



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, ocho (08) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-003-2013-00308-01
DEMANDANTE:	CRISTIAN MERCADO TOVAR
DEMANDADA:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

Procede la Sala, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 13 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

Los señores CRISTIAN DE JESÚS MERCADO TOVAR (víctima directa de las lesiones), MILDRETH DEL ROSARIO TOVAR CÁRCAMO (madre), quien actúa a nombre propio y en representación de su menor hija BEATRIZ ELENA NÚÑEZ TOVAR (hermana), JOSÉ DEL CRISTO MERCADO ORTEGA, (padre), INÉS MARÍA ORTEGA MACARENO (abuela paterna) y RAFAEL ENRIQUE TOVAR PAYARES (abuelo materno), mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de reparación directa solicitan que se declare patrimonial y administrativamente responsables a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, de la totalidad de los perjuicios que estiman haberseles ocasionado por las lesiones causadas al señor CRISTIAN DE JESÚS MERCADO

¹ Folios 9 – 12 del cuaderno de primera instancia.

TOVAR, por parte de un Agente de Policía en servicio activo, en hechos ocurridos en la zona urbana del Municipio de Betulia, Sucre, el día 18 de octubre de 2011.

Como consecuencia de lo anterior, pretenden el pago de los perjuicios materiales, morales y daño por alteraciones a las condiciones de existencia, en las cuantías descritas en el libelo genitor.

1.2.- Hechos²:

Señalan los demandantes, que el día 18 de octubre de 2011, el joven CRISTIAN DE JESÚS MERCADO TOVAR, se dirigió con sus amigos a departir en una esquina del "Parque de la Cruz" del Municipio de Betulia, Sucre; pasados algunos minutos empezó a discutir con uno de sus compañeros llamado VÍCTOR RAÚL, pelea callejera donde llegó una patrulla de la Policía y para tratar de disuadirlos, el joven Mercado Tovar es golpeado en el rostro por parte de un Oficial de Policía.

Agregan, que el joven MERCADO TOVAR, posteriormente, se dirigió a su residencia y al pasar unos minutos llegó a buscarlo el compañero con el que había peleado minutos antes; y él, con el fin de amedrentarlo, salió de su casa con un machete en la mano, pero en el momento se encontró nuevamente con la misma patrulla de la Policía. CRISTIAN DE JESÚS, al ver al Agente que lo había agredido en el rostro, se acercó a reclamarle airadamente por el golpe recibido y el Policía - Subintendente RICARDO JOSÉ MARTÍNEZ MORENO, al ver esta actitud del joven, sin mediar palabra, desenfundó su arma de dotación y le disparó en dos ocasiones, impactándolo con uno de los proyectiles en la parte anterior y central de la región abdominal.

Añaden, que CRISTIAN MERCADO TOVAR es trasladado al Hospital Nuestra Señora de las Mercedes de Corozal, donde fue intervenido quirúrgicamente, realizándosele una laparotomía exploratoria, encontrándose "múltiples

² Folios 12 - 18 del cuaderno de primera instancia.

perforaciones en la región del intestino delgado y a nivel de colon"; razón por la cual y dado el delicado estado del paciente, es remitido a una Clínica de la ciudad de Montería, siendo ingresado a la Unidad de Cuidados Intensivos, donde estuvo desde el día 20 de octubre hasta el 2 de noviembre de 2011. En dicho ente Hospitalario le fue realizado procedimiento quirúrgico de "Rafia y/o sutura Intestinal + evacuación de Hemoperitoneo +lavado de peritonitis + liberación de adherencia peritoneales +anastomosis T-T + colostomías y manejo de abdomen abierto".

Pasados 8 meses, en la Clínica María Auxiliadora de Sincelejo, le es practicado el día 29 de junio de 2012, procedimiento quirúrgico de "Cierre de Colostomía".

Desde la ocurrencia de los hechos -18 de octubre de 2011, afirman los demandantes, CRISTIAN DE JESÚS ha venido recibiendo atención en las diferentes instituciones médicas y hospitalarias a través de su carnet de afiliación en salud del régimen Subsidiado de EMDISALUD. Ha sido examinado en tres oportunidades por médicos de la Dirección Norte-Seccional Sucre Unidad Básica Sincelejo del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, dichos exámenes fueron practicados los días 30 de noviembre de 2011, 19 de julio de 2012 y 21 de septiembre de 2012; en este último se concluyó que las secuelas por las heridas padecidas son: a) Deformidad física que afecta el cuerpo por heridas, de carácter permanente, y b) Perturbación funcional de órgano sistema de la excreción fecal, de carácter transitorio.

De tales hechos, siguen los demandantes, el Subintendente Gustavo Montiel Jiménez - Comandante (e) Estación de Policía Betulia, el 19 de octubre de 2011 oficia al Coronel Orlando de Jesús Polo Obispo - Comandante del Departamento de Policía, Sucre, para informarle la novedad de lo ocurrido.

Por este mismo suceso, se adelanta Investigación Penal por el delito de lesiones personales ante la Fiscalía 161 Penal Militar DEATA, Delegada ante

el Juzgado 151 de Primera instancia Zona 12 Seccional Atlántico, Bolívar, Sucre y Cesar, con Radicado No 2013 -603.

A su vez la Oficina de Control Disciplinario Interno del Departamento de Policía de Sucre, ordenó la apertura de Indagación Preliminar en contra del subintendente José Ricardo Martínez Moreno. Posteriormente, decidió adelantar investigación disciplinaria en contra del subintendente, decidiendo mediante auto de septiembre 3 de 2012, abrir pliego de cargos al investigado. No obstante, mediante auto de octubre 1 de 2012, se decidió archivar el proceso.

El Joven CRISTIAN DE JESÚS es natural de San Juan de Betulia, Sucre; para la fecha de los hechos demandados, contaba con 16 años de edad, gozaba de plena salud, estudiaba y vivía bajo un mismo techo con sus padres, hermana y abuelos; quienes hoy solicitan el resarcimientos de los perjuicios causados por las graves lesiones ocasionadas a su pariente por parte del Agente de la Policía Nacional.

En sentir de los actores, no hay duda que en este caso, la entidad demandada asumió un comportamiento que sobrepasó el normal cumplimiento de sus deberes, pues, sólo en casos extremos y por excepción, la Fuerza Pública está autorizada para hacer uso de las armas de dotación y si lo hacen, han de tomar todas la precauciones necesarias para proteger la vida y la integridad de los ciudadanos evitando de esta manera, propiciar la materialización de riesgos en personal civil. Por lo anterior, consideran que debe declararse responsable a las entidades demandadas por las graves lesiones ocasionadas a CRISTIAN DE JESÚS MERCADO TOVAR.

1.3. Contestación de la demanda³.

La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, contestó la demanda, oponiéndose a sus pretensiones por cuanto no estaba probada la

³ Folios 165 - 174 del cuaderno de primera instancia.

responsabilidad endilgada. Frente a los hechos, señaló que algunos eran ciertos o parcialmente ciertos y otros no le constaban.

En su defensa esbozó, que la persona que hoy se presentaba como víctima durante el procedimiento realizado el día 18 de octubre de 2011, asumió un comportamiento agresivo, belicoso y con un arma blanca (machete); quien bajo el efecto del alcohol en una forma imprevista la emprendió contra el Subintendente RICARDO JOSÉ MARTÍNEZ MORENO, integrante de la Patrulla que fue a conocer el caso reportado momentos antes por la ciudadanía, policial que actuó con profesionalismo empleando todos los medios necesarios que poseía en ese momento, para persuadir y evitar el ataque, utilizando inicialmente el bastón de mando, corriendo, posteriormente, para colocarse lejos de las agresiones, desenfundando su arma de dotación realizando un disparo al suelo, situaciones que no detuvo el actuar violento de CRISTIAN DE JESÚS, quien continuó la agresión con el machete.

Indicó, que si bien el daño pudo ser producido por un funcionario de la Policía Nacional y con un arma de dotación oficial, se debía tener en cuenta las circunstancias de cómo se dieron los hechos y que el funcionario actuó solo con el ánimo de proteger su propia vida ante la agresión real, actual, inminente, desproporcionada y muy próxima, a que era objeto por parte del hoy demandante, menor de edad para la fecha de los hechos, quien se encontraba alterado y bajo los efectos de bebidas embriagantes, fomentando riña en vía pública.

Anotó, que la entidad debía ser exonerada de toda responsabilidad por los resultados del lamentable hecho, ya que el Subintendente actuó en uso de su legítima defensa para proteger su vida. Aunado a ello, se debía considerar la culpa exclusiva de la víctima, pues, el comportamiento de Cristian de Jesús Mercado, fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño que hoy reclamaba a la Policía, ya que la emprendió de forma desproporcionada en contra del funcionario de la Policía, haciendo caso omiso a los elementos e intentos para ser tranquilizado.

Adujo, que en el proceso disciplinario radicado DESUC-2012-38, el cual tuvo su génesis por los hechos que se demandan, se le realizó a CRISTIAN DE JESÚS una valoración psicológica sobre el estado socio familiar, por parte de una funcionaria del Área de Salud Ocupacional, evidenciándose presuntivamente alteración de tipo emocional con conducta agresiva, las cuales afectaban el desarrollo normal de la estructura de la personalidad, comportamiento que mezclado con el licor y la corta edad de CRISTIAN, fue decisivo en la ocurrencia del lamentable suceso, pues, para esa fecha se encontraba enceguecido, furioso, impetuoso y armado con un arma blanca con la cual atacó al señor Subintendente Ricardo José Martínez Moreno, pudiendo causarle la muerte.

Concluyó, que los hechos demandados no eran suficientes para declarar la falla del servicio por acción por parte de un agente de la Policía Nacional o para condenar a la entidad, argumentando un régimen de responsabilidad subjetivo como era el riesgo excepcional, puesto que existían hechos probados que demostraban que se actuó conforme a la ley y con el ánimo de proteger un derecho personal, como era el de la vida.

Propuso como excepciones: la legítima defensa; culpa exclusiva de la víctima; y falta de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño.

1.4.- Sentencia apelada⁴.

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de octubre 13 de 2017, declaró probada la excepción de culpa exclusiva de un tercero y a su vez, negó las pretensiones de la demanda.

Como argumentos de su decisión, señaló el A-quo, que el daño antijurídico se encontraba probado, toda vez que la víctima directa, señor CRISTIAN MERCADO TOVAR, sufrió una lesión en su abdomen producto de un impacto de bala, que trajo como consecuencia una serie de intervenciones

⁴ Folios 1452 - 1472 del cuaderno de primera instancia.

quirúrgicas, estableciéndose por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar - Córdoba y Sucre, una pérdida de la capacidad laboral definitiva de 14,24%.

En el juicio de imputación, anotó, que estaba demostrado que la lesión sufrida por el actor fue ocasionada por el uso de un arma de dotación oficial de un miembro de la Policía Nacional en servicio activo, cuando en cumplimiento de sus deberes funcionales atendía un requerimiento de la ciudadanía, relacionado con una riña en la vía pública que se daba en el barrio Las Mochilas del Municipio de San Juan de Betulia, Sucre, pero tal situación, no era suficiente para determinar la responsabilidad administrativa y patrimonial en cabeza de la entidad demandada.

En tal sentido, indicó la Juez, que testimonialmente estaba probado que en medio del operativo policial, el señor CRISTIAN MERCADO TOVAR, agredió al Subintendente RICARDO MARTÍNEZ MORENO, con un machete, ante lo cual, el policial en primera instancia intentó evadir la agresión corriendo, pero el agresor lo siguió lanzándole varios machetazos, por lo que el Subintendente uso su bastón de mando, el cual fue destruido por uno de los machetazos.

Pero esto no le bastó al hoy demandante, sino que continuó su persecución con el fin de hacerle daño al miembro de la fuerza pública, por lo que el policial realizó un disparo de advertencia al suelo, situación que omitió CRISTIAN DE JESÚS, quien continuó su persecución contra el uniformado, hasta el punto de que este, al ver en riesgo su vida, no tuvo otra opción que disparar contra la integridad del agresor, ocasionándole herida de arma de fuego en zona abdominal.

Afirmó, que la agresión de MERCADO TOVAR, iba dirigida contra el Subintendente RICARDO MARTÍNEZ MORENO, pues, la persecución que hizo contra el uniformado no deja lugar a equívocos, que su intención no era otra que lesionar al policial, hasta el punto de poner en riesgo su vida, en tanto, el elemento corto-punzante usado para el ataque, tiene la condición de letal.

Consideró, que si bien la fuente material del daño soportado por el señor CRISTIAN MERCADO TOVAR, fue producto de la actividad de policía desplegada por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, los medios de prueba indicaban que la víctima, participó de manera eficiente en la producción de dicho daño. La participación de la víctima fue tan idónea, que se constituyó en la única fuente del menoscabo del derecho por él padecido; situación jurídica ante la cual no era posible efectuar un juicio de imputación al Estado.

Sostuvo, que el procedimiento de policía se desarrolló en cumplimiento de un deber legal y como una reacción de legítima defensa, ya que, estaba en riesgo su vida; en consecuencia, no era posible afirmar que se usó de manera arbitraria y desproporcionada la fuerza letal, todo lo contrario, se concluía que el daño se originó por el hecho exclusivo y determinante de la víctima, sin que obrara otro medio conducente de prueba en el plenario que permitiera erigir una hipótesis diferente.

1.5.- El recurso⁵.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante formuló recurso de apelación, con el fin de que la misma se revoque y en su lugar, se concedan las pretensiones de la demanda.

Como asunto previo, argumentó, que la sentencia objeto de apelación era incongruente en su parte resolutive, ya que, declaró probada *"la causal de ausencia de responsabilidad de culpa exclusiva de un tercero promovida por la entidad demandada"*, la cual no correspondía a las excepciones planteadas y discutidas en el proceso.

Así mismo, como fundamento de su recurso, la parte actora expuso que no encontraba configurado y probado el medio exceptivo de culpa exclusiva de la víctima, en razón a que el comportamiento del menor CRISTIAN DE

⁵ Folio 1476 – 1495 del cuaderno de primera instancia.

JESÚS MERCADO TOVAR no se erigía en la causa única a la cual se pudiera atribuir el desenlace del operativo policial, que terminó impactándolo con proyectil de arma de fuego de dotación oficial en zona vital (abdomen) pues, era junto con el operativo policial, que se constituían causas eficientes, idóneas y determinantes para producirlo. De modo, que no alcanzaría la conducta del menor lesionado a ser determinante y excluyente, para configurar una culpa o intervención exclusiva del daño.

Sostuvo, que no había congruencia entre la tesis planteada por la Juez y la Jurisprudencia de las altas Cortes; además, no valoró en conjunto y de manera eficiente las pruebas agregadas al plenario, pues, hubo errores de hecho y de derecho en la apreciación de alguna de ellas.

Así, luego de referirse a algunas de las declaraciones rendidas dentro del proceso llevado ante el Juzgado 166 de Instrucción Penal Militar, dijo que no se encontraba proporcionalidad entre la actuación imprudente del menor armado de una puntilla vieja (del cual no hay o no existe una evidencia material al interior del plenario) y la actuación del policía con arma de fuego de dotación oficial y acompañado por tres mandos ejecutivos y un auxiliar.

Arguyó, que la actuación de la Policía fue arbitraria, puesto que, de un lado, no intentaron el uso de medios legítimos para evitar causarles daño a las personas que se encontraban en la riña para la cual llegaron a fin de disolverla y por otro lado, no fue proporcional, ya que se trataba de un menor de edad con un arma blanca frente a tres mandos ejecutivos en el grado de Subintendente, entre ellos, el Comandante de Estación, acompañados además por un auxiliar de policía, quienes se encontraban con la suficiente preparación y experiencia de más de 10 años, para poder persuadirlo y evitar el uso de las armas de fuego, que lesionaron gravemente la humanidad del menor; sumada la desproporción por tratarse de un menor de edad, cuyo actuar y responsabilidad se encontraba limitado, dado a su grado de inmadurez, lo que limitaba en muchas esferas su capacidad de obrar y lo colocaba en un plano de desproporción.

También señaló, que el A-quo en el análisis probatorio incurrió en error de hecho en la identidad y existencia de la prueba testimonial, ya que le dio un alcance diferente del que en realidad tenía y de lo que se deducía del dicho de los testigos. Así mismo, sorprendía que transcribiera la declaración de los policiales que hicieron parte del operativo policial y no hiciera lo propio con la declaración de la víctima menor CRISTIAN MERCADO, quien también hizo unas afirmaciones que deberían analizarse a la luz de la sana crítica, al momento de estudiar el elemento nexo causal.

Consideró la parte recurrente, que el fallo apelado desconoció las reglas de la carga de la prueba, al amparo del régimen objetivo de responsabilidad que resultaba aplicable al mismo, reglas de conformidad con las cuales, la entidad accionada no sustentó probatoriamente sus alegaciones, cosa que por el contrario, si hizo la parte actora, al satisfacer el *onus probando*, consistente en acreditar la concurrencia de los elementos constitutivos del supuesto de hecho del precepto constitucional, en el cual amparó sus pretensiones - artículo 90 superior.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 23 de marzo de 2018, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la demandante⁶.
- En providencia de 1º de junio de 2018, se dispuso correr traslado a la partes para alegar de conclusión⁷.

La **parte demandante**⁸, insistió en lo afirmado en el escrito de apelación, reiterando su solicitud de condena en contra del ente demandado.

La **parte demandada**⁹, reitera los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda e insiste, en que no hay lugar a la declaratoria

⁶ Folio 4, cuaderno de 2ª instancia.

⁷ Folio 9, cuaderno de 2ª instancia.

⁸ Folios 18 - 28, cuaderno de 2ª instancia.

⁹ Folios 13 – 17, cuaderno de 2ª instancia.

de responsabilidad, por cuanto la actuación de la autoridad policial en los hechos demandados, se cumplió dentro de las funciones que le correspondía desarrollar, con sujeción a las normas de carácter constitucional, legal y reglamentario.

Manifiesta, que dentro del presente asunto se encuentra probado que el Subintendente involucrado en los hechos, al ver en peligro su vida se vio obligado a sacar su arma de dotación y realizar un disparo al piso, para persuadir al atacante, no obstante, este continuó con la agresión, realizándose un segundo disparo, puesto que el atacante se encontraba muy alterado, cerca y con intención de lesionarlo con el machete.

De igual forma se probó que la Oficina de Control Disciplinado del Departamento de Policía Sucre, resolvió archivar definitivamente la investigación seguida contra el Subintendente, por tales hechos.

Finalmente concluye, que los hechos a que se hace referencia en la demanda, no son suficientes para declarar la falla del servicio por acción por parte de un agente de la Policía Nacional o para condenarla, argumentando un régimen de responsabilidad como es el riesgo excepcional, puesto que existen hechos probados que demuestran que se actuó conforme a la ley y con el ánimo de proteger un derecho personal como es el de la vida; en tal sentido, solicita se denieguen las suplicas de la demanda.

El **Ministerio Público**, No emitió concepto de fondo en esta oportunidad.

2.- CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente, para conocer en **segunda instancia**,

de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2.- Problema Jurídico.

El problema jurídico a desatar en el presente asunto, estriba en determinar:

¿La Nación- Ministerio de Defensa – Policía Nacional, es administrativa y patrimonialmente responsable de los daños ocasionados a los demandantes, como consecuencia de las lesiones padecidas por CRISTIAN DE JESÚS MERCADO TOVAR, al ser herido con arma de fuego de dotación oficial, en hechos ocurridos en el Municipio de Betulia, Sucre, el día 18 de octubre de 2011?

2.3. Análisis de la Sala.

2.3.1. Generalidades de la Responsabilidad Extracontractual del Estado y sus elementos para la configuración.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia¹⁰, establece una cláusula general de responsabilidad en cabeza del Estado, por aquellos daños antijurídicos causados por la acción u omisión imputable a sus agentes.

Dentro de dicha disposición de orden constitucional, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha encasillado, dos elementos de responsabilidad a tener en cuenta, tales como el daño antijurídico y la imputación¹¹.

¹⁰ Constitución Política de Colombia. "Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sub sección C. Sentencia del 9 de mayo de 2012. Expediente con radicación interna 23300. C. P. Dra. Olga Mélida Valle de la Hoz.

Por **daño antijurídico** se ha dicho, que el mismo “consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas”¹².

En cuanto al segundo de los elementos, es decir la **imputación**, la misma se instituye como la “atribución de la respectiva lesión”; en consecuencia, “la denominada imputación jurídica (*imputatio iure* o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política”¹³, con la advertencia de que en atención del principio *iura novit curia*, “corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión”¹⁴.

La imputación debe estudiarse bajo dos esferas, a saber: (i) desde un ámbito fáctico y (ii) jurídico. Este presupuesto es de suma importancia para poder endilgarse a la administración una eventual responsabilidad, cuando exista un sustento fáctico y una atribución jurídica, esto es, un hecho generador de un daño antijurídico y un título jurídico, que se erija como herramienta de imputabilidad de ese hecho generador del daño, los cuales a la luz de la jurisprudencia contenciosa administrativa, estriban en falla del servicio – responsabilidad subjetiva – o la teoría de imputación objetiva; cada uno de estos títulos de endilgación jurídica, va tener, a su vez, una aplicación,

¹² *Ibíd.*

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2007. Expediente con radicación interna 22655. C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacios.

dependiendo del caso particular y del precedente jurisprudencial, que se haya establecido para cada situación, donde resulte comprometida la responsabilidad del Estado.

Al respecto, el Honorable Consejo de Estado determinó¹⁵:

“La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y que por el que en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial)”.

Tanto el daño, como la imputación, como elementos que integran la responsabilidad extracontractual, deben acreditarse en todos los regímenes de responsabilidad, esto es, falla del servicio o responsabilidad con culpa, o responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa. En el primero de los regímenes, a más de acreditar los dos elementos de la responsabilidad comentados, debe probarse la acción u omisión de la administración pública, mientras que en la responsabilidad objetiva, solo debe demostrarse el daño y la relación de causalidad entre éste y la actuación de la administración, sin que sea necesario, en estos eventos, entrar a analizar el comportamiento anormal, defectuoso u omisivo del Estado.

Sin embargo, el régimen de imputación por excelencia en la responsabilidad patrimonial del Estado, estriba en la falla del servicio, sin que eso indique que en todos los asuntos sea aplicable, toda vez que dependiendo de las particulares del caso, el operador jurisdiccional, debe direccionar el centro de imputación, al sistema de responsabilidad que más se acompace a los supuestos fácticos, que soportan la demanda reparatoria, apoyado en los avances jurisprudenciales que el órgano de cierre contencioso administrativo, ha fijado en determinados asuntos.

¹⁵ Sentencia del 8 de junio de 2011, Sección Tercera, Subsección A, expediente 19360, C. P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

Cuando el daño que proviene del ejercicio de actividades riesgosas o peligrosas, como son manipulación de armamento de dotación oficial, conducción de vehículos oficiales y redes eléctricas, la doctrina y la jurisprudencia contenciosa administrativa, ha sido unánime en sentar la posición referida, a que el título de imputación, aplicable en estos eventos, se circunscribe a la responsabilidad objetiva, bajo la modalidad de riesgo excepcional¹⁶, salvo que se evidencie una actuación precaria, anormal, negligente o extralimitada de la administración, evento en que deberá darse prelación a la responsabilidad subjetiva o falla probada del servicio¹⁷, no obstante, la imputación puede eventualmente, enervarse o romperse, cuando se acredite que la ocurrencia del daño, se debe a circunstancias ajenas e imprevisibles a la administración, bien sea por conducta propia de la víctima o de un tercero o por fuerza mayor o caso fortuito.

El precedente jurisprudencial ha señalado, que el régimen de responsabilidad del Estado por daños causados con armas de dotación oficial, es por excelencia, el objetivo por riesgo excepcional; sin embargo, en determinados eventos se ha aceptado el título de imputación por falla del servicio.

Con esta perspectiva, el régimen de imputación de responsabilidad con mayor connotación es el calificado como falla del servicio, dentro del cual la responsabilidad surge con la acreditación de la existencia de tres

¹⁶ Sentencia de 28 de enero de 2015, expediente No. 32912, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C. P. Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. "(...) habrá lugar a la aplicación del mismo cuando el daño ocurre como consecuencia de la actividad legítima de la administración pública, que comporta un riesgo de naturaleza anormal, o que resulta excesivo bien sea porque incrementó aquel que es inherente o intrínseco a la actividad, o porque en el despliegue de la actividad se crean riesgos que en atención a su exposición e intensidad desbordan o excedan lo razonablemente asumible por el perjudicado."

¹⁷ Sentencia de 1º de marzo de 2006, expediente No. 17256, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C. P. Dra. MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ. "(...) Esta Corporación, ante situaciones como las indicadas en este juicio, ha evolucionado en su jurisprudencia. Inicialmente dijo que si en ejercicio de actividades peligrosas el Estado desarrolló al igual que la víctima una actividad peligrosa pero con mayor grado de potencialidad de causar daño que la de la víctima, resultaba aplicable la teoría de la "presunción de falla"; luego se aludió a la aplicación al régimen de "presunción de responsabilidad" **y en la actualidad se refiere al régimen de riesgo por actividades peligrosas, salvo que se haya probado la falla del Estado evento en el cual se aplica el de falla probada.**"

elementos fundamentales: a) el daño antijurídico sufrido por el interesado, es decir, que el administrado no esté obligado a soportarlo; b) la falla del servicio propiamente dicha, imputable a la administración, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada; y, finalmente, c) la existencia de una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio, empero para que se configure este tipo de responsabilidad se debe demostrar que de manera ostensible se empleó el uso de la fuerza letal, mediante armas de dotación oficial de manera desproporcionada o excesiva.

Por su parte, en el régimen por riesgo excepcional se infiere, que las actividades denominadas peligrosas, entre ellas la utilización de arma de fuego de dotación oficial, entrañan una magnitud de peligro y riesgo que pueden lesionar los bienes jurídicamente tutelados de un sujeto de derecho y así lo señala el precedente jurisprudencial del Honorable Consejo de Estado en pronunciamiento del 14 de julio de 2001¹⁸, ratificado en decisión del 9 de abril de 2014¹⁹.

Ahora bien, tratándose de actividades peligrosas, en principio, no es necesario hacer un análisis subjetivo para estructurar el juicio de responsabilidad del Estado, sino determinar, si la actividad peligrosa implicó la concreción de una lesión para los bienes, derechos e intereses de un sujeto, por consiguiente, a efecto de determinar la responsabilidad del Estado es menester demostrar en este régimen, lo siguiente: i) La existencia del daño, ii) probar que el daño fue causado con el arma de dotación oficial por parte del agente de las fuerzas de seguridad del Estado, en ejercicio de sus funciones; y, (iii) la relación de causalidad entre ésta y el daño producido como consecuencia directa de la utilización del arma cuya guarda se encontraba a cargo del Estado, sin importar la conducta asumida

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de julio de 2001, rad. 12696, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁹ Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia del 9 de abril de 2014, rad. 29811, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

por el agente del Estado, constituyéndose en causales eximentes de responsabilidad solamente si se demuestra que el daño se produjo por fuerza mayor o por el hecho exclusivo y determinante de la víctima o de un tercero.

2.4.- Caso concreto

En el presente asunto se debate la responsabilidad de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, de la totalidad de los perjuicios que afirma la parte actora haber sufrido con motivo de las lesiones causadas a CRISTIAN DE JESÚS MERCADO TOVAR, por parte de un Agente de Policía en servicio activo, en hechos ocurridos en el Municipio de Betulia, Sucre, el día 18 de octubre de 2011.

El A-quo negó las pretensiones de la demandas, al considerar que si bien el daño soportado por MERCADO TOVAR, fue producto de la actividad de policía desplegada por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, los medios de prueba indicaban que la víctima participó de manera eficiente en la producción de dicho daño. La participación de la víctima fue tan idónea, que se constituyó en la única fuente del menoscabo del derecho por el padecido, situación jurídica ante la cual no era posible efectuar un juicio de imputación al Estado.

Los demandantes en su recurso insisten, en que debe declararse responsable extrapatrimonialmente a las entidades demandadas, toda vez que (i) el comportamiento del menor CRISTIAN DE JESÚS MERCADO TOVAR no se erige en la causa única atribuible al desenlace del operativo policial, que terminó impactándolo con proyectil de arma de fuego de dotación oficial, pues, era junto con dicho operativo, que se constituían causas eficientes, idóneas y determinantes para producirlo; ii) no se encontraba proporcionalidad, entre la actuación imprudente del menor de edad armado de una puntilla vieja (de la cual no hay evidencia material en el plenario) y la actuación del policía con arma de fuego de dotación oficial; y iii) la actuación de la Policía fue arbitraria, pues, de un lado, no intentó el uso de medios legítimos para evitar causarle daño a las personas que se

encontraban en la riña y de otro, se trataba de tres Subintendentes y un Auxiliar de Policía, quienes se encontraban con la suficiente preparación y experiencia para persuadirlo y evitar el uso del arma que lesionó gravemente la humanidad del menor, cuyo actuar y responsabilidad se encontraba limitado dado a su grado de inmadurez, lo que limitaba en muchas esferas su capacidad de obrar y lo colocaba en un plano de desproporción.

Vista las posturas de los extremos de la litis, la Sala considera que el régimen de imputación aplicable en el *sub examine*, se ciñe a la responsabilidad objetiva, en la modalidad de riesgo excepcional, como quiera que la causa generadora del daño, objeto de solicitud de reparación, proviene del ejercicio de una actividad considerada como peligrosa, tal como es la utilización de arma de fuego de dotación oficial por parte de un Agente de la Fuerza Pública, en ejercicio de un procedimiento policial.

Clarificado el título de imputación aplicable, se procede a examinar y decantar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que se surtieron los hechos objeto de reclamación reparatoria, a efectos de dilucidar, en *primer* lugar, los elementos que componen la responsabilidad objetiva, por riesgo excepcional, esto es, el daño y la relación de causalidad entre éste y la actividad riesgosa de la administración; y en *segundo* lugar, la configuración o no, de la causa exonerativa de responsabilidad, denominada hecho o culpa exclusiva de la víctima.

Siendo así, examinado el acervo que reposa en el plenario, concretamente el informe de novedad policial²⁰, se tiene que el día 18 de octubre de 2011 siendo las 22:30 horas aproximadamente, en el Barrio Las Mochilas del Municipio de Betulia, Sucre, una patrulla de la Policía Nacional conformada por el Subintendente RICARDO MARTÍNEZ MORENO, MARCO MERCADO VERGARA, GUSTAVO MONTIEL JIMÉNEZ y el Auxiliar de Policía NEIDER

²⁰ Ver Oficio No. 024-10/DESUC-ESBET-T.R.D.29.57 fechado 19 de octubre de 2011, obrante a folios 95 – 96 del Cuaderno No. 1 de primera instancia.

MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, acudieron a atender una queja por riña en la vía pública.

Llegada la Patrulla al lugar de los hechos, se encontró a un señor golpeado en los testículos, quien por solicitud propia y de su mamá, pidieron fuera llevada al hospital, por lo que cuando se disponían a hacer lo propio, llegó el joven CRISTIAN DE JESÚS MERCADO TOVAR en estado de embriaguez, quien había protagonizado dos riñas minutos antes con arma blanca (machete), atacando al Subintendente RICARDO MARTÍNEZ MORENO, persiguiéndolo y lanzándole varios machetazos, quitándole la tonfa (bastón de mando) y lesionándolo en la espalda, por lo que el Agente de Policía con el fin de persuadirlo realizó un disparo al piso, pero el agresor continuó su persecución al uniformado, ante lo cual, éste decide hacer un segundo disparo el cual impactó al Joven en la región abdominal, debajo del ombligo, quedando tendido en el suelo, por lo que hubo de ser llevado por los policiales que se encontraban en el procedimiento, hasta el Hospital de Corozal donde fue intervenido quirúrgicamente.

Conforme a la Copia simple de la Epicrisis del Hospital Regional de II Nivel Nuestra Señora de las Mercedes de Corozal E.S.E.²¹, el joven Cristian Mercado Tovar, ingresó a dicho ente el día 18 de octubre de 2010 con una herida abdominal por proyectil de arma de fuego, donde fue valorado por el cirujano de turno, quien consideró realizarle una Laparotomía Exploratoria, extrayéndose el proyectil de arma de fuego, encontrándose múltiples perforaciones en región del intestino delgado, ordenándose su traslado a una unidad de cuidados intensivos.

El día 20 de octubre de 2011, CRISTIAN MERCADO TOVAR fue ingresado a la Clínica de Montería²², donde le es practicada una *“rafia y/o sutura intestinal + evacuación de hemoperitoneo + lavado de peritonitis + liberación de adherencia peritoneales + anastomosis T - T + colostomía y manejo de abdomen abierto”*.

²¹ Folio 41 del Cuaderno No. 1 de primera instancia.

²² Folios 42 - 82 del Cuaderno No. 1 de primera instancia.

Según copia simple de la Epicrisis, así como de la Historia Clínica No. 95031125244 de la Clínica Montería, el paciente ingresó el 20 de octubre de 2011 y egresó 2 de noviembre de 2011.

De la Copia simple de la Epicrisis de la Clínica María Auxiliadora de Sincelejo²³, se extrae que el joven Cristian Mercado Tovar, ingresó a esa entidad el día 27 de junio de 2012, donde se le practicó el procedimiento Cierre de Colostomía.

De igual forma se aprecia de las copias de los Informes Técnicos Médicos Legales de Lesiones No Fatales²⁴, en los cuales se concluye:

Informe radicado No. 2011C-03040404702 de 30 de noviembre de 2011:
Mecanismo causal: corto contundente; proyectil arma de fuego.
Incapacidad médico legal: Definitiva. Cincuenta días. Secuela Medico legales: de carácter a definir si las hubiere en reconocimiento médico legal.

Informe radicado No. 2012C-03040402790 de 19 de julio de 2011: Mecanismo causal: proyectil arma de fuego. Incapacidad médico legal: Definitiva. Cincuenta días. Secuela Medico legales: Deformidad física que afecta el cuerpo, de carácter transitorio.

Informe radicado No. y 2012C-0304040360821 de 21 septiembre de 2012:
Mecanismo causal: corto contundente; proyectil arma de fuego.
Incapacidad médico legal: Definitiva. Cincuenta días. Secuela Medico legales: Deformidad física que afecta el cuerpo, por herida de carácter permanente; perturbación funcional de órgano sistema de la excreción fecal, de carácter transitoria.

Identificadas las circunstancias de tiempo y lugar de los hechos, este Tribunal avizora, que en el *sub lite*, se encuentra acreditado el **daño** padecido por

²³ Folios 83 - 86 del Cuaderno No. 1 de primera instancia.

²⁴ Folios 87 - 90 del Cuaderno No. 1 de primera instancia.

los actores, materializado en las lesiones sufridas por el joven CRISTIAN DE JESÚS MERCADO TOVAR, ocasionada con arma de fuego, en hechos ocurridos el día 18 de octubre de 2011, en el Barrio Las Mochilas del Municipio de Betulia, Sucre.

Así mismo, de las pruebas halladas en el expediente se tiene que el daño fue **causado por un arma de dotación oficial** accionada por un Agente de las fuerzas de seguridad del Estado, en ejercicio de sus funciones, dentro de un procedimiento policial que atendía una pelea callejera en el Municipio de Betulia, Sucre.

Lo anterior se extrae de las siguientes probanzas:

-. Copia del Oficio No. 024-10/DESUC-ESBET-T.R.D.29.57 fechado 19 de octubre de 2011²⁵, suscrito por el Comandante Estación de Policía de Betulia, dirigido al Comandante del Departamento de Policía Sucre, que da cuenta del informe de novedad policial sobre los hechos ocurridos el día 18 de octubre de 2011 y en el que se lee, que estando en un procedimiento policial que atendía una pelea callejera, el Subintendente RICARDO MARTÍNEZ MORENO, accionó su arma contra el joven CRISTIAN DE JESÚS MERCADO TOVAR, debido a las agresiones que éste ejercía en su contra con un arma blanca “machete”.

-. Copia del proceso disciplinario²⁶ adelantado por la Policía Nacional - Inspección Delegada Región Ocho - Oficina de Control Disciplinario Interno DESUC, contra el señor Subintendente RICARDO MARTÍNEZ MORENO, del cual se extrae la actuación adelantada por esa entidad ante los hechos ocurridos el 18 de octubre de 2011, donde resultó lesionado el joven Cristian de Jesús Martínez Moreno con un proyectil de arma de fuego, debido al disparo que le realizó el Subintendente RICARDO JOSÉ MARTÍNEZ MORENO, en desarrollo de un procedimiento policial.

²⁵ Folios 95 – 96 del Cuaderno No. 1 de primera instancia.

²⁶ Folios 194 - 363 del Cuaderno No. 1 y No. 2 de primera instancia.

-. Copia de la investigación penal²⁷ adelantada contra el Subintendente RICARDO MARTÍNEZ MORENO, por la Fiscalía 161 Penal Militar DEATA, por el delito de Lesiones personales, radicado 2013 - 60364, donde figura como víctima el señor CRISTIAN MERCADO TOVAR, al recibir un disparo con arma de dotación oficial.

-. Copia de la investigación penal²⁸ adelantado contra CRISTIAN MERCADO TOVAR, por la Fiscalía General de la Nación - Fiscalía 19 de Infancia y Adolescencia, por el delito de Violencia contra Servidor Público, radicado No. 70- 215-60-99020-2011-00015.

Dentro de las copias del referido proceso, se encuentra el Informe de Investigador de Laboratorio –FPJ-13²⁹, en el que se aprecian varias imágenes del arma de fuego, y se indica las siguientes características:

TIPO: Pistola

CLASE: De puño

CALIBRE: 9 mm

MARCA/FABRICA: SIG SAUER / SIG SAUER

MODELO/PAIS: SP 2022 / Alemania

FABRICACIÓN: original.

Valga la pena resaltar, que en dichas actuaciones disciplinaria y penal, obran varias pruebas testimoniales que permiten tener conocimiento de la ocurrencia de los hechos, donde el Agente de seguridad del Estado, le ocasionó la herida con arma de fuego de dotación oficial al joven CRISTIAN MERCADO TOVAR, mientras participaba en un procedimiento policial.

Probado que el daño antijurídico fue causado por un agente de la Policía Nacional con un artefacto de dotación oficial, corresponde ahora establecer si en el caso de autos, el mencionado daño resulta **imputable** a la entidad demandada o si por el contrario, como lo consideró el A quo, se

²⁷ Folios 806 - 1083 del Cuaderno No. 5 y No. 6 de primera instancia.

²⁸ Folios 1095 – 1144 del Cuaderno No. 6 de primera instancia.

²⁹ Folios 1132 - 1136 del Cuaderno No. 6 de primera instancia.

encuentra configurada la culpa exclusiva y determinante de la víctima, que no de un tercero.

Pues bien, la parte actora en sede de apelación argumenta que no hay proporcionalidad, entre la actuación imprudente del menor de edad y el proceder del Agente de Policía involucrado en los hechos demandados, lo que da lugar a la declaratoria de responsabilidad en los hechos demandados.

Con relación a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos donde resultó herido el joven CRISTIAN DE JESÚS MERCADO TOVAR, la Sala encuentra el Informe de Novedad de fecha 19 de octubre de 2011, suscrito por el Comandante Estación de Policía de Betulia, GUSTAVO ENRIQUE MONTIEL JIMÉNEZ, dirigido al Comandante del Departamento de Policía Sucre, en el que se lee:

"... el día de ayer 18/10/11, siendo las 22:30 horas aproximadamente, cuando nos encontrábamos patrullando el casco urbano y fuimos informados vía radial, por el señor Patrullero MEDINA EVANGELISTA ANIBAL, quien se encontraba como comandante de guardia en turno, quien nos manifestó que en el barrio Las Mochilas, por informaciones de la ciudadanía a través de vía telefónica mediante los abonados 3135610451 y 3135772623 informaron que se estaba formando una riña en el lugar antes mencionado, de inmediato se llegó al lugar, encontrándonos con un señor que se encontraba golpeado en los testículos, quien por solicitud propia y de la mamá, pidieron que lo lleváramos al hospital, el Auxiliar MARTINEZ HERNANDEZ NEIDER y mi persona tomamos al joven golpeado para subirlo a la camioneta de la ponal de siglas 25-327, para llevarlo al centro de salud de este municipio, el señor SI.MERCADO VERGARA MARCO, encendía el vehículo y el señor SI. MARTINEZ MORENO RICARDO, se disponía a subir también al vehículo cuando llego un joven quien estaba en estado de embriaguez, quien había protagonizado dos (02) riñas minutos antes con arma blanca (machete) atacando al señor SI. MARTINEZ MORENO RICARDO, quien corrió para la acera del frente y el joven le lanzo varios machetazos, quitándole la tonfa, lesionándolo en la espalda, salimos a contrarrestar el joven y la multitud lo impidió, toco utilizar los bastones de mando y el joven seguía atacando al señor subintendente, quien desenfundó su pistola realizo un disparo al piso con el fin de persuadirlo, pero el agresor siguió con su propósito de causarle daño, hubo un segundo disparo, el cual, impacto al joven en la región abdominal,

debajo del ombligo, quedando tendido en el suelo y fue atendido por los policiales que nos encontrábamos en el procedimiento, llevándolo hasta el hospital de Corozal por la gravedad de la herida y evitar asonadas; ya en el hospital se pudo establecer que el joven corresponde al nombre de CRISTIAN DE JESUS MERCADO-TOVAR, con T.I N° 950311- 25244, nacido el 11/03/95, de 16 años de edad, soltero, 8° de escolaridad, hijo de José y Mildré, natural y residente en Betulia, barrio Las Mochilas, sin más datos.

El joven fue intervenido quirúrgicamente en el hospital de Corozal y se encuentra en recuperación". (Sic)

Dentro del correspondiente proceso disciplinario³⁰ adelantado por parte de la Policía Nacional, contra el señor Subintendente RICARDO MARTÍNEZ MORENO, se advierten, entre otras, las siguientes declaraciones sobre los hechos³¹:

-. El Subintendente GUSTAVO ENRIQUE MONTIEL JIMÉNEZ³², manifestó que se ratificaba en lo consignado en el informe antes transcrito y relató, que para la fecha de los hechos atendieron un requerimiento policial por una riña que se había presentado minutos antes, la cual lograron calmar, pero luego fueron informados de otra que se estaba presentando en el Barrio Las Mochilas, por lo que al dirigirse al lugar encontraron a un joven llorando, quien manifestaba que lo habían lesionado de una patada en los testículos, por lo que procedieron a colaborarle para llevarlo a un Centro de Salud y estando en esas, refiere textualmente:

"me di cuenta que un joven atacaba al Subintendente Martínez Moreno... le grité a los compañeros que saliéramos para contrarrestar la acción, yo me resbalé y caí, cuando me estoy incorporando escuche un disparo y como había mucha gente que impedía nuestro paso, escuché un segundo disparo, por lo que tocó usar los bastones de mando, entonces me di cuenta que el joven agresor estaba en el piso y el Subintendente Martínez me gritaba que le habían dado en la espalda, de inmediato cogimos al herido lo subimos a la camioneta al igual que al Subintendente Martínez, ahí la gente nos tiraba piedras y palos, lo que fue

³⁰ Folios 194 - 363 del Cuaderno No. 1 y No. 2 de primera instancia.

³¹ En el subjuicio la prueba documental contenida en los procesos allegados al plenario, puede ser valorada por haber estado a disposición de las partes desde el momento en que fue remitida y debidamente incorporada al proceso, sin que ninguna de ellas efectuara la contradicción de tal medio de convicción.

³² Folios 457 - 460 del cuaderno No. 3 de primera instancia.

imposible tomar el machete con el que joven atacó al Subintendente y el bastón de mando partido con el que el Subintendente se estaba defendiendo..."

También manifestó, que el Subintendente MARTÍNEZ MORENO portaba bastón de mando para el servicio y agotó todos los recursos, para evitar el uso del arma de fuego e incluso, dijo que el bastón se partió en el lugar de los hechos, producto de un machetazo lanzado por el joven agresor; que en ese momento quedó desprotegido y trató de salir del lugar, pero el joven salió detrás de él persistiendo en el ataque, por lo que tuvo que disparar para defenderse.

-. El Subintendente MARCO ANTONIO MERCADO VERGARA³³, declaró que estando atendiendo un procedimiento policial, el joven CRISTIAN corría con un machete detrás del Subintendente MARTÍNEZ con el ánimo de agredirlo y éste, en vista que no tenía la tonfa (bastón de mando) porque se la había "volado" con el machete, desenfundó el arma e hizo un disparo al piso con el ánimo de que el agresor se calmara, pero este siguió detrás de él, por lo que hubo otro disparo que impacto en el abdomen del joven.

-. El Auxiliar de Policía NEIDER MOISÉS MARTÍNEZ HERNÁNDEZ³⁴, en su declaración refirió que fueron informados de una riña en el Barrio Las Mochilas y que al llegar al lugar, encontraron a un muchacho en el suelo golpeado en los testículos, a quien procedían a llevar a un Centro de Salud, pero en el momento se presentó el joven CRISTIAN con un machete y atacó al Subintendente MARTÍNEZ RICARDO, provocándole una herida en la espalda y derribándole la tonfa (bastón de mando), por lo que éste tuvo que desenfundar el arma y hacer un primer disparo al suelo para ver si el muchacho se intimidaba y lo dejaba de agredir, pero no fue así, debiendo entonces hacer un segundo disparo, el cual impactó en el joven en la región abdominal.

³³ Folios 464 - 466 del cuaderno No. 3 de primera instancia.

³⁴ Folios 467 - 469 del cuaderno No. 3 de primera instancia.

-. La Señora Antonia del CARMEN PÉREZ ESTRADA³⁵, declaró que le fueron avisar que su hijo estaba peleando con CRISTIAN, que luego lograron apartarlos, pero su hijo se fue detrás de éste; ella gritaba y pedía que la ayudaran, entonces CRISTIAN con una navaja comenzó a atacar a su hijo, ahí estaban los familiares y trataban de evitar, pero no se atrevían a meterse porque de pronto los fuera a cortar con la navaja.

Dice que su hijo fue controlado con la ayuda de un hermano y unos amigos, que luego llegó la policía y entonces lo subieron a la camioneta para llevarlo al centro de salud; cuando se lo iban a llevar, vio que venía CRISTIAN con un machete y en ese momento, ella se puso a gritar y solo alcanzó a ver como éste atacaba al policía, quien hizo un disparo como para asustarlo y para que no lo atacara más, pero CRISTIAN continuó con su ataque, entonces oyó otro disparo, pero por la multitud no alcanzó a ver qué fue lo que sucedió, porque todo el mundo comenzó a correr de un lado a otro; luego vio a CRISTIAN en el suelo, lo embarcaron en la camioneta y se lo llevaron.

-. El Señor HERNANDO RUÍZ ACOSTA³⁶, hizo un recuento de la pelea *"entre el hijo de la señora ANTONIA y el muchacho que resulto herido con bala"*; y sobre la persecución del muchacho con el machete al Agente de la Policía, así: *"el muchacho le tiró varias veces con el machete, en ese momento él hace un disparo de alerta y la gente se dispersó en todas las direcciones, pero el muchacho del machete siguió detrás del agente con el machete para agredirlo, entonces es cuando se oye la segunda detonación e impacta al muchacho, yo digo que al momento de desenfundar el arma no tenía la intención de herir al muchacho , pero como este venía detrás de él no lo podía evitar, MONTIEL trató de ayudarlo pero como resbaló no se alcanzó a reponer a tiempo para evitar lo sucedido, entonces lo recogieron, lo subieron a la camioneta y se lo llevaron al hospital, en mi opinión el policía actuó en defensa propia."*

³⁵ Folios 470 - 472 del cuaderno No. 3 de primera instancia.

³⁶ Folios 473 - 475 del cuaderno No. 3 de primera instancia.

-. El Señor OSCAR JESÚS VELILLA GIL³⁷, relató que estaba en el parque principal en una manifestación política, que ahí se formó una pelea que se trasladó hasta el barrio las Mochilas. Allí llamaron a la Policía, cuando de repente llegó el muchacho con un machete en la mano atacando al agente de policía, quien se defendió con el bastón de mando, pero se lo partió con un machetazo; el policía al verse acorralado salió corriendo, pero el muchacho siguió detrás de él y le lanzó un machetazo que por fortuna no lo cogió; el policía le disparó al suelo, pero el muchacho continuó con su agresión y el policía tuvo que defenderse propinándole el disparo.

Del proceso penal militar también obran las declaraciones de los miembros de la Policía Nacional, que participaron en el operativo policial donde resultó herido Cristian Mercado Tovar³⁸; en las cuales se reitera lo ya anotado, esto es, que en medio del operativo policial enunciado, el joven CRISTIAN MERCADO TOVAR, persiguió de forma agresiva al Subintendente RICARDO MARTÍNEZ MORENO, con un machete, ante lo cual el policial, luego de usar su bastón de mando, el cual fue destruido por uno de los machetazos, detuvo el ataque con su arma de fuego de dotación oficial, al ver en riesgo su vida; fue así como disparó contra la integridad del agresor, ocasionándole herida en zona abdominal.

-. La Policía Nacional, a través de su Oficina de Control Disciplinario Interno, mediante auto de fecha 1º de octubre de 2012³⁹, decidió decretar el archivo definitivo de la investigación disciplinaria radicada bajo el No. DESUC-2012-38, seguida contra el Subintendente RICARDO JOSÉ MARTÍNEZ MORENO, al considerar que había un claro interés por parte del joven CRISTIAN DE JESÚS MERCADO TOVAR en lesionar la vida o integridad personal del Subintendente, hasta el punto de arremeter en contra de él en repetidas ocasiones con un machete; y que ante la inminencia de la agresión, la única alternativa del policial no podía ser otra que repeler el ataque para salvaguardar su vida.

³⁷ Folios 476 – 477 del cuaderno No. 3 de primera instancia.

³⁸ Folios 816 – 820, 897 – 900, 893 -896 del cuaderno No. 5 de primera instancia.

³⁹ Folios 344 - 355 del cuaderno No. 2 de primera instancia.

-. Dentro del Sumario No. 2013-603, la Fiscalía 161 Penal Militar Delegada ante el Juzgado 151 de primera instancia Seccional Atlántico, Bolívar, Sucre y César⁴⁰, en decisión de fecha 11 de abril de 2013, declaró que no había mérito para proferir resolución de acusación en contra del SI (r) RICARDO JOSÉ MARTÍNEZ MORENO, por el delito de lesiones personales en hechos ocurridos en el Municipio de Betulia, Sucre, el día 18 de octubre de 2011.

Consideró el ente investigativo, que de los testimonios arimados se concluía, que efectivamente hubo un ataque “*furibundo*” del lesionado hacia el policía procesado por un problema anterior que éste tuvo con él, según un mismo testigo del lesionado. Que por eso la emprendió a machetazos contra el policía, incluso lesionándolo en su espalda con ese elemento corto punzante.

-. A su vez, la Fiscalía General de la Nación - Fiscalía 19 de Infancia y Adolescencia de Corozal, dentro de la investigación SPOA radicado No. 70-215-60-99020-2011 -00015⁴¹, seguida contra CRISTIAN DE JESÚS MERCADO, por el delito de Violencia contra Servidor Público, decidió el archivo de la diligencia, al concluir que no se alteró ningún bien jurídico, de manera que el comportamiento atribuido carecía de antijuricidad material y en consecuencia, no podía ser sancionado porque no le alcanzaba la categoría de una conducta punible.

ES de anotar que esta apreciación, surge en el análisis que el ente investigador hizo de la posible responsabilidad del menor de edad en el delito de violencia contra servidor público, por ende, lo ahí afirmado como considerandos con lo aquí tratado es prácticamente nula.

Hasta aquí la Sala considera que la acusación efectuada por los demandantes no se encuentra probada, por el contrario, la Sala considera que las lesiones ocasionadas al Joven CRISTIAN DE JESÚS MERCADO TOVAR fueron consecuencia su actuar doloso.

⁴⁰ Folios 1067 – 1070 del Cuaderno No. 6 de primera instancia.

⁴¹ Folios 1141 - 1144 del Cuaderno No. 6 de primera instancia.

En efecto, los policiales y demás testigos analizados, son coincidentes en afirmar que hubo dos disparos propiciados por el Agente Policial, con el arma de dotación oficial, el cual uno de ellos impactó en la región abdominal del Joven Cristian de Jesús. De la misma manera, queda claro para la Sala que la actuación del Agente estuvo precedida por la correspondiente advertencia del primer disparo, así como que el segundo, se produjo en defensa propia debido a la actitud agresiva del entonces menor de edad, que deja entrever su intención de lesionar al Subintendente Ricardo Martínez Moreno, con un elemento corto-punzante.

Ahora, no es de recibo que en sede de apelación se diga por parte de los recurrentes, que en el plenario no hay evidencia del arma blanca usada por el Joven CRISTIAN DE JESÚS, cuando es claro que en el mismo libelo genitor se acepta su existencia, cuando en el hecho tercero de la demanda, al hacerse unas conclusiones de las investigaciones adelantadas y los informes rendidos por los poderdantes, se dice que *"el día 18 de octubre de 2011, ... el joven Mercado Tovar llegó a su residencia, al pasar pocos minutos llegó a buscarlo el compañero con el que había estado peleando minutos antes y el con el fin de amedrentar, más no lastimar al muchacho **salió a las afueras de su casa con un machete en la mano y se encuentra en esos momentos nuevamente con la misma patrulla de la Policía, y con el Agente que lo había agredido en el rostro momentos antes**; en esta ocasión Cristian de Jesús Mercado Tovar al ver al agente que lo había agredido se acercó a reclamarle airadamente por el golpe recibido..."*

Hecho a su vez, soportado en las pruebas testimoniales obrantes en las actuaciones penal y disciplinaria, allegadas al plenario, que dan cuenta del arma utilizada por el hoy demandante, contra el Subintendente de la Policía.

Así mismo, se señala, que tampoco es de recibo que se alegue por parte de los recurrentes de que no hubo proporcionalidad entre la actuación imprudente del menor de edad armado de una *"puntilla vieja"* y la

actuación del policía con arma de fuego de dotación oficial o que la actuación de la Policía fue arbitraria, pues, no intentó el uso de medios legítimos para evitar causarle daño a las personas que se encontraban en la riña; cuando es claro, que de las prueba analizadas (testimoniales) se extrae que el policial usó, primero, su bastón de mando, pero fue partido con el machete por el agresor, quedando entonces el Subintendente con la opción de usar el arma de dotación para ejercer su defensa, ante el inminente ataque del que fue víctima.

Tampoco, es del todo aceptable que se diga que dentro del actuar policial habían tres Subintendentes y un Auxiliar de Policía, quienes se encontraban con la suficiente preparación y experiencia para persuadir a CRISTIAN DE JESÚS, cuyo actuar y responsabilidad se encontraba limitado dado a su grado de inmadurez, lo que limitaba en muchas esferas su capacidad de obrar y lo colocaba en un plano de desproporción.

En tanto, se entiende del acervo probatorio analizado, que la actuación de CRISTIAN DE JESÚS contra el Subintendente fue imprevista, rápida y furibunda, al punto que no fue posible detenerlo desde el mismo instante en que inició su ataque contra el policial. Afirmar lo contrario, es descontextualizar lo probado, cuando la prueba es conteste en señalar que el policial se hallaba aislado de su grupo de apoyo y en riesgo de ser lesionado o de perder su vida, indicando así que de nada valía el haber hecho presencia con un grupo de agentes del orden, dado lo inusitado del ataque.

En ese orden de ideas, no es posible aseverar que la actuación de la policía fue arbitraria y desproporcionada, sino que atendió a las condiciones en que se desarrolló el operativo, conforme a la actuación de la víctima y a una reacción de legítima defensa.

Tampoco es de recibo afirmar que la primera instancia no tuvo en cuenta el testimonio de la víctima, pues, confrontado su contenido con las demás pruebas aportadas, el dicho de la víctima no aparece creíble,

evidenciándose un interés marcado en contar unos hechos que no ocurrieron.

Así las cosas, comparte este Tribunal la posición del A-quo, en cuanto se encuentra acreditada la configuración del hecho exclusivo de la víctima, que no de un tercero, en tanto contribuyó de manera relevante en la producción del daño al atacar con un machete de manera irracional al miembro de la fuerza pública, actuación que provocó la reacción del policía en aras de salvaguardar su integridad y su vida.

Demostrándose una ruptura causal entre el hecho imputable y el daño alegado, por tanto, la entidad demandada no puede ver comprometida su responsabilidad patrimonial. Y en tal sentido, procederá a confirmar la negativa de las pretensiones.

Finalmente se señala, que efectivamente, le asiste razón a la parte recurrente en cuanto a la incongruencia de la parte considerativa de la sentencia, con la resolutive, en tanto, se declaró probada la excepción de culpa exclusiva de un tercero, siendo que se analizó fue la culpa exclusiva de la víctima, eximente que corresponde verdaderamente a lo tratado como se ha venido sosteniendo.

En tal sentido, se procede a modificar el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia recurrida, indicándose que se declara probada la excepción denominada culpa exclusiva de la víctima.

3.- Condena en Costas - Segunda Instancia.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C. G. del P., al no haber prosperado el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, se le condenará en costas de segunda instancia.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia fechada a 13 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en el sentido de *“DECLARAR probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima, propuesta por la entidad demandada”*.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia fechada a 13 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, conforme a lo anotado.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante. El Juez A quo, liquidará lo pertinente a ambas instancias, incluyendo las agencias en derecho.

CUARTO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0012/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA