (ii) marco normativo sobre el uso de la fuerza por la Policía Nacional, (iii) caso concreto y (iv) conclusión

7.5. Marco Jurisprudencial

7.5.1. Concurrencia de culpas

En relación con esta figura, el Consejo de Estado¹¹ ha sostenido, que el comportamiento de la víctima que habilita al juzgador para reducir el *quantum* indemnizatorio es aquel que contribuye de manera cierta y eficaz, en la producción del hecho dañino, es decir, cuando la conducta de la persona participa en el desenlace del resultado, habida consideración de que la víctima contribuyó realmente a la causación de su propio daño. Al respecto ha dicho:

"La jurisprudencia reiterada de la Sala ha sostenido que para efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es

¹¹CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E), 30 de agosto de 2017 Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00509-02 (45295)





necesario determinar, en cada caso concreto, si el proceder –activo u omisivo– de aquella tuvo o no injerencia, y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta factible concluir que para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto la causa exclusiva, esto es, única del daño, como que constituya la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada¹².

En punto de la concurrencia de culpas, la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado lo siguiente:

"[...] Esta Sección ha reiterado que 'para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima'. (...) **en materia contencioso administrativa, para la determinación de la responsabilidad de la parte demandada, reviste especial importancia el análisis de hecho y jurídico del comportamiento de la víctima en la producción de los hechos, con miras a establecer -de conformidad con el grado, importancia, eficacia, previsibilidad, irresistibilidad, entre otros aspectos de esa conducta si hay lugar a la exoneración del ente acusado -hecho exclusivo de la víctima- o a la disminución del quantum de la indemnización en el evento en que se presente la concurrencia de culpas**"¹³ (Se destaca)."

7.5.2. Uso de la fuerza de la Policía Nacional

Teniendo en cuenta que el demandado es la Policía Nacional, se transcriben a partes del Decreto 1355 de 1970¹⁴ "Por el cual se dictan normas sobre Policía", específicamente en el uso de la fuerza, para el efecto el artículo 29 señala:

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 24.972, reiterada en sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 17.145, entre muchas otras.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz. Sentencia del veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01492-01 (29479).

¹⁴ Norma vigente para la época de los hechos (2012)





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

Así, podrán los funcionarios de policía utilizar la fuerza:

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

Sobre este Tópico la Organización de las Naciones Unidas, ha establecido el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General, mediante Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979¹⁵, explicando:

"Artículo 3

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

Comentario:

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

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

¹⁵ <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/LawEnforcementOfficials.aspx>





que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr.

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

7.6. Caso concreto.

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

7.6.1 Apelación del demandante y de la Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional frente al primer problema jurídico

La alzada de la parte demandante se encamina a que no está demostrado el fenómeno de la concurrencia de culpas, porque las pruebas analizadas por el A quo en cuento a las declaraciones de los patrulleros ARMESTO RAMÍREZ Y MARTÍNEZ AGUILLÓN, no deben ser tenidos en cuenta, ya que no fueron objeto de contradicción, en consecuencia, debe condenarse plenamente a la demandada, sin tener en cuenta esta figura.

Por el contrario, el recurso de apelación de la demandada, se encuentra encaminado a obtener la modificación de la sentencia, consistente en aumentar el porcentaje de la concurrencia de la culpa de la víctima, en el equivalente a un 60%.

Teniendo en cuenta lo anterior, analizado el antecedente normativo y jurisprudencial, la Sala procede a resolver el presente asunto; para ello comenzará haciendo un análisis de las pruebas traídas al proceso en aras de determinar si el actuar cierto y certero de la víctima contribuyó en el hecho dañino, al igual que el procedimiento adelantado por los agentes de policía.

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



- Que el 4 de noviembre de 2012 a las 3:30 a.m., se presentó una riña entre jóvenes en riesgo en el barrio La Victoria, donde el señor Leandro García Martínez, resultó herido con un arma de dotación de la policía y posteriormente falleció (f. 234)
- Que la víctima era escolta y realizó disparos con su arma, al igual que los Patrulleros JORGE ANDRÉS PARRA CUESTA y LUIS EDWIN PEÑA PATIÑO, tal como se desprende del Informe Investigador Laboratorio (35-44 C. de Pruebas No. 3)

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

Está demostrado que el señor Leandro García Martínez, murió a causa de un disparo con un arma de dotación oficial; la A quo, concluyó que el actuar de la víctima fue determinante en la producción del daño, por lo que consideró que existe concurrencia de culpas y condenó a la demandada en un 50%, pues la participación de la víctima en la causación del daño se estableció en términos porcentuales, en un 50%.

Por su parte en el recurso de apelación la Policía Nacional, fundamenta su inconformidad en el hecho que dicho porcentaje debido ser 60%, por lo tanto, esta Corporación, entrara a revisar y analizar las pruebas.

Los declarantes Oscar Antonio Mielles Fierro y Jeffer Andrés Miranda Blanco, dentro del proceso que adelantó el Juzgado 175 de Instrucción Penal Militar¹⁶, manifestaron que el señor Leandro García Martínez hizo disparos al aire, para ahuyentar a los jóvenes que estaban en lugar de los hechos enfrentándose con palos y piedras; ambos testigos indican que son vigilantes de la zona (cívica) y la víctima salió en defensa de ambos, porque los jóvenes en riesgo los agredían con palos y piedras. Además, que después de disparar guardó el arma en su cintura en la parte delantera y que una vez la policía lo hirió se acercaron y le retiraron el arma.

Del informe de balística¹⁷ se pudo establecer que el arma tipo revolver de causante fue disparada en 4 oportunidades y las armas de dotación oficial de los policiales se dispararon una dos veces y la otra una, con la declaración de los patrulleros Didier Fabián Armesto Ramírez¹⁷ y Carlos Humberto Martínez Aguillon¹⁸, se corrobora que el señor Leandro García Martínez, le disparó a los oficiales.

¹⁶Folios 92-97 Cuaderno Ppal No. 1

¹⁷Folios 19 y 20 Cuaderno No. 3 de pruebas

¹⁸Folios 23 y 24 Cuaderno No. 3 de pruebas





En relación con la afirmación del apoderado de la parte demandante, que las entrevistas rendidas por los patrulleros antes mencionados, no tienen el carácter de prueba, porque no fueron controvertidas en la etapa de juicio oral en el proceso que cursa en la Fiscalía General de la Nación, por la muerte del señor Leandro García, esta Sala, expresa que la solicitud de prueba de la investigación de la Fiscalía fue a petición de ambas partes, tal como se puede observar en el auto que abre a pruebas que reposa a folio 216 del cuaderno No. 2, por lo que sobre el tema de la prueba trasladada, el Consejo de Estado¹⁹ desde tiempo atrás ha sostenido, que la parte que solicite trasladar una prueba al proceso, después ella no podrá, desconocer su valor, cuando la misma no le convenga. Por lo tanto, la parte demandante tenía que solicitar la declaración de los policiales antes identificados, para contradecirlos al interior del proceso, lo cual no lo hizo, e independientemente a ello, las declaraciones coinciden con la prueba de balística, en el sentido de que el arma del señor García fue disparada, a lo cual argumenta, el recurrente que no se sabe en qué momento la disparó, que la ha podido realizar en otra oportunidad, pero precisamente, la entrevista recogida por el órgano competente, después de sucedidos los hechos, demuestran que hubo intercambio de disparos.

Adicionalmente, ese mismo testimonio fue rendido en el proceso disciplinario, procedimiento del cual hace uso el recurrente cuando manifiesta que hay un error invencible, cuando los patrulleros que dispararon Parra y Peña, creyeron que el señor Leandro García Martínez, intervenía en la riña. Dicho en otras palabras, no solo está la entrevista rendida por los señores Armesto Ramírez y Martínez Aguillón en el proceso penal que si bien no intervinieron los demandantes, sino en el proceso disciplinario, del cual acepta su valor, esto

¹⁹ESTOS SON LOS REQUISITOS PARA VALORAR UNA PRUEBA TRASLADADA (Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 66001233100019990090001 (31333), 05/16/2016) En relación con la eficacia probatoria de la prueba trasladada, el Consejo de Estado reiteró los requisitos que deben cumplir para que sea valorada a instancias del proceso contencioso administrativo. Los presupuestos generales son 1. Normativos, es decir, que no necesitan formalidad adicional, en la medida en que del proceso del que se trasladan se hayan practicado a petición de la parte contra quien se aduce, respetando el derecho de defensa y el principio de contradicción; 2. Estas pruebas, según el caso, no requieren ratificación; 3. En el evento que se requiera, la ratificación de la prueba se sufre con la admisión de su valoración y 4. Puede valorarse, ya que se cuenta con la audiencia de la parte contra la que se aduce. Del mismo modo, la Sección Tercera explicó que además de los anteriores criterios y para valorar la prueba testimonial trasladada desde un proceso administrativo disciplinario o penal (ordinario o militar) se debe tener en cuenta que estas pruebas no necesitan de ratificación cuando se trata de personas que intervinieron en el proceso disciplinario; si las pruebas trasladadas y practicadas en los procesos penales pero no ratificadas, en principio, no pueden valorarse. Sin embargo, sí pueden tener el valor de indicios, que unidos a otras pruebas lleven al juzgador a la convicción plena de los hechos. Además, pueden valorarse los testimonios siempre que sean solicitados o allegados por una de las partes del proceso; cuando las partes en el proceso conjuntamente soliciten o aporten los testimonios practicados en la instancia disciplinaria y cuando la parte demandada se allane a la solicitud de pruebas presentada por los actores o demandantes dentro del proceso administrativo (C. P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa).





ratifica el testimonio (ver Folios 64 a 67 C pal), el cual fue aportado como anexo por la parte demandante, entonces, si se le resta el valor probatorio a lo actuado ante la Fiscalía por que no cumple con la contradicción, no sucede lo mismo con la declaración rendida en el proceso disciplinario, ni de todo el conjunto del acervo probatorio que continuamos analizando.

Ahora, bien está claro que la víctima y los agentes de policía, se encontraban ejerciendo una actividad peligrosa como es el uso de un arma de fuego, es decir, que ambas partes debían tener el cuidado debido sobre el uso de armas, además, que se presentó una situación confusa que hizo que el causante disparara al igual que los policías, pues los últimos fueron avisados que unos jóvenes en riesgo se estaban enfrentado en el barrio La Victoria y cuando llegan al lugar, encuentran al señor Leandro García Martínez, armado y disparando, según el dicho de los vigilantes de la zona disparos que se hicieron al aire, pero esa circunstancia no se demostró dentro del expediente, por el contrario se acreditó que el señor Leandro García Martínez, había disparado y corrió, pues el disparo que le propiciaron los agentes fue en su espalda, tal como quedó en el informe de necropsia aportado, donde se le perforó el pulmón izquierdo por herida de arma de fuego.

La confusión del momento se explica en el hecho que los policías al recibir el llamado acuden al lugar, pero encuentran un civil armado que está disparando y luego corre, y por otra parte, el señor Leandro García, es escolta está tratando de alejar a los jóvenes que se encontraban agrediendo con palos y piedras, pero de su parte, no hubo ninguna señal o grito que le indicaran a los policías que no estaba participando de la riña, por el contrario al correr solo elevó las sospechas de los policiales.

De lo antes expuesto, se puede concluir que el señor Leandro García Martínez, intervino en los hechos, por ende no puede descartarse la prueba de la concurrencia de culpas para acoger una plena indemnización.

Por otra parte, tampoco es de recibo lo manifestado por el demandante en su recurso, que la absolución en el proceso disciplinario de los policiales, indica que existió un error invencible que demuestra que el señor García Martínez, no intervino en el accionar del arma; sin embargo, esta afirmación, se refiere como se dijo en párrafos anteriores, a que los policiales creyeron que el hacía parte de la riña, pero nunca se concluye en la investigación disciplinaria que la víctima no hubiese accionado el arma.

Así las cosas, no está llamado a prosperar el recurso de la parte demandante en cuanto a que no debe darse el fenómeno de la concurrencia de culpas.





Procede la Sala, una vez determinado o resuelto el primer problema jurídico, se pronuncia sobre el segundo, que es el fundamento del recurso de apelación de la parte demandada.

Esta Judicatura no puede desconocer que el disparo en la parte izquierda de la espalda de la víctima fue letal, toda vez que perfora un órgano vital como el pulmón, pero se pregunta si esa reacción fue proporcional a la agresión, es decir, era dos policías armados y en motocicleta y el señor Leandro García Martínez, era escolta, es decir, que tenía conocimientos técnicos para disparar, estaba solo y envuelto entre una riña protagonizada por jóvenes armados con palos y piedras, pero el disparo de los agentes no fue para persuadir al hombre armado, porque bastaba con un disparo en sus piernas para detenerlo, no era necesario herirlo gravemente; además, los protocolos que existen para el uso de las armas de fuego y de la policía, tal como se anotó en el acápite de antecedentes normativos y jurisprudenciales, "es solo cuando sea estrictamente necesario".

Luego entonces, vemos que la policía empleó la fuerza para impedir la perturbación del orden público, pues existía una gresca, pero no podemos pasar por alto, que no era necesario dispararle al occiso por la espalda, en ese lugar donde se encuentran órganos vitales, su actuar fue desproporcionado, pues el uso de armas de fuego se considera una medida extrema, tal como lo reconoce la organización de las naciones unidas, pues si sintieron que sus vidas corrían riesgo, debieron esperar la ayuda de los otros patrulleros, o como se dijo disparar pero con la intención de persuadir al presunto delincuente, pues según su dicho, actuaron con la íntima convicción que el señor Leandro García Martínez era una amenaza.

En la sentencia recurrida la Juez, consideró que el actuar de la víctima contribuyó de forma específica al resultado, argumento que comparte esta Sala, porque en efecto, medió la participación del afectado en la producción del daño, toda vez que si el señor Leandro García Martínez, no hubiera disparado su arma, los agentes de la policía no dispararían en contra de su humanidad. Aunque la conducta del causante es reprochable, lo cierto es que no guarda relación con la acción de los policiales que le causaron la muerte.

En conclusión, aunque se encuentra demostrada la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la Nación – Ministerio de defensa – Policía Nacional, es necesario destacar que la participación de la víctima fue determinante en la causación del daño, pero se establece en términos porcentuales en un 50%, tal como lo consideró la juez de primera instancia en la sentencia recurrida; por las motivaciones expuestas, considera esta Corporación, que son razones suficientes para despachar negativamente los





argumentos del recurso de apelación y en los alegatos de conclusión; por lo tanto, se desechara este cargo.

7.6.2. Apelación parte demandante

Los fundamentos de inconformidad de la alzada se sintetizan en que en la sentencia, solo se le reconoció a cuatro de los hermanos del causante el daño moral, dejando por fuera a los señores POLA TERESA GARCÍA y ELÍAS RAMÓN OLIVEROS MARTÍNEZ, bajo el criterio que los testigos traídos por la parte actora al hablar del vínculo de afecto entre el occiso y sus hermanos, no mencionaron a los prenombrados demandantes.

Sobre el daño moral y su tasación el Consejo de Estado, en sentencia²⁰ de unificación, explicó:

"6.2. Perjuicios morales (Unificación jurisprudencial).

Sea lo primero señalar, que procede la Sala a unificar la jurisprudencia en materia de reparación de perjuicios inmateriales; lo anterior, por cuanto la Sección considera necesario y oportuno determinar los criterios generales que se deben tener en cuenta para la liquidación del mencionado perjuicio.

La parte actora solicita el reconocimiento de perjuicios morales en el equivalente en moneda nacional a 2.000 gramos de oro fino, para cada uno de los demandantes o quien o quienes sus derechos representen.

Así las cosas, tenemos que el concepto de perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo. En consecuencia, para la reparación del perjuicio moral en caso de muerte se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia calidad de perjudicados o víctimas indirectas, los cuales se distribuyen así:

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

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

²⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA, 28 de agosto de 2014.



(...)

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

En el caso que nos ocupa, se demostró el parentesco de los demandantes Pola Teresa García Martínez y Elías Ramón García Martínez, con los respectivos registro civiles de nacimiento, tal como se evidencia a folios 31 y 33 respectivamente, existiendo una presunción de ley, en lo relativo al daño moral, es decir, el estado de aflicción y congoja por la muerte de un ser querido, en el caso de los hermanos no debe ser demostrado, pero dicha presunción admite prueba en contrario, es decir, que no debe demostrarse el dolor o la afectación, pero si se acredita que no existe un vínculo afectivo, la presunción se desvirtúa.

En la sentencia recurrida, la A quo al valorar los testimonios de los señores Heberto Sanjuanelo Herrera y Ronis Bravo Rincón²¹, consideró que al no ser nombrados en su declaración los señores Pola Teresa García Martínez y Elías Ramón Oliveros Martínez, no tenía una relación familiar o una referencia de trato con el occiso.

Esta Corporación, no comparte los argumentos de la sentencia, pues al analizar la prueba testimonial se destaca que ambos declarantes son cercanos a la demandante María Concepción Oliveros Martínez, el primero por ser su esposo (Heberto Sanjuanelo) y el segundo por ser miembro de su congregación religiosa (Ronis Bravo), es decir, que la ciencia de su dicho, se limita a la cercanía con la señora María Oliveros y no con la víctima Leandro García Martínez.

Ahora bien, el señor Heberto Sanjuanelo Herrera, es el esposo de la demandante María Concepción Oliveros Martínez y el objeto de la prueba era para declarar acerca de la relación de trato, del finado Leandro García Martínez con su hermana María Concepción Oliveros y si ambos era hijos de la señora Juana Teresa Martínez Jaramillo, es decir, que el fin de la prueba era demostrar que la demandante era hermana del occiso, como en efecto ocurrió, porque la Juez accedió a decretar el daño moral con relación a esa señora; pero por el hecho que el testigo omitió mencionar los nombre de los señores Pola Teresa García Martínez y Elías Ramón Oliveros Martínez, no podemos considerar que solo eso hecho, desvirtué la presunción de ley que existe con la prueba del registro civil de nacimiento; además, se trata de un

²¹Folio 253 CD





testigo de 62 años de edad, con un 5º grado de escolaridad, con un problema en el habla que limitaba poder entender su testimonio, luego entonces, esta prueba acreditó la relación familiar de la señora María Concepción con el señor Leandro, pero no desvirtuó la presunción del daño moral de los otros dos hermanos.

Con relación al señor Ronis Bravo Rincón, es miembro de la iglesia *Antorcha Encendida*, donde el señor Sanjuanelo y su esposa son pastores, pero es un testigo que no conocía al occiso de manera cercana, lo anterior, se deduce porque al momento de declarar no sabe los nombre de los demandantes, solo sus apodos o alias, además indica que no conoce bien al papá de la víctima, por lo tanto, tampoco puede tenerse como desvirtuada la presunción, solo porque no dijo los nombre de los dos demandantes que no fueron incluidos en la condena por daño moral, pues tampoco se sabía el nombre de los otros, solo dijo la "niña" y el "Chaca", pero solo tiene referencia de ellos y no los conoce realmente, siendo así, su declaración acredita es la cercanía de la señora María Concepción Oliveros Martínez con el señor Leandro García Martínez, pues menciona que el causante era el hermano menor y cuando este falleció la señora María Concepción estaba devastada.

Vemos que en la sentencia de unificación, se indica que el perjuicio moral, se presume para las relaciones afectivas conyugales, paterno filiales y las de 2º grado de consanguinidad, exigiéndose solo la prueba del registro civil de nacimiento, como ocurrió en el plenario, donde se demostró que los señores Pola Teresa García Martínez y el señor Elías Ramón Olivero Martínez, eran hermanos de la víctima, por lo tanto, no siendo necesario demostrar la afectación, el dolor o la congoja, esta Corporación, modificará la sentencia en el entendido de incluir a los dos demandantes en la condena de daño moral.

7.7. Conclusión

Se colige de lo expuesto que se **confirmará** la sentencia recurrida, porque el actuar de la víctima contribuyó de forma específica al resultado, en efecto, medió la participación del afectado en la producción del daño; pero lo cierto es que no guarda relación con la acción de los policiales que le causaron la muerte, siendo así, se establece la causación del daño en términos porcentuales en un 50%, como se concluyó en la sentencia de primera instancia.

Con relación al recurso de apelación de la parte demandante, la sentencia de primera instancia se **modificará**, incluyendo en la condena del daño moral a los señores Pola Teresa García Martínez y Elías Ramón Olivero Martínez, toda vez que se demostró el parentesco con la víctima y los testimonios valorados





en la sentencia no desvirtúan la presunción de dicho daño, en consecuencia se **revocará** el numeral quinto de parte resolutive de la sentencia.

VIII.- COSTAS -

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación condenará en costas a la parte vencida, pero como lo fundamental del recurso de apelación fue si la responsabilidad era plena o compartida, y en este punto no prospero ninguno de los argumentos de la alzada, considera esta sala no hay lugar a condenar en costas, puesto que la modificación de la sentencia, se debió a un error de interpretación de la A quo y no a una inconformidad generada por la apelación de la demandada.

IX.- DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia de 10 de febrero de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo de Cartagena, por lo expuesto en las consideraciones.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia de 10 de febrero de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo de Cartagena, en el sentido de incluir a los demandantes Pola Teresa García Martínez y Elías Ramón Oliveros Martínez en la condena de daño moral. El cual quedará así:

"CUARTO: Como consecuencia de la declaración anterior, CONDENAR a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional a pagar a los siguientes personas, por concepto de perjuicios morales, teniendo en cuenta la compensación de culpas, las siguientes sumas:

Demandante	Monto Perjuicios morales
Leandro García Anaya (padre)	50 SMLV
Mercedes Isabel Oliveros Martínez(hermana)	25 SMLV
Pola Teresa García Martínez (hermana)	25 SMLV
Sergio Tulio Olivero Martínez(hermano)	25 SMLV
Elías Ramón Olivero Martínez (hermano)	25 SMLV





María Concepción Oliveros Martínez o María Concepción Oliveros de San Juanela	25 SMLV
Alex del Carmen García Martínez (hermana)	25 SMLV

TERCERO: En los demás, **CONFIRMAR** la sentencia del 10 de febrero de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

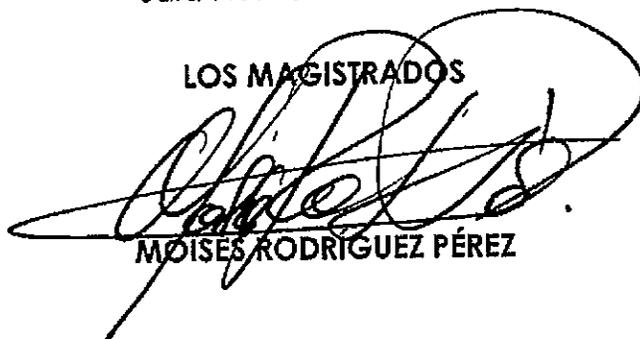
CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS, por lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 45 de la fecha.

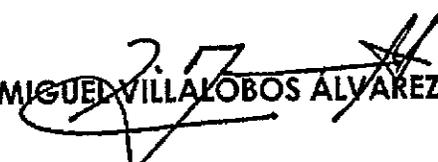
LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRIGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ



10

10

10
