

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 660012331000199900900 01 (31333)

Actor: JHON ALEXANDER MORENO MESA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA Y POLICÍA NACIONAL

Asunto: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (SENTENCIA)

CONTENIDO: SE DECLARA LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS A UN PARTICULAR OCASIONADOS POR AGENTES DE LA POLICIA- VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA TRASLADADA Y DEL TESTIGO DE OIDAS- PRESUPUESTOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO-RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS A LOS PARTICULARES POR USO EXCESIVO DE LA FUERZA- RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE PROTECCIÓN- CONCURRENCIA DE CULPAS.

Decide la Sala de Sub-sección el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida el 17 de febrero de 2005 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, mediante la cual niega las suplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La demanda.

La demanda fue presentada el 11 de noviembre de 1999 por Jhon Alexander Moreno Mesa, en nombre propio mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (fls.13 a 25 c1)

1.1 Pretensiones

“1º Se declara la responsabilidad administrativa y patrimonial de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFESNA – POLICÍA NACIONAL representada legalmente por el señor Director General de la Policía Nacional o por quien como tal haga sus veces con motivo de los daños antijurídicos causados al actor dentro del marco de las circunstancias de que da cuenta el presente proceso.



2º Como consecuencia de la anterior declaración se condena a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL representada legalmente por el señor Director General de la Policía Nacional a pagar a favor del actor o de quien o quienes sus derechos representen al momento del fallo, las siguientes sumas de dinero:

2.1 PERJUICIOS MORALES: Se pagará al actor el equivalente en moneda nacional a dos mil (2.000) gramos de oro fino al precio que se sirva dictaminar el banco de la República para la fecha de la ejecutoria del fallo respectivo.

2.2 PERJUICIOS FISIOLÓGICOS: Se reclama por este concepto, el equivalente en moneda nacional a cuatro mil (4.000) gramos de oro fino al precio que se sirva dictaminar el banco de la República para la fecha de la ejecutoria del fallo respectivo.

2.3 DAÑO EMERGENTE: Se divide en dos: el consolidado a la fecha de presentación de la demanda, por lo (sic) se reclama la suma de ocho millones de pesos (\$8.000.000) correspondientes al valor del tratamiento médico a que ha debido someterse el actor dadas las lesiones corporales percibidas; y el futuro, por concepto de los gastos médicos, clínicos, quirúrgicos y farmacéuticos que deba sufragar el actor para efectos de recuperar su salud o hacer más llevadera su existencia, este concepto se tasaré teniendo en cuenta los dictámenes que se sirvan elaborar los peritos de Medicina Laboral y Medicina Legal, la edad de la víctima y su expectativa de vida.

2.4 LUCRO CESANTE: Se pagará al actor la suma de quinientos mil pesos mensuales (\$500.000) equivalentes a la utilidad mensual que percibía en sus labores habituales como comerciante, desde la fecha de la ocurrencia de los hechos marzo 11 de 1999 y hasta la fecha que se sirva dictaminar Medicina Laboral como periodo de incapacidad.”

(...)

1.2 Fundamento Fáctico

Como fundamento de las pretensiones, la parte actora relató los hechos que la Sala sintetiza así:

1. El día 11 de marzo de 1999, aproximadamente a la 1:00 a.m. mientras el señor Jhon Alexander Moreno Mesa se dirigía en su motocicleta hacía su casa, ubicada en el barrio los molinos de dosquebradas, fue detenido por cuatro agentes de policía, los cuales le exigieron exhibir tanto sus documentos de identidad como los de la moto, a lo cual el señor Moreno Mesa accedió.



2. Luego de analizar los documentos, los agentes de policía manifestaron la intención de inmovilizar la motocicleta por estar siendo transitada en un horario restringido para estos vehículos.
3. El señor Moreno Mesa entregó su motocicleta y le suplicó a los uniformados que únicamente le hicieran el respectivo comparendo, por lo cual solicitó permiso para retirarse a su vivienda, recibiendo respuesta negativa, ultrajante y agresiva, en el sentido que debía subirse a la patrulla y acompañar a los agentes.
4. Se afirma en la demanda que cuando el señor Moreno Mesa reclamó la decisión de los uniformados, estos le dieron una brutal paliza y lo condujeron al permanente de Policía de Dosquebradas donde, después de introducirlo en un calabozo, reiniciaron el "*Festín de sangre, tortura física y emocional*".
5. A primera hora de la mañana del día siguiente, los allegados al retenido fueron a buscarlo a las instalaciones del permanente, encontrándolo mojado, ensangrentado y escurriendo sangre por nariz y boca, hecho que se puso en conocimiento del comandante de turno, quien ordenó la salida de Moreno Mesa, siempre y cuando firmará un documento en el cual el lesionado confesaba un supuesto irrespeto a los agentes de la Policía.
6. Concluye la demanda, estableciendo que como consecuencia de la brutalidad en el trato que recibió por parte de los miembros de la Policía, el ciudadano presentó lesión en su mano izquierda, escoriación en el rostro, dolor por varios días por una patada en el pecho, hematoma y contusión en el cráneo; pero lo más grave es que una de las patadas recibidas en el rostro provocó que se "*desencajara la mandíbula*" y perdiera una de sus cordales.

2. Actuación procesal en primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Risaralda admitió la demanda mediante auto de 7 de diciembre de 1999 (fl. 27 c1), la que fue notificada a la Policía Nacional, por



conducto del Comandante de la Policía del departamento de Risaralda, el 27 de enero de 2000, (fl. 29 c1).

La Nación-Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, el 15 de febrero de 2000, oportunamente contestó la demanda (fls.35 a 44 c1) en la siguiente forma:

Considera que las pretensiones son improcedentes y carentes de justificación, de acuerdo los hechos que sirven para accionar ante el Tribunal, por tanto solicita que se desestimen.

Como razones de defensa adujo la parte demandada, que el señor Jhon Alexander al momento de los hecho se encontraba bajo los efectos del alcohol, que inclusive el mismo demandante lo reconoce en la denuncia penal presentada; en consecuencia, por su propio estado mental no actuaba en una forma consciente y mucho menos coherente, asegura la parte demandada que las lesiones sufridas fueron consecuencia de que el señor Moreno Mesa perdió el control de su moto y cayó al suelo cuando trataba de huir del reten de policía. Además que esté se encontraba violando el decreto 354/99 que trata sobre la prohibición de las motocicletas en el municipio de Dosquebradas a partir de la 01:00 a.m. en el entendido que Jhon Alexander se transportaba a la 01:30 am en su motocicleta.

Debido a lo anterior, la parte demandada propone como causal de exoneración la culpa exclusiva de la víctima, pues, se insiste, que el señor Jhon Alexander Moreno Mesa resultó lesionado el 11 de marzo de 1999, en horas de la madrugada, al encontrarse en estado de embriaguez conduciendo una motocicleta, perdió el equilibrio cayendo al piso y sufriendo lesiones por su propia culpa; estas actuaciones culposas tipifican plenamente la causal referida que exonera totalmente de responsabilidad a los entes demandados.

Finalmente, el demandante propone la excepción de rompimiento del nexo causal, en el entendido que, para que pueda deducirse la responsabilidad administrativa, y se logre la indemnización pretendida, deben probarse



entre otros presupuestos la relación de causalidad entre el daño y el hecho, aspectos que, a su juicio, en el sub-examine no son claros, pues la excepción de la culpa exclusiva de la víctima configura la falta de relación de causalidad entre lo que se alega como falla en el servicio y el daño causado.

El período probatorio se abrió mediante auto de 24 de julio de 2000 (fls.48 a 49 c1), en auto del 17 de julio de 2002, el Tribunal cita a las partes para celebrar audiencia de conciliación, (fl.52 c1) llegado el día y hora fijado se declara fallida dicha diligencia (fls.57 a 58 c1); vencido el término probatorio se corrió traslado para alegar de conclusión por auto de 01 de noviembre de 2002 (fl.61 c1).

El apoderado de la parte demandada Nación – Ministerio de defensa – Policía Nacional, presentó su escrito de alegatos el día 21 de noviembre de 2002 dentro de la oportunidad procesal, (fls. 62-74 c1), reiterando todos y cada uno de los argumentos de la contestación de la demanda y manifestando que no se vislumbra actuación dolosa o gravemente culposa y mucho menos existir responsabilidad del Estado.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante presentó alegatos de conclusión en primera instancia el día 20 de noviembre de 2002 (fls. 75-81 c1) en el entendido que: reitera todos los hechos de la demanda, además sostiene que los perjuicios morales han sido monumentales, pues no sólo se atentó contra su dignidad, sino que se le dejaron secuelas de carácter morfológico que se concretan en la implantación de material extraño y ajeno a su organismo por la fractura de la mandíbula, con todas las consecuencias desfavorables que de ello se desprende, todo ello sin perjuicio del sometimiento a cirugías, extracciones de molar y episodios convulsivos, crónicos y permanentes, que imposibilitan al paciente para laborar. El ministerio Público guardó silencio.

El Tribunal Administrativo de Risaralda mediante auto del 3 de abril de 2003, con el fin de esclarecer puntos dudosos en el proceso, de oficio solicita como prueba: 1) la providencia que puso fin al proceso disciplinario seguido contra los agentes de policía Fernando de Jesús Rivera Ciro y otros según queja instaurada por el



señor Jhon Alexander Moreno Mesa, y 2) Copia debidamente autenticada de la providencia por medio de la cual se resolvió definitivamente la responsabilidad de los agentes de policía Fernando de Jesús Rivera Ciro y otros por el delito de lesiones personales producidas a Jhon Alexander Moreno Mesa el día 11 de marzo de 1999 (fl.83 c1). El proceso disciplinario fue allegado mediante folio 113 del c1; en cuanto al proceso penal se recibió respuesta en el entendido que no se ha producido calificación del mérito de la investigación penal (fl. 112 c1)

El día 26 de noviembre de 2003 El Tribunal pone en conocimiento a las partes, las pruebas anteriormente citadas e ingresa el proceso a despacho para emitir sentencia (fl. 132 c1).

Mediante memorial del 23 de enero de 2004 la Fiscalía 147 Penal Militar allega al proceso la resolución de acusación proferida contra los agentes Tapasco Velasco y otros por el presunto delito de lesiones personales (fls. 141-161 c1)

El Tribunal Administrativo de Risaralda en auto del 8 de marzo de 2004 decide, que no se podrá decidir de fondo el asunto de referencia hasta que no se allegue la providencia que resuelve definitivamente la responsabilidad de los agentes de policía referenciados, con ocasión a los hechos en que se aduce resultó lesionado Jhon Alexander Moreno Mesa, investigación que esta siendo adelantada por la Justicia Penal Militar. (fls. 162-163 c1). Dicha prueba fue allegada al expediente el día 18 de enero de 2005 y obra a folio 246 del cuaderno 5, y la misma da cuenta que los agentes de la policía fueron absueltos.

3. Sentencia de primera instancia.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, el 17 de febrero de 2005 profirió sentencia y en ésta resolvió negar la suplicas de la demanda, para lo cual expuso:

“Conforme al acervo probatorio no obra declaración de persona que haya presenciado directamente los hechos de la demanda, ya que la declaración de la cual se hizo transcripción se deduce que es testigo de oídas. Según esta misma



declarante la única persona que presenció los hechos, fue el señor llamado Leonardo, que presumiendo que sea Leonardo Fabio Ruiz, no se logró su comparecencia para lograr su versión en este proceso”.

Continua el a quo sosteniendo que “todo el material probatorio arrimado al plenario permite llegar a las siguientes conclusiones: no obra en el proceso prueba que dirija a la certeza sobre que las lesiones causadas al demandante fueron obra de los agentes policiales el día 11 de marzo de 1999, pues dos tipos de versiones se encuentran de manera divergente, por un lado de los policías que aducen que esas lesiones fueron generadas por accidente en actitud evasiva de Jhon Alexander Moreno y de otro lado, la declarante antes citada manifiesta que ha escuchado que los policiales maltrataron hasta provocarle las lesiones demandadas. Surge en consecuencia una grave contradicción en lo dicho por el pleitante por activa quien en el decurso del proceso no logró demostrar la endilgada falla del ente policial demandado”.

Concluye el Tribunal de instancia manifestando que: “no encuentra el nexo de causalidad y por ende de imputación a la Policía Nacional por los hechos acontecidos, correspondiendo a quien demanda probar dichos elementos de la falla del servicio, lo cierto es que existe un vacío probatorio por cuanto las declaraciones rendidas en los procesos penal y disciplinario no fueron ratificados en este proceso en la forma como establece el numeral 1º del artículo 229 del Código de Procedimiento Civil y como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta jurisdicción”.

4. El recurso de apelación.

El apoderado de la parte demandada oportunamente presentó y sustentó el recurso de apelación (fls. 189 a 192 cppal), solicitando que se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se acojan las súplicas de la demanda, en el entendido que para el recurrente:

“El fallo se produjo debido a la actuación que la misma demandada desplegó al momento de juzgar a sus agentes, en virtud de la cual existe un error conceptual



por parte del Tribunal, ya que conforme con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, vigente para la fecha de los hechos: "En las cuestiones penales toda duda debe resolverse a favor del procesado". Ello significa que basta cualquier duda para absolver al sindicado, ello al tenerse certeza que en materia punitiva no existe la responsabilidad objetiva.

Cosa distinta ocurre en nuestro ordenamiento civil, del cual se nutre el derecho administrativo por sujeción expresa al artículo 90 superior y a los artículos 2341 a 2360 del C.C, entre otros".

En estos términos expone la posición jurídica frente a la absolución disciplinaria emitida frente a los policías que causaron el daño, no sin antes dejar sentado que: *"en materia de responsabilidad del Estado, puede resultar más práctico para la institución pública absolver a sus agentes que condenarlos, pues tienen la creencia que dicha pieza procesal puede ser usada en pro o en contra en la redacción de la sentencia. Quienes así razonan se encuentran equivocados pues como atrás se precisó, los procesos tienen fines bien diferentes y por lo tanto tienen identidad propia, es decir, se puede condenar en unos y absolver en otros, pues se reitera, el régimen de responsabilidad es bien diferente".*

5. Actuación en segunda instancia.

Una vez interpuesto el recurso de apelación, fue concedido por el Tribunal de Risaralda el día 10 de marzo de 2005 (fl.194 cppal).

Recibido el expediente en esta Corporación se admitió el recurso por auto de 2 de diciembre de 2005 (fl.199 cppal).

Mediante escrito presentado por el apoderado de la parte demandante el día 16 de diciembre de 2005 (fls. 200-209 cppal) describe traslado de que trata el artículo 212 del C.C.A, donde precisa que para la época en que se presenta ese escrito, el joven Jhon Alexander Moreno Mesa ha fallecido, afirma que el hecho trágico ocurrió el día 21 de agosto de 2004 tras lanzarse del tercer piso del Hospital Universitario San Jorge de Pereira donde se encontraba recluido. Sostiene en el escrito que las lesiones causadas por los agentes de la Policía Nacional, las



cuales dieron origen a este proceso, dejaron en Jhon Alexander unas secuelas de carácter neurológico y psíquico de tal magnitud que nunca pudieron ser totalmente curadas.

Luego, mediante auto de 28 de febrero de 2006 se corrió traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentaran las alegaciones y el concepto escrito, respectivamente (fl. 220 cppal).

El apoderado de la parte actora presentó escrito de alegatos de conclusión (fls.221 a 230 cppal), sosteniendo que la sentencia debía ser revocada y en su lugar pidió a esta corporación que se acoja a las súplicas de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en la demanda y en la sustentación del recurso

De otro lado, la entidad demandada presentó escrito de alegatos de conclusión (fls.231 a 234 cppal). y en este documento sostuvo que la entidad demandada se ratifica en todos y cada uno de los argumentos de defensa esgrimidos en el curso de la primera instancia, además solicita que, como no está demostrada la falla en el servicio demandada, se confirme la sentencia recurrida.

El Ministerio público, Guardo Silencio.

CONSIDERACIONES

Competencia.

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 17 de febrero de 2005 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

La Sala observa que es competente para resolver el asunto *sub judice*, teniendo en cuenta que la pretensión mayor, referida en la demanda a los perjuicios



morales excedía la cuantía mínima exigida para que opere la doble instancia, en aplicación del decreto 597 de 1988¹.

Para resolver el asunto sometido a conocimiento de la Sala, se abordará el estudio de los siguientes aspectos: 1) Aspectos Procesales previos; 2) análisis de la impugnación; 3) los medios probatorios aportados y practicados; 4) problema Jurídico; 5) presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado; 6) responsabilidad del Estado por daños causados a particulares por uso excesivo de la fuerza por parte de miembros de la Policía Nacional; 7) responsabilidad por incumplimiento del deber de protección y seguridad por parte del Estado; 8) concurrencia de Culpas; 9) caso en concreto

1. Aspectos procesales previos.

La Sala previo a abordar el estudio y análisis de fondo, se pronuncia acerca de la siguiente cuestión procesales: (1) valor probatorio de la prueba trasladada, (2) Valor probatorio de el testimonio de oídas y testimonio sospechoso.

1.1.1 Valor probatorio de la prueba trasladada.

Después de examinar el expediente, la Sala encuentra que al proceso en primera instancia fueron trasladadas (1) las piezas procesales recaudadas por la Fiscalía 147 Penal Militar que integran el expediente No. 115 seguido contra Carlos Alberto Calvo Torres, Ariel Duval Tapasco Velasco, Uberney Betancur Aguirre y Fernando de Jesús Rivera Ciro, por el delito de Lesiones Personales, (2) Proceso disciplinario con radicado 0045/99 adelantado por el Grupo de Control Disciplinario Interno del Departamento de Policía de Risaralda, por queja interpuesta por el señor Jhon Alexander Moreno Mesa contra los oficiales de policía Carlos Alberto Calvo Torres, Ariel Duval Tapasco Velasco, Uberney Betancur Aguirre y Fernando de Jesús Rivera Ciro.

¹ En el presente proceso, la pretensión mayor es la del perjuicio fisiológico, equivalente a 4.000 gramos de oro, es decir \$74'334.600, en consecuencia, como la cuantía supera a la exigida por la ley para que un asunto sea de doble instancia, (año 1999: \$18.850.000), esta Corporación es competente de conocer de este recurso de apleación y elaborar la respectiva decisión.



Para determinar la procedencia de la valoración de la abundante prueba trasladada desde los procesos Penal Militar y Disciplinario que por los hechos ocurridos el 11 de marzo de 1999 han cursado y cursan en la actualidad, la Sala debe fijar los fundamentos para su valoración.

1.1.2. Fundamentos para la valoración de la prueba trasladada.

La jurisprudencia de los últimos años del Consejo de Estado, con relación a la eficacia probatoria de la prueba trasladada, sostiene que cabe valorarla a instancias del proceso contencioso administrativo, siempre que se cumpla con los presupuestos generales siguientes²: (i) los normativos del artículo 185³ del C.P.C., esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional en la medida en que el [los] proceso [s] del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia de ella⁴, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción. Así como con lo consagrado por el artículo 168 del C.C.A⁵ [vigente para la época de entrada para fallo del proceso]; (ii) las “pruebas trasladadas y practicadas dentro de las investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración no requieren ratificación o reconocimiento, según sea del caso, dentro del proceso de responsabilidad”⁶; (iii) la ratificación de la prueba trasladada se sule con la admisión de su valoración⁷; y, (iv) la prueba trasladada de la investigación disciplinaria puede valorarse ya que se cuenta con la audiencia de la

² Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. En su modulación puede verse las siguientes sentencias: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334.

³ “Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”.

⁴ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2011, expediente 19969.

⁵ Artículo 168 del Código Contencioso Administrativo: “En los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”. El artículo 211 de la ley 1437 de 2011 reza lo siguiente: “En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil”. En tanto que el artículo 214 de la ley 1437 de 2011 establece: “Toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia necesaria de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de la existencia de aquellas. La prueba practicada dentro de una actuación declarada nula, conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de contradecirla”. Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607.

⁶ Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989, expediente 5573.

⁷ Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004, expediente 15088.



parte contra la que se aduce, por ejemplo la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional⁸.

A su vez, como presupuestos para la valoración de la prueba testimonial que se traslada desde un proceso administrativo disciplinario, penal ordinario o penal militar se tiene en cuenta las siguientes reglas especiales [debiéndose tener en cuenta tanto las generales como estas]: (i) no necesitan de ratificación cuando se trata de personas “que intervinieron en dicho proceso disciplinario, o sea el funcionario investigado y la administración investigadora (ii) las “pruebas trasladadas de los procesos penales y, por consiguiente, practicadas en éstos, con audiencia del funcionario y del agente del Ministerio Público, pero no ratificadas, cuando la ley lo exige, dentro del proceso de responsabilidad, en principio, no pueden valorarse. Se dice que en principio, porque sí pueden tener el valor de indicios que unidos a los que resulten de otras pruebas, ellas sí practicadas dentro del proceso contencioso administrativo lleven al juzgador a la convicción plena de aquello que se pretenda establecer”⁹; (iii) puede valorarse los testimonios siempre que solicitados o allegados por una de las partes del proceso, la contraparte fundamenta su defensa en los mismos¹⁰, siempre que se cuente con ella en copia auténtica; (iv) cuando las partes en el proceso conjuntamente solicitan o aportan los testimonios practicados en la instancia disciplinaria¹¹; y, (v) cuando la parte demandada “se allana expresamente e incondicionalmente a la solicitud de pruebas presentada por los actores o demandantes dentro del proceso contencioso administrativo.

En cuanto a las declaraciones rendidas ante las autoridades judiciales penales ordinarias [Fiscalía, Jueces Penales, Jueces de Instrucción Penal Militar], la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia de 11 de septiembre de 2013

⁸ Sección Tercera, sentencia 20 de mayo de 2004, expediente 15650. Las “pruebas que acreditan la responsabilidad de la demandada que provienen de procesos disciplinarios internos tramitados por la misma, pueden ser valoradas en la presente causa contencioso administrativa, dado que se practicaron por la parte contra la que se aducen”. Las piezas procesales adelantadas ante la justicia disciplinaria y penal militar se allegaron por el demandante durante el período probatorio, y pueden valorarse. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2008, expediente 16741.

⁹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334, Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989, expediente 5573.

¹⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 1 de marzo de 2006, expediente 15284.

¹¹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607.



[expediente 20601] considera que “es viable apreciar una declaración rendida por fuera del proceso contencioso administrativo, sin audiencia de la parte demandada o sin su citación, cuando se cumpla con el trámite de ratificación, o cuando por acuerdo común entre las partes –avalado por el juez- se quiso prescindir del aludido trámite. Este último puede manifestarse como lo dispone el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil –verbalmente en audiencia o presentando un escrito autenticado en el que ambas partes manifiesten expresamente que quieren prescindir de la ratificación-, o extraerse del comportamiento positivo de las partes, cuando los mismos indiquen de manera inequívoca que el querer de éstas era prescindir de la repetición del interrogatorio respecto de los testimonios trasladados, lo que ocurre cuando ambos extremos del litigio solicitan que el testimonio sea valorado, cuando la demandada está de acuerdo con la petición así hecha por la demandante, o cuando una parte lo solicita y la otra utiliza los medios de prueba en cuestión para sustentar sus alegaciones dentro del proceso [...] Ahora bien, en los casos en donde las partes guardan silencio frente a la validez y admisibilidad de dichos medios de convicción trasladados, y además se trata de un proceso que se sigue en contra de una entidad del orden nacional, en el que se pretenden hacer valer los testimonios que, con el pleno cumplimiento de las formalidades del debido proceso, han sido recaudados en otro trámite por otra entidad del mismo orden, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de afirmar que la persona jurídica demandada –La Nación- es la misma que recaudó las pruebas en una sede procesal diferente, lo que implica que, por tratarse de testimonios recopilados con la audiencia de la parte contra la que se pretenden hacer valer en el proceso posterior, son plenamente admisibles y susceptibles de valoración [...] La anterior regla cobra aún mayor fuerza si se tiene en cuenta que, en razón del deber de colaboración que les asiste a las diferentes entidades del Estado, a éstas les es exigible que las actuaciones que adelanten sean conocidas por aquellas otras que puedan tener un interés directo o indirecto en su resultado, máxime si se trata de organismos estatales que pertenecen al mismo orden, de tal manera que las consecuencias de una eventual descoordinación en las actividades que los estamentos del Estado, no puede hacerse recaer sobre los administrados, quienes en muchas ocasiones encuentran serias dificultades para lograr repetir nuevamente dentro del proceso judicial contencioso administrativo,



aquellas declaraciones juramentadas que ya reposan en los trámites administrativos que han sido adelantados por las entidades correspondientes”¹².

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia de la Sub-sección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia avanza y considera que cuando no se cumple con alguna de las anteriores reglas o criterios, se podrán valorar las declaraciones rendidas en procesos diferentes al contencioso administrativo, especialmente del proceso penal ordinario, como indicios cuando “establecen las circunstancias de tiempo, modo y lugar [...] ya que pueden ser útiles, pertinentes y conducentes para determinar la violación o vulneración de derechos humanos y del derecho internacional humanitario” ¹³ .Con similares argumentos la jurisprudencia de la misma Sub-sección considera que las indagatorias deben contrastadas con los demás medios probatorios “para determinar si se consolidan como necesarios los indicios que en ella se comprendan”¹⁴ con fundamento en los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

De otra parte, para el caso de la prueba documental, la regla general que aplica la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia es aquella según la cual en “relación con el traslado de documentos, públicos o privados autenticados, estos pueden ser valorados en el proceso contencioso al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289¹⁵ del Código de Procedimiento Civil. Conforme a lo anterior, es claro que sin el cumplimiento de los requisitos precitados las pruebas documentales y testimoniales practicadas en otro proceso no pueden ser valoradas para adoptar la decisión de mérito” ¹⁶ . No

¹² Sección Tercera, sentencia de 11 de septiembre de 2013, expediente 20601; de la Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 45433.

¹³ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 45433.

¹⁴ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 45433.

¹⁵ “Artículo 289. Procedencia de la tacha de falsedad. La parte contra quien se presente un documento público o privado, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a ésta, y en los demás casos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerlo como prueba, o al día siguiente al en que haya sido aportado en audiencia o diligencia. Los herederos a quienes no les conste que la firma o manuscrito no firmado proviene de su causante, podrán expresarlo así en las mismas oportunidades. No se admitirá tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión o se trate de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica”.

¹⁶ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607. Además, en otra jurisprudencia se sostiene que “se trata de una prueba documental que fue decretada en la primera instancia, lo cierto es que pudo ser controvertida en los términos del artículo 289 [...] por el cual se reitera, su apreciación es viable”. Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009, expediente 16727. Cfr. también Sección Tercera, sentencia de 30 de mayo de 2002, expediente 13476. “Se exceptúa respecto de los documentos públicos



obstante, a dicha regla se le reconocieron las siguientes excepciones: (i) puede valorarse los documentos que son trasladados desde otro proceso [judicial o administrativo disciplinario] siempre que haya estado en el expediente a disposición de la parte demandada, la que pudo realizar y agotar el ejercicio de su oportunidad de contradicción de la misma¹⁷; (ii) cuando con base en los documentos trasladados desde otro proceso la contraparte la utiliza para estructura su defensa jurídica¹⁸; (iii) cuando los documentos se trasladan en copia simple operan las reglas examinadas para este tipo de eventos para su valoración directa o indirecta; (iv) puede valorarse la prueba documental cuando la parte contra la que se aduce se allana expresa e incondicionalmente a la misma; y, (v) puede valorarse como prueba trasladada el documento producido por una autoridad pública aportando e invocado por el extremo activo de la Litis¹⁹.

Finalmente, si se trata de inspecciones judiciales, dictámenes periciales e informes técnicos trasladados desde procesos penales ordinarios o militares, o administrativos disciplinarios pueden valorarse siempre que hayan contado con la audiencia de la parte contra la que se aducen²⁰, o servirán como elementos indiciarios que deben ser contrastados con otros medios probatorios dentro del proceso contencioso administrativo.

Debe tenerse en cuenta que el Código General del Proceso en su artículo 174, aplicable por remisión expresa del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, consagra que las *“pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas [...] La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias*

debidamente autenticados en los términos del art. 254 CPC y los informes y peritaciones de entidades oficiales (art. 243 CPC)”. Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 14 de abril de 2011, expediente 20587.

¹⁷ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de abril de 2011, expediente 20374.

¹⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 9 de diciembre de 2004, expediente 14174.

¹⁹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920.

²⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 5 de junio de 2008, expediente 16398.



jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan". A dicha norma se integran los criterios anteriormente fijados, por lo que se puede afirmar una completa correspondencia del análisis realizado por la Sala con todo el universo normativo convencional, constitucional y legal de los medios probatorios que fueron trasladados.

1.1.3. Valoración de las pruebas trasladadas

En primer lugar, respecto del proceso disciplinario aportado y adelantado por el Departamento de Policía de Risaralda, se tiene que la parte demandada, la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional hizo parte en dicho proceso, esto es, que se contó con la audiencia del ente demandado en el mismo, por tanto es claro para la Sala que cabe valorar en su integridad dicha prueba, con fundamento en los presupuestos generales de la pruebas trasladada indicados anteriormente.

En segundo lugar, respecto de los medios probatorios trasladados del proceso Penal Militar, también deben ser valorados en su totalidad, toda vez que tanto la parte demandante en su escrito de demanda, como la parte demandada en su contestación, solicitan que se oficie al Juzgado de instrucción Penal Militar para que allegue la totalidad de las piezas procesales que conforman el expediente de la investigación Penal que se inició con motivo de la denuncia instaurada por el señor Jhon Alexander Moreno Mesa.

En relación a lo anterior, concluye la Sala que se valoraran íntegramente como pruebas en el presente proceso Contencioso Administrativo tanto las piezas procesales recaudadas por la Fiscalía 147 Penal Militar que integran el expediente No. 115 seguido contra Carlos Alberto Calvo Torres, Ariel Duval Tapasco Velasco, Uberney Betancur Aguirre y Fernando de Jesús Rivera Ciro, por el delito de Lesiones Personales; como el Proceso disciplinario con radicado 0045/99 adelantado por el Grupo de Control Disciplinario Interno del Departamento de Policía de Risaralda, por queja interpuesta por el señor Jhon Alexander Moreno Mesa contra los oficiales de policía Carlos Alberto Calvo Torres, Ariel Duval Tapasco Velasco, Uberney Betancur Aguirre y Fernando de Jesús Rivera Ciro, por las razones expuestas anteriormente.



1.2 Testimonio de oídas

De acuerdo con lo dispuesto en la codificación civil procesal Título XIII – Capítulo IV, el testimonio es aquel medio de prueba que consiste en la declaración o relato que hace un tercero, sometido a interrogatorio, de los hechos que se le pregunten y de los que le consten o tenga conocimiento, previa identificación y bajo la exigencia de jurar no faltar a la verdad so pena de incurrir en las sanciones penales que por el punible de falso testimonio contempla el Código Penal, y con las excepciones previstas en la Ley²¹.

En relación con este medio de prueba, el tratadista *Hernán Fabio López Blanco* ha sostenido que esta es una modalidad probatoria denominada “*Declaración de Terceros*”:

“es una especie del género que se llama “declaración” o interrogatorio, pues es lo cierto que son muchos los elementos comunes que existen con la “declaración de parte”, porque de lo que se trata es de que personas naturales que no son parte dentro del proceso ilustren con sus relatos referentes a hechos que interesan al mismo, para efectos de llevar certeza al juez acerca de las circunstancias que constituyen el objeto del proceso”²².

Ahora bien, como el testimonio es aquel medio probatorio de mayor usanza en los juicios de responsabilidad civil, debe tenerse en cuenta que, aun cuando no se trate de un testigo mentiroso, el testimonio dependerá del convencimiento que éste tiene de su propia verdad, de su edad, sexo, nivel de educación, salud (5 sentidos), su ubicación en el lugar de los hechos, sus prejuicios, las condiciones ambientales del momento y, en general, de la representación mental que el testigo se haga de la situación fáctica que percibe y las condiciones que lo rodeen, de manera que cada persona tendrá su propia percepción de los hechos²³.

Adicionalmente, debe preverse que dicha percepción puede ser directa, porque el testigo presencié los hechos y los aprehendió mediante el uso de sus sentidos,

²¹ En el caso de los impúberes ellos están exentos de la gravedad del juramento, así como las excepciones contempladas por el principio de no autoincriminación.

²² LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil – Tomo 3 – Pruebas*, 2ª Edición 2008. Dupre Editores, pág. 181.

²³ Obra en cita, pág. 182.



generalmente, sus 5 sentidos, o puede tratarse del conocimiento que el testigo tiene de los hechos por lo que le escuchó decir a otro, de manera que el declarante carece de percepción directa y narra en sus propios términos el dicho de otra persona o lo que oyó sobre lo que otros dijeron, en cuyo caso se acentúan las dificultades del testimonio, anteriormente enunciadas.

En relación con el testimonio, su valoración y ponderación, requiere del juez, como en todos los casos, determinar el valor de convicción del mismo y su real dimensión, bajo su apreciación en conjunto y con aplicación de las reglas de la sana crítica, ejercicio cuya complejidad se acentúa en tratándose de testimonios de oídas, los cuales no pueden ser desechados de plano sino que rigidizan su valoración de cara al restante material probatorio, por cuanto serán examinados con mayor severidad.

Debe entenderse, entonces, que son, precisamente, las reglas de la sana crítica las que aconsejan que el testigo ex auditu, se aprecie con mayor rigor, se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha o cuya percepción fue directa o se subvaloren. Pero sin que puedan desecharse bajo el argumento de falta de percepción directa, sino porque confrontados con el restante material probatorio resultan contradictorios, mentirosos, o cualquier circunstancia que a criterio del juez merezca su exclusión o subvaloración.

En esta línea de pensamiento, la Sala entrará a valorar en el *sub judice* el testimonio de oídas rendido por la señora Fabiola Morales Villada, el cual se encuentra presente, tanto en el proceso Contencioso administrativo el 5 de septiembre de 2002, como en la declaración bajo juramento obrante en la prueba trasladada correspondiente al proceso penal rendido el 7 de abril de 1999 ante el Juzgado Setenta y Uno de Instrucción Penal Militar, en razón a que, sopesado con el material probatorio restante en el proceso, como lo es la declaración bajo juramento del señor Leonardo Fabio Ruiz Muñoz, se puede dilucidar la concordancia y relación que tienen ambos medios probatorios.

2. Análisis de la impugnación.



En primer lugar es procedente enunciar que le asiste razón a la parte recurrente cuando afirma que el régimen de responsabilidad tanto en materia penal como disciplinaria es diferente al del ordenamiento contencioso administrativo. Para la Sala es claro que los pronunciamientos de las diferentes jurisdicciones no constituyen una decisión obligatoria para esta jurisdicción, pero esto no significa que las piezas procesales obrantes en dichos proceso no puedan ser valorados por el ad quem, por lo anterior, el análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por la parte demandada en su escrito de apelación oportunamente presentados; específicamente, se analizará por la Sala el juicio de imputación, en sus ámbitos fáctico y jurídico, a fin de determinar si existió responsabilidad del Ministerio de Defensa – Policía Nacional en la ocurrencia de las supuestas lesiones personales causadas a Jhon Alexander Moreno Mesa.

3. Los medios probatorios aportados y practicados durante el proceso.

Al proceso fueron allegados, trasladados y practicados a petición de las partes, cumpliendo las exigencias convencionales, constitucionales y legales, los siguientes medios probatorios:

1. Queja No 003 presentada por Jhon Alexander Moreno Mesa el día 15 de marzo de 1999, al Departamento Policial Risaralda, oficina de quejas y reclamos. (fl. 2 c.1)
2. Copia del certificado de incapacidad, proferido el 24 de marzo de 1999 por el Dr. Gustavo Adolfo Téllez Cabal, donde establece que se incapacita al paciente durante 45 días a partir del 11 de marzo de 1999. (fl. 3 c.1)
3. Solicitud de remisión de paciente No 546145 del 12 de marzo de 1999 elaborada al paciente Alexander Moreno Mesa, donde se le diagnostica Fractura rama ascendente mandíbula y se remite a cirujano maxilofacial. (fls. 4 - 7 c.1)



4. Copia de recibo de pago, estado de cuentas y recibo de caja del señor Alexander Moreno Mesa respecto del Instituto Municipal de Transito y Transporte del Municipio de Dosquebradas (fls. 7 - 10 c.1)
5. Copia del informe suscrito por el S.I Carlos Alberto Calvo Torres el día 11 de marzo de 1999, donde deja a disposición del capitán al señor Jhon Alexander Moreno Mesa. (fl. 13 c.2)
6. Copia libro minuta de guardia, del 11 de marzo de 1999. (fl. 14 c.2)
7. Copia libro de control de retenidos, del 11 de marzo de 1999, los cuales son llevados al permanente el Martillo, que contiene información requerida con relación al señor Jhon Alexander Moreno Mesa. (fls. 15 - 16 c.2)
8. Copia original de la historia Clínica del señor Jhon Alexander Moreno Mesa el cual se encuentra afiliado a COOMEVA E.P.S y capitado en San Sebastián I.P.S. (fls. 23 - 37 c.2)
9. Testimonio de la señora Fabiola Morales Villada, rendido el 5 de septiembre de 2002. (fls. 41 - 45 c.2)
10. Testimonio del señor Gildardo Parra Torres, rendido el 5 de septiembre de 2002 (fls. 47 - 48 c.2)
11. Dictamen medico forense No 4717-00 suscrito por Medicina Legal, correspondiente a Jhon Alexander Moreno Mesa (fls. 77 -78 c.2)
12. Dictamen de la valoración de la perdida de la capacidad laboral, suscrito el 22 de enero de 2000 por la Junta de Calificación de Invalidez Regional Risaralda, en la cual se determina que el Sr. Jhon Alexander Moreno Mesa, no presenta ninguna deficiencia, discapacidad ni minusvalía, por consiguiente la perdida de capacidad laboral es de cero. (fls. 83 - 84 c.2)



13. Aclaración del Dictamen médico forense No 4717-00 donde el diagnóstico es politraumatismo generalizado, conclusión Elemento vulnerante: contundente, incapacidad médico legal definitiva: 15 días. (fl. 123 c.2)
14. Oficio 218 suscrita por la Junta de Calificación de Invalidez Regional Risaralda, donde concluye que no es procedente fijar nueva hora y fecha para valorar nuevamente al señor Jhon Alexander Moreno Mesa, por cuanto este ya fue calificado y en el procedimiento se observaron todos los presupuestos de hechos y de derecho que regulan el proceso de calificación. (fls. 135 - 136 c.2)
15. Dictamen No 4717-3-00 médico forense donde se reitera la incapacidad médico legal definitiva es de 15 días, y que el elemento vulnerante fue contundente. (fl. 159 c.2)
16. Oficio suscrito por el Dr. Gerardo Bernal Montenegro el 3 de abril de 2002, donde establece que al paciente Jhon Alexander Moreno Mesa le debió ser instalada nuevamente medicación anti-convulsionante luego de 8 años. (fl. 204 c.2)
17. Complementación y aclaración del dictamen presentado el 22 de enero de 2000 suscrito el 02 de abril de 2002 por la Junta de Calificación de Invalidez Regional Risaralda, donde se concluyó que el citado señor Moreno Mesa, no presenta ninguna deficiencia, discapacidad ni minusvalía, como consecuencia de los hechos materia de investigación; con respecto al reinicio del síndrome convulsivo se aduce que es prácticamente imposible afirmar o negar de manera categórica dicha circunstancia y que no está en condiciones de emitir un dictamen en tal sentido. (fl. 224 c.2)
18. Proceso disciplinario con radicado 0045/99 adelantado por el Grupo de Control Disciplinario Interno del Departamento de Policía de Risaralda, por queja interpuesta por el señor Jhon Alexander Moreno Mesa contra los oficiales de policía Carlos Alberto Calvo Torres, Ariel Duval Tapasco Velasco, Uberney Betancur Aguirre y Fernando de Jesús Rivera Ciro. (Cuaderno Anexos No 2), (fls. 114 – 140 c. ppal)



19. Proceso Penal Militar No. 115 adelantado por la Fiscalía 147 Penal Militar seguido contra Carlos Alberto Calvo Torres, Ariel Duval Tapasco Velasco, Uberney Betancur Aguirre y Fernando de Jesús Rivera Ciro, por el delito de Lesiones Personales. (Cuaderno Anexos No 3), (cuaderno No 6)

4. Problema jurídico

El problema jurídico que se plantea la Sala consiste en determinar si le es o no imputable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, responsabilidad por las lesiones personales causadas al señor JHON ALEXANDER MORENO MESA, en hechos ocurridos el 11 de marzo de 1999.

5. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”²⁴ de la responsabilidad del Estado²⁵ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados²⁶ y de su patrimonio²⁷, sin distinguir su condición, situación e

²⁴ En la jurisprudencia constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

²⁵ La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culpable o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

²⁶ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXANDER, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49. La “responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.308.

²⁷ “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.



interés²⁸. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”²⁹. Como bien se sostiene en la doctrina, la *“responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad³⁰; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”³¹.*

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado ³² tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública³³ tanto por la acción, como por la omisión de

²⁸ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sección Tercera, sentencia de enero de 2006, expediente AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. Essai d une théorie general de la responsabilité civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

²⁹ RIVERO, Jean. Derecho administrativo. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public francais”, en Revue de Droit Public, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en JurisClasseur Publique, 1954. T.I, V.178.

³⁰ “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

³¹ MIR PUIGPELAT, ob., cit., p.120-121.

³² “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada – en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

³³ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, expedientes: 10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.



un deber normativo³⁴, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012³⁵ y de 23 de agosto de 2012³⁶.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la,

“... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otro lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración”³⁷.

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”³⁸.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral

³⁴ “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

³⁵ Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente: 21515. MP: Hernán Andrade Rincón.

³⁶ Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente: 23492. MP: Hernán Andrade Rincón.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.



del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”³⁹.

Así mismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”⁴⁰. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁴¹, anormal⁴² y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁴³.

En cuanto a la imputación, exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica⁴⁴, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los criterios de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

⁴⁰ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

⁴¹ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

⁴² “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

⁴³ Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

⁴⁴ “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.



los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”⁴⁵.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁴⁶, según el cual, la reparación del daño antijurídico cabe atribuirse al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁴⁷. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de *las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”*⁴⁸.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por los criterios de la imputación objetiva que *“parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”*⁴⁹. Siendo esto así, los criterios de imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrecen estos criterios, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva,

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁴⁶ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: *“Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libre) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”*. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: *“La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”*. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁴⁷ El *“otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”*. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁴⁸ *“Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”*. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminnet.urg.es/recpc>], p.6 y 7.

⁴⁹ *“El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”*. GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, p.77 ss.



instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”⁵⁰.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “*excluír del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar*”⁵¹. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no⁵². Es más, se sostiene doctrinalmente “*que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños*”⁵³.

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁵⁴ es

⁵⁰ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁵¹ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁵² JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “*De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo (...) No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia*”. Sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente: 14170.

⁵³ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

⁵⁴ “*El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la*



necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁵⁵ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: *“Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”*⁵⁶.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección⁵⁷ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁵⁸. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón

optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

⁵⁵ “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

⁵⁶ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

⁵⁷ Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección*. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

⁵⁸ Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.



tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”⁵⁹.

En una teoría de la imputación objetiva construida sobre la posición de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización

⁵⁹ “En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe)*. 2. Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss)”. Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho*. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.



externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante”⁶⁰.

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁶¹, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”⁶², y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho⁶³.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado⁶⁴, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede aplicar la falla en el servicio sustentada en la

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁶¹ “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

⁶² MIR PUIGPELAT, ob., cit., p.204.

⁶³ “el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, ob., cit., p.308.

⁶⁴ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente: 23492.



vulneración de deberes normativos⁶⁵, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no aplicarse la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si se acogen los criterios del riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera:

“(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”⁶⁶.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo⁶⁷ que permita la

⁶⁵ Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la *conditio sine qua non*, sino *conditio per quam* de la administración”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: “Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”., ob., cit., p.311.

⁶⁶ “En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”. Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515 y 23 de agosto de 2012, expediente: 24392.

⁶⁷ “En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una



mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme a lo anterior esquema, se analizará el caso a resolver, no sin antes referirnos brevemente al punto particular del asunto que involucra la responsabilidad del Estado por daños causados a particulares por uso excesivo de la fuerza por parte de miembros de la Policía Nacional

6. Responsabilidad del Estado por daños causados a particulares por uso excesivo de la fuerza por parte de miembros de la Policía Nacional.

La Sala señala que en ejercicio del control de convencionalidad se encuentra elementos normativos que sirven de parámetro para determinar el juicio de atribución de responsabilidad del Estado, a partir del reconocimiento del derecho a la vida (que impone obligaciones tanto positivas como negativas a los Estados) y el derecho a la integridad física de la persona⁶⁸ como Derechos Humanos en la Convención y conforme a los criterios de excepcionalidad y uso racional de los instrumentos de coerción de que disponen las autoridades del Estado, tal como lo consideró la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁹ en el caso *Retén de*

institución socialmente absurda: ineficiente". PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM, No.4, 2000, p.174. De acuerdo con Martín Rebollo "(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa»". MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones", en AFDUAM: no.4, 2000, p.307.

⁶⁸ Al tenor del artículo 5.1 de la Convención y que establece que 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral

⁶⁹ Es de resaltar que también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que si bien las autoridades tiene el derecho y el deber de hacer cumplir la ley y mantener el orden público, ello no puede dar lugar al uso excesivo y desproporcionado de la fuerza, ya que, en situaciones de tal condición se estaría frente a una privación arbitraria de la vida, en caso de causarse la muerte con tal proceder. Ha dicho la Comisión al respecto:

39. La jurisprudencia de la Corte deja en claro que los agentes del Estado tienen el derecho y la responsabilidad de hacer cumplir la ley y mantener el orden aun cuando se produzcan, en algunos casos, muertes o lesiones corporales. No obstante, la Corte sostuvo también claramente que la fuerza utilizada no debe ser excesiva. Cuando se usa fuerza excesiva, no se respeta la integridad personal, y toda privación de la vida resultante es arbitraria. La cuestión que se plantea a la Comisión consiste, por lo tanto, en determinar si los agentes policiales que penetraron en la finca para cumplir las órdenes de arresto hicieron uso excesivo de



Catia c. Venezuela donde fijó, en atención al riesgo que supone, una suerte de pautas para el uso de la fuerza y de las armas por parte de las autoridades estatales, de manera que **i)** la fuerza o los elementos de coerción sólo pueden ser empleados cuando se hayan agotado sin éxito otros medios de control menos lesivos, **ii)** por regla general –dice la Corte- se debe proscribir el uso de armas letales y sólo se puede autorizar su uso en los casos expresamente tasados por la Ley, los cuales deben estar sujetos a una interpretación restrictiva, añadiendo que “Cuando se usa fuerza excesiva toda privación de la vida resultante es arbitraria” y, por último **iii)** la Corte apeló a los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de Oficiales Encargados de Hacer cumplir la Ley⁷⁰ para decir que el uso de las armas de fuego es excepcional, y que procede para la defensa propia o de un tercero que ve amenazada su vida o integridad física, para evitar la comisión de un delito, cuando se trate de la captura de un sujeto que reporte peligro y oponga resistencia o para impedir su fuga; en suma esta declaración de principios reitera que “En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.”.

En este mismo contexto, es del caso resaltar que además de la mencionada Declaración de Principios Básicos, en el Sistema Universal de Protección de

fuerza, que haya dado lugar a violaciones de la Convención. La Comisión concluye que en este caso se llevó a cabo un uso excesivo de la fuerza.

40. Conforme a las pautas internacionales que se han elaborado referentes al uso de la fuerza por parte de los agentes de seguridad pública para cumplir su función, esa actividad debe ser necesaria y proporcional a las necesidades de la situación y al objetivo que se trata de alcanzar. El Código de Conducta para Oficiales de Seguridad Pública de las Naciones Unidas dispone expresamente que "el uso de armas de fuego se considera una medida extrema." Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de fondo No. 57/02 Caso 11.382. Caso Finca La Exacta c. Guatemala. 21 de octubre de 2002. Información obtenida en el sitio web: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/Guatemala.11382a.htm> Consultado el 10 de marzo de 2014.

⁷⁰ Dicha declaración de principios tuvo lugar en el Octavo congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba entre el 27 de agosto y el 7 de septiembre de 1990. Es de resaltar de dicha declaración los principios 9° y 10° que establecen lo siguiente:

“9. 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 seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

10. En las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso.”



Derechos Humanos⁷¹ se encuentra la Resolución No. 34/169 de 17 de diciembre de 1979 de la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la cual se adoptó el Código de Conductas para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; de donde se destaca, de dicha normatividad, el artículo 3° que dispone que “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.”⁷², de donde se derivan como consecuencias: **i)** el uso excepcional de la fuerza, **ii)** que la legislación nacional que de manera extraordinaria autorice el uso de las armas de fuego debe establecerse “de conformidad con un principio de proporcionalidad” y, **iii)** que el uso de las armas constituye una medida extrema y que se debe hacer todo lo posible por excluir su uso contra los niños; de acuerdo con los comentarios elaborados a dicho artículo por la propia Asamblea General⁷³.

⁷¹ Es de resaltar el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el Caso *Fanny Suarez de Guerrero c. Colombia* el 31 de marzo de 1982 en donde el Comité conoció un caso concerniente a la muerte de siete personas a manos de miembros de la Policía Nacional. Los fundamentos jurídicos recogen la opinión del Comité acerca de la violación del derecho a la vida dispuesto en el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité señaló: “13.2 Por otra parte, la acción de la policía fue al parecer tomada sin previo aviso a las víctimas y sin darles ninguna oportunidad de rendirse a la patrulla de la policía o de ofrecer ninguna explicación de su presencia o intenciones. No hay evidencia de que la acción de la policía era necesaria en su propia defensa o la de los demás, o que era necesario llevar a cabo la detención o impedir la fuga de las personas afectadas. Por otra parte, las víctimas no eran más que sospechosos del secuestro que había ocurrido unos días antes, y su muerte a manos de la policía les privó de todas las protecciones del debido proceso establecido por el Pacto. En el caso de la Sra. María Fanny Suárez de Guerrero, el informe forense mostró que había recibido un disparo en varias ocasiones después de que ella ya había muerto de un ataque al corazón. No puede haber ninguna duda razonable de que su muerte fue causada por la patrulla de la policía.

13.3 Por estas razones, es la opinión del Comité de que la acción de la policía provocó la muerte de la Sra. María Fanny Suárez de Guerrero era desproporcionada en relación con los requisitos de la aplicación de la ley en las circunstancias del caso y que fue privado arbitrariamente de su vida contraria al artículo 6 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Puesto que la acción policial se hizo justificable como un asunto de la legislación colombiana mediante el Decreto Legislativo N° 0070, de 20 de enero de 1978, el derecho a la vida no estaba suficientemente protegido por la ley de Colombia como lo exige el artículo 6 (1).”

⁷² Información obtenida en el sitio web: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/codigo.htm> [Consultado el 10 de marzo de 2014]

⁷³ Los comentarios al artículo tercero del Código de Conductas son del siguiente tenor literal: “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 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



Bajo esta misma línea nuestra Constitución Política – artículo 2º, establece dentro de los fines esenciales del Estado asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, para el logro de este objetivo se instituyeron las autoridades públicas, con el propósito fundamental de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, postulado que, con relación a la Policía Nacional fue desarrollado en el artículo 218 superior, al contemplarla como:

“un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”

En este sentido, tenemos que el servicio de policía, es un servicio público a cargo del Estado encaminado a mantener y garantizar el orden público interno de la Nación y la convivencia pacífica, entre otros. Este servicio lo presta el Estado en forma permanente, exclusiva, obligatoria, directa, indelegable, inmediata e indeclinable, con el propósito esencial de procurar el desarrollo de la vida en comunidad, cuyo ejercicio se encuentra limitado en la observancia de la primacía de los derechos inalienables de las personas y los principios contenidos en la Constitución Política, las leyes y en la finalidad específica que su prestación persigue.

Siguiendo este desarrollo constitucional, encontramos la Resolución 9960 del 13 de noviembre de 1992, por medio de la cual el Director General de la Policía Nacional aprobó el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural, previendo la necesidad de actualizar y ajustar la prestación del servicio policial a los nuevos principios establecidos en la Constitución Política de 1991, cuya función primordial es mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos, libertades públicas y la convivencia pacífica.

Fue así como se denominó servicio de policía, a la vigilancia permanente que el Estado presta por intermedio de la Policía Nacional, para conservar el orden público, proteger las libertades y prevenir y controlar la comisión de delitos, y se

autoridades competentes.”. Información obtenida en el sitio web:
<http://www2.ohchr.org/spanish/law/codigo.htm> [Consultado el 10 de marzo de 2014]



dijo que este servicio lo integran la vigilancia urbana y rural, que son la base fundamental de las actividades preventivas y operativas de la Policía Nacional,⁷⁴ clasificándolo según su objeto en acciones de vigilancia y judiciales⁷⁵⁻⁷⁶.

En dicho reglamento, se establecieron las normas de carácter general que regulan la prestación del servicio policial, se fijaron los criterios, pautas y procedimientos para asegurar el cabal cumplimiento de la misión constitucional asignada a la Policía Nacional y se estableció una guía permanente de consulta para unificar procedimientos en la prestación del servicio de vigilancia⁷⁷, a los cuales deben ceñirse las actuaciones del personal oficial, suboficial y agentes de la Institución⁷⁸, que son funcionarios profesionales, preparados y estructurados en el ejercicio de su función, quienes deben cumplir en todo momento los deberes que impone la ley, sirviendo a la comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión, para lo cual, en el desempeño de sus tareas, se encuentran obligados a respetar y proteger la dignidad humana y mantener y defender los derechos humanos de todas las personas, y sólo están habilitados para usar la fuerza cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas⁷⁹, es decir dentro de los límites de razonabilidad y proporcionalidad que la situación fáctica demande.

Ahora bien, en relación con el servicio de vigilancia se estableció que la Policía, en el ejercicio de sus funciones de vigilancia, debe desarrollar un espíritu de observación, sagacidad e iniciativa, con el propósito de vigilar preferentemente a personas sospechosas que deambulen por su lugar de acción, concentrar su atención en aquellos individuos cuyas actitudes le merezcan duda en su proceder

⁷⁴ Artículo 34 Resolución 9969/1992 – Policía Nacional.

⁷⁵ Artículo 35 ibídem.

⁷⁶ Es necesario diferenciar la policía administrativa de la policía judicial; la primera está encargada fundamentalmente de reprimir los atentados contra el orden público una vez que ellos hayan ocurrido, y la segunda está encargada de colaborar con los funcionarios judiciales en la investigación de los delitos y en la captura de los delincuentes. La distinción entre ambas policías es importante no sólo por el principio de separación entre autoridades administrativas y judiciales propiamente dichas sino porque en la práctica numerosas acciones de policía son mixtas y su calificación se fundamenta algunas veces en la finalidad de la acción más que en su contenido.

⁷⁷ Artículo 1° ibídem.

⁷⁸ Artículo 2° ibídem.

⁷⁹ Artículo 23 ibídem.



y velar por la seguridad en el sector a su cargo,⁸⁰ y en todo caso con la obligación de intervenir, cualquiera sea la circunstancia en que se encuentre⁸¹ y de desplegar toda su iniciativa para procurar la prevención de delitos, desordenes, o cualquier otro acto que tienda a perturbar la seguridad y el bienestar de la comunidad⁸², de lo cual se resalta que el servicio de vigilancia policial es eminentemente preventivo, en el entendido que las normas y los servicios de policía se establecieron como medios para prevenir la infracción penal.

Así pues, en desarrollo del servicio de vigilancia que le corresponde a la Policía Nacional, los miembros de la Institución cuentan con la posibilidad de hacer uso de los medios jurídicos y materiales que están a su alcance para lograr el fin perseguido, el cual se circunscribe a mantener el orden público dentro de todo el territorio nacional.

Definiendo como medios jurídicos aquellos que tienen como finalidad la prevención de la comisión de los delitos y las contravenciones previstas en la ley penal y en los códigos de policía, los cuales puede constar en reglamentos, permisos y órdenes⁸³ y como medios materiales aquellos con capacidad de reprimir la perturbación del orden público y sancionar a quien este infringiendo la ley, mediante el uso de la fuerza, la captura y/o el allanamiento⁸⁴.

En tratándose del uso de la fuerza, la autoridad tiene la facultad de hacer cumplir la orden dada por parte de un policía, obligando si es del caso, al ciudadano a cumplirla, pero en ningún supuesto de hecho se pueden emplear medios incompatibles con los principios humanitarios (Art. 24 C.N.P.), así lo señala el artículo 127 del Reglamento de Urbana y Rural para la Policía Nacional:

*"Solo cuando sea estrictamente necesario, la Policía puede emplear la fuerza para impedir la perturbación del orden público y para restablecerlo".
(Art. 29 C.N.P.).*

El medio de policía debe ser adecuado al fin de policía que se trata de alcanzar, y a la naturaleza del derecho a proteger lo que quiere decir que la

⁸⁰ Artículo 38 ibidem.

⁸¹ Artículo 39 ibidem.

⁸² Artículo 47 ibidem.

⁸³ Artículo 124 Reglamento de Vigilancia Urbana Rural de 1992.

⁸⁴ Artículo 126 Reglamento de Vigilancia Urbana Rural de 1992.



medida impuesta no debe ser la más rigurosa y que si una medida menos rigurosa basta, esta es la que debe ser empleada.

Los funcionarios de policía pueden autorizar el uso de la fuerza en los siguientes casos, para:

- 1. Hacer cumplir las decisiones de los jueces y demás autoridades.*
- 2. Impedir la comisión actual o inminente de un hecho punible.*
- 3. Asegurar la captura de quien debe ser conducido ante la autoridad.*
- 4. Vencer la resistencia del que se oponga a una orden judicial de cumplimiento inmediato.*
- 5. Evitar mayores peligros y perjuicios en caso de calamidad pública.*
- 6. Defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta, contra la persona, su honor y sus bienes.*
- 7. Proteger a las personas contra peligros inminentes y graves”.*

No obstante, el ejercicio legítimo de la función encomendada por la Constitución Política a la Policía Nacional, no se justifica el uso desproporcionado de los medios con los que cuentan los miembros de la institución, para hacer cumplir la ley y el ordenamiento jurídico, su actuar debe estar siempre precedido o enmarcado por el respeto a los derechos humanos, especialmente aquellos como la vida, la dignidad, la honra, entre otros.

Así las cosas, en pronunciamiento del 19 de octubre del 2011⁸⁵ la Subsección se refirió a los parámetros que deben tener en cuenta los miembros de las fuerzas armadas en el uso de la fuerza estatal, señalando que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puntualizado⁸⁶:

*“74. El artículo 4.1 de la Convención estipula que “[n]adie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. La expresión “arbitrariamente” excluye, como es obvio, los procesos legales aplicables en los países que aún conservan la pena de muerte. Pero, en el caso que nos ocupa, el análisis que debe hacerse tiene que ver, más bien, con el derecho del Estado a usar la fuerza, aunque ella implique la privación de la vida, en el mantenimiento del orden, lo cual no está en discusión. Hay abundantes reflexiones en la filosofía y en la historia sobre cómo la muerte de individuos en esas circunstancias no genera para el Estado ni sus oficiales responsabilidad alguna. Sin embargo, como aparece de lo expuesto con anterioridad en esta sentencia, la alta peligrosidad de los detenidos en el Pabellón Azul del Penal San Juan Bautista y el hecho de que estuvieren armados, **no llegan a constituir, en opinión de esta Corte, elementos suficientes para justificar el volumen de la fuerza***

⁸⁵ CONSEJO DE ESTADO. Exp.19803. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Posición que constituye reiteración de los siguientes procesos Exp. 20193, 21244, 22549, 22804 y 22858.

⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corteidh), sentencia Caso Neira Alegría y otros vs. Perú, sentencia del 19 de enero de 1995.



que se usó en éste y en los otros penales amotinados y que se entendió como una confrontación política entre el Gobierno y los terroristas reales o presuntos de Sendero Luminoso (supra párr. 52), lo que probablemente indujo a la demolición del Pabellón, con todas sus consecuencias, incluida la muerte de detenidos que eventualmente hubieran terminado rindiéndose y la clara negligencia en buscar sobrevivientes y luego en rescatar los cadáveres.

“75. Como ya lo ha dicho esta Corte en casos anteriores, [e]stá más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana (Caso Velásquez Rodríguez, supra 63, párr. 154 y Caso Godínez Cruz, supra 63, párr. 162).” (negrillas fuera de texto)

Ahora bien, lo expuesto no constituye *per se* la responsabilidad patrimonial del Estado, y que por lo tanto indefectiblemente haya lugar a decretar una indemnización de perjuicios, comoquiera que, dependiendo de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos en el caso concreto, es posible que se acredite una causal eximente de responsabilidad que impida la imputación del daño al Estado, o que se establezca un comportamiento diligente y cuidadoso por parte del agente del Estado, hecho este que anularía lo pretendido en la demanda, habida cuenta que, cuando se juzga la responsabilidad de la administración pública, bajo el imperio del artículo 90 de la Carta Política, se requiere probar el daño y la imputación del mismo a una entidad de derecho público.

En ese orden de ideas, la simple demostración del daño antijurídico no es suficiente para endilgar la responsabilidad patrimonial del Estado, pues ésta es condición necesaria más no determinante de la misma⁸⁷.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 17318.



Así las cosas, a efectos de establecer sí en el presente caso se incurrió en una falla del servicio, por el uso desproporcionado de la fuerza pública, es imperativo precisar que el uso de la misma debe someterse a un juicio de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, para determinar si se ajustó o no a los parámetros legales y constitucionales, para establecer si la reacción fue adecuada.

7. El alcance de la obligación de seguridad y protección de la población civil⁸⁸

La Sala de Sub-sección C debe reiterar que el alcance de la obligación de seguridad y protección de la población civil dentro del contexto constitucional, tiene su concreción en las expresas obligaciones positivas emanadas de los artículos 1 [protección de la dignidad humana], 2 [las autoridades están instituidas “para proteger a todas personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades], de la Carta Política de 1991. Las que no se agotan, sino que se amplían por virtud del artículo 93 constitucional, de tal manera que cabe exigir como deberes positivos aquellos emanados de derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos.

Así las cosas a la administración pública tiene una “posición de garante institucional”, del que derivan los deberes jurídicos de protección consistentes en la precaución y prevención de los riesgos en los que se vean comprometidos los derechos humanos de los ciudadanos que se encuentran bajo su cuidado, tal como se consagra en las cláusulas constitucionales, y en las normas de derecho internacional humanitario y de los derechos humanos.

En la jurisprudencia se señaló que la posición de garante ya ha sido acogida en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos afirmándose:

“La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus

⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 3 de diciembre de 2014. Exp.45.433



agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos (sic) 1.1 y 2 de la Convención.

“La responsabilidad internacional de los Estados Partes es, en este sentido, *objetiva* o ‘absoluta’, teniendo presentes *conjuntamente* los dos deberes generales, estipulados en los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana.”⁸⁹

El Estado debe propiciar que el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, genéricamente, o en sus especiales condiciones, no se considere riesgoso, de manera que tanto su actividad, su desplazamiento, como la defensa de los derechos no este sometido a un desbalance en las relaciones asimétricas⁹⁰ Estado-ciudadano.

8. Concurrencia de culpas

A propósito del reconocimiento de la concurrencia de culpas, o el concurso del hecho culposo del perjudicado, como lo denomina Adriano De Cupis, en tanto causal para atenuar la responsabilidad al Estado; esta Corporación ha sostenido lo siguiente:

⁸⁹ “(...) Es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención. (...) En conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Mapiripan, párr 110, Caso de los 19 comerciantes párr 141.

⁹⁰ “La concepción de la igualdad entre el estado y el individuo no logra explicar ni la especial necesidad de justificación en que ha de legitimarse toda acción estatal, ni tampoco la pretensión de validez y eficacia a la que aspiran las decisiones de todo poder legítimamente constituido (...) El individuo actúa en el marco de una libertad jurídicamente constituida. El estado actúa en el ámbito de una competencia jurídicamente atribuida”. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, Marcial Pons, INAP, Madrid, 2003, pp.21 y 22.



“...será el juez quien en cada caso concreto el que valorará el curso o cursos causales existentes, para determinar la imputación fáctica del daño antijurídico, lo que permitirá establecer si operó una causa única o si existió una concausa, situación ésta en la que habrá que fijar proporcionalmente, según el grado de participación de cada sujeto, el monto del perjuicio padecido.

Ahora bien, no significa lo anterior que toda conducta de la víctima tenga la suficiente dimensión o entidad para excluir o enervar la imputación frente al presunto responsable; el comportamiento de aquella para poder operar como causal exonerativa de responsabilidad debe ostentar una magnitud, de tal forma que sea evidente que su comportamiento fue el que influyó, de manera decisiva, en la generación del daño”⁹¹.

También se considera que para que se configure el hecho de la víctima como factor eximente o atenuante de responsabilidad, no es necesario que la entidad demandada acredite la irresistibilidad o imprevisibilidad del comportamiento de la víctima, pues basta con argumentar que es una causa adecuada y determinante para la producción del daño. Así se ha señalado por esta Corporación:

“En síntesis, no se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquélla fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación.

“Así las cosas, si la culpa de la víctima es causa parcial (concausa) en la producción del daño, esta circunstancia puede constituir un factor de graduación del perjuicio, todo lo cual dependerá del grado de participación de la propia persona afectada en la concreción de los hechos que son objeto de análisis”⁹².

9. Caso concreto

En el plenario se encuentra demostrado el daño antijurídico, éste consiste en las lesiones personales causadas al señor Jhon Alexander Moreno Mesa en hechos

⁹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 13 de agosto de 2008, M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO, exp. 17042.

⁹² *Ibíd.*



ocurridos el 11 de marzo de 1999, en Dosquebradas mientras se encontraba bajo la vigilancia y protección de agentes de la Policía Nacional, tal y como consta en el certificado de incapacidad proferido el 24 de marzo de 1999 por el Dr. Gustavo Adolfo Téllez Cabal,⁹³

*"IDX: Fractura Angulo Mandibular izquierdo.
Paciente quien sufrió trauma contuso severo el 11 de marzo/99
Se intervino quirúrgicamente el 24/03/99.
Se incapacita durante 45 días a partir del 11 de marzo/99".*

Y en el oficio del 11 de marzo de 1999 suscrito por el SI Calvo Torres Carlos Alberto⁹⁴:

"Comedidamente me permito dejar a disposición de mí capitán un joven quien dijo llamarse, Jhon Alexander Moreno Meza, indocumentado, 19 años de edad alfabeto, soltero, sin mas datos ya que se negó a suministrarlos.

HECHOS:

Siendo las 01:30 horas del día de hoy, encontrándonos pasando revista al barrio Esmeralda, saliendo del mismo y al notar la presencia de la patrulla Policial, se observó a distancia cuando una Motocicleta, realizó un giro brusco, pretendiendo huir, por lo cual perdió el equilibrio cayéndose tanto el conductor bruscamente con la motocicleta, al notar que se encontraba en bastante estado de embriaguez, se procedió a efectuarle la respectiva requisita encontrándosele en su poder tres papeletas de una sustancia al parecer basuco (sic). Se e informó que se le iba a inmovilizar la moto, por haber infringido el Decreto 354, emanado de la Alcaldía Municipal de Dosquebradas y a su vez por encontrarse en estado de embriaguez, solicitándole que nos acompañara hasta los patios de tránsito para hacerle entrega del Comparendo e inventario de la Moto, a lo cual reaccionó de una forma violenta física y verbalmente en contra de los policiales que allí nos encontrábamos, por tal motivo, debido a su actitud y negarse a acompañarnos fue necesario conducirlo en el vehículo policial de siglas 22-622, hasta el permanente el Martillo quien durante el trayecto golpeaba fuertemente con los pies, manos y cabeza la malla del interior del vehículo, lanzando palabras soeces y amenazantes.

Es de anotar ya en las instalaciones del permanente al verificar su estado físico el individuo presentaba contusiones en su cara y sangre en su boca.

Ahora bien, con relación a la imputación del daño antijurídico a la entidad demandada, vale la pena resaltar que este consiste en determinar si la actuación de la autoridad pública se enmarcó en lo preceptuado en la normatividad constitucional y legal que regula la prestación del servicio de policía; toda vez que,

⁹³ Fl. 3 del c. 1

⁹⁴ Fl. 13 del c. 2



como se ha dicho, su desconocimiento implicaría efectuar la imputación en cabeza de la institución a título de falla del servicio. Lo anterior, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 6° constitucional sobre el principio de legalidad que rige la actuación de los servidores públicos, que los responsabilizó por infringir la Constitución o las leyes, ya sea mediante una acción, omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

La Sala observa que de acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente existen dos versiones divergentes sobre los hechos y motivos que ocasionaron las lesiones personales del señor Moreno Mesa el día 11 de marzo de 1999, por un lado la parte demandada - Policía Nacional – asegura que las lesiones fueron ocasionadas como consecuencia de una caída que sufrió el Señor Moreno Mesa de su motocicleta, cuando este intentaba huir de una patrulla de Policía que se encontraba en el barrio la Esmeralda (Dosquebradas), dicha versión tiene su sustento probatorio tanto en el informe del 11 de marzo de 1999 suscrito por el SI Calvo Torres Carlos Alberto, como en las diligencias de indagatoria presentadas por el PT. Fernando de Jesús Rivera Ciro⁹⁵, AG. Betancourth Aguirre Uberney⁹⁶, AG. Dubal Ariel Tapasco Velasco⁹⁷ y SI Calvo Torres Carlos Alberto⁹⁸, los cuales estuvieron presentes al momento de los hechos y fueron los que aprehendieron al lesionado.

De otro lado se encuentra en el expediente la versión del demandante, el cual asegura que fueron los agentes de policía los que le causaron las lesiones pues ellos lo agredieron tanto física, verbal como psicológicamente; sostiene el actor que el día 11 de marzo se dirigía a su casa en su moto cuando en el Barrio la Esmeralda (Dosquebradas) se encontró con un reten de Policía en el cual le fueron pedidos tanto los papeles de la moto como los personales, al revisarle los papeles deciden aprehenderlo y llevarlo a la estación de Policía, el señor Moreno Mesa reclamó la decisión y fue en ese momento cuando empezaron a golpearlo y maltratarlo, no solo al momento de la remisión al cuartel sino también dentro de las instalaciones; dicha versión tiene su sustento probatorio tanto en: la

⁹⁵ FI 134 – 141 Proceso Penal C. Anexos No. 3

⁹⁶ FI 143 – 147 Proceso Penal C. Anexos No. 3

⁹⁷ FI 148 – 152 Proceso Penal C. Anexos No. 3

⁹⁸ FI 187 – 191 Proceso Penal C. Anexos No. 3



Declaración Bajo Juramento que rinde la señora Fabiola Morales Villada en el Proceso Penal Militar⁹⁹:

“PREGUNTADA: sírvase manifestar al Despacho, si para la fecha del 11 de marzo en horas de la madrugada usted se movilizaba en una moto en compañía del señor Jhon Alexander Moreno Mesa, a donde se desplazaron y con quien se movilizaba:

CONTESTÓ: Si yo estaba esa noche, ese día salimos como a las 6 y media o siete de la noche a comprar unas cosas, después fuimos a comer y estuvimos dando varias vueltas en la ciudad visitando amistades, hasta que se nos hizo tarde, por hay (sic) a la una de la madrugada me llevo a la casa que queda en el Barrio Santa Isabel, hasta al otro día que recibí una llamada del inspector donde me decía que el joven JHON ALEXANDER MORENO MESA se encontraba retenido, en la inspección que queda por el Comando de la Policía, que se encontraba en lamentable condición física que me apresurara que por que el muchacho estaba demasiado lastimado, al preguntarle porque me dijo que al parecer el muchacho había sido golpeado por los agentes dentro de la inspección, yo me demoré treinta minutos y las 7 y 30 minutos llegué allá el ya no estaba, los agentes lo habían llevado al hospital a recibir primeros auxilios, cuando iba a salir para el hospital llegaban ellos con el muchacho, estaba sin camisa en mero pantalón, tenía una muela suelta, la cara inflamada, el pecho amoratada y rallado de golpes y el costado derecho, en el hospital solo le hicieron una revisión superficial, los resultados de la lesión los vine a ver yo por las radiografías, entonces yo entré con el muchacho a la inspección donde se me notificó el porque de la detención, ellos alegaban de que el estaba lastimado que por que se había aido (sic) de la moto, yo no me explico que si se callo (sic) de la moto y estuviese tan lastimado y le colocaran un parte, con varios códigos que pagándolo al otro día por el cincuenta por ciento menos hubo que pagar \$ 217.750,00 pesos aproximadamente, en vez de llevarlo a un hospital y no a una cárcel y la moto inexplicablemente no tiene ni un rayo ni un hundido, para haberse golpeado tan fuerte, todo esto lo hubiéramos dejado así, si solamente hubiera sido golpes, pero esos golpes muestran las secuelas del salvajismo que tenemos en nuestras autoridades, en la inspección de policía luego me entregaron la camiseta y el buzo completamente ensangrentado, la documentación estaba incompleta, en la billetera faltaba la tarjeta de conducta y el pasado judicial, como se explica que apareciera la tarjeta de conducta en los patios donde estaba la moto y el pasado judicial apareció un vecino de la esmeralda con el, y fue hasta la que sera a entregarlo por que distinguía al muchacho, al preguntarle que donde lo había conseguido dijo que había visto el focejeo (sic) donde lo retuvieron a él y que cuando ellos se fueron se a buscar que se había caído y encontró el pasado judicial y no es más.

(...)

PREGUNTADO: Dígale al Despacho, cuál es el estado actual del joven ALEXANDER MORENO MESA:

⁹⁹ FI 16 – 19 Proceso Penal C. Anexos No. 3



CONTESTÓ: dada la urgencia de la cirugía dicha por el médico, nosotros hicimos las diligencias para hacer operar el muchacho cuanto antes, quedándonos muy claro que COOMEVA solo se hace cargo del 18 o el 20 por ciento de gastos de cirugía, quedando con ellos de llevar a una demanda y firmamos una letra encabezada por el joven JHON ALEXANDER MORENO MESA, por un valor de más o menos seis millones de pesos que haya (sic) aparece la letra (...)

PREGUNTADO: sírvase decir, si sabe o presume los nombres de los policiales que le cau (sic) lesiones al señor JHON ALEXANDER MORENO MESA:

CONTESTÓ: el joven me dijo que el agente MORENO ALTO, CEJON que lo había llevado al hospital con el otro BAJITO era el que le había propinado la patada en la mandíbula, entonces yo saque mi bolígrafo y apunte su número de placa policial y el groseramente me dijo vea señora ya me va a joder en voz alta, (...) yo en ningún momento le alzado la voz para que el estuviera así, y que si el muchacho presentaba lesiones graves los denunciaba". (...)

Esta misma persona rindió testimonio el 5 de septiembre de 2002 en este proceso contencioso administrativo y sobre el particular afirmó:¹⁰⁰:

"Tengo entendido que el iba para la casa tipo una de la mañana y ya estaba a punto de llegar a la casa le faltaba una cuadra o dos y estaban haciendo una redada por ahí y le tocó a él, pues ellos dejaron a los que tenían detenidos y se le pegaron a el a pedirle papeles, documentación, cuando el mostró toda la documentación en regla le dijeron que le iban a pasar una infracción porque estaba por fuera del tiempo que pone la ley, se había pasado ya después de la una de la mañana. Después de pasarle la infracción que fue bastante alta, procedieron a decomisarle la moto y a subirlo a él a la fuerza, él decía que por qué si tenían decomisada la moto porque tenía que ir él también, lo subieron a empujones. Ya estando en la comisaria, en la permanente, él seguía discutiendo de por qué estaba él allí, si ya tenía papeles y la emprendieron salvajemente con golpes, patadas y todo los cuatro agentes, luego lo metieron a la celda y lo mojaron todo, procedieron a amenazarlo con arma. Todo esto lo supe por un testigo que había allí y él mismo me lo contó, al día siguiente me llamaron a la casa y me dijeron que este joven estaba detenido en el permanente del arriba, del comando de policía de Dosquebradas, que estaba muy aporreado que se quejaba mucho, que subiera cuanto antes, cuando yo llegué a preguntar por él, no lo vi por ninguna parte solamente vi su camisa, su camiseta, mojadadas y ensangrentadas que me entregó el inspector, llenas de sangre y empapadas, imagínese el susto que me dio pensé que estaba muerto, cuando luego me dicen que los señores patrulleros lo tenían en el hospital, yo esperé, como no llegaba iba a abordar un taxi cuando ellos llegaron, él se bajaba de la patrulla, sin zapatos, con el mero pantalón, sin camisa,

¹⁰⁰ FIs. 41 - 45 c.2



tenía moretones en el cuello en la cara, la boca la tenía reventada y una muela se la habían arrancado de un golpe, yo fui a la comandancia a hablar con el capitán a decirle las circunstancias en que había encontrado al joven y según ellos, la revisión que le habían hecho en el hospital no presentaba mayores contusiones, que de todas maneras había que castigar al muchacho por la desobediencia de la noche anterior y le dio salida como a las once de la mañana. Hablando ya con el joven lo vi muy mal y quise que lo examinara por la EPS que estaba afiliado y allí se le detectó que no podían proceder a extraer otra muela que tenía floja por presentar sospecha de tener la mandíbula fracturada, se le hizo una radiografía maxilar y apareció ella, la fractura, el problema era delicado según el medico y de operación urgente, porque la fractura venía sesgada, no recta sino sesgada y había que actuar cuanto antes con la cirugía y era costosa y la IPS no cubría todo el costo de la operación, entonces fue cuando este joven fue a hacer la demanda en la comandancia de lo que le había sucedido y así se paso proceso a la cuarta con 24 que nunca supe en que terminó. Nosotros le firmamos a la EPS, él como empleado y yo como patrono, respaldando unas letras que tenían que firmar para la cirugía que le tenían que hacer urgentemente, no recuerdo si era como de seis millones la cuenta y la EPS solo cubría un millón, siempre la recuperación fue lenta como dos meses que no se le podía poner a hacer nada forzoso (...)

PREGUNTADA quien fue la persona que según usted, fue testigo de lo que ocurrió con Jhon:

CONTESTÓ: El que me llevo la cedula luego porque cuando él presentó la documentación se presentó un jaloneo con los agentes y se regaron los papeles y uno de los que tenían allí detenidos la recogió y a los días me fue a entregar la cedula allí en el trabajo, el nombre de esa persona es Leonardo pero no recuerdo su apellido”.

Por ultimo en la Declaración Bajo Juramento que rinde el señor Leonardo Fabio Ruiz Muñoz en el Proceso Penal Militar se lee¹⁰¹:

“PREGUNTADO: Sírvase hacer un relato de los hechos que son materia de investigación:

CONTESTÓ: El señor ALEX llego en la moto al Barrio la Esmeralda, los señores de la Patrulla de la policía la 622 se le fuero (sic) encima y empezaron a requizarlo (sic) y le sacaron los papeles y los tiraron al piso y lo metieron a la patrulla forzado, se lo llevaron para el permanente, yo me acerque al lugar y me encontré un documento el pasado judicial, lo recogí y lo leí y decía ALEX yo lo distingo me fui para el permanente a entregarle el documento al llegar a la puerta del pasillo lo único que vi fue golpes, entonces me devolví inmediatamente, a los dos días le lleve el documentochito (sic) que trabajaba en una quesera de Guadalupe, rectifico documento al muchacho, el me comentó que estaba aporreado. Eso es Todo.(...)

¹⁰¹ FI 37 – 38 Proceso Penal C. Anexos No. 3



PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho, que lesiones le vio usted al particular JHON ALEXANDER MORENO MESA en ese momento.

CONTESTÓ: yo ví lesión de quijada por que él en el cuello (sic) se sostenía la quijada" (...)

Lo anterior, le evidencia a Sala la existencia de dos teorías de los hechos totalmente contradictorias, además ambas con sustento probatorio creíble y concordante, por lo tanto, haciendo un análisis de los demás medios probatorios obrantes tanto en el proceso Contencioso Administrativo, como en el proceso Disciplinario y Penal Militar se encuentra que en el proceso Penal Militar se decretó como prueba, la experticia de un perito,¹⁰²el cual evaluó la moto propiedad del señor Moreno Mesa y determinó que:

"PREGUNTADO: Teniendo en cuenta el encargo que se le ha encomendado como perito el Despacho le solicita y recordándole que se encuentra bajo la gravedad de juramento, nos haga una descripción lo más amplia y completa posible del vehículo objeto de la diligencia, así mismo proceda a su plena identificación:

CONTESTÓ: se trata de una motocicleta Marca Suzuki, línea AX 115, tipo turismo, color negra, modelo 98, numero de chasis BF 14A.SC 008932, número de motor F128-109008, placa QRW 50ª, revisado los sistemas de identificación se pudo constatar que por la superficie tipo numeración y dibujo corresponde a los sistemas originales utilizadas por el fabricante, en cuanto al tipo de marcación utilizado en la marcación en la motocicleta es grabación varidor utilizado solamente por la Suzuki, con respecto a daños que presenta la motocicleta solamente se observa una lijera (sic) deformación en la oreja o sostén de la farola del lado izquierdo y una deformación parcial en el tercio medio lateral izquierdo y una deformación parcial en el tercio medio lateral izquierdo del guarda cadenas, así mismo la motocicleta guarda la línea como se puede observar en la tijera y en el resto del chasis, llantas en buen estado, rines en buen estado, funcionamiento mecánico encendido en buen estado, freno trasero bueno, delantero bueno, sistema de seguridad luces altas y bajas en buen estado, direccionales delanteras y traseras lado izquierdo buen estado, direccionales delantera y trasera en mal estado no funciona y estop (sic) no funciona, esto puede ser debido a mantenimiento, espejos delantero lado izquierdo, espejo delantero derecho ausente, aclarando algo as con respecto a la línea de un vehículo ya sea una motocicleta o un carro se trata cuando la carrocería o el chasis no sufren ningún golpe en alguno de sus lados deformado estos mismos". (...)

¹⁰² FI 52 – 53 Proceso Penal C. Anexos No. 3



Es entonces claro para la Sala que la tesis esgrimida por la parte demandada – Policía Nacional – y soportada tanto en los testimonios e informes de los Agentes de Policía los cuales atribuyen la ocurrencia de las lesiones personales ocasionadas al señor Moreno Mesa a la caída de la moto, pierden credibilidad; pues de la diligencia de inspección de peritaje que se le hace a la motocicleta se comprueba que la misma conserva la línea, las deformaciones que presenta son ligeras y no significativas, diligencia que se complementa con el estudio técnico realizado por el CTI al automotor¹⁰³ en el cual se concluye que los sistemas de identificación que posee la moto son los originales, al igual que la pintura es original de fábrica.

Así las cosas la tesis según la cual, las lesiones personales sufridas por el señor Moreno Mesa ocurrieron por la caída de la motocicleta, resulta desvirtuada mediante: 1) por el peritaje realizado a la motocicleta y 2) por los testimonios concordantes tanto de la señora Fabiola Morales Villada como del señor Leonardo Fabio Ruiz Muñoz; por lo tanto la Sala encuentra pertinente estudiar el actuar de los agentes de Policía, en dos aspectos concretos: en primer lugar, respecto del deber de protección y seguridad que tenían sobre el señor Moreno Mesa, al momento de estar bajo su aprehensión y supervisión, y en segundo lugar, si existió uso de la fuerza desproporcionado contra el particular al momento de conducirlo a la patrulla policial.

Determina la Sala que para darle mayor fuerza al planteamiento anterior, es pertinente traer a colación las siguientes pruebas: las diligencias de indagatoria rendidas por los agentes de policía PT. Fernando de Jesús Rivera Ciro¹⁰⁴, AG. Betancourth Aguirre Uberney¹⁰⁵ y SI Calvo Torres Carlos Alberto¹⁰⁶, respectivamente.

PT. Fernando de Jesús Rivera Ciro: "Al señor Moreno Meza después de haberle practicado la requiza (sic) lo único que se hizo fue que por estar conduciendo su motocicleta fuera de horario permitido que es hasta las 01:00 de la mañana y debido al estado de embriaguez y de haber

¹⁰³ FI. 60 – 61 proceso Penal C. Anexos No. 3

¹⁰⁴ FI 134 – 141 Proceso Penal C. Anexos No. 3

¹⁰⁵ FI 143 – 147 Proceso Penal C. Anexos No. 3

¹⁰⁶ FI 187 – 191 Proceso Penal C. Anexos No. 3



consumido sustancias sicotrópicas notoria su apariencia, se le iba a inmovilizar la motocicleta y sus documentos y que posteriormente se podría dirigir hacia su residencia y fue así que sin medir palabra y sin causa justificada agredió al agente BETANCUR AGUIRRE en una de sus rodillas y posteriormente siguió (sic) comportándose de igual forma con el resto de policiales que allí nos encontrábamos y en vista de lo sucedido, fue cuando tocó utilizar la fuerza de los cuatro policiales y sin causarle daño alguno aparte del daño que había sufrido en su cara, debido a la caída en su moto, por evadir la Policía, fue subido al panel para luego ser transportado a los calabozos del permanente el Martillo y las demás heridas sufridas fueron ocasionadas por él mismos dentro del vehículo propinándose golpes con varias partes de su cuerpo en el interior del vehículo". Subrayado propio

AG. Betancourth Aguirre Uberney: "Lo que recuerdo fue que nosotros subimos al barrio la esmeralda a practicar unas requisas por que allá había una olla, cuando salíamos, bajaba una moto, la moto al vernos, voltió (sic) de una, cuando la moto volteo a hacer la maniobra, la moto se cayo (sic) con conductor y todo, nosotros fuimos y lo recogimos el muchacho estaba tomado, estaba pasado de horario, le informamos que por esas dos razones la moto quedaba inmovilizada, que nos acompañara a los patios de tránsito para que el agente de tránsito le hiciera el respectivo comparendo, entregarle el inventario de la moto, el muchacho se alteró, nos trató mal, diciéndonos que él era soldado o había sido soldado, no recuerdo, que ni mierda (sic) que no le podíamos hacer eso, hubo que utilizar la fuerza para subirlo a la Panel, ahí fue cuando me acomodo un golpe en el pie, lo llevamos al permanente, allá se dejo en el calabozo.

PREGUNTADO: Dígale al Despacho exactamente si con este particular se empleo la fuerza y en que consistió la fuerza empleada:

CONTESTÓ: se empleo la fuerza al subirlo a la Panel por que ese señor estaba muy alterado". Subrayado propio

SI Calvo Torres Carlos Alberto: "Nos encontrábamos patrullando por el sector del barrio la esmeralda y saliendo del barrio vimos una moto que venia de frente, la cual al notar la presencia del vehículo de la Policía dio un giro brusco para devolverse, resultando la caída de la moto con el individuo y al acercarnos nosotros a levantar el muchacho estaba en completo estado de embriaguez y al solicitarle los documentos de la moto procedió en forma grosera contra nosotros lanzándole encima al agente Betancur y agrediéndolo, por lo cual hubo, si (sic) hizo necesario su conducción al permanente del Martillo e inmovilizarle la motocicleta ya que se encontraba fuera del horario de la moto para andar en Dosquebradas por el decreto de la Alcaldía, tocó subirlo a la fuerza a la panel ya que él voluntariamente no accedió por el grave estado de excitación que tenía, dentro del panel le pedimos los documentos de la moto y sacó la billetera y la tiró, regando gran cantidad de tarjetas, documentos lo que se carga en una billetera, un agente llevó la moto a los patios y en el transcurso del camino del barrio la esmeralda al permanente el Martillo el individuo golpea brutalmente la Panel, ya cuando lo bajamos, tocó sacarlo a la fuerza y entrarlo al permanente, entre cuatro". Subrayado propio



Conforme a las diligencias de indagatoria anteriormente citadas, se pueden entrever dos elementos a saber: en primer lugar que efectivamente al señor Moreno Mesa lo aprehendieron los agentes de policía, lo esposaron y lo llevaron a la comisaria para retenerlo; lapso de tiempo en el cual la policía nacional es el encargado de la protección y vigilancia del particular, en dicho lapso el retenido, resultó con heridas que lo incapacitaron por 45 días; en segundo lugar, que efectivamente los agentes de Policía utilizaron la fuerza al momento de remitirlo a la patrulla, fuerza que según testigos anteriormente citados fue desmedida, además que de la misma diligencia de indagatoria se puede inferir que eran tres agentes y los tres aceptan haber utilizado la fuerza.

De otra parte, la Sala confirma este uso desmedido de la fuerza, en el testimonio del médico Juan Guillermo Bernal Aragón¹⁰⁷, el cual atendió al señor Moreno Mesa por remisión expresa de los agentes de policía de la estación donde se encontraba retenido el herido; en la declaración de este galeno se vislumbra que el señor Moreno Mesa tenía síntomas que podrían llegar a hacer pensar que adolecía de una fractura maxilar:

"Es un paciente que llega conciente (sic) llevado por la policía, y la policía es la que cuenta sobre el estado del paciente, porque el paciente no responde al interrogatorio, se negaba a hablar, según la policía tenía trauma y dolor en la región torácica (sic) derecha, al examen físico encuentro a un paciente en aparentes buenas condiciones generales, la atención (sic) arterial 120-60, frecuencia cardiaca 80 por minuto, estable hemodinamicamente. A nivel de la boca y maxilares hay múltiples laceraciones (heridas) y hematomas (morados grandes), no es posible diagnosticar fractura de mandíbula porque el paciente se niega a contestar el interrogatorio y se mostró muy poco colaborador al examen, el paciente no querían que lo examinaran, recuerdo que el no quería nada con nosotros, quería que lo llevaran a otra parte, a una clínica, a nivel del tórax hay signos de dolor al palpar las costillas diez y doce, per no hay signos de fracturas, el resto del examen físico es normal.

PREGUNTADO: Díganos si durante el examen practicado al MORENO MESA ALEXANDER se apreció aliento alcohólico:

CONTESTÓ: No se apreció bien porque el paciente no hablaba, no abría la boca, no respondía al interrogatorio, quiero agregar que como al paciente se le hizo un diagnostico de politraumatismo generalizado, se le prescribió un anti-inflamatorio y se le dio cita de control por consulta externa y al parecer no volvió el paciente al hospital.

¹⁰⁷ FI 184 – 185 Proceso Penal C. Anexos No. 3



PREGUNTADO: Cuales son los síntomas que puede presentar una persona cuando tiene fractura del maxilar inferior por un golpe:

CONTESTÓ: Pues tiene hematomas, deformidad de la mandíbula, hay dolor localizado en el sitio de la fractura y hay mucha dificultad para todos los movimientos de la boca, como hablar, comer etc.

PREGUNTADO: Díganos si usted recuerda que MORENO MESA presentara alguno de estos síntomas:

CONTESTÓ: presentaba hematomas y laceraciones en la boca y en área de la boca, es de anotar que él nunca abrió la boca, me refiero a la parte externa, además el no hablaba, que puede ser otro signo, pero interprete que no quería hablar, él no abría la boca". Subrayado propio

Así las cosas, para la Sala de Subsección es claro, y lo encuentra acreditado mediante el material probatorio valorado, que el señor Moreno Mesa sufrió unas lesiones personales, que estas fueron causadas en el momento que dicho señor se encontraba bajo la supervisión y vigilancia de agentes pertenecientes a Policía Nacional y que los mismos agentes aceptaron en sus respectivas indagatorias haber tenido que utilizar la fuerza para detenerlo; además se tiene por desvirtuada la teoría utilizada por la Policía nacional, consistente en que las lesiones personales las sufrió el señor Moreno Mesa como consecuencia de una caída de su propio vehículo, al tratar de huir del reten de policial, por lo tanto, se determina así que la Policía Nacional es jurídica y administrativamente responsable por las lesiones causadas al señor Moreno Mesa, en hechos ocurridos el 11 de marzo de 1999.

Pese a que se reconoce la responsabilidad jurídica y administrativa de la Policía Nacional en el daño ocasionado al señor Moreno Mesa, la Sala encuentra igualmente, tanto en los hechos de la demanda como en el material probatorio obrante en el plenario, prueba fehaciente e inequívoca, que el comportamiento del señor Moreno Mesa hacia los agentes de policías al momento que se le efectuó la requisa, fue desobligante y retador, esta premisa tiene su fundamento en los hechos de la demanda donde se acepta que hubo un "reclamo" por parte de Moreno Mesa en el momento que los policías le dijeron que se subiera a la patrulla, además que de las indagatorias penales, los policías refieren haber efectuado el uso de la fuerza en consecuencia al mal comportamiento del



accionante, tesis que encuentra soporte en las declaraciones de particulares rendidas dentro del proceso penal así:

Jose Joel Candamil Aria, quien manifiesta:

¹⁰⁸: (...) "el día 10 ó 11 de marzo aproximadamente de 1999, era de noche, yo me encontraba trabajando en los patios de tránsito, llegaron los agentes con una motocicleta para inmovilizar, como llegaron los agentes solos sin el dueño de la motocicleta, y como a mi me toca preguntar porque motivo la van a inmovilizar la moto y por el dueño de la moto, el dueño de la moto estaba detenido en el carro que los policías meten los presos que no se como se llama, allí estaba el propietario de la moto dentro del carro de la policía, (...) yo lo que alcanzaba a oír era al señor golpeando el carro por dentro y tratando mal al agente y todo".

Gonzalo Cárdenas Ortega¹⁰⁹ quien afirmó:

(...) "Trabajaba en el puesto de talleres de Dosquebradas, trabajaba con vigicafé, como vigilante, en horas de la noche siempre daba la ronda en el sitio de talleres, cuando llegó la patrulla ahí a la Inspección de policía de Dosquebradas, el Martillo, llegó un agente con un señor que le habían decomisado una moto, el señor llevo discutiendo y muy enojado hasta por cierto, yo vi que los agentes le hablaron por las buenas, ellos entraban al señor y yo estaba parado en la puerta de la inspección a mirar, ese señor decía que no se dejaba meter al calabozo, se encontraba en estado de embriaguez, los agentes le rogaron que siguiera hasta el calabozo y no se dejaba entrar al calabozo, y al fin lo metieron entre los agentes de la patrulla porque no se dejaba, de ahí no supe más y al otro día entregué el turno".

En conclusión, si bien el actuar del señor Moreno Mesa no constituye en si mismo un eximente de responsabilidad respecto a la Policía Nacional, si implica una causal de atenuante de responsabilidad, lo cual conlleva a una disminución del monto total de la indemnización que el ente condenado deba pagar a la parte demandante, todo esto como consecuencia de una clara concurrencia de culpas, por las razones expuestas con anterioridad.

En consecuencia, cuando la Sala proceda a liquidar los perjuicios, dicho valor será reducido en un 30% en atención a la concurrencia de culpas reconocida en este fallo.

¹⁰⁸ FI 160 – 161 Proceso Penal C. Anexos No. 3

¹⁰⁹ FI 163 – 161 Proceso Penal C. Anexos No. 3



9. Liquidación de perjuicios

9.1 Perjuicios Morales

En la demanda la parte actora solicitó el reconocimiento de perjuicios morales, en la siguiente forma:

“Se pagará al actor el equivalente en moneda nacional a dos mil (2.000) gramos de oro fino al precio que se sirva dictaminar el banco de la República para la fecha de la ejecutoria del fallo respectivo”.

A su turno, la sentencia de primera instancia negó las suplicas de la demanda.

Esta corporación, mediante sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 26251, determinó los parámetros aplicables en la tasación de los perjuicios morales a favor de los perjudicados o víctimas indirectas en los casos de lesiones personales.

La reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.

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

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



al 10% e inferior al 20%					
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Para la Sala es claro, que el referente que se toma como base para liquidar el perjuicio moral en los eventos de lesiones personales, se basa en la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima, pero esta sustentada en el porcentaje de incapacidad permanente del dictamen médico de la Junta Regional o Nacional de Calificación de Invalidez o de la Junta Médico-Laboral Militar o de Policía o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía.

Para el caso en concreto, tenemos que la junta de calificación de invalidez regional de Risaralda, en su oficio 3675 del 04-12-2001 dictamina que: *"el citado señor MORENO MESA, no presenta ninguna DEFICIENCIA, DISCAPACIDAD NI MINUSVALÍA, como consecuencia de los hechos materia de investigación"*. Además con respecto al síndrome convulsivo del actor, el cual le pretende hacer devenir al ente demandado – Policía Nacional - considera la junta que: *"Es prácticamente imposible afirmar o negar de manera categórica dicha circunstancia y que en todo caso, esta regional no está en condiciones de emitir un dictamen en tal sentido"*.

Entra la Sala a valorar que al señor Moreno Mesa, pese a que la junta de calificación de invalidez regional de Risaralda no le haya diagnosticado ningún tipo de porcentaje de invalidez, dicho señor efectivamente sufrió una fractura ángulo mandibular izquierdo y tal fue el proceso de recuperación que estuvo incapacitado por un periodo igual a 45 días, tal y como lo demuestra la incapacidad medica proferida por el doctor Gustavo Adolfo Téllez Cabal:

*"IDX: Fractura Angulo Mandibular izquierdo.
 Paciente quien sufrió trauma contuso severo el 11 de marzo/99
 Se intervino quirúrgicamente el 24/03/99.
 Se incapacita durante 45 días a partir del 11 de marzo/99"*.

Debido a lo anterior, la Sala en aplicación de la equidad, reconocerá el mínimo establecido en la sentencia de unificación para los eventos de incapacidad



permanente parcial, es decir, reconocerá perjuicios morales por 10 SMLMV, cifra que se reducirá en un 30% por la aducida concurrencia de culpas, de suerte que el valor reconocido al Señor Jhon Alexander Moreno Meza, víctima directa, por los perjuicios morales derivados de su incapacidad de 45 días, será de 7 salarios mínimos legales mensuales.

9.2 Daño a la Salud:

En relación con este concepto, observa la Sala que el *petitum* introductorio solicitó:

“Se reclama por este concepto, el equivalente en moneda nacional a cuatro mil (4.000) gramos de oro fino al precio que se sirva dictaminar el banco de la República para la fecha de la ejecutoria del fallo respectivo”.

A su turno, la sentencia de primera instancia negó las suplicas de la demanda.

Con relación a este tópico lo primero que debe advertir la Sala, es que no obstante que en la demanda se pidió el reconocimiento del perjuicio denominado perjuicio fisiológico; se entrará a estudiar esta pretensión habida cuenta que la pluralidad de los *nomina iura* que se utilizaron en el pasado para denotar el daño corporal, sabido es que esta Corporación los unificó en un único *nomen iuris* “daño a la salud”; por tanto, no podría el recurrente ver negada su pretensión so pretexto que el *nomen iuris* del perjuicio ha cambiado.

Al respecto, la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, mediante sentencias de 28 de agosto de 2014¹¹⁰ reiteró los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera.

La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá

¹¹⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31170, M.P. Enrique Gil Botero.



exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla:

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD REGLA GENERAL	
Gravedad de la lesión	Víctima directa
	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Bajo este propósito, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.

Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se considerarán las siguientes variables:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.



- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso.

En casos excepcionales, esto es, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud, podrá otorgarse una indemnización mayor a la señalada en la tabla anterior, sin que en tales casos el monto total de la indemnización por este concepto pueda superar la cuantía equivalente a 400 S.M.L.M.V. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño, con aplicación de las mismas variables referidas. En conclusión, la liquidación del daño a la salud se efectuará conforme a la siguiente tabla:

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD	
CONCEPTO	CUANTÍA MÁXIMA
REGLA GENERAL	100 S.M.L.M.V.
REGLA DE EXCEPCIÓN	400 S.M.L.M.V.

Con relación a los parámetros anteriores, se aclara que ellos son excluyentes y no acumulativos, de manera que la indemnización reconocida no podrá superar el límite de 400 S.M.L.M.V.



Así las cosas, determina la Sala que en el caso en concreto, dicho perjuicio no está demostrado, pues la misma junta de invalidez establece como ya se explicó anteriormente en los perjuicios morales que: 1) el señor Moreno Mesa no presenta ninguna deficiencia por los hechos materia de investigación, 2) el síndrome convulsivo es anterior a los sucesos tal y como está acreditado en el oficio de 03 de abril de 2002 proferido por el médico de la IPS San Sebastián, doctor Carlos Alfonso Peña y, 3) es prácticamente imposible afirmar o negar de manera categórica que el reinicio del síndrome convulsivo es consecuencia de las lesiones personales irrogadas.

En consecuencia decide la Sala no reconocer la indemnización pretendida por la parte demandante, por las razones expuestas anteriormente.

9.3 Los perjuicios materiales

9.3.1 El daño emergente.

La parte actora hace consistir este perjuicio en el entendido que se le indemnice el daño emergente consolidado, en el entendido que:

“el consolidado a la fecha de presentación de la demanda, por lo (sic) se reclama la suma de ocho millones de pesos (\$8.000.000) correspondientes al valor del tratamiento médico a que ha debido someterse el actor dadas las lesiones corporales percibidas”

En primer lugar es claro para la Sala que el señor Moreno Mesa es usuario de la E.P.S COOMEVA tal y como consta en el oficio 1861 del 9 de agosto de 2000¹¹¹ y que su I.P.S es San Sebastián; en segundo lugar la I.P.S San Sebastián en respuesta a oficio No 1861 suscrito el día 30 de agosto de 2000¹¹² determina que:

“Adjunto ala presente (sic) estoy enviando copia original de la historia clínica del señor Jhon Alexander Moreno Mesa identificado con cédula de ciudadanía No 18.514.583 de Pereira y quien se encuentra afiliado a

¹¹¹ Fl. 21 del c.2

¹¹² Fl. 22 del c.2



COOMEVA E.P.S y capitado en San Sebastián I.P.S a si mismo le estoy haciendo llegar copia de las facturas generadas por los servicios prestados al señor Moreno Mesa. Cabe anotar que dichos servicios fueron cubiertos por su afiliación a la E.P.S COOMEVA. SUBRAYADO PROPIO

De otro lado se tiene que los valores correspondientes a la cirugía Maxilofacial, ascienden a \$5.349.000 y fueron remitidos por OSTEOSINTESIS LTDA a COOMEVA S.A entidad que debía sufragar los gastos y efectuar el procedimiento pertinente, y de los cuales se desea reconocimiento para indemnización; no obra pues en el plenario prueba alguna que dichos gastos fueron cancelados ni por el usuario ni por la E.P.S, tampoco obra en el material probatorio negativa de la prestadora de Salud de asumir los gastos, por lo anterior no será reconocida la indemnización correspondiente al daño emergente como lo quiere hacer valer en la demanda.

Por ultimo, el actor pretende que se le indemnice el daño emergente futuro en el entendido que:

“el daño emergente futuro por concepto de los gastos médicos, clínicos, quirúrgicos y farmacéuticos que deba sufragar el actor para efectos de recuperar su salud o hacer más llevadera su existencia, este concepto se tasaré teniendo en cuenta los dictámenes que se sirvan elaborar los peritos de Medicina Laboral y Medicina Legal, la edad de a víctima y su expectativa de vida”.

Respecto a esta pretensión la Sala ha sido reiterativa en establecer que la junta de calificación de invalidez regional de Risaralda, en su oficio 3675 del 04-12-2001 dictamina que: *“el citado señor MORENO MESA, no presenta ninguna DEFICIENCIA, DISCAPACIDAD NI MINUSVALÍA, como consecuencia de los hechos materia de investigación”.* Además con respecto al síndrome convulsivo del actor, el cual le pretende hacer devenir al ente demandado – Policía Nacional - considera la junta que: *“Es prácticamente imposible afirmar o negar de manera categórica dicha circunstancia y que en todo caso, esta regional no está en condiciones de emitir un dictamen en tal sentido”.*

Por lo anteriormente expuesto la Sala no reconocerá indemnización alguna respecto de estos perjuicios pretendidos.



9.3.2 El lucro cesante.

A propósito de este perjuicio, el recurrente solicita en la demanda que:

“Se pagará al actor la suma de quinientos mil pesos mensuales (\$500.000) equivalentes a la utilidad mensual que percibía en sus labores habituales como comerciante, desde la fecha de la ocurrencia de los hechos marzo 11 de 1999 y hasta la fecha que se sirva dictaminar Medicina Laboral como periodo de incapacidad.”

Sobre el particular, precisa la Sala que se encuentra en el material probatorio, testimonio de la empleadora del señor Moreno Mesa, la Señora Fabiola Morales Villada la cual manifiesta respecto de la actividad laboral de la víctima lo siguiente:

“PREGUNTADA: para esa época que hacía Jhon:

CONTESTÓ: Lo mismo que hace ahora, trabajaba para mi.

PREGUNTADA: Después de esa fecha cuanto tiempo dejó de trabajar:

CONTESTÓ: Dos meses mas o menos, dos meses largos.

PREGUNTADA: Cuanto le pagaba usted para esa fecha:

CONTESTÓ: como él es una persona con extensión de horario, trabajaba mas de 8 horas diarias, le pagaba \$500.000, trabajaba hasta 12 horas diarias”.

Así las cosas, para la Sala es claro que el actor devengaba un salario mensual equivalente a \$500.000 tal y como se enuncia en la demanda y lo certifica su empleadora, de otro lado obra en el plenario prueba fehaciente que el señor Moreno mesa fue incapacitado por 45 días tal y como lo certifica el Doctor Gustavo Adolfo Téllez Cabal:

“IDX: Fractura Angulo Mandibular izquierdo.

Paciente quien sufrió trauma contuso severo el 11 de marzo/99

Se intervino quirúrgicamente el 24/03/99.

Se incapacita durante 45 días a partir del 11 de marzo/99”.



En consecuencia, se tiene como probado que Moreno Mesa devengaba \$500.000 mensuales, que fue incapacitado durante 45 días a partir del 11 de marzo de 1999, y que la intervención quirúrgica se le realizó el día 24 de marzo de 1999.

Aplicando los precedentes que se reseñaron con anterioridad, la Sala condenará al pago del lucro cesante deprecado en el libelo, con base en el salario devengado por la victima al momento de los hechos, equivalente a \$500.000, por el tiempo de incapacidad certificada la cual asciende a 45 días.

A dicho valor \$500.000 correspondiente al (salario base de liquidación mensual), se le dividirá por 30 días, lo cual corresponde a \$16.666.66 (Salario Diario) y este valor se multiplicara por los 45 días de incapacidad, dando un total de \$749.999.7; dicho valor será actualizado conforme a la tabla de empalme del IPC tomando como índice inicial el correspondiente a marzo de 1999 (54.75) y como índice final el correspondiente a marzo de 2016 (130,63)

$$K_a = K_h \cdot \frac{IPC_f}{IPC_i}$$

$$K_a = \$749.999,7 \cdot \frac{130,63}{54.75}$$

$$K_a = \$1.789.451,34$$

El valor total indemnizable por dicho perjuicio es equivalente a \$1.789.45134, pero como se estableció en la parte motiva de la sentencia existe concurrencia de culpas por lo cual dicha suma será rebajada en un 30%, se obtiene así un total de UN MILLON DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS QUINCE PESOS CON NOVENTA Y CUATRO CENTAVOS. (\$1.252.615,94)

10. Condena en costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado



temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

REVÓQUESE la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 17 de febrero de 2005 y, en su lugar se resuelve:

PRIMERO: DECLARAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA Y POLICÍA NACIONAL administrativamente responsables por las lesiones personales padecidas por el señor JHON ALEXANDER MORENO MESA en hechos ocurridos el día 11 de marzo de 1999.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, **se condena** a NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA Y POLICÍA NACIONAL a pagar al señor JHON ALEXANDER MORENO MESA por concepto de perjuicios morales el equivalente a 7 S.M.L.M.V.

TERCERO: Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA Y POLICÍA NACIONAL a pagar en favor del señor JHON ALEXANDER MORENO MESA por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, el valor de UN MILLON DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS QUINCE PESOS CON NOVENTA Y CUATRO CENTAVOS. (\$1.252.615,94)

CUARTO: Se deniegan las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin condena en costas.



SEXO: Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

SEPTIMO: DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente

JCGO