

13001 -33-33-007-2017-00119-01

Cartagena de Indias D. T. y C., once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	REPARACION DIRECTA
Radicado	13001 -33-33-007-2017-00119-01
Accionante	JHONATAN YESID GARCÍA CANTILLO Y OTROS
Accionadas	MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICÍA NACIONAL
Tema	RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – FALLA EN EL SERVICIO
Magistrado Ponente	JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)¹. proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA.²

3.1.1. Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

El pasado 26 de marzo del año 2015, García Cantillo Jonathan, se encontraba acompañando el cortejo fúnebre del finado Jhon Mario Almeida Zúñiga (q.e.p.d.), acompañado de sus familiares, amigos y vecinos, con destino al Cementerio Jardines de Paz.

Dicen los testigos que cuando iban llegando al Cuartelillo de Olaya, le salió al paso un grupo de jóvenes, al parecer del barrio el campamento, para

¹ Folios 423-429 cdr.2

² Folios 3-19 cdr.1

13001 -33-33-007-2017-00119-01

atracar o robar a quienes iban acompañando el cortejo fúnebre; hecho que alertó a la policía.

Indican que JONATHAN GARCÍA CANTILLO se desvió con unos amigos por un momento del cortejo con el fin de comprar agua en una tienda que queda frente a la estación del Cuartelillo de Olaya; repentinamente de entre la multitud del sepelio salieron varios policías motorizados en dirección donde estaba García Cantillo con sus amigos.

Afirma el joven Jonathan que uno de los policías sin mediar palabra le dio un fuerte golpe en la cara y lo tiró al piso, el uniformado continuó agrediendo poniéndole la bota en la cara y pisándolo contra el pavimento. Ante tal acto abusivo y guiado por el temor, como pudo el joven logró soltarse y trató de levantarse, pero el uniformado le dio un disparo que le atravesó la pierna derecha y penetró la izquierda, perforándole las venas de manera grave.

Los testigos mencionan que JONATHAN GARCÍA CANTILLO no fue auxiliado por los policiales, siendo las mismas personas del sepelio quienes se encargaron de auxiliarlo llevándolo por sus propios medios al centro de salud aledaño al Cuartelillo de Olaya, por la gravedad de las heridas lo trasladaron a la Clínica Blas de Lezo.

3.1.2. Las pretensiones de la demanda

Se solicita que mediante sentencia se declare lo siguiente:

(i) Que se declare a la NACIÓN COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL, administrativa y patrimonialmente responsable de los perjuicios ocasionados a cada uno de los demandantes por las lesiones que sufrió el señor JHONATAN YESID GARCÍA CANTILLO, a consecuencia de los disparos que recibió en su humanidad el día veintiséis (26) de marzo de 2015, cuando miembros de la Policía Nacional dispararon sus armas de forma irresponsable y de manera indiscriminada en su contra.

(ii) Que conforme a la declaración anterior se solicita se condene a la NACIÓN COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL a indemnizarlos por concepto de perjuicios morales, por la suma equivalente a la fecha de la ejecutoria de la sentencia condenatoria de la demanda, en las siguientes sumas de dinero, junto con los intereses comerciales y moratorios que se fes están causando a cada uno de ellos por las lesiones

13001 -33-33-007-2017-00119-01

que sufrió el señor JHONATAN YESID GARCÍA CANTILLO en hechos ocurridos el pasado veintiséis de marzo de 2015, así;

POR DAÑOS MORALES:

- **Por la víctima directa:** JONATHAN YESID GARCÍA CANTILLO la suma de setenta (70) salarios mínimos legales vigentes.
- **Por la madre:** VICTORIA CANTILLO MARTINEZ la suma de setenta (70) salarios mínimos legales vigentes.
- **Por el padre:** VICTOR MANUEL GARCÍA PEREZ la suma de setenta (70) salarios mínimos legales vigentes.

- **Por sus hermanos:**

- ISABEL MARIA GARCÍA CANTILLO la suma de 40 salarios mínimos legales vigentes.
- FANNY ESTELA GARCÍA CANTILLO la suma de 40 salarios mínimos legales vigentes.
- MARIA ISABEL GARCÍA CANTILLO la suma de 40 salarios mínimos legales vigentes.
- VICTOR JOSE GARCÍA CANTILLO la suma de 40 salarios mínimos legales vigentes.
- DIEGO ALEJANDRO GARCÍA CANTILLO la suma de 40 salarios mínimos legales vigentes.
- LEONOR MARIA GARCÍA POLO la suma de 40 salarios mínimos legales vigentes.
- JAVIER GARCÍA POLO la suma de 40 salarios mínimos legales vigentes.
- EDGARDO GARCÍA POLO la suma de 40 salarios mínimos legales vigentes.

(iii) Que por la gravedad de las lesiones que recibió el señor JHONATAN YESID GARCÍA CANTILLO, las cuales le han dejado secuelas de carácter permanente y graves afectaciones psicológicas, entre otras, tal como

13001 -33-33-007-2017-00119-01

consta en el Informe técnico médico legal, del Instituto Nacional De Medicina Legal Y Ciencias Forenses, y de la calificación de la junta regional de calificación de invalidez de Bolívar, se solicita que se condene a la NACIÓN COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL, a reconocer y pagar los PERJUICIOS MATERIALES en la modalidad de DAÑO EMERGENTE CONSOLIDADO, DAÑO EMERGENTE FUTURO. LUCRO CESANTE CONSOLIDADO y LUCRO CESANTE FUTURO.

- **DAÑO EMERGENTE CONSOLIDADO**, por la víctima directa JONATHAN YESID GARCÍA CANTILLO la suma de cien (100) salarios mínimos legales vigentes.
- **DAÑO EMERGENTE FUTURO**, se compone por el dinero que tendrá que utilizar o gastar la víctima directa por el resto de su vida, para costear el valor del tratamiento psicológico y terapéutico, todo ello a consecuencia de la lesión recibida en sus dos piernas, para liquidar este perjuicio solicitado se tenga como prueba el contrato de prestación de servicios suscrito por los médicos de especialistas y los dictámenes que rindan los peritos en su debida oportunidad.
- **LUCRO CESANTE CONSOLIDADO**, por la víctima directa JONATHAN YESID GARCÍA CANTILLO, la suma de quince millones ochocientos cincuenta y siete mil cuatrocientos cuarenta y dos pesos (\$15.857.442,00).
- **LUCRO CESANTE FUTURO**, que se compone por el dinero que la víctima directa dejará de percibir en razón al estado en que ha quedado ya que no podrá volver a trabajar ni ayudar a alimentar a sus hijos, el cual debe liquidarse desde el veintiséis de marzo de 2015 hasta su supervivencia o vida probable.

(iv) **POR DAÑOS A LA SALUD:**

- **Por la víctima directa:** JONATHAN YESID GARCÍA CANTILLO la suma de cien (100) salarios mínimos legales vigentes.

(v) **POR DAÑO A LA VIDA DE RELACION O PERJUICIO AL PROYECTO DE VIDA** Que se condene a la Nación Ministerio de Defensa, Policía Nacional al a cancelar a, JONATHAN YESID GARCÍA CANTILLO, VICTORIA CANTILLO MARTÍNEZ, VÍCTOR MANUEL GARCÍA PÉREZ, ISABEL MARÍA GARCÍA CANTILLO, FANNY ESTELA GARCÍA CANTILLO, MARÍA ISABEL GARCÍA CANTILLO, JOSÉ VÍCTOR GARDA CANTILLO,

13001 -33-33-007-2017-00119-01

DIEGO ALEJANDRO GARDA CANTILLO, LEONOR MARÍA GARCÍA CANTILLO Y JAVIER GARDA POLO, la suma de cien SMLMV.

(vi) DEL CUMPLIMIENTO DEL FALLO. LA NACIÓN COLOMBIANA. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL, dentro del término establecido en el artículo 192 de la ley 1437/2011 y según la jurisprudencia concordante al respecto.

(vii) CONDENA EN COSTAS. Condénese a la NACIÓN COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL, a pagar a los actores las costas y gastos judiciales a que haya lugar.

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación.

El concepto de la violación lo sustenta la parte demandante en el artículo 90 de la Constitución Política, que consagra la obligación que tiene el Estado de responder por los daños antijurídicos que le sean imputados, ya sea por acción o por *omisión*, en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; artículo 2 numeral 1 y 6 numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por Colombia a través de la Ley 74 de 1968; artículo 1, y 3 del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley adoptado por la Asamblea General De Las Naciones Unidas y Manual Para el Servicio de Policía en la Atención Manejo v Control de Multitudes

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³

El apoderado judicial de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, presentó escrito de contestación de la demanda, y se opone a las pretensiones de esta, solicitando que sean negadas por carecer de fundamento fáctico y jurídico de conformidad con los siguientes argumentos.

Argumenta que no debe perderse de vista que para la prosperidad del medio de control de Reparación Directa, estudiando los hechos bajo el título de imputación de riesgo excepcional (Título de Imputación bajo el cual solicita el demandante que se estudiado el asunto en referencia) en los casos en que se involucran armas de fuego y, por ende, para que el sentenciador pueda ordenar la reparación pretendida, el actor está en la

³ Folios 220-226 cdr.1

13001 -33-33-007-2017-00119-01

obligación de demostrar el daño sufrido y la relación de causalidad entre éste y la actuación de la Administración, para que haya lugar a la declaratoria de responsabilidad del Estado, el cual podrá exonerarse si demuestra la presencia de una causa extraña, como la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho también exclusivo de un tercero. En estos casos, quien tiene la guarda de la cosa debe responder por los perjuicios que se ocasionen al realizarse el riesgo creado.

Indica que en el caso concreto, no está acreditada la utilización de armas de fuego por parte de alguno de sus miembros; y que con ellas se le causó la lesión, resalta que con la demanda no se aportó prueba técnica balística (Cotejo Balístico) que determine que el proyectil con que se causó la lesión a la víctima señor JONATHAN YESID GARCÍA CANTILLO, provino de un arma de dotación oficial, ni tampoco se solicitó su práctica; en tal sentido no se cuenta con la prueba idónea que corrobora de manera fehaciente el nexo de causalidad del daño y la imputación a esta accionada; ante la carencia de este elemento para imputar responsabilidad administrativa a cargo de la Policía Nacional se solicita comedidamente desestimar las pretensiones de lo demanda.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.⁴

Mediante sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda.

Consideró el Juez de primera instancia que en el presente caso, queda claro que el día de los hechos se presentaron varios enfrentamientos entre policiales y civiles, y que durante el desarrollo del sepelio se presentaron varias detonaciones, de las cuales no fue posible esclarecer si eran de arma de fuego o de algún otro tipo de artefacto bélico o explosivo, así como tampoco se pudo establecer si las detonaciones es fueron propinadas por los miembros de la fuerza pública o por los civiles que ocasionaron los disturbios, lo que le generó al despacho una duda razonable en cuanto a la fuente generadora del disparó que finalmente afectó al señor Jhonathan GARCÍA Cantillo, ya que si bien los testigos convergen en señalar que el disparo fue propinado por un miembro de la Policía Nacional, en ningún momento esta persona pudo ser identificada, individualizada o capturada, no pudiendo desconocer el despacho que al haber existido un

⁴ Folios 423-429 cdr.2

13001 -33-33-007-2017-00119-01

enfrentamiento entre policiales y civiles, el disparo también pudo haber sido propinado por un civil, más aún cuando los testigos indican que el sepelio fue acompañado por un grupo de policiales y miembros del Escuadrón Móvil Antidisturbios (ESMAD), para preservar la seguridad y el orden público durante el desarrollo del sepelio, lo que le indica a este despacho que el evento revestía cierto grado de peligrosidad.

Arguye que en el material probatorio no se encontró ninguna prueba que permitiera concluir de forma directa que la bala que afectó al señor Jhonathan García Cantillo, hubiese provenido de un arma de dotación oficial, o que dicho disparo fuese propinado por un miembro de fuerza pública, siendo únicamente las pruebas testimoniales las que pretenden indicar al tallador que el despacho sí fue efectuado por un miembro de la fuerza pública, y que el mismo fue desproporcionado.

3.4. EL RECURSO DE APELACIÓN.⁵

El apoderado de la parte demandante presenta recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, argumentando que el juez de primera instancia incurrió en defectos, en razón a que el señor juez en la sentencia se duele que no se aportó "una prueba de balística que estableciera que el proyectil que terminó en la humanidad de la víctima directa, sea de los mismos que son utilizados por los miembros de la fuerza pública". Sobre este tópico creen que el a quo por error involuntario no se percató que en el cuaderno No. 3 del expediente, a folios 162 al 164, reposa un dictamen pericial que le fue practicado al proyectil que por poco le quita la vida al joven Jhonatan.

Afirma que el resultado arrojado en el mencionado dictamen pericial, indica que el disparo que recibió el Joven Jhonatan, sí provino de una pistola nueve milímetros de la Policía Nacional, lo cual concuerda diamantamente con el dicho de los testigos presenciales, quienes bajo la gravedad del Juramento aseguraron haber visto a un POLICÍA cuando le disparó al joven Jonatan; Creemos si el señor juez se hubiera percatado de la existencia del dictamen realizado al proyectil y al valorársele en conjunto con los testimonios, la decisión hubiese sido diferente a la que se está impugnado.

Consideran que el señor juez al momento de proferir la sentencia hizo una errónea e indebida valoración de los testimonios de los señores Jimis Enrique

⁵ Folios 437-443 cdr.2

13001 -33-33-007-2017-00119-01

Paternina Bernal, Jairo Luna Núñez, Bleidis Patricia Ávila Cáceres y Davison José Altamiranda Ascanio, quienes al unísono afirmaron haber visto a un policía dispararle al joven Jhonatan y no es de recibo que el señor juez pretenda imponer una tarifa legal a los mismos, al exigírseles que debían reconocer al policía con nombre y apellido, e incluso exigirse que debió haberse dado captura al policía victimario, para de esa forma si poder endilgar la responsabilidad al ente demandado.

Finalmente solicitan que, si esta Corporación llegare a considerar que no se encuentra acreditado la identificación plena del policía que lesionó al joven Jhonatan, y sin desdeñar o dejar de lado las pruebas y argumentos antes señalados, de manera subsidiaria y en aras de que se imparta justicia material, solicitamos se de aplicación al principio iura novit curia y se despachen favorablemente las suplicas de la demanda aplicando el título jurídico de DAÑO ESPECIAL, lo anterior en razón a que se encuentra suficientemente acreditado que el joven Jhonatan jamás agredió a los policías ni tampoco hacia parte del altercado que se presentó entre los gendarmes y el grupo de jóvenes en riesgo que intentaron agredir a las personas que acompañaban al cortejo fúnebre; a contrario sensu, sí está acreditado que el joven Jhonatan sufrió una grave afectación en su integridad física por parte de los uniformados de manera injusta, sin tener que ver en los hechos, sin haber desplegado acción alguna en contra de sus agresores, siendo un tercero que resultó recibiendo un daño.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

Con auto de fecha once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019)⁶ se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

Mediante auto de veintiocho (28) de Junio de dos mil diecinueve (2019)⁷ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.6. ALEGACIONES

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

⁶ Folio 5 cdr. de apelación.

⁷ Folio 8 cdr. de apelación.

13001 -33-33-007-2017-00119-01

El Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional presentó alegatos de conclusión.⁸

3.7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA, en esos términos y comoquiera que no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual “*el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la Ley*”.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala encuentra que en el presente asunto se debe resolver el siguiente problema jurídico:

¿Existe responsabilidad administrativa y patrimonial de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, en razón de los

⁸ Folios 11-13 cdr. de apelación.

13001 -33-33-007-2017-00119-01

perjuicios sufridos por los demandantes, con ocasión a las presuntas lesiones ocasionadas al joven JHONATAN YESID GARCÍA CANTILLO?

5.3. TESIS DE LA SALA

La Sala de Decisión sustentará que no se acreditó el nexo causal entre el hecho generador del daño y la responsabilidad de la entidad demandada que determinen que ésta es responsable de las lesiones sufridas por el joven JHONATAN YESID GARCÍA CANTILLO; por tal razón se confirmará el fallo apelado.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

5.4.1.- De la responsabilidad patrimonial del Estado.

La Constitución Política establece en el inciso 1º del artículo 90º, la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado.

Del enunciado en cita, se concluyen dos elementos que estructuran la responsabilidad administrativa, a saber: (i) la existencia de un daño antijurídico; (ii) La imputabilidad de ese daño a una acción u omisión de la autoridad pública.

Sobre los elementos de la Responsabilidad Estatal, el Consejo de Estado¹⁰, ha manifestado que, para que esta sea declarada, es necesaria la configuración de ambos elementos, es decir que, que debe quedar demostrado el daño antijurídico y la imputación fáctica y jurídica de este a la administración pública.

5.4.1.1.- El daño.

Sobre el daño antijurídico, en reciente sentencia¹¹ de la máxima autoridad contenciosa, en la que se dirimió un caso similar al asunto de marras, señalo:

⁹ "Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u 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, aquel deberá repetir contra este."

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 28 de marzo de 2012. Magistrado Ponente Enrique Gil Botero. Expediente No. 22163.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 30 de mayo de 2018, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Expediente No. 43556.



13001 -33-33-007-2017-00119-01

“El daño, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) por que sea “irrazonable”, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

En cuanto al daño antijurídico, la Corte Constitucional¹², ha señalado que la “(...) antijuricidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la administración sino de la soportabilidad del daño por parte de la víctima”

Además, debe cumplir con ciertas características, tales como ser cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹³, anormal¹⁴ y debe tratarse de una situación protegida¹⁵.”

5.4.1.2.- La imputación.

El Consejo de Estado ha definido la imputabilidad de la siguiente manera:

“La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, 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).”¹⁶

De igual forma, la Alta Corporación ha dicho:

*“Todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del **principio de imputabilidad**, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica”.¹⁷*

Así, en cuanto al juicio de imputación, resulta necesario destacar que la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular; por tanto, en cada caso, debe determinarse, una vez demostrado plenamente el daño y su antijuridicidad, si la imputabilidad a la entidad pública deriva de una falla del servicio o si, aún en ausencia de ella, surge alguna circunstancia que en forma objetiva conlleve a la responsabilidad del Estado; por ejemplo, el riesgo excepcional a que lícitamente se somete a los administrados¹⁸.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

¹⁴ (...) por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”.

Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente: 12166.

¹⁵ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 26 de mayo de 2011. Magistrado Ponente Hernán Andrade Rincón. Expediente No. 20097.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente No. 2020.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de abril del 2012, Expediente No. 21.515, M.P. Hernán Andrade Rincón.

13001 -33-33-007-2017-00119-01

De modo que, tratándose de uno u otro régimen, la posibilidad de imputar al Estado la causación de un determinado daño conlleva la necesidad de demostrar que el mismo tuvo algún nexo con el servicio público, esto es, la acción adecuada (responsabilidad objetiva) o inadecuada (falla del servicio) que desplegó la administración, pues es aquella circunstancia la que permite hacerla responsable de la conducta de sus agentes, a través de quienes necesariamente actúa. Entonces, para que pueda predicarse la responsabilidad extracontractual del Estado resulta indispensable que exista un nexo causal entre el daño y el servicio público.¹⁹

Con todo, sea cual fuere el régimen de responsabilidad bajo el cual se decida el caso concreto, lo cierto es que la entidad estatal no sería responsable del daño, en los eventos en los que se pruebe una causa extraña que exonere a la administración, como el hecho exclusivo de la víctima, la fuerza mayor, la culpa personal del agente o el hecho exclusivo y determinante de un tercero²⁰.

5.5. CASO EN CONCRETO

5.5.1. Hechos Probados

- Cuaderno de investigación penal No. IP-2350²¹ por parte del Juzgado 175 de instrucción penal militar, al interior del mismo se encuentra denuncia²² presentada por parte de la señora FANNY ESTELA GARCÍA CANTILLO, pronunciamiento inicial²³ por parte del juzgado 175 de instrucción militar.
- Oficio No. S-2015-017931 SUBCO-CAD 29²⁴, mediante el mismo, que en los archivos del Centro Automático de Despacho por el señor Patrullero Buelvas Pérez Armando auxiliar de archivo, se encontraron (02) dos anotaciones en el aplicativo SECAD, donde se evidencia los hechos ocurridos para el día 26/03/2015 con el particular de nombre GARCÍA CANTILLO JONATHAN en el barrio Olaya Herrera

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, sentencia del diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021). C.P. MARÍA ADRIANA MARÍN. Rad. 76001-23-31-000-2011-00388-01(52774)

²⁰ Véase, entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de junio de 2017, exp. 66001-23-31-000-2008-00258-01 (45.350), CP: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²¹ Folios 57-165 cdr.1

²² Folio 58 cdr.1

²³ Folios 59-60 cdr.1

²⁴ Folio 65 cdr.1

13001 -33-33-007-2017-00119-01

- Anotación 1029G148²⁵, en el mismo se indica lo siguiente “910 Con Arma De Fuego. Siendo las 17:06 horas, se deja constancia que se le informo a S20 señor Sl. Jhon Jader Ochoa Arias, que en el Cap de Olaya ingreso un particular herido con arma de fuego va ser remitido hasta el HUC, presenta un impacto en la Pierna Izquierda, quedando enterado la Unidad sin Novedad.”
- Anotación 10296165²⁶, en el se reporta que la victima presenta un impacto en la pierna izquierda, con orificio de entrada y salida, indica que no sabe quien le cometió el 911.
- Historia clínica²⁷ completa del Sr. JONATHAN YESID GARCÍA CANTILLO, por parte de Clínica Blas de Lezo.
- Se encuentran dentro del expediente declaraciones realizadas ante el Juzgado 175 de instrucción militar.²⁸
- Informe pericial forense practicado por parte de Medicina Legal, a JONATHAN YESID GARCÍA CANTILLO.²⁹
- Ser encuentra un FPJ 11, con destino al Juzgado de Instrucción Penal Militar 175, con el fin de realizar labores investigativas tendiente a esclarecer la circunstancia de tiempo, modo y lugar materia de investigación.³⁰
- Historia clínica del joven JONATHAN GARCÍA CANTILLO, por parte de la CLINICA SAN JOSE DE TORICES.³¹
- Contamos con registros clínicos localizados a nombre del señor JONATHAN YESID GARCÍA CANTILLO, por parte de ESE HOSPITAL LOCAL CARTAGENA DE INDIAS.³²
- Se allegó al expediente fotografías presuntamente del joven JONATHAN GARCÍA CANTILLO en donde se muestra herido.³³

²⁵ Folio 66 cdr.1

²⁶ Folio 67 cdr.1

²⁷ Folios 68-101 cdr.1

²⁸ Folios 102-105, 107-116, 123 cdr.1

²⁹ Folio 125 cdr.1

³⁰ Folio 126 cdr.1

³¹ Folios 134-141 cdr.1

³² Folios 144-150 cdr.1

³³ Folios 157-164 cdr.1

13001 -33-33-007-2017-00119-01

- Minutas de Servicio, Minuta de Población y Minuta de armamento con sus respectivas aperturas del CAI Fredonia y Caí Arrocera de fecha 26 /03 /2015 a las 23.45 horas.³⁴
- Tenemos dentro del plenario, informe de investigador de laboratorio FPJ-13, en donde realizan un estudio de balista al proyectil que se le fue extraído al señor JHONATAN GARCÍA CANTILLO.³⁵
- Se encuentra dentro del expediente, oficio No. S-2017- AREAD-GRULO – 29, mediante el cual el almacenista de armamento MECAR el arma de dotación con los que contaban los policiales que integran la estación de policía Virgen y Turística.

Como quiera que, en el recurso de apelación, la parte actora cuestiona la valoración de las pruebas en las que se sustentó el juez de primera instancia para negar sus pretensiones, el despacho trae a colación, apartes de las de las pruebas testimoniales que se recibieron en el proceso militar a fin de resolver el reparo del apelante:

❖ **JIMYS ENRIQUE PATERNINA BERNAL:**³⁶

Relata que el día de los hechos, 26 de marzo de 2015, como a eso de las 5:45 de la tarde iba en una moto de la casa del fallecido hacía el cementerio, y estando dos calles antes de llegar al cuartelillo de Olaya, salen unos muchachos de la calle a sabotear el sepelio, y cuando estoy frente al Cuartelillo de Olaya que veo cuando Jhonathan con una bolsa de agua camina hacía la tienda, y cuando Jhonathan va hacía la tienda uno de los policías que estaba parado en la esquina le pega una cachetada a Jhonathan y el joven cae al suelo y cuando se coloca de pie el policía saca el arma y le dispara al pie. Relata que Jhonathan iba hacía la tienda y el policía estaba frente a la tienda. No pudo reconocer al policía porque estaba encascado.

A la pregunta sobre la posición que tenía el joven JHONATAN, respecto del uniformado cuando este último le disparo, es decir hacía dónde iba, respondió que iba hacia la tienda. El policía estaba mirando hacia la tienda y JHONATAN se dirigía a la tienda, cuando el policía le disparo estaban de frente los dos.

³⁴ Folios 128-156 cdr.3

³⁵ Folios 161-cdr.3

³⁶ Folios 44-46 cdr.3



13001 -33-33-007-2017-00119-01

❖ **CASSERES ZUÑIGA ROSA MARIA:** ³⁷

Indica que para el día 26-03- 2015 alrededor de las 16:30 a 18:00 horas encontraba en el sepelio de mi sobrino, nos encontrábamos por el CAI de Olaya, cuando se formó una trifulca fuimos a pedir ayuda por la pelea, y en esa fusca se encontraba el joven JHONATAN GARCÍA, acompañándonos en el sepelio fuimos a pedir ayuda al CAI de Olaya íbamos para el cementerio jardines de Cartagena. Íbamos mis familiares y compañeros. La pelea se formó por unos apodos de unos muchachos de una banda, que no me sé el nombre, cuando vi que venía JHONATAN GARCÍA venia hacia una tienda como a comprar algo porque llevaba un billete en la mano, en ese momento llego un policía le dio una cachetada a JHONATAN, lo tiró al suelo y de ahí se sintió el tiro, desde ahí no se mas nada.

❖ **FANNY GARCÍA CANTILLO:**³⁸

Indica que al momento de la ocurrencia de los hechos, estaba en su casa en el momento que lo llamaron a avisar lo que había sucedido, no estaba en el lugar de los hechos, pero lo llamaron y lo fueron a buscar y le dijeron que Jhonathan estaba asistiendo a un sepelio y cuando iban cerca al Cuartelillo de Olaya, y cuando iba a comprar una bolsa de agua se forma una pelea y en razón de ello se retrocede y cuando se retrocede un policía lo golpea y lo tumba y cuando se trata de levantar le dispara.

❖ **JONATHAN YESID GARCÍA CANTILLO:**³⁹

Refiere que el día de los hechos, iba caminando toda la gente del entierro de un primo de la novia mía que se llamaba JHON MARIO, íbamos por el puente donde está la tienda nueva de Megatiendas en el Barrio República. íbamos caminando y cuando íbamos más adelante que íbamos caminando por donde viene la calle Colombia a mano izquierda, cuando aparecieron unos muchachos, como seis (6) muchachos que le estaban disparando a la gente del entierro, y ahí mismo los policías comenzaron a decirle a la gente del entierro que no fueran ni para acá ni para allá, y en un momento a otro llego un policía y dijo "ayúdenos, ayúdenos." Y yo le dije que a qué le íbamos ayudar y él dijo que iba agarrar a los delincuentes que estaban disparando, y no hicimos caso, nos quedamos ahí y los únicos que se fueron, fueron los policías que se fueron, y seguimos caminando y cuando íbamos por la FABIAN que queda antes de llegar al cuartelillo de Olaya. cuando llegamos más adelante hay un billar, yo hice el pare ahí buscando tienda para comprar la bolsa de agua, cuando yo seguí más adelante yo vi que la policía estaba peleando con unos pelaos allí yo no me acerco. yo llego caminando hasta más

³⁷ Folios 48-49 cdr.3

³⁸ Folios 50-51 cdr.3

³⁹ Folios 52-55 cdr.3

13001 -33-33-007-2017-00119-01

o menos al frente del cuartelillo de Olaya cuando estoy parado ahí que voy para la tienda a comprar, veo que vienen unos pelaos del barrio de las marmotas. y venían caí machete y cuchillo y yo busque la forma de huir cuando iba viendo, iba a voltear y encuentro a un policía que me tira una cachetada y me tumba al piso, cuando he sido víctima de un disparo propinado por un uniformado.

Afirma además no saber que tipo de armas utilizaron jóvenes que dispararon en contra de personas que se encontraban en el sepelio.

❖ **JAIRO LUNA NÚÑEZ:**⁴⁰

Indica en su declaración, que al momento de los hechos se encontraba en estaba en el sepelio cuando nosotros íbamos se formó la turba con los muchachos, nosotros veníamos del entierro y veníamos por el callejón de las marmotas, hicieron como cuatro o cinco disparos hacia el entierro, realmente no se quienes lo hicieron, entonces unos muchachos que venían con nosotros persiguieron a los que nos había disparado junto a la Policía, y nosotros seguimos y pedimos ayuda al cuartelillo de Olaya a la policía entonces llegamos y vimos a un capturado pero no sabíamos si era de los que había disparado o de los que venían en el entierro, todo el personal se agrupó para ir a ver si el muchacho capturado era quien había hechos los tiros, en ese momento todo el personal corrió a la estación porque lo querían linchar fue cuando el policía viene saliendo y él no sabe que es lo que pasaba porqué estaba adentro de la estación, y cachetea al muchacho y le pega el tiro, ya el muchacho me pide ayuda a mí, pero yo lo mande una en una moto porque me indignó y quería ver al policía pero lo metieron a la estación lo cubrieron, de ahí al muchacho lo llevan a la clínica, llega el ESMAD y continuarnos con el sepelio y ya termino ahí.

A la pregunta que si sabía si otra persona aparte del policial había disparado para esa fecha, respondió: “solo los muchachos que estaban allá y dispararon al sepelio”.

❖ **BLEIDIS PATRICIA AVILA CASSERES:**⁴¹

Preguntó el despacho; indique al despacho que actividades desarrollaba y en donde se encontraba para el día 26-03-2015 alrededor de las 16:30 a 18:00 horas, para lo cual afirmó lo siguiente:

“Ese día íbamos en marcha por un sepelio de mi primo que lo habían matado, organizamos una marcha con motivo de su sepelio, íbamos con dolor en el

⁴⁰ folios 56-57 cdr.3

⁴¹ folios 64-65 cdr.3



13001 -33-33-007-2017-00119-01

alma pero a la vez íbamos peleando verbalmente con la policía porque la policía se estaba metiendo con nosotros, nos iban gritando que si nos dolía, que ningún muerto era sano, éramos la mayoría mujeres las que íbamos discutiendo con ellos. Pasó el tiempo hasta que llegamos a los lados del cuartelillo de Olaya, en ese momento se metieron unos muchachos no sabemos si a pelear o robar, no sabemos a qué iban ahí se formó la primera pelea entre los muchachos y la policía, los policías los estaban alejando del lugar donde iba el sepelio. Nosotros estábamos esperando a que la pelea terminara para seguir nuestro recorrido. En ese momento JHONATAN GARCÍA, a quien siempre hemos conocido como JHONATAN iba cruzando hacia la tienda a comprar algo en la tienda, no sé si una botella con agua o una bolsa con agua. **En ese momento se encontró con el policía, yo ví exactamente cuando el policía le pegó a JHONATAN y lo tiró al suelo.** No sé quién fue el policía porque había varios. **Cuando veo que el saco el RESOLVER y le disparó cuando él estaba en el suelo por el golpe.**

❖ **DAVISON JOSE ALTAMIRANDA ASCANIO:**⁴²

Indica que la actividad que se estaba realizando ese día era el entierro del mismo muchacho que se llamaba Mario, salieron tipo 3 de la tarde donde iban familiares del difunto y donde también iba Jhonathan y su novia que se llama Angie, y cuando iban por el puente de Chiquinquirá, el Puente Amarillo nuevo, se formó un percance con unos muchachos que estaban en la esquina y se metieron a pelear con la gente que iba en el entierro, personas que iban a pie sobre todo, y la cosa se calmó cuando la policía llegó, cuando el personal siguió avanzando y cuando iban frente a unas escaleras que comunican con una callecita hacia abajo, de ese lugar salieron unos muchachos tirando piedras, y se formó una tiradera de piedras las cuales iban y venían y la policía volvió a controlar, el sepelio siguió avanzando hacía el CAI, y cuando llegaron al CAI el muchacho Jhonathan sale para la tienda a comprar una bolsa de agua a su novia ya que con tanta pelea ella estaba asustada, y cuando Jhonathan sale a comprar la bolsa de agua en ese momento se forma otra pelea frente al Cuartelillo de Olaya y frente a la tienda estaban unos policías que al ver al muchacho que sale corriendo para la tienda y que cruza frente a un policía, el policía le da un manotón en todo el pecho y Jhonathan cayó al piso y cuando el muchacho cae al piso le coloca el pie en la cara y el muchacho está en el suelo intentando pararse, cuando él se suelta del policía él se para a correr y cuando corre y le da la espalda al policía porque ya no va para la tienda el policía desenfundó el arma y le dispara con la pistola nueve milímetros.

De igual manera, dentro del proceso Contencioso Administrativo en primera instancia se practicaron interrogatorios, los cuales se pueden apreciar en el

⁴² folios 118-120 cdr.3

13001 -33-33-007-2017-00119-01

expediente digital⁴³; la Sala realizó una transcripción de partes relevantes de tal diligencia, las cuales ayudarán a resolver el problema jurídico planteado;

❖ **ROSA MARÍA CÁCERES ZÚÑIGA;**

Contó al despacho de primera instancia que “el día 16 de marzo, nosotros íbamos en el sepelio de mi sobrino, el joven JHONATAN estaba acompañándonos y cuando fuimos llegando hasta la parte del CAI que queda cerca de la marmotas, nosotros íbamos en el sepelio cuando antes se formaron unos tiros, muy lejanos del CAI, cuando corrimos a refugiarnos al CAI el joven JHONATAN salió corriendo con todos nosotros, yo iba con mi compañero, y íbamos en el sepelio, cuando el joven JHONATAN salió, lo vi que corrió a comprar con un billete, a comprar una bolsa de agua y allí se sintió, la verdad no tengo todos los productos, yo no lo vi, porque soy sincera en decirlo, no vi, porque si digo vi, estoy mintiendo, los comentarios de que a JHONATAN lo habían tirado, cuando nosotros salimos a auxiliarlo, no nos dejaron pasar porque eso lo habían cerrado, cuando llegamos escuchamos que un policía lo había cacheteado y tirado, de allí no escuchamos más nada.”

❖ **JAIRO LUNA NUÑEZ;**

Indica lo siguiente; “ese día nosotros veníamos en el sepelio del muchacho llamado MARIO, nosotros veníamos por toda la avenida Olaya y cuando ya veníamos avanzado que ya habíamos salido de Boston e íbamos llegando al puente, al CAI se escucharon cuatro detonaciones, en el momento nosotros también veníamos acompañados de la Policía con el ESMAD, cuando los muchachos escuchan los tiros, sale la Policía a corretear a donde hicieron los tiros, los otros muchachos que venían en el sepelio, corrieron detrás de la policía y se formó la trifulca, nosotros continuamos con el sepelio y ellos siguieron con su trifulca, cuando nosotros ya íbamos llegando por escuchar muchas detonaciones, llegamos corriendo al CAI a pedirle apoyo a la Policía, cuando llegamos, viene saliendo el ESMAD con la Policía de allí de las marmotas, cuando nosotros veníamos llegando JHONATAN venía de comprar una bolsa de agua que no alcanzó a comprarla, cuando él viene cruzando hacia acá que viene saliendo la Policía y el ESMAD, cogen al muchachito, cuando viene el pelao acá, que viene corriendo hacia acá donde queda el callejón, el muchacho queda así y el policía lo había agarrado, cuando él le pega la patada que lo tumba al suelo viene el otro policía y se hace por detrás y le pega el tiro con la pistola.”

⁴³ expediente digital, carpeta audiencia de pruebas.

13001 -33-33-007-2017-00119-01

❖ **DAVINSON JOSE ALTAMIRANDA ASCANIO;**

Con relación a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, indicó el testigo lo siguiente “nosotros íbamos al entierro en jardines, creo que ese es el que está aquí de..... veníamos por la vía de Olaya, antes de llegar al cuartelillo de Olaya hay un puente que actualmente está pintado de amarillo, cuando vamos pasando por allí, hicieron unos disparos, cuando hacen los disparos la gente busca para correr, cuando vamos llegando al CAI, hay unos escalones, comenzaron a tirar piedra también, nosotros corrimos hacia adelante todavía, de allí ya vamos llegando al cuartelillo de Olaya que queda por donde está una Y va el afectado, van cerca de nosotros yo voy detrás de ellos, el muchacho coge para aquel lado de la tienda, si es tienda, cuando él va de aquel lado se devuelve corriendo y sale un policía del lado de la estación y le pegó un estrellón al muchacho, cuando el muchacho cae en el suelo él le pone una pata encima y el pelao como ve que la gente viene corriendo busca salir corriendo para donde está el entierro y como pudo se le salió al policía y el policía difunda el arma y le pega un tiro al muchacho.”

❖ **BLEIDY PATRICIA ÁVIA CÁCERES**

Con respecto a lo que sabe y le consta del caso en estudio indica que; “íbamos en camino por toda la carretera de Olaya acerándonos por ahí, precisamente por el barrio tengo entendido que se llama como las marmotas, salieron unos muchachos por ahí haciendo tiros, igual nosotros, como todo, la gente empezó a expandirse, ya íbamos siguiendo porque la policía salió para allá que nos estaba acompañando en el sepelio y salieron con el ESMAD hacia los muchachos que estaban haciendo los tiros, seguimos obviamente nuestro sepelio y vamos en camino cuando se formó la trifulca ahí en cuartelillo de Olaya, en el instante vemos cuando el muchacho JHONATAN regresa, no sé si era que estaba comprando agua o salió a comprar pero el regresa y cuando logramos es que el policía le da la patada, le da el tiro y empieza todo el mundo a correr, porque hubo personas que corrieron y otras que lo auxiliaron.”

El juez le pregunta a la testigo si vio directamente que cuando el agente de la Policía agredió físicamente al señor JHONATAN GARCÍA, presenció de manera directa el hecho? a ello le responde la testigo que no lo presencié.

5.5.2. Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente proceso, se discute si es dable declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la presunta falla en el servicio, imputada a la Policía Nacional, por la parte actora, como consecuencia de las lesiones físicas causadas al joven Jhonatan Yesid García Cantillo luego de haber sido

13001 -33-33-007-2017-00119-01

impactado por un proyectil en su pierna izquierda el 26 de marzo del año 2015, por lo que la Sala analizará el caso en concreto teniendo en cuenta lo siguiente:

5.5.2.1. Daño antijurídico

El Consejo de Estado⁴⁴ ha manifestado que *“El problema de la responsabilidad del Estado debe resolverse con base en lo prescrito en el art. 90 de la Carta Política, según el cual el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Debe establecerse, entonces, en cada caso, si existen los elementos previstos en esta disposición para que surja la responsabilidad, esto es, el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado. (...)”*.

En virtud de lo anterior la Sala realizó un estudio detallado para acreditar el daño por el que se deprecia la responsabilidad en este caso, llegando a la conclusión de que éste sí se produjo, basados en la historia clínica, documento de especial relevancia que es aportado en la demanda, en el cual se consigna toda la información del paciente JHONATAN YESID GARCÍA CANTILLO y se constata que fue atendido en la clínica Blas de Lezo por recibir un impacto de proyectil de fuego en su pierna izquierda, así como el informe de medicina legal e imágenes aportadas de la herida; por lo que es evidente el daño ocasionado al joven JHONATAN GARCÍA, que da certeza de que existió y fue producto de un disparo recibido por la afectado el 26 de marzo de 2015, por lo que la antijuridicidad también estará demostrada teniendo en cuenta que el joven JHONATAN YESID GARCÍA CANTILLO no debe soportar las lesiones sufridas.

5.5.2.2. Imputación

En razón del daño antijurídico padecido por el joven afectado y teniendo en cuenta todos los aportes en la demanda, la Sala no encuentra prueba alguna que determine la responsabilidad deba ser imputada a la entidad demandada; toda vez que no se probaron las circunstancias de modo que rodearon la lesión del joven afectado, ni que el proyectil que impactó a la víctima fue percutido por armas de fuego accionadas por agentes del

⁴⁴ Sentencia del 5 de marzo de 2001, exp. 11.222, la cual ha sido reiterada, entre otras, en las siguientes providencias: del 2 de marzo de 2002, exp. 11.250, del 16 de marzo de 2002, exp. 11.670 y del 26 de abril de 2002, exp. 13.273, de diciembre 4 de 2006, exps. 16.092 y 16.188.

13001 -33-33-007-2017-00119-01

Estado, ni mucho menos, que dichos artefactos eran de dotación oficial, por tanto se estima que se presenta una clara ausencia o imposibilidad de imputación, puesto que no hay prueba que lleve a la convicción de que el daño resulta atribuible a la entidad demandada, carga que le correspondía a la parte actora.

Ahora bien, en cuanto al juicio de imputación, como se indicó precedentemente en el marco normativo de esta providencia, la constitución política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, por tanto, una vez demostrado el daño y su antijuridicidad, independientemente del régimen aplicable, el Consejo de Estado⁴⁵ manifiesta que: *“la posibilidad de imputar al Estado la causación de un determinado daño conlleva la necesidad de demostrar que el mismo tuvo algún **nexo** con el servicio público, esto es, la acción adecuada (responsabilidad objetiva) o inadecuada (falla del servicio) que desplegó la administración, pues es aquella circunstancia la que permite hacerla responsable de la conducta de sus agentes, a través de quienes necesariamente actúa. Entonces, para que pueda predicarse la responsabilidad extracontractual del Estado resulta indispensable que exista un nexo causal entre el daño y el servicio público.”* Y se exceptiona su responsabilidad en los eventos en los que se pruebe una causa extraña que exonere a la administración, como el hecho exclusivo de la víctima, la fuerza mayor, la culpa personal del agente o el hecho exclusivo y determinante de un tercero⁴⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que no existe nexo de causalidad entre los hechos que se dieron el 26 de marzo de 2015 y la responsabilidad de la Policía Nacional, por lo que la Sala sustentará esta tesis con fundamento en las siguientes apreciaciones:

Dentro del proceso en referencia, se realizó un análisis de cada una de las pruebas aportadas en el expediente, observando que, si bien, se allegó una prueba de balística⁴⁷ y que ciertamente no fue valorada por el juez de primera instancia, la misma no permite que esta Sala de decisión llegue al el convencimiento del juez, en el grado de certeza⁴⁸ que es posible advertir

45 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 19 de marzo de 2021.

46 Véase, entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de junio de 2017, exp. 66001-23-31-000-2008-00258-01 (45.350), CP: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

47 folios 161-162 cdr.3 - cuaderno de investigación penal

48 Respecto al grado de certeza, el doctrinante Jorge Tirado en su obra Curso de pruebas Judiciales Tomo I, abordando el tema del “Fin de la prueba judicial”, expresa que desde el punto de vista procesal, en esta materia,

13001 -33-33-007-2017-00119-01

en estos tipos de procesos a diferencia de aquellos casos en donde se ventila responsabilidad médica en la que se propende por la teoría de la verosimilitud o probabilidad⁴⁹-, que el proyectil provino de un arma oficial, pues fue claro el perito al precisar que:

*“TERMINADO EL ANÁLISIS Y EL PROCEDIMIENTO REALIZAR DESCRIPCIÓN TÉCNICA DEL EMP Y/O EF DESCRITO EN EL NUMERAL 3.1 DEL PRESENTE INFORME DE INVESTIGADOR DE LABORATORIO SE DETERMINO QUE ES UN PROYECTIL CALIBRE 9 MILÍMETROS, EL CUAL HACE PARTE DE LOS COMPONENTE DE LA UNIDAD DE CARGA LA (CARTUCHO) Y **EMPLEADO EN ARMAS DE FUEGO TIPO PISTOLA Y/O SUBAMETRALLADORA DE IGUAL CALIBRE.**” “REALIZADO EL ANÁLISIS OBSERVACIÓN DEL EMP Y/O EF OBJETO DE ESTUDIO Y DESCRITO EN EL NUMERAL 3.1 DEL PRESENTE INFORME DE INVESTIGADOR DE LABORATORIO, SE PUDO ESTABLECER QUE SEGÚN LAS CARACTERÍSTICAS DE FORMA Y CONSTITUCION. **SE TRATA DE UN PROYECTIL ENCAMISADO EN LATON COBRIZO CON NUCLEO EN PLOMO CALIBRE 9 MILIMETROS. EL CUAL NO PRESENTA NINGUNA DEFORMACIÓN EN SU CUERPO, PUNTA Y BASE, ASÍ MISMO SE LE OBSERVAN SEIS (06) ESTRÍAS Y SEIS (06) MACIZOS CON SENTIDO DE ROTACIÓN DERECHA, LO QUE PERMITE DETERMINAR QUE FUE DISPARADO POR UN ARMA DE FUEGO DE IGUAL CALIBRE Y DE ANIMA RALLADA Y/O ESTRIADA.**”*

Como quiera que de la descripción no fue posible determinar la procedencia del proyectil, el elemento probatorio fue remitido para el laboratorio regional de la policía científica y criminalística en la ciudad de Medellín, con el fin de determinar si le arma pertenece a esa institución o a qué tipo de arma, sin embargo, los resultados de ese análisis, no fueron aportados al plenario. Adicionalmente, en los libros de población, no se

nos encontramos con varias teorías, entre otras, la teoría que sustenta la convicción del juez en el fin de la prueba judicial, en relación a esta teoría expresa: la teoría más aceptada es la que radica el fin de la prueba en llevarle convicción al juez para que pueda decidir con certeza el asunto materia del proceso, porque como lo sostiene el autor NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, mediante la prueba el juez busca apoderarse de la verdad, y cuando esta plenamente convencido de que se ha apoderado de ella, decide de fondo el proceso en el sentido correspondiente. Ese es el fin procesal de la prueba, independientemente de que excepcionalmente y posteriormente se demuestre o se concluya (verbigracia por vía de revisión), que ese convencimiento del juez no se identifica con la verdad; porque es factible que en algunos casos la conclusión del funcionario, consecuencia del “Examen analítico de los hechos y de la precisión crítica de los elementos de prueba” enmarcada dentro de su falibilidad, no coincida con la realidad fáctica acontecida.

⁴⁹ Posición Especial del Consejo de Estado. (...) el Consejo de Estado, en sentencia fechada 3 de mayo de 1999, con ponencia del Magistrado Ricardo Hoyos Duque, al dilucidar un asunto de responsabilidad medica dijo llegar al convencimiento, con solo probabilidad, calificada en el fallo de predominante o determinante (o sea alta probabilidad), de que el daño fue consecuencia del suceso o hecho de la biopsia practicada a la paciente, existiendo así el nexo causal entre esos dos extremos, presumiéndose la falla del servicio médico asistencial (...) J. Tirado -2016.

13001 -33-33-007-2017-00119-01

relaciona que un policía adscrito a las dos estaciones de Fredonia y la localidad de la Virgen y Turística haya accionado arma de fuego el 26 de marzo de 2015, que pueda inferirse que se hizo uso de un arma de dotación oficial.

Teniendo en cuenta lo anterior, no le asiste la razón al apoderado del accionante cuando menciona en su recurso de apelación que el dictamen pericial afirma que el proyectil sí provino de una pistola nueve milímetros de la Policía Nacional, pues es claro para esta Sala que a dicha conclusión no llegó el perito de laboratorio, pues el mismo fue claro en determinar que el proyectil fue disparado por un arma de fuego de igual calibre, o sea, nueve milímetros. Por ello, es preciso afirmar que cualquier arma con esa característica pudo haber disparado el proyectil que hirió al joven JHONATAN GARCÍA, máxime que las armas nueve milímetros no son de uso exclusivo de la policía, y cualquier persona de forma regular o irregular puede tener la tenencia del mismo, incluso, las jóvenes que dispararon de forma indiscriminada (de las cuales se desconoce el tipo de armas usadas) a las personas que asistían al sepelio, tal como los testigos lo afirmaron.

En cuanto a las testigos la Sala pudo establecer que no guardan una coherencia en cuanto al tiempo, modo y lugar de lo sucedido, como se explicará a continuación;

- **TESTIGO JAIRO LUNA NÚÑEZ:** este testigo afirmó en declaración rendida ante Juez de Instrucción Penal militar que, al momento en que los jóvenes hicieron cuatro o cinco tiros, todo el personal corrió hacia una estación por cuanto estaba un capturado que podía ser el responsable de las detonaciones, en ese momento salió un policial que estaba adentro de la estación, fue que le pegó y cachetea al muchacho y le pega el tiro al joven JHONATAN GARCÍA.

Ante el juez de primera instancia cambia su versión de los hechos y afirma que el joven JHONATAN GARCÍA venía de comprar agua y en ese momento viene saliendo la Policía y el ESMAD, el joven salió corriendo, el policía lo agarra, lo tumba al suelo, viene otro POLICÍA y le pega un tiro por detrás.

- **TESTIGO ROSA MARÍA CÁCERES ZÚÑIGA;** esta testigo ante el juez penal militar afirmó haber visto cuando el POLICÍA le pegó una cachetada a JHONATAN y le pegó un tiro, sin embargo, pero, ante el juez

13001 -33-33-007-2017-00119-01

administrativo afirmó no haber visto tal suceso, sino el momento en que el joven se encontraba tendido en el piso.

- **TESTIGO BLEIDIS PATRICIA AVILA CASSERES;** esta testigo afirmó antes el Juez Penal Militar también ver exactamente cuando el policía le pegó a JHONATAN y lo tiró al suelo, además cuando vió que el saco el RESOLVER y le disparó cuando él estaba en el suelo por el golpe.

Sin embargo, ante el juez administrativo indicó lo contrario, esto es, que no presencia de manera directa los hechos.

Así las cosas se puede concluir que, **(i)** los testigos no presenciaron el origen o las causas de la presunta agresión entre el POLICÍA y el joven víctima **(ii)** las testigos coinciden en afirmar que además del supuesto disparo del agente de policía otros jóvenes que accionaron armas de fuego, **(iii)** no coinciden sobre las condiciones de tiempo, modo y luego, como también se contradicen en las declaraciones realizadas ante la Justicia Penal Militar y la Contenciosa Administrativa; de modo que tales declaraciones no se consideran precisas, consistentes y suficientes para demostrar los hechos expuestos en la demanda, es decir, por sí solas no serían suficientes para que la Sala las considere idóneas para concluir que un miembro de la Policía Nacional a través del uso de su arma de dotación oficial ocasionó la lesión en la pierna izquierda de la víctima, por lo que sería necesario cotejarla con las demás pruebas recopiladas en el plenario.

La Sala advierte que en este caso no se pretende darle mayor credibilidad a uno u otro testigo, sino poner de presente las contradicciones antes expuestas con el fin de significar que, con solo esas declaraciones, cómo tampoco el resultado de la prueba de balística es posible tener por acreditado que, en aquellos confusos hechos, la lesión que sufrió el joven JHONATAN GARCÍA fue causada por un proyectil proveniente de un arma de dotación oficial accionada por un uniformado.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el apoderado de la parte actora, solicitó dentro de su recurso de apelación, que de forma subsidiaria se estudiará la configuración de la teoría del daño especial⁵⁰, la Sala lo abordará con el fin de dar respuestas a esta reparo subsidiado en la alzada:

Sea lo primero tener en cuenta que los daños Imputables al Estado pueden provenir de una conducta -activa u omisiva- lícita o ilícita y, a tales efectos

⁵⁰ Cuaderno No. 2, folio 269 al 275 del expediente electrónico (437 al 443 del físico)

13001 -33-33-007-2017-00119-01

la jurisprudencia aplica los títulos de imputación de responsabilidad que, de tiempo atrás, ha ido decantando: (i) falla probada del servicio, (ii) riesgo excepcional y (iii) ocasionalmente daño especial, ya que ellos facilitan el proceso de calificación de la conducta estatal y la determinación del nexo causal entre el daño y aquella.

En relación a la aplicación de la teoría del daño especial, dicho régimen pone el acento en el daño sufrido por la víctima, la cual debe ser preservada frente al perjuicio no buscado, no querido, ni tampoco merecido, es por ello que su aplicación se sustenta en la equidad, la igualdad y la solidaridad. Al respecto el H. Consejo de Estado, en sentencia de fecha 11 de febrero de 2009, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, Rad. 16980, manifestó:

“(...) En otras oportunidades la Sala ha estudiado el régimen de responsabilidad aplicable a los casos en que se reclama la indemnización por los perjuicios causados con el ejercicio de una actividad lícita de la Administración bajo el denominado régimen por daño especial. Se trata entonces de un régimen de responsabilidad que no tiene como fundamento un error o falla atribuible a la Administración, sino el ejercicio de actividades legítimas que pueden causar daños a los administrados quienes, en aras de garantizar la equidad y el equilibrio frente a las cargas públicas, deben ser Indemnizados.”

Al respecto, cabe precisar que el Estado responde por los daños que cause de manera directa, bien en ejercicio de una acción legítima (daño especial) o como consecuencia de una falla en la prestación de los servicios que le corresponde cumplir, y de manera excepcional, por los daños que causen terceros, pero cuando tales daños constituyan la materialización de riesgos creados por el mismo Estado (riesgo excepcional), desde esa perspectiva el Estado responde bajo el título de imputación de daño especial, cuando concurren los siguientes elementos:

- a. Que se desarrolle una actividad legítima de la administración:
- b. La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona:
- c. El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas;
- d. El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los Administrados;

13001 -33-33-007-2017-00119-01

- e. *Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado;*
- f. *El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro, de los regímenes de responsabilidad de la administración.*

Se trata entonces de un régimen de responsabilidad que no tiene como fundamento un error o falla atribuible a la Administración, sino el ejercicio de actividades legítimas que pueden causar daños a los administrados quienes, en aras de garantizar la equidad y el equilibrio frente a las cargas públicas, deben ser indemnizados.

Teniendo claro las generalidades abordadas de cara a la solicitud subsidiaria del actor de estudiar bajo el régimen de daño especial⁵¹ el caso de marras, la Sala concluye que corresponde a la parte demandante en todo caso, demostrar que en su acción legítima, el Estado, ocasionó un daño a la víctima que rompe principios constitucionales de justicia, solidaridad y equidad; ello acorde con el artículo 167 del C.G.P. que establece que le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

En este sentido, es necesario que la parte demandante acredite además del daño mismo, que dicho daño fue producto de la acción legítima del Estado, no obstante y tal como se expresó en el acápite de la imputación, no se logró demostrar que el proyectil que hirió al demandado, provino de un arma de la Policía, luego entonces, mal haría esta Sala aplicar la figura de daño especial cuando no se tiene una certeza o por lo menos un indicio claro que permitan inferir que la Policía Nacional, al disparar en forma lícita, ocasionó un daño antijurídico.

En conclusión, de cara al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y luego de realizar el análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial, es posible determinar que al no existir suficientes pruebas para tener como demostrado que el proyectil que impactó al joven proviniera de un arma de dotación fiscal accionada por un agente Policía, se considera que no está acreditada el nexo causal entre el hecho generador del daño y la lesión la víctima; es decir, para que se

⁵¹ El otro título de imputación de estirpe objetiva, denominado por la jurisprudencia como de daño especial, traslada el estudio de la imputación, valga la redundancia, al daño mismo desde la perspectiva de la víctima, para deducir si la no reparación del perjuicio causado llegaría a configurar un atentado directo contra los principios constitucionales de justicia, solidaridad y equidad. Radicación número: Consejo de Estado. 25000-23-26-000-2001-00852-01(28675) doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014). MP. HERNAN ANDRADE RINCON

13001 -33-33-007-2017-00119-01

comprometa patrimonialmente a la Administración, es imperioso que ésta haya causado el perjuicio y aun cuando está probado el daño sufrido, no lo está el componente del nexo causal, por lo que no es posible acceder a las pretensiones solicitadas y en consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia, conforme a lo expuesto con precedencia.

5.6. CONDENAS EN COSTAS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 154 del Código General del Proceso, el cual indica que *“el amparado por pobre no estará obligado a prestar cauciones procesales ni a pagar expensas, honorarios de auxiliares de la justicia u otros gastos de la actuación, y **no será condenado en costas**”*.

Esta Sala procederá a no condenar en costas a la parte demandante, debido a que le fue concedido el amparo de pobreza.

VI. LA DECISIÓN

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

VI. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Séptimo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condenas en costas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

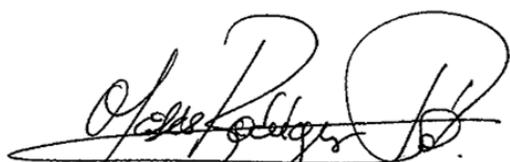
Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

13001 -33-33-007-2017-00119-01

LOS MAGISTRADOS,


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


Marcela de Jesús López Álvarez

La anterior firma corresponde al proceso con número de radicado 13001 -33-33-007-2017-00119-01