



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

San Andrés Isla, trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia No. 00063

Medio de Control	Reparación Directa
Radicado	88-001-33-33-001-2018-00045-01
Demandante	Shady Mark Pomare Perry y Otros.
Demandado	Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Magistrado Ponente	Jesús Guillermo Guerrero González

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia No. 00145-19 del 19 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de este Circuito Judicial,¹ dentro del proceso iniciado por el señor Shady Mark Pomare Perry y otros en contra del Ministerio de Defensa – Policía Nacional, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“FALLA

“PRIMERO: DECLÁRANSE no probadas las excepciones planteadas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLÁRANSE patrimonialmente responsables a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por los daños materiales, morales y a la salud ocasionados a los demandantes con ocasión a las lesiones sufridas por Shady Mark Pomare Perry el 30 de noviembre de 2017, de conformidad con lo expuesto en parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Condénase a la Nación – Ministerio de Defensa, Policía Nacional, a pagar, por concepto de daños morales a los demandados, así:

Nombre	SMLMV	TOTAL
Shady Mark Pomare Perry	60	49.686.960.00
Elías Pomare Archbold	60	49.686.960.00

¹ Folios 350 al 383 del cuaderno digital

Expediente: 88-001-33-33-001-2018-00045-01
Demandante: Shady Mark Pomare Perry y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa, Policía Nacional.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

<i>Laura Lucretis Perry Dilbert</i>	60	49.686.960.00
<i>Stuard Marshall Pomare Perry</i>	30	\$24.843.480.00
<i>Shawn Michael Pomare Perry</i>	30	\$24.843.480.00

CUARTO: Condénase a la Nación – Ministerio de Defensa, Policía Nacional, a pagar a **Shady Mark Pomare Perry**, por conceptos de daño morales en la modalidad de lucro cesante, la suma de OCHENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL CIENTO CUATRO PESOS CON TREINTA Y CINCO CENTAVOS (\$89.587.104.35) MCTE.

QUINTO: Condénase a la Nación – Ministerio de Defensa, Policía Nacional, a pagar a **Shady Mark Pomare Perry**, por concepto del daño a la salud la suma de 60 smlmv CUARENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS SESENTA PESOS (\$49.686.960.00) MCTE.

SEXTO: Como medida rehabilitación, se ordenará a la entidad demandada que brinde al señor **Shady Mark Pomare Perry**, toda la asistencia médica Oftalmológica necesaria que requiera en aras de superar las secuelas de carácter permanente que la aqueja, de ser recomendado por el médico tratante, implante de prótesis ocular en la zona afectada.

SEPTIMO: Niéganse las demás pretensiones

OCTAVO: CONDÉNASE en costas a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, así como en agencias en derecho las que se fijan en el 4% de lo pedido.

NOVENO: Expídanse copias auténticas de esta providencia, con constancia de ejecutoria, con destino a la parte actora a través de su apoderado reconocido. (art. 115 del C. de P.C.).

DÉCIMO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaria, liquídense los gastos del proceso, y en caso de remanentes, devuélvanse al interesado. Desanótese en los libros correspondientes y archívese el expediente.

UNDÉCIMO: Contra la presente decisión procede el recurso de apelación conforme a los términos previstos en el artículo 247 del CPACA”.

II. ANTECEDENTES

- LA DEMANDA

Los señores Shady Mark Pomare Perry, Elías Pomare Archbold, Laura Lucretis Perry Dilbert, Stuard Marshall Pomare Perry y Shawn Michael Pomare Perry; instauraron demanda de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, con el objeto de que se acceda a las siguientes declaraciones:

- PRETENSIONES

“Declárese a LA NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE LA DEFENSA NACIONAL POLICÍA NACIONAL, REPRESENTADOS POR EL SEÑOR Ministro de la Defensa y/o DIRECTOR General de la Policía Nacional, administrativamente responsable de las LESIONES DE CARÁCTER PERMANENTE E IRREVERSIBLES, ocasionadas a SHADY MARK POMARE PERRY y, por consiguiente, de la totalidad de daños y perjuicios causados a:

SHADY MARK POMARE PERRY – LESIONADO-, ELIAS POMARE ARCHBOLD, LAURA LUCRETIS PERRY DILBERT (Padres del LESIONADO); STUARD MARSHALL POMARE PERRY y SHAWN MICHAEL POMARE PERRY (Hermanos del lesionado);

Como consecuencia de la declaración anterior, se condene a LA NACIÓN – MINISTERIO DE LA DEFENSA NACIONAL POLICIA NACIONAL, a pagar a los actores los PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS, ocasionados al LESIONADO, PADRES y HERMANOS; MATERIALES, FISIOLÓGICOS y DAÑOS A LA SALUD ocasionados al LESIONADO SHADY MARK POMARE PERRY, así:

PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS.

Se deben a los actores o a quien o quienes sus derechos representaren al momento de LA SENTENCIA y o conciliación el equivalente en pesos a 60 SMMLV, A:

SHADY MARK POMARE PERRY, LESIONADO, sujeto pasivo de las lesiones ocasionadas con elemento contundente (PIEDRA), y agresores miembros de la Policía Nacional movilizándose en motocicletas y vehículos OFICILAES, a ELIAS POMARE ARACHBOLD Y LAURA LUCRETIS PERRY DILBERT (Padres del LESIONADO).

Y el equivalente en pesos a 30 SMMLV, a:

STUARD MARSHALL POMARE PERRY y SHAWN MICHAEL POMARE PERRY (Hermanos);

Ya que estos perjuicios se encuentran taxativamente en el acta No. 23 del 25 de Septiembre del año 2013 con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales (Consejo de Estado sección tercera de lo C. A.) y que obra claramente en el ordinal 2.2 REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES PERSONALES y que de acuerdo a la PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL Y OCUPACIONAL establecía por el dictamen de determinación de origen y o pérdida de capacidad laboral y ocupacional expedido por el médico EDUARDO DE JESUS PERNETT LEIVA, fue del 39.40%.

Por las LESIONES DE CARÁCTER PERMANENTE E IRREVERSIBLES – causadas al joven SHADY MARK, dictamen que se anexa en 4 folios.

*SHADY MARK POMARE PERRY LESIONADO 60 SMMLV.
ELIAS POMARE ARCHBOLD PADRE 60 SMMLV.
LAURA LUCRETIS PERRY DILBERT MADRE 60 SMMLV.
STUARD MARSHALL POMARE PERRY HERMANO 30 SMMLV.
SHAWN MICHAEL POMARE PERRY HERMANO 30 SMMLV.*

2.- por perjuicios MATERIALES:

Se reconocerán y pagarán en favor de SHADY MARK POMARE PERRY – LESIONADO – como lucro cesante, LA SUMA DE \$30.000.00.oo.

Su fundamento se encuentra en que laboraba como moto taxista en la ciudad de Barranquilla para sostener sus estudios en la Universidad devengando el SMMLV del año 2017 de \$737. 717.oo.

LUCRO CESANTE.

Que está representado por la pérdida de capacidad laboral futura de SHADY MARK POMARE PERRY, en atención a la INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL.

Si bien el lesionado, es productivo, puesto que para el día de los hechos luctuosos en cuanto a su LESION, trabajaba y ahora con la pérdida de la visión izquierda le es difícil laboral como moto taxista y del cual depende la manutención económica SUYA, personal hasta el día que se gradué como ADMINISTRADOR DE EMPRESAS. Y que actualmente cursa sexto semestre. Además, debió interrumpir por seis meses su reintegro a la Universidad a continuar sus estudios en el SEPTIMO SEMESTRE DE ADMINISTRACION DE EMPRESA, en razón a la pérdida TOTAL de la visión izquierda por la agresión de que fue objeto por parte de un policía en servicio activo.

3.- POR DAÑOS FISIOLÓGICOS.

Se trata de que la ENTIDAD CONVOCADA (Nación Mindefensa Policía Nacional) reconozca a favor del LESIONADO por los daños FÍSICOS causados la suma de 400 SMMLV.

Así mismo, para que se ordene por parte del despacho que la entidad demandada deberá reparar físicamente los daños en la órbita ocular izquierda del demandante Shady Mark a fin de que le coloquen una prótesis OCULAR.

4.- DAÑOS A LA SALUD.

Igual al perjuicio a la vida de relación (Doctrina Italiana), a la disminución del goce de vivir, pues el afectado no podrá realizar algunas actividades vitales que hacen agradable la existencia de cualquier ser humano, pues, indiscutiblemente, la perturbación funcional de carácter permanente e irreversible PARCIAL, aunada a la deformidad física consecuyente, le hará sentirse inferior a los demás en todas y cada una de las conductas que pretenda realizar cotidianamente en el seno de la sociedad, e igualmente dentro del círculo social en que se mueve el señor SHADY MARK POMARE PERRY.

Se depreca desde ya como quantum indemnizatorio por este concepto y en favor de Shady Mark Pomare Perry o de quien o quienes sus derechos representen para la época del fallo, el equivalente en pesos a 100 SMMLV CIEN SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGIENTES, atendiendo para su liquidación el SMMLV existente en la época de la SENTENCIA y o conciliación, para la calenda de su ejecución.

4.- INDEXACION.

Teniendo en cuenta que en Colombia el dinero no mantiene poder adquisitivo constante, las pretensiones solicitadas deberán INDEXARSE de la época de ocurrencia de los hechos a la fecha de la condena. (Art. 178 C.C.A.).

5.- INTERESES

Al actor se pagarán o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, los intereses MORATORIOS que se causen desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia y o de la CONCILIACIÓN. Ley 1437 de 2011.

Con fundamento en lo dispuesto en el art. 1653 de C.C., todo pago se imputará primero a intereses.

Se pagarán intereses solamente MORATORIOS desde la fecha de la ejecutoria.

Al fallo se le debe dar cumplimiento de lo dispuesto en los referidos arts. del C.C.A., se expedirán las copias de las CONCILIACIÓN y o sentencias, con constancia de ejecutoria, con destino a los entes demandantes y a los actores, haciendo precisión sobre cuál o cuáles de las copias resultan idóneas para la efectiva de los derechos reconocidos (Art. 115 C.P.C.).”

- HECHOS

La parte demandante sustenta sus pretensiones en los hechos que a continuación se sintetizan así:

1.- Señala que el 30 de noviembre de 2017, recibió un trauma contundente por agresión con objeto contundente (piedra) en la región ocular izquierda, con estadillo ocular y fractura de techo de orbita y hundimiento frontal.

2.- Manifiesta que el primero de diciembre de 2017 fue operado por la especialidad de oftalmología en la isla de San Andrés, donde le realizaron sutura cornoescleral y posteriormente sería remitido a la ciudad de Medellín para interconsulta por la especialidad médica maxilofacial para el manejo de los traumas y fracturas antes mencionadas en su rostro.

3.- Refiere, que el día 21 de diciembre de 2017, le realizaron osteosíntesis de las fracturas maxilofaciales y le dan de alta el día 22 de diciembre de la misma

anualidad, subsiguientemente el 25 de enero del año 2018, asistió a cita de control con oftalmología donde le informaron que la pérdida de la visión de su ojo izquierdo era irreversible.

4.- Indica, que en los hechos generadores del daño en su integridad física ocurrieron el día jueves 30 de noviembre de 2017, a eso de las cinco de la tarde cuando regresaba del coliseo del barrio San Luis después de un entrenamiento de baloncesto, y que se dirigía para su residencia ubicada en el barrio Sound Bay de esta localidad, allí le comentaron que habían varios miembros de la Policía Nacional, que habían llegado motorizados, con armas y municiones de dotación oficial, a fin de cumplir con un operativo de restablecimiento de orden público, disturbio que se presentó como consecuencia de un enfrentamientos con residentes del sector, una vez controlada la situación las autoridades del orden regresaron a la vía Sound Bay, bloqueándola en ambos sentidos, dejando únicamente un espacio pequeño para el tránsito peatonal y de motocicletas.

5.- Afirma, que al pasar los motociclistas, estos acataban las señales que les hacían los miembros de la Policía, pero que una vez pasaban cerca los uniformados los agredían fuertemente con sus bastón de mando, golpeándolos y tumbándolos de sus vehículos, haciendo que los agredidos, personal civil huyeran con sus vehiculos como pudieran, dicha situación generó protestas entre la comunidad del sector, a raíz de las violentas agresiones físicas de que eran objeto por el personal de la Policía Nacional.

6.- Asegura que, debido a lo anterior, la población se alzó en contra del personal uniformado de la Policía Nacional, con el objetivo de defender a los afectados, pero los agentes de las Policía Nacional los recibían con insultos y amenazas con sus armas de dotación oficial, y con eso lo único que lograron fue aumentar el disgusto de la población.

7.- Narra que, en vista de las circunstancias, el comandante de Policía de las islas se dirigió al lugar de los hechos, para restablecer el orden público, y en ese momento fue cuando el joven Shady Mark Pomare Perry se acercó a explicarle al comandante las razones por las cuales la población estaba protestando, en medio de la conversación que estaban sosteniendo, el demandante giro su rostro y pudo observar que un policía lanzaba una piedra contra su humanidad, impactando exactamente en su ojo izquierdo y de inmediato empezó el sangrado, es decir le estallo su globo ocular.

8.- Sostiene que elevó denuncia ante la fiscalía general de la nación en contra de los agentes de Policía motorizados, por el delito de tentativa de homicidio, como quiera que, a su sentir los agentes de policía se extralimitaron en el procedimiento y en sus funciones, arrojando contra la comunidad elementos contundentes que encontraban en la vía, tales como piedras (sin tener en cuenta que era un barrio popular), y dejando como consecuencia, la que hoy es objeto de estudio.

9.- Pone de presente, que las lesiones de carácter permanente e irreversibles causadas a su integridad física, se perpetraron en el ejercicio de las funciones de los agentes de policía pertenecientes al Comando Departamental del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina².

- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Respecto de los fundamentos de derecho, el apoderado de la parte demandante señala los siguientes:

- Ley 1437 de 2011 CPACA
- Artículo 2° C.N.
- Artículo 90 C.N.
- Artículo 132 C.C.A.
- Jurisprudenciales: sentencia de 19 de diciembre de 1989 del H. Consejo de Estado, Actor Rosa Elena Franco viuda de Bernal, Consejero Ponente, Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo.

- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional ³

El apoderado judicial de la entidad demandada describió el traslado de la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones formuladas. Afirmando no constarle los hechos que en ella se discuten.

² Folios 29 al 56 del cuaderno digital.

³ Folios 193 al 205 del cuaderno digital.

Indicando que, el Constituyente Primario de 1991, estableció en la Carta Política en el artículo 90, que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, como consecuencia de ello, la responsabilidad en general descansa en dos elementos: el daño antijurídico y la imputación.

“El primero denominado daño antijurídico, es aquel que la víctima no está obligado a soportar, presentado por un desplazamiento de la culpa que era el elemento tradicional de la responsabilidad para radicarlo en el daño mismo, es decir, que éste resultaba jurídico si constituía una carga pública o antijurídica si era consecuencia el desconocimiento por parte del mismo Estado del derecho legalmente protegido, de donde surgía la conclusión que no tenía el deber legal de soportarlo. Asegura que, el presunto daño antijurídico que pretenden los demandantes, que les sean reconocidos por las lesiones sufridas el señor Shady Mark Pomare Perry, ocasionadas presuntamente por miembros de la Policía Nacional del Departamento Archipiélago de San Andrés, Islas, el día 30 de noviembre de 2017, cuando el lesionado se encontraba en la vía San Luis donde un grupo de personas se encontraban protagonizando una riña en vía pública y obstaculizando la vía con motocicletas y al llegar la patrulla de Policía ha atender el caso, fueron agredidos con objetos contundentes, golpeando en el hombro derecho al patrullero Aidel Cabarcas Rincón y dañando el vidrio panorámico del vehículo en que se movilizaban los oficiales de Policía, así como se tiene que no se encuentra acreditado en el plenario que los funcionarios de la Policía Nacional hayan causado las lesiones al joven.

El segundo elemento ha sido denominado imputación, que no es más que el señalamiento de la autoridad que por acción u omisión haya causado el daño. En atención a que los demandantes, por los hechos citados en precedencia, al respecto es de resaltar que de conformidad con el artículo 218 de la Constitución Política de Colombia de 1991, el Constitucional de la Policía Nacional es la de garantizar y proteger los derechos de los ciudadanos, y en el caso que nos ocupa, cuando se presentan alteraciones al orden público, el mismo debe ser restablecido a través de las autoridades respectivas, y en el presente caso por tratarse de un comportamiento contrario a la convivencia, correspondía a la Policía Nacional por medio de sus cuadrantes o patrullas de vigilancia llegar al lugar a efectuar el procedimiento correspondiente e imponer ordenes de comparendo de acuerdo a la Ley 1801 de 29 de julio de 2016, y donde no se logró realizar el procedimiento de policía, en razón que los uniformados fueron agredidos por la multitud de personas que allí se encontraban, entre ellos Shady Mark Pomare Perry, y debieron retirarse del lugar

Expediente: 88-001-33-33-001-2018-00045-01
Demandante: Shady Mark Pomare Perry y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa, Policía Nacional.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

para proteger su integridad, significando con ello que, no existe certeza que la lesión que se aduce por la parte activa realmente haya sido causada por la entidad, toda vez, que los mismos accionantes manifestaron que en confusos hechos, resultó herido con una piedra en la cara, que posteriormente ocasionó la pérdida de la vista del ojo izquierdo, es decir, que no se encuentra acreditado la causa de la lesión del joven y por ello no pueden pretender la indemnización de unos perjuicios.

Respecto a la causalidad como elemento de responsabilidad, cita las sentencias del Consejo de Estado Sección Tercera del 11 de febrero de 2009 – expediente No. 17.145 y del 20 de mayo de mismo año – expediente No. 17.405.

Precisa que, para que surja la responsabilidad a cargo de la Nación - ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, no es suficiente establecer que la víctima haya sido lesionada, sino que al menos se determine que un integrante de la entidad demandada sea identificado como responsable de haber realizado las actuaciones irregulares o de haber accionado su arma de dotación oficial directamente contra la humanidad del demandante, procedimiento y actuación de la cual no obra en el plenario prueba alguna de que así lo evidencie, como lo hubiese sido fallo penal o disciplinario condenatorio y ejecutoriado contra algún miembro de la Policía Nacional, por los hechos que narran los accionantes y que al parecer tuvieron ocurrencia el día 30 de noviembre de 2017, en el establecimiento cachaco, ubicado en la vía San Luis del Departamento de Policía de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Respecto a los daños y perjuicios que se reclaman a través del medio de control de reparación directa, la Jurisprudencia Colombiana ha establecido unos límites al cubrimiento del daño, teniendo como regla que *“se debe indemnizar todo el daño, solo el daño y nada más que el daño”*, dicha regla encuentra su origen en un postulado fundamental, cual es la existencia del daño como requisito previo para su indemnización, entendiéndose por daño, menoscabo patrimonial, y al no ser demostrados y cuantificados, la obligación de pagarlos debe considerarse extinguida, en éste orden de ideas, correspondía a los actores acreditar la identidad del daño, y de ello se deduce que no ésta probada la existencia del perjuicio material, pues en efecto, la parte actora descuidó en grado sumo la prueba de la existencia de un perjuicio material, y nuestro régimen en *“ninguna de las partes goza en proceso Colombiano del privilegio especial de que se tenga, por cierto los hechos simplemente enunciados en su escrito, sino que están deberán acreditar sus propias aseveraciones”* – Sentencia Consejo de Estado – Expediente No. 2607 – Actor María Gilma Betancur Valencia.

De igual forma, se hace necesario desvirtuar la presunción de aflicción causada moralmente al actor y otros, con relación a esto, el Consejo de Estado ha reiterado su jurisprudencia en el sentido de indicar que el reconocimiento y tasación de los perjuicios materiales y morales, se desprenden de la condición personal de damnificado con el daño sufrido por las víctimas, y que el parentesco resulta ser tan solo un elemento probatorio que indica la existencia de una relación familiar consolidada⁴.

Finalmente, solicitó que se decretaran de oficio las excepciones genéricas que se establezcan y haya lugar dentro del proceso de referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 175 numeral 3 y 180 numeral 6 de la Ley 1437 de 2011.

- LA SENTENCIA RECURRIDA

Cumplido el trámite legal correspondiente, el Juzgado Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia proferida el 19 de diciembre de 2019, declaró patrimonialmente responsable a la Nación- Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por los daños materiales, morales y a la salud ocasionados a los demandantes, con ocasión a las lesiones sufridas el señor Shady Mark Pomare Perry⁵.

El Despacho contrajo el problema jurídico ha establecer si la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, es administrativamente responsable de la totalidad de los perjuicios de orden moral y material causados a los actores, como consecuencia de las lesiones padecidas el señor Shady Mark Pomare Perry, que asegura fueron causadas por miembros de la Policía Nacional del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en hechos ocurridos en la vía San Luis en el sector Sound Bay el día 30 de noviembre de 2017, al haber incurrido en una falla del servicio.

Previo el análisis de fondo, el A quo realizó un estudio respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado *por los daños antijurídicos ocasionados por la acción u omisión de las autoridades públicas*, discriminando en dos elementos sustanciales,

⁴ Folios 193 al 205 del cuaderno digital.

⁵ Folio 383 del cuaderno digital de apelaciones.

necesarios para la declaración de la responsabilidad del Estado, (i) el daño antijurídico sufrido por la víctima y (ii) la imputabilidad del daño a un órgano del Estado.

Hecho el análisis probatorio correspondiente, el despacho encontró probado que: i) el señor Shady Mark Pomare Perry, perdió la visión de su ojo izquierdo con ocasión a los hechos ocurridos el 30 de noviembre de 2017; ii) que las lesiones físicas padecidas por el demandante fueron ocasionadas por la entidad demandada; y iii) que se puede establecer la responsabilidad de la Policía Nacional de las lesiones padecidas en la humanidad del señor Shady Mark Pomare Perry.

Ahora bien, una vez el juez analizó las pruebas bajo el principio del buen juicio y sana crítica consideró que estaba demostrado el daño y la afectación en la humanidad del señor Shady Mark Pomare Perry, por cuenta de los miembros de la Policía Nacional de la islas, de esta manera, y con fundamento en lo indicado, concluyó que el daño alegado y acreditado, consiste en las lesiones padecidas por el demandante, y que estas fueron el resultado de la actuación arbitraria de los miembros de la Policía Nacional, por lo cual, declaró patrimonialmente responsable a la entidad accionada y consecuentemente condenó al pago de los perjuicios ocasionados a los demandantes.

- RECURSO DE APELACIÓN

Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional⁶

Al sustentar el recurso de alzada, el apoderado judicial de la parte demandada, ejerció oposición integral a la sentencia fechada 19 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de esta ínsula, la cual declaró patrimonialmente responsable a la entidad demandada.

En su recurso, manifiesta que no comparte la posición del juez de instancia al considerar la existencia de una falla en el servicio, sólo por encontrar como hechos probados las lesiones sufridas por el señor Shady Mark Pomare Padilla, de acuerdo a la historia clínica y el informe pericial del médico particular aportadas con el escrito de la demanda. Así mismo manifiesta que, en la etapa probatoria se escucharon los

⁶ Folios 3466-3471 del cuaderno de apelación

SIGCMA

testimonio de los señores Kelsy Carolina Mendoza Gordon, Katia Alidka Álvarez Gordon, Ana patricia Pusey Mc'Laughlin y Anthony Felipe Newball Carabali, quienes presuntamente manifestaron haber presenciado los hechos de desorden público, los cuales protagonizaron los habitantes del sector de Sound Bay vía San Luis, por la presencia de los uniformados de la Policía Nacional, quienes atacaron a la población civil que encontraban en su paso el 30 de noviembre de 2017, con elementos contundentes.

Asegura el recurrente que los testigos manifestaron en su versión que integrantes de la Policía Nacional lanzaban elementos contundentes en contra de los habitantes y que vieron en especial uno, que fue el que hirió a Pomare Perry, pero no individualizan a un policía en especial. Considerando la defensa que es increíble que los testigos no indiquen con exactitud cuál uniformado fue que causo la lesión, si de acuerdo a sus testimonios se encontraban muy cerca del lugar de los hechos, inclusive la testigo Kelsy Carolina Mendoza Gordon indica que “ella estaba sobre la terraza de la señora Margarita” eso nos lleva a concluir que tenía una mejor panorámica para observa lo que sucedía entre la turba que arremetía contra los policías, más raro aun cuando los vehículos llevan siglas numéricas individuales y los chalecos antibalas tienen numeración en las partes que cubren pecho y espalda con tinta color amarillo y tamaño grande con el propósito que fácilmente puedan ser identificados por los ciudadanos.

Enrostra algunos apartes de los párrafos de imputabilidad del daño con base en los cuales el A quo utilizó para proferir la sentencia en la cual resultó condenada la Policía Nacional⁷.

Manifiesta la defensa que el escrito de justificación usado para la imputabilidad del daño no es una prueba contundente, habida cuenta que no se haya relacionado el hoy demandante POMARE PERRY en la anotación realizada en el libro de población de la Estación de Policía de San Andrés Islas, a folios 185 a 187 del expediente, donde se dejan las constancias de la lesión ocasionada al Patrullero AIDEL CABARCAS RINCON y el daño al vehículo institucional camioneta Duster,

⁷ “(...) Si bien en el libro de anotación de población de la estación de Policía de San Andrés Islas, Edificio Siete Mares, para el día 30 de noviembre de 2017, no se registró anotación de la situación acaecida con el señor Shady Mark Pomare Perry, este ingreso a las instalaciones del Hospital Departamental Clarence Lynd Newball Memorial Hospital de la Isla de San Andrés... (...)”

SIGCMA

de sigla 54-0621 y placa FHM099, o en su defecto, que no se realizó ninguna anotación indicando la lesión del demandante, esto no puede conllevar a condenar a la Policía Nacional, de existir esta anotación no sería prueba reina para establecer una responsabilidad que conlleve a la condena que se impuso a dicha Institución. Trascibe⁸ ⁹ algunos testimonios recepcionados en audiencia de pruebas de fecha 30 de mayo de 2019.

El apelante considera que los testimonios escuchados lo llevan a una rotunda oposición a esta imputabilidad, pues, no fue tan contundente el señalamiento de los testigos Kelsy Carolina Mendoza Gordon, Katia Alidka Álvarez Gordon, Ana Patricia Pusey Mc'Laughlin y Anthony Felipe Newball Carabali, que no indicaron un funcionario de la Policía Nacional en particular. Ahora, que no se hayan tachado los testimonios de acuerdo al Artículo 211 del Código General del Proceso, no es óbice para que el fallador primario haga una valoración y pondere bajo la sana crítica lo manifestado por los testigos y así decida qué tan contundentes y convincentes para tomar la decisión a la luz del derecho.

Censura que ante las lesiones sufridas por Shady Mark Pomare Perry, desde la admisión de la demanda está demostrado que sufrió afectaciones en su rostro, pero, lo que no está demostrado, ni fue demostrado en el transcurso de las etapas probatorias del proceso, que las haya causado un funcionario de la Policía Nacional, pues pudo haber sido un ciudadano particular de la turba, que lanzó el objeto contundente que ocasionó lesiones a Shady Mark Pomare Pussey, así, asalta la duda a esta defensa.

⁸ (...)

En audiencia de pruebas desarrollada el 30 de mayo de 2019, 23 de octubre de 2019 y 11 de diciembre de 2019, los testigos Kelsy Carolina MENDOZA Gordon, Katia Alidka Álvarez Gordon, Ana Patricia Pusey Mc'Laughlin y Anthony Felipe Newball Carabali, fueron contundentes en señalar a miembro de la Policía Nacional como causante de las lesiones en la humanidad del señor Shady MARK Pomare Perry en los hechos ocurridos el 30 de noviembre de 2017, en el sector de Suond Bay de la vía San Luis de la Isla de San Andrés. Testimonios que nos fueron tachados.

(...)

⁹ “ (...)

Es así que, analizadas las pruebas bajo la sana crítica, reitera el Despacho que está demostrada la afectación en la humanidad del señor Shady MARK Pomare Perry por cuenta de los miembros de la Policía Nacional en hechos ocurridos el 30 de noviembre de 2017, en el sector de Sound Bay de la vía San Luis de la Isla de San Andrés, sin que el directo afectado se encontrara en el deber jurídico de soportarlo.

(...)

“

SIGCMA

Sostiene, que en ningún momento, el apoderado judicial de confianza de los demandantes ha acreditado al operador judicial de primera instancia arbitrariedad alguna por parte de la Policía Nacional, el mismo demandante lo dice en el escrito de la demanda, los uniformados de policía fueron atacados por la comunidad que estaba inconforme con la presencia policial en el sector y por tal razón eran objeto de agresión con objetos contundentes. Aunado a lo anterior, dejó de presente que la Fiscalía Local 30 de San Andrés Islas recibió denuncia del señor Pomare Perry bajo radicado 880016001208201800107, la cual fue cerrada por la imposibilidad de por individualizar el victimario. Igualmente, en la Oficina de Control Disciplinario de la Policía Nacional no se adelantó investigación de tipo disciplinaria por los hechos ocurridos el 30 de noviembre de 2017 donde resultó lesionado Shady Mark Pomare Perry, nunca hubo quejoso ante dichos hechos.

Argumenta que no hay prueba alguna que establezca la responsabilidad directa de un funcionario de policía como presunto agresor que ocasionó lesiones personales al señor Shady Mark Pomare Perry, en los hechos ocurridos el 30 de noviembre de 2017, razón por la cual considera que no se le puede endilgar responsabilidad solo porque sus funcionarios se encontraban retomando el control de la vía que conduce a San Luis y fueron atacados por habitantes violentos de la islas, que no estaban de acuerdo con la función policial.

Finalmente sostiene que se pudo observar en la inspección judicial realizada al lugar de los hechos que era un campo abierto, entonces plantea la siguiente duda ¿el señor Shady Pomare Perry hacia parte de los manifestantes que atacaban a los uniformados de policía? ¿fue un mismo integrante de la comunidad que le ocasionó las lesiones al señor Pomare Perry, si en el escrito de la demanda manifestaba que se encontraba parado al lado del comandante de policía dialogando para calmar los ánimos de los ciudadanos agresores? Bajo estas dudas y la carencia probatoria que no logra demostrar la responsabilidad de un uniformado de policía.

Por lo anterior solicita esta judicatura se revoque la sentencia que condena a la Policía Nacional, en el evento de mantener la responsabilidad se debe llegar a establecer una culpa compartida, ya que se puede ver que el ciudadano afectado creó su propio riesgo al haberse acercado al lugar donde el cuerpo policial se protegía de las agresiones provenientes de la ciudadanía.

- ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto de fecha del 28 de enero de 2020, el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, admitió el recurso de apelación y ordenó correr traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para que emitiera concepto. Dentro del término legal, la Policía Nacional presentó sus alegatos finales.

El Ministerio Público guardó silencio.

- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes reafirmaron sus argumentos esgrimidos a lo largo de la Litis.

- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Guardó silencio dentro de la oportunidad procesal.

III. CONSIDERACIONES

Previa la decisión que corresponde, procede la Sala a examinar los presupuestos de la acción:

- COMPETENCIA

Esta corporación es competente para resolver el recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos, de conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.¹⁰

¹⁰ Artículo 153. Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.https://leyes.co/codigo_de_procedimiento_administrativo_y_de_lo_contencioso_administrativo/153.htm

En este orden, corresponde a la Sala, decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte pasiva, contra el fallo de fecha 19 de diciembre de 2019 por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por medio de la cual se halló patrimonialmente responsable a la entidad demandada con ocasión al daño causado a la humanidad del señor Shady Mark Pomare Perry.

- LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y el material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, de modo que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño se encuentra legitimado en la causa por pasiva.

A su vez, la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

Así, en relación con el extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado, mientras que la legitimación material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE LOS DEMANDANTES

Los señores Shady Mark Pomare Perry, Elias Pomare Archbold, Stuard Marshall Pomare Perry, Shawn Michael Pomare Perry y la señora Laura Lucretis Perry Dilbert; a través de apoderado judicial, comparecieron a este asunto como demandantes, de modo que se encuentra acreditada su legitimación de hecho en la causa.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE LA DEMANDADA

Los demandantes formularon las imputaciones contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, de modo que se encuentra legitimado de

hecho en la causa por pasiva, pues a la parte pasiva se les imputa el daño que los actores alegaron haber sufrido.

En relación con la legitimación material, precisa la Sala que esta, por determinar el sentido del fallo *-denegatorio o condenatorio-*, no se analizará *ab initio*, sino cuando se estudie el fondo del asunto y resulte posible establecer si existió o no una participación efectiva de la demandada en la causación del daño que se alega.

- PROBLEMA JURÍDICO

Deberá la Sala establecer si la entidad demandada es administrativamente responsable por los daños aparentemente ocasionados a los demandantes conforme a las pruebas aportadas al plenario. Así las cosas, la Sala deberá establecer i) la existencia del daño ii) si dicho daño es antijurídico ii) y si resulta imputable a la parte pasiva.

- TESIS

La Sala confirmará la sentencia recurrida habida consideración que en el asunto bajo estudio se dieron los elementos constitutivos para declarar patrimonialmente responsable de todos los perjuicios de orden moral y material, con ocasión a las lesiones sufridas en la humanidad del señor Shady Mark Pomare Perry.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

RESPONSABILIDAD ESTATAL

A partir de nuestra constitución de 1991, la responsabilidad estatal y especialmente con la consagración en el artículo 90 de la misma, del concepto de Daño Antijurídico como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, ha reforzado, el criterio de responsabilidad y ha mantenido esa obligación que posee de protección sobre todos los habitantes del territorio nacional, en esta misma línea, el mencionado artículo consagra:

“ARTICULO 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.”

Bajo este entendido, nos encontramos frente al escenario en que el Estado en ejercicio de su poder público, tiene la obligación constitucional de velar y responder por cualquier daño que éste ocasione a un particular bien sea directamente o que por omisión a su deber aconteció.

En este orden de ideas, el legislador señaló un procedimiento especial para que cualquier persona que se sienta vulnerado o que crea que el Estado le ocasionó un daño pueda reclamar ante el ente responsable el resarcimiento de su derecho, este medio lo denominó reparación directa, consagrada en el Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo así.

“ARTÍCULO 140. REPARACIÓN DIRECTA. *En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.*

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.”

Teniendo en cuenta lo anterior, y con la finalidad de establecer si en el caso que nos ocupa estamos frente a un daño especial ocasionado por un ente estatal en función del servicio nos remitiremos desde el concepto de daño y lo que han señalado nuestras altas cortes frente al asunto en comentario.

EL DAÑO

El daño antijurídico ha sido determinado jurisprudencialmente como:

*“el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extramatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación”.*¹¹

Lo anterior indica que el concepto de daño antijurídico abarca no solo un perjuicio o menoscabo que se le causa a una persona como tal, sino también la afectación que se cause a esa persona en sus bienes, sus libertades, honor, afectos y creencias, es decir todo lo que de una u otra forma afecte al sujeto íntegro.

Por otro lado, el Honorable Consejo de Estado ha señalado respecto del daño lo siguiente:

“...Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo. En relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que “ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario”. En este sentido se ha señalado que “en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico”. Ahora bien, a pesar de que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”, no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”

¹¹Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero del 2000. C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

“...Y por último, el otro criterio de imputación aplicable en casos en los que se discute la responsabilidad del Estado por enfrentamiento con grupos armados insurgentes es el de daño especial, que corresponde a un criterio de imputación en donde el desequilibrio de las cargas públicas, la equidad y la solidaridad son sus fundamentos, “como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado”. Así, en cada caso, lo que debe examinarse es si por las condiciones que revista el daño antijurídico éste se puede considerar como un acentuado y singular desequilibrio anormal de las cargas públicas que deben ser asumidas por los administrados entendiéndose como normal aquella carga que es ordinaria a la vida en sociedad. ¹²(Subraya fuera del texto).

Así pues y dentro de la misma línea, de responsabilidad por daño especial se presenta en virtud de un menoscabo causado por haberse ejecutado una conducta legítima de la administración dentro de los deberes que otorga la ley la cual produce una consecuencia negativa a un particular que no está en el deber jurídico de soportarlo. En este orden de ideas, previo al análisis del objeto de ésta alzada, se examinarán los elementos constitutivos del daño especial.

DAÑO ESPECIAL

Para efectos de imputar responsabilidad al Estado por daño especial es necesario que concurren tres factores importantes que son, que la administración despliegue (i) una actividad legítima; (ii) que se produzca, en cabeza de un particular una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas; por último, que, (iii) entre la actuación de la administración y el rompimiento de esa igualdad, exista un nexo de causalidad.

i) Actuación Legítima de la Administración

Los daños antijurídicos, no sólo se derivan de las actuaciones excesivas e ilegales de los entes públicos; también pueden causarse a partir de su comportamiento ajustado a las normas. Precisamente, en lo que toca al tema de la responsabilidad del Estado por daño especial, la administración queda obligada a responder cuando, actuando lícitamente, causa un daño que supera las cargas normales que implica

¹² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Subsección C. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicado No. 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912).

vivir en sociedad. La no-obligación de soportar la lesión no se deriva, en este caso, de una extralimitación en el ejercicio de los poderes públicos, sino de la necesidad de hacer valer el derecho a una justa distribución de las cargas públicas; por esta razón, tal perjuicio deviene antijurídico, y el Estado deberá resarcirlo, si le es imputable.

En otras palabras, el daño especial es una de las variantes del régimen objetivo de responsabilidad. Debido a ello, es indispensable, para su aplicación, en primer lugar, que la administración no haya incurrido en una falla del servicio, es decir, que no haya habido un funcionamiento anormal o tardío del servicio, o que éste, simplemente, no haya funcionado; más bien, la conducta de la entidad pública debe estar estrictamente enmarcada dentro de la legalidad, lo cual implica un funcionamiento adecuado del servicio, orientado a satisfacer los intereses públicos. Así pues, frente lo anterior el H. Consejo de Estado ha señalado:

“Por manera que la jurisprudencia ha definido al daño especial , como aquel que se inflige al administrado en desarrollo de una actuación legítima del Estado ajustada en un todo a la legalidad pero que debe ser indemnizado por razones de equidad y de justicia distributiva, en la medida en que aquel se ha beneficiado a costa de un daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los administrados en razón a la naturaleza particular del poder público, el cual entraña de esta suerte un rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas. De modo que aun la actividad estatal legítima “tanto por la existencia y extensión del derecho que ejercita como por la fidelidad al procedimiento determinado legalmente” - esto es, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales- puede ocasionar al administrado un daño anormal, superior al que deben sufrir otros colocados en idénticas condiciones, que por lo mismo excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe soportar, entraña el rompimiento de la “equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado” y compromete así la responsabilidad patrimonial de la administración pública.”¹³

Así pues, y en forma de conclusión tenemos que, en este primer elemento del daño especial, se hace necesario que la actividad desplegada por la administración, la

¹³Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Radicado No. 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421).

cual produjo un daño a un particular que se encontraba fuera de los límites de soportabilidad, sea legítima y se encuentre dentro del marco normativo de las actividades y funciones estatales o de los entes de la administración.

ii) **Ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas**

Es normal y además necesario que el Estado imponga a los administrados determinados sacrificios y restricciones a sus derechos, para asegurar su adecuado funcionamiento. Para que un Estado exista, sobreviva y se desarrolle, es esencial que todos los asociados le cedan una porción de sus libertades; pero las incomodidades que ello implica, que, se justifican para la consecución de los fines estatales, deben distribuirse entre todos por igual, de tal manera que no resulten más gravosas para unos, pues, el imperio de la justicia así lo demanda.

Para que la teoría del daño especial cobre aplicación, es menester que esa igualdad frente a las cargas públicas que se derivan de vivir en sociedad, sea quebrantada. Es decir, que el perjuicio sufrido por un particular con ocasión de una actuación administrativa lícita supere el umbral normal de molestias al que está sometido la generalidad del grupo a que pertenece. Si el daño sufrido por la persona que demanda el resarcimiento es igual al que se ha impuesto a toda la comunidad, no habrá lugar a que se declare la responsabilidad del Estado, por lo que éste no deberá indemnizar. El daño debe revestir, pues, cierta gravedad y desproporción en comparación con el resto de la comunidad.

De conformidad con lo señalado, el H. Consejo de Estado ha expuesto lo siguiente:

“ha existido una gran confusión, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina entre el daño especial y el riesgo excepcional quizás porque de pronto los dos regímenes se fundamentan en el principio de igualdad de las personas frente a las cargas públicas y porque ambos han involucrado, para su existencia, razones de equidad, sin detenerse a pensar que la actividad legítima del Estado causante del daño puede ser riesgosa o no. En el riesgo excepcional, el título de imputación del daño al Estado será el riesgo, de modo que el daño sufrido surge de la actividad riesgosa; en cambio el daño especial, será directamente la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas de modo que la antijuridicidad del daño, dependerá exclusivamente de tal equilibrio y que deberá tener las características de anormalidad y especialidad.”(subraya fuera

*del texto)*¹⁴

En este orden de ideas, la antijuridicidad del daño especial, ocasionado por una actuación legítima del Estado, encuentra sustento constitucional en el principio de la igualdad frente a las cargas públicas, de manera que, si se genera un beneficio de toda la comunidad a costa del menoscabo de una sola persona, el Estado deberá indemnizarla.

iii) Nexo de causalidad

Como último elemento constitutivo del daño especial, se encuentra el nexo de causalidad, que implica una conexión entre el elemento actuación legítima de la administración y el rompimiento de las cargas públicas, esto es que, aunque haya una actuación lícita de la administración y un rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, no habrá responsabilidad del Estado, si esto último no es consecuencia directa de lo primero.

En otras palabras, es necesario que el comportamiento de la entidad pública sea la causa del daño grave y desproporcionado que sufra el particular. Por lo tanto, la administración se exonerará cuando el demandante no logre acreditar este elemento, o cuando ella misma demuestre que el daño se produjo debido a fuerza mayor, al hecho de un tercero o al hecho exclusivo de la víctima.

La Alzada que nos convoca.

Procede esta judicatura a examinar los motivos de inconformidad presentados contra la sentencia de instancia, cargos que se centran en establecer: i) si las pruebas y testimonios obrantes al plenario fueron indebidamente valoradas por el juez, ii) determinar si efectivamente procede la reparación del daño antijurídico alegado, tal como lo manifestó la instancia o por el contrario, eximir de responsabilidad a la demandada.

De la equívoca y deficiente valoración de los testimonios

¹⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia de octubre 23 de 2003, exp. 25000-23-26-000-1995-00580-01 (14211), MP: Ramiro Saavedra Becerra.

SIGCMA

Señala el recurrente que, los testimonios manifiestan en su versión que integrantes de la Policía Nacional de la isla de San Andrés, lanzan elementos contundentes contra los habitantes y que en especial, vieron cuando uno de los uniformados lanzó una piedra e hirió al hoy demandante, pero no especifican o individualizan a un uniformado en especial, lo cual para la defensa de la entidad demandada es raro que los testigos no indiquen con exactitud, cuál fue el uniformado que causó la lesión al señor Pomare Perry, como quiera que, de acuerdo a los testimonios rendidos, se encontraban muy cerca del lugar de los hechos, y aunado a ello, agrega que los vehículos de la Policía llevaban siglas numéricas individualizadas y los chalecos antibalas de uso de los uniformados llevan numeración en la parte de pecho y espalda con tinta de color amarillo, para lo que a sentir del apoderado judicial de la parte pasiva, es muy extraño que los testigos no pudieran identificar al uniformado que causó la lesión.

Respecto a lo expuesto en líneas anteriores, la Sala resalta que dentro de un asunto como el que se estudia, la responsabilidad del Estado no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la administración, sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima.

De otro lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública.

Lo cual indica que, si bien el recurrente señala unos puntos importantes a determinar sobre la valoración de los testimonios, esto es, el no poder identificar o individualizar al uniformado que causó el daño en la humanidad del actor, cuando en los testimonios una de las testigos manifiesta estar muy cerca del lugar de los hechos; lo anterior, por sí solo no constituyen motivos de invalidación de la prueba.

Respecto a la valoración de los testimonios, el Honorable Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

“El testimonio es aquel medio de prueba que reside en la declaración o relato que hace un tercero, sometido a interrogatorio, de los hechos que se le preguntan y de los que le consten o tenga conocimiento, previa identificación y bajo la exigencia de jurar no faltar a la verdad so pena de incurrir en las

sanciones penales que por el punible de falso testimonio contempla el Código Penal, y con las excepciones previstas en la Ley. (...) debe tenerse en cuenta que, aun cuando no se trate de un testigo mentiroso, el testimonio dependerá del convencimiento que éste tiene de su propia verdad, de su edad, sexo, nivel de educación, salud (5 sentidos), su ubicación en el lugar de los hechos, sus prejuicios, las condiciones ambientales del momento y, en general, de la representación mental que el testigo se haga de la situación fáctica que percibe y las condiciones que lo rodeen, (...) el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil definió como sospechosos a aquellos testigos que se encuentren en circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o intereses que tengan con las partes o sus apoderados, (...) Para el desarrollo de la apreciación de las pruebas, la doctrina jurídica procesal ha identificado diferentes sistemas dentro de los cuales se encuentran el de la íntima convicción o de conciencia o de libre convicción, el sistema de la tarifa legal o prueba tasada y el régimen de la sana crítica o persuasión racional, (...) con relación al testimonio que su valoración y ponderación requiere del juez, como en todos los casos, determinar el valor de convicción del mismo y su real dimensión, se itera, bajo su apreciación en conjunto y con aplicación de las reglas de la sana crítica, ejercicio cuya complejidad se acentúa en tratándose de testimonios de oídas o aquellos calificados como sospechosos, (...)¹⁵

Así las cosas, conforme a las reglas de la sana crítica y la valoración de las pruebas en conjunto según el principio de unidad, el Juez, realiza un estudio sistematizado y pleno de los testimonios recepcionados en concordancia con las demás pruebas aportadas y determina acorde a su libre apreciación, bajo los límites de configuración de la potestad judicial, si existe una verdadera vulneración de los derechos del actor, lo que para el caso concreto se decanta en determinación de la existencia del daño antijurídico acaecido en la humanidad del señor Shady Mark Pomare Perry, como producto del despliegue de una actividad lícita del Estado.

Ahora bien, la conducta realizada por el Juez de primera instancia, al brindarle el valor probatorio que se le proporcionó a los testimonios, fue acorde a los lineamientos jurisprudenciales y legales respecto de la apreciación, valoración y asunción de la prueba, pues como se señaló en precedencia, éste cuenta con la facultad de analizar los testimonios y conforme a estos y las demás pruebas aportadas al plenario establecer la responsabilidad debatida.

¹⁵ Consejo de Estado sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número: 68001-23-15-000-2000-03456-01(29195)

De tal manera que, a consideración de la Sala, los testimonios valorados fueron pertinentes, contundentes y útiles para determinar el daño, y que, aunque, el recurrente señale que fueron contradictorios, refiriéndose a la no precisión de la individualización o identificación del uniformado de policía que lesionó al demandante.

De otra arista, esta judicatura reitera que es el Estado “Policía Nacional” en este caso el llamado a responder por la conservación del orden público y la seguridad de la comunidad.

Además, es importante recordar que el Estado y sus entes centralizados y descentralizados, es especial un cuerpo de protección a la comunidad como lo es la antes mencionada, están en la obligación Constitucional de velar por la protección de los derechos fundamentales de todos los habitantes del territorio nacional y al cuidado de su integridad física y moral, en esta medida, dentro de un procedimiento como lo es un retén de la policía, donde está es la encargada de velar por la seguridad, la protección y el cuidado, no solo de las personas que pasan por el lugar en sus vehículos, sino de todas las personas que pueden de alguna u otra forma verse afectadas por esta situación ya que si en el momento del retén de policía, se presentan situaciones de alteración del orden público que complican la labor de la Policía Nacional, son situaciones que deben ser previstas por el ente por lo que se debe velar porque ninguna persona resulte afectada en su integridad en el momento del procedimiento.

En este orden de ideas, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha reseñado lo siguiente:

“No obstante lo que se deja dicho, la imposibilidad de encuadrar la responsabilidad bajo uno cualquiera de los títulos mencionados no impide a la Sala analizar el presente asunto bajo otras ópticas, como la del daño especial, pues ciertamente se encuentra acreditado que el daño por el cual se reclama se dio en el marco de la confrontación que se dio entre el Escuadrón Móvil Antidisturbios “ESMAD” de la Policía Nacional y un grupo de indigentes en el sector de El Cartucho en la ciudad de Santafé de Bogotá.

Este fundamento de responsabilidad, debe anotarse, tiene su elemento esencial determinante en la magnitud “anormal o especial” del daño que da lugar a la reclamación resarcitoria, independientemente de la naturaleza del hecho que lo causa. Así lo explicó esta Corporación en sentencia del año 1949, que hoy se reitera:

“El Estado en ejercicio de su soberanía puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero si esa afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. Es por tanto característica de la responsabilidad del Estado que el daño sea especial, lo que ocurre según Bonnard, cuando en una categoría dada de individuos, colocados en una misma situación, el daño no afecta sino a uno o algunos de ellos, pues si todos los que se hallen en estas situaciones son o pueden ser afectados por el daño, el individuo se encuentra en presencia de una carga pública, como lo son, por ejemplo: los inconvenientes normales de vecindad que todo propietario debe soportar por el hecho de las propiedades vecinas.

El daño debe ser, por tanto, excepcional y anormal, porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que cause el daño, sino del carácter singular o excepcional del daño ocasionado.”

Por fuerza de las razones que se dejan destacadas es por lo que la Sección siempre ha sostenido el carácter excepcional y residual de esta teoría, en tanto sólo resulta aplicable a eventos que, de analizarse a la luz de los regímenes comunes de responsabilidad, culminarían en un fallo absolutorio, pero, a la vez, notoriamente inícuo. En efecto, así se explicó en fallo de 1989:

“Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre su encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad”.

En circunstancias fácticas similares a las hoy tratadas, la Sección ha utilizado este fundamento de imputación para declarar la responsabilidad estatal, por entender que el daño se atribuye al Estado teniendo en cuenta que, si bien el enfrentamiento entre las fuerzas del orden y los delincuentes puede resultar legítimo, la víctima no tiene por qué soportar los perjuicios sufridos en tales circunstancias, independientemente de quién los haya causado. Bajo tal temperamento razonó la sentencia de 7 de abril de 1994, y dijo:

“Así las cosas, la Sala concluye que no hay prueba que permita establecer quién disparó el arma que lesionó a la menor. La confusión que se presentó en el enfrentamiento donde hubo fuego cruzado, no permite saber si fue la Policía o la guerrilla la que lesionó a la menor, sin que exista la posibilidad de practicar una prueba técnica sobre el proyectil por cuanto éste salió del cuerpo de la menor. Pero lo que sí no ofrece ninguna duda es que la menor sufrió un daño antijurídico que no tenía por qué soportar, en un enfrentamiento entre fuerzas del orden y subversivos y si bien es cierto aquellas actuaron en cumplimiento de su deber legal, la menor debe ser resarcida de los perjuicios sufridos por esa carga excepcional que debió soportar; por consiguiente, la decisión correcta fue la tomada por el a - quo, en virtud de la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda”.

En síntesis, con lo que se deja visto hasta aquí, puede afirmarse que el Consejo de Estado, ha entendido que la teoría del daño especial tiene su fundamento en la equidad, puesto que existen eventos en los cuales deberá el Estado entrar reparar los perjuicios sufridos por los individuos pese a que ningún reproche merezca su actuación, siempre que el daño ostente características de anormalidad y especialidad. Así lo expuso la Sección Tercera en sentencia de 28 de octubre de 197644 cuando dijo:

“Es que la responsabilidad sin falta, por daño especial, encuentra su respaldo en la equidad que campea como espíritu general de la Constitución y tiene especial repercusión en los artículos 30 y 33 de dicho estatuto, constitutivos de principios generales de derecho público interno, suficiente para configurar la responsabilidad. El Estado ha cumplido, pero la Nación, tributaria de aquel y destinatario de los resultados de su gestión, se ha beneficiado a costa del desmesurado, anormal e imprevisible daño sufrido por uno de los administrados y, por equidad, debe concurrir a compensar el daño causado”.

...Tales razones llevaron a que la Sección, hacia el año 2007, nuevamente trajera la visión del daño especial en su original acepción y la aplicara en el caso de una granada lanzada por delincuentes contra agentes de la policía nacional, pero que infortunadamente terminó en la casa de habitación de una menor a quien le causó graves lesiones. Así se razonó en aquella providencia:

“... En el presente caso la imputación de responsabilidad se realiza con fundamento en el daño especial, que, como se extrae de lo antes expuesto, asienta su validez en valores y principios constitucionales que han sido aplicados en reiteradas y variadas ocasiones por la jurisprudencia de esta corporación.

“El resarcimiento de los perjuicios, en aplicación de los principios de igualdad y solidaridad, debe correr a cargo del Estado, pues fue como producto de su actividad legal y legítima que Angélica M. Osorio sufrió el daño. Daño que se entiende desproporcionado en relación con las cargas que normalmente deben asumir otros ciudadanos que se encuentran en su situación y que, por consiguiente, arroja como resultado la necesidad de reequilibrar las cargas públicas.

“En adición, debe establecerse con total claridad que para el caso no resulta relevante que la granada, de acuerdo con el único testigo que observó la acción, fuera lanzada por los sujetos al margen de la ley y no por los miembros de la Policía Nacional, pues la rigurosidad debida en el análisis jurídico impone a la Sección la obligación de apreciar la situación en contexto. Así, una visión desarticulada de lo ocurrido podría guiar a la conclusión de que se trata de un daño fruto del hecho de un tercero; sin embargo, esta posición asimilaría situaciones completamente diferentes para efectos de determinar la responsabilidad del Estado; verbigracia, tendrían la misma consecuencia el hecho que nos ocupa y aquella situación en donde un particular con intención de dañar a otro particular, y sin que medie en el más mínimo detalle la acción del Estado, lanza una granada al interior de la casa o pone un bomba al frente de ésta. En este caso se sufre un daño antijurídico, que por consiguiente debe ser resarcido, pero el título de imputación no conduce al Estado, pues es claro que este evento no contó con su intervención.

“Por el contrario, el análisis de la situación planteada hace imposible obviar que el daño es consecuencia de la operación policial que se estaba desarrollando, haciendo que el resultado de la imputación cambie respecto del ejemplo propuesto. No podría contraponerse el argumento del hecho de un tercero o de la causa extraña, pues un análisis funcional de lo ocurrido exige situar el lanzamiento de la granada por parte del sujeto al margen de la ley dentro de la acción de persecución y enfrentamiento de la delincuencia realizada por los agentes de la Policía Nacional, es decir, dentro del funcionamiento del servicio...

“... En resumen, el utilizar el daño especial como criterio de imputación en el presente caso implica la realización de un análisis que, acorde con el art. 90 Const., tome como punto de partida el daño antijurídico que sufrió la niña

Angélica María Osorio; que asuma que el daño causado, desde un punto de vista jurídico y no simplemente de las leyes causales de la naturaleza, se debe entender como fruto de la actividad lícita del Estado; y, que, por consiguiente, concluya que es tarea de la administración pública, con fundamento en el principio de solidaridad interpretado dentro del contexto del Estado Social de Derecho, equilibrar nuevamente las cargas que, como fruto de su actividad, soporta en forma excesiva uno de sus asociados, alcanzando así una concreción real el principio de igualdad...

“...Esta reparación igualitaria, en cuanto responsabilidad del Estado, es reforzada en su razón de ser por la solidaridad, valor que debe animar el actuar del Estado colombiano, no sólo por su calidad de Social –y por ende redistributivo-, sino además porque el constituyente ratificó este carácter al consagrar en el Art. 1º a la solidaridad como uno de los valores fundantes del Estado, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado”.

En consecuencia, acreditado como está que la muerte del señor Fonseca Cantor fue causada por un instrumento explosivo, en momentos en que se presentaba una confrontación entre las Fuerzas del orden y un grupo de indigentes del sector de El Cartucho, en concordancia con los pronunciamientos atrás citados, la Sala encuentra que resulta irrelevante determinar la autoría del causante del daño para imputar responsabilidad al Estado, toda vez que su declaratoria en estos precisos eventos solo exige que el daño se produzca en el marco de un enfrentamiento en el que estén involucradas fuerzas estatales, aspecto que al estar suficientemente probado en el proceso, impone a la Sala la necesidad de declarar la existencia de responsabilidad estatal en cabeza de la demandada, por cuanto la obligación indemnizatoria que se deduce, proviene del imperativo de protección de la víctima en aplicación de los principios de justicia y equidad y, por cuanto para la víctima. Lo antes dicho, no resulta un razonamiento novedoso, sino que, por el contrario, proviene de vieja data. En sentencia de 7 de abril de 1994, exp 9261 ya la Sección había dicho:

“Así las cosas, la Sala concluye que no hay prueba que permita establecer quien disparó el arma que lesionó a la menor. La confusión que se presentó en el enfrentamiento donde hubo fuego cruzado, no permite saber si fue la Policía o la guerrilla la que lesionó a la menor, sin que exista la posibilidad de practicar una prueba injustamente afectada, el daño irrogado entrañó un claro rompimiento de las cargas públicas que normalmente debían soportar.

Por todo lo anterior, la Sala revocará la providencia recurrida, para, en su lugar, decretar la indemnización de perjuicios a que haya lugar de conformidad con el petitum de la demanda. Aspecto que la Sala analiza enseguida.¹⁶ (Subrayas fuera del texto)

Bajo este entendido, la fuerza pública en ejercicio de sus funciones legítimas, en un retén de la policía, debe propender por la seguridad y protección de todos los habitantes que se encuentren en las cercanías, con el fin de cumplir los principios fundantes de la carta magna, conservar intacto el procedimiento que se realiza y evitar el daño o perjuicio que se pueda causar a cualquier persona producto de esa actividad policial, en este orden de ideas, el señor Shady Mark Pomare Perry, se

¹⁶ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A. M.P. Hernán Andrade Rincón. Radicación No.25000-23-26-000-2001-00852-01 (28675).

encontraba llegando a su lugar de residencia en momento de la ocurrencia de los hechos, y al percatarse de la alteración del orden público del sector en cual el demandante reside, trato de manera conciliatoria aplacar la situación, escenario donde sucedió el acontecimiento que le causó lesiones en su ojo izquierdo que afectaron su salud física y mental.

Lo anterior, constatado por los testigos, que exponen en sus declaraciones que el actor venia de practicar baloncesto en el coliseo de San Luis, cuando de regreso a su morada se encontró con la turba, viéndose obligado a conciliar con los agentes de policía, para llegar a la tranquilidad de la comunidad, en ese momento es donde el objeto contundente impacta en su humanidad, ocasionando todas las lesiones mencionadas en precedencia. Desvirtuando con lo anterior el primer cargo de la alzada.

Por otro lado, dentro del título de imputación que aquí se analiza que es daño especial, el aspecto que cobra importancia es el daño que sufrió la víctima producto del despliegue de una actividad legítima del ente estatal, restando importancia al sujeto que materializó la conducta, puesto que lo que realmente es relevante es el daño antijurídico que sufrió el señor Shady Mark Pomare Perry dentro de un operativo legítimo de la Policía Nacional, en ejercicio de sus funciones legales y el normal desarrollo de sus actividades policiales, causando como consecuencia un detrimento físico al actor, la cual no se encontraba en la obligación de soportar, causando con esto una ruptura a la igualdad de las cargas públicas elemento esencial frente al título de imputación que aquí se analiza.

De la equivocada clasificación del daño. Inexistencia de un daño antijurídico.

Señala el recurrente que, *“según la tesis de falla en el servicio, planteada por el operador judicial primario, que con hechos probados como lo son las lesiones sufridas por el señor **Shady Mark Pomare Perry**, de acuerdo a la historia clínica y el informe pericial del médico particular aportadas con escrito de la demanda. de otra parte, en la etapa probatoria se escucharon en testimonios los señores Kelsy Carolina Mendoza Gordon, Katia Alidka Alvarez Gordon, Ana patricia Pusey Mc’Laughlin y Anthony Felipe Newball Carabali, quienes presuntamente manifestaron haber presentado los hechos de desorden público que protagonizaban*

los habitantes del sector de Soun Bay vía San Luis por la presencia de los uniformados de la Policía Nacional, quienes fueron agredidos con elementos contundentes que aquella población civil encontraba a su paso el 30 de noviembre de 2017”.

“Ahora bien, con relación a los deberes normativos a cargo del Estado, nuestra Constitución Política - artículo 2º, define dentro de los fines esenciales del Estado el asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, para lo cual se instituyeron las autoridades públicas, con el propósito fundamental de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, postulado que, en relación con la Policía Nacional fue desarrollado mediante el artículo 218 superior, al contemplarla como “un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”

En este sentido, tenemos que el servicio de policía, es un servicio público a cargo del Estado encaminado a mantener y garantizar el orden público interno de la Nación y la convivencia pacífica, entre otros. Este servicio lo presta el Estado en forma permanente, exclusiva, obligatoria, directa, indelegable, inmediata e indeclinable, con el propósito esencial de procurar el desarrollo de la vida en comunidad, cuyo ejercicio se encuentra limitado en la observancia de la primacía de los derechos inalienables de las personas y los principios contenidos en la Constitución Política, las leyes y en la finalidad específica que su prestación persigue.”(Subraya fuera del texto)¹⁷

Se aclara que si bien no se sabe con precisión quien es el autor material del daño que le fue causado, ello no constituye eximente de responsabilidad de la entidad demandada, quien debía cumplir con su deber de protección a los ciudadanos. En otras palabras, la Policía Nacional como ente protector de la sociedad civil, debe velar por la seguridad en todo momento, más aún en las actividades en las cuales ejerce sus funciones legítimas, pero que pueda colocar en riesgo la seguridad de personal civil, esto es una especial y anormal situación en la que se cause un daño antijurídico a un tercero ajeno a la diligencia que se realiza, que no se encontraba en el deber jurídico de soportar y que atenta contra la igualdad frente las cargas públicas. Aquí lo que cobra importancia es que fue realizado en el transcurso de una actividad legítima de un ente estatal como lo es la Policía Nacional, que afectó al hoy demandante, causándole la pérdida de la visión en su ojo izquierdo, lesiones que no debía soportar.

¹⁷ Sentencia 2000-02207 de febrero 25 de 2016. Consejo de Estado Sección Tercera – Subsección c. sal de lo Contencioso Administrativo. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación No.76001-23-31-000-2000-02207 01 (36.343).

Frente a lo anterior, considera la Sala que la conducta desplegada por la autoridad, constituye un daño a la salud, en el sentido de que, se le ocasionó una lesión en el globo ocular izquierdo con pérdida de la visión, pese a que la alzada afirma una existencia previa parcial de dicho daño, no menos cierto es que la entidad pública agrava la condición de vida de actor, sin que ello signifique el cambio del cuadro de permanente de la lesión sufrida en la salud, frente a ello, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“(…) “daño a la salud” -esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica –ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez que reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49) para determinar una indemnización por este aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos. (...) Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como ahora lo hace la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos que han sido reconocidos en diversas latitudes, como por ejemplo la alteración de las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a principios constitucionales de igualdad.”¹⁸

Al respecto, al realizar una valoración conjunta de las pruebas aportadas en el libelo demandatorio y de las consideraciones del A quo, se evidencia que, en la historia clínica del actor, se le brindó atención médica hospitalaria por parte del el Hospital Departamental de esta ínsula, de la cual se extrae lo siguiente:

Siendo las 18:46:22, del día 30 de noviembre de 2017, ingresó al área de urgencias del Hospital Departamental Clarence Lynd Newball Memorial Hospital el señor Shady Mark Pomare Perry, con

“paciente quien es traído en compañía de familiares y personal de la policía por cuadro de aproximadamente de 20 minutos de evolución consistente en trauma con objeto contundente (piedra) en región supraorbitaria, con posterior dolor y pérdida

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 14 de septiembre 2011, exp. 19031 y 38222, M.P. Enrique Gil Botero.

SIGCMA

de la agudeza visual en ojo izquierdo por lo que consulta a urgencias. (...) se observa herida aproximadamente de 3cm de diámetro en región supraciliar izquierda a exoftalmos izquierdo perdida de la agudeza visual ipsilateral¹⁹

Aunado a lo anterior, en el informe clínico de la consulta externa por oftalmología de fecha 01 de diciembre de 2017, el Centro Oftalmológico Lynd Newball S.A.S., señala:

“traumatismo del ojo y de la órbita. Se observa el ojo bajo anestesia general y según hallazgos se intentará suturar estructuras para preservación anatómica. Se explica al paciente y familiares que el pronóstico visual es muy malo y si hay recuperación visual nunca será como el del otro ojo. Puede necesitar una o más cirugías²⁰”. (...)

Y finalmente, el informe pericial realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal Y Ciencias Forenses, Unidad Básica de esta localidad, el día 22 de febrero de 2018, señala:

“SECUELAS MÉDICO LEGALES: *deformidad física que afecta el rostro de carácter por definir; Perturbación funcional de órgano de la visión; Perturbación psíquica de carácter por definir; para determinar el carácter de la Secuela Médico Legal, se requiere una nueva valoración en 2 meses (60 días)²¹”*

Lo anterior indica, que, de los informes transcritos, se expone un carácter de permanente de la lesión ocasionada al actor están por definir, pues actualmente el mismo no ha realizado tratamiento alguno que permita la posibilidad de variación de dicha lesión, información que se desprende del material probatorio allegado, como quiera que, no se vislumbra informe médico legal de segunda valoración.

Ahora bien, finalmente, frente al deber de indemnizar el daño antijurídico ocasionado en la salud de una persona por consecuencia del desequilibrio de las cargas públicas el Honorable Consejo de Estado Sección Tercera Subsección C en sentencia del 28 de enero de 2015 C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa, argumentó:

“En relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que “ha de corresponder al

¹⁹ Folio 66 del cuaderno principal digitalizado.

²⁰ Folio 78 del cuaderno principal digitalizado.

²¹ Folio 258 del cuaderno principal digitalizado.

juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario” En este sentido se ha señalado que “en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico”. Ahora bien, a pesar de que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”, no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”.

Teniendo en cuenta el aparte transcrito, infiere que no se puede poner una carga a una persona que no está en la obligación de soportar quedando con todo lo anterior desvirtuado el segundo cargo.

De la equivocada imputabilidad del daño hecha a la entidad demandada

Insiste el recurrente que el A-quo esboza para imponer sentencia a la Policía Nacional el siguiente párrafo:

*“si bien el libro de anotación de la población de la Estación de Policía de San Andrés Islas, Edificio Siete Mares, para el día 30 de noviembre de 2017, no se registró anotación de la situación acaecida con el señor Shady Mark Pomare Perry, este ingresó a las instalaciones del Hospital Departamental Clarence Lynd Newball Memorial Hospital de la isla de San Andrés...
(...)”*

A su sentir, el apoderado judicial de la entidad demandada, el escrito antes mencionado no es justificación para la imputabilidad del daño, no es una prueba contundente que no se haya relacionado, al hoy demandante en la anotación realizada en el libro de la Población de la Estación de Policía del Archipiélago, como quiera que, el hecho de dejar constancia de las lesiones ocasionadas al patrullero Aidel Cabarcas Rincón y el daño al vehículo institucional, no conlleva a condenar a

la Policía Nacional y establecer una responsabilidad del daño causado a la humanidad del hoy demandante.

Sin embargo, en párrafos anteriores ya se ha referido a estos puntos y aclarando la responsabilidad de la Policía Nacional en la protección y el cuidado de todos los que se encontraban cerca del suceso incluyendo quienes lo protagonizaban.

Teniendo en cuenta lo anterior, observa la Sala que no es necesario entrar en una constante repetición y aclaración de algo que ya se ha explicado, demostrado y justificado no solo conforme a las pruebas aportadas en el libelo sino jurisprudencial y doctrinalmente, entendiéndose resuelto este punto de la alzada.

No obstante, El Honorable Consejo de Estado, en otro aparte la sentencia mencionada en párrafos anteriores, frente a este punto de la alzada, ha sostenido lo siguiente:

“...De igual manera, en sentencia de 8 de agosto de 2002, con ponencia del Magistrado Ricardo Hoyos Duque, se afirmó:

“En síntesis, son imputables al Estado los daños sufridos por las víctimas cuando éstos excedan los sacrificios que se imponen a todas las personas y en su causación interviene una actividad estatal.

“En este régimen el hecho del tercero exonerará de responsabilidad a la administración sólo cuando sea causa exclusiva del daño, es decir, cuando éste se produzca sin ninguna relación con la actividad administrativa. Pero no la exonerará cuando el daño se cause en razón de la defensa del Estado ante el hecho del tercero, porque si bien esa defensa es legítima, el daño sufrido por las víctimas ajenas a esa confrontación es antijurídico, en cuanto éstas no tenían el deber jurídico de soportar cargas superiores a las que se imponen a todos los demás asociados.

“Y todo esto sin importar quién sea el autor material del daño que se cause durante la confrontación, es decir, si durante un enfrentamiento armado entre agentes estatales y un grupo al margen de la ley, por ejemplo, se causa una lesión a un particular ajeno a esa confrontación, para efectos de establecer la responsabilidad del Estado no es necesario que la lesión haya sido causada por uno de sus agentes”...”²²

- CASO CONCRETO

²²Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A. M.P. Hernán Andrade Rincón. Radicación No.25000-23-26-000-2001-00852-01 (28675).

Al descender al sub examine, encuentra la Sala que el A quo accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda declarando patrimonialmente responsable a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, al considerar que el daño alegado y acreditado consistentes en las lesiones padecidas al señor Pomare Perry, fueron ocasionadas por el actuar arbitrario de miembros de la Policía Nacional, dado que, analizadas las pruebas bajo sana crítica se demostró la afectación antes señalada en la humanidad del demandante.

Ahora bien, la Sala evidencia que el día de los hechos, miembros de la Policía Nacional en ejerció de sus funciones, instalaron operativo en la vía de San Luis Sector de Sound Bay con la finalidad de restablecer el orden público y al momento de transitar los vehículos los uniformados solicitaban el alto situación que no era de agrado de la comunidad del sector y esto generó alteración de en la comunidad.

Análisis Probatorio y Hechos Probados

Del acervo probatorio se colige que, en la tarde del 30 de noviembre de 2017, se llevó a cabo una protesta por parte de la comunidad en contra del actuar arbitrario de los uniformados de la Policía Nacional del archipiélago, ocasionando alteración del orden público.

De la historia clínica del hoy demandante, se desprende que las lesiones causadas a su humanidad fueron ocurridas con ocasión al enfrentamiento entre personal civil y uniformados de la Policía Nacional, ingresando al hospital departamental el día de los hechos a las 18:46:22, con herida aproximadamente de 3 cm de diámetro en la región supraciliar izquierda a exoftalmos izquierdo con pérdida de la agudeza visual.

De la valoración de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional, realizada por el doctor Eduardo Pernet Leiva, se desprende que el demandante presenta pérdida de capacidad laboral del 39.40% a fecha de 23 de octubre de 2019.

Del libro de anotaciones de población de la Estación de Policía de esta localidad, en la página 270, se observa la anotación registrada de la situación presentada en

SIGCMA

el sector de San Luis a la altura de la Tienda Cachaco, donde la comunidad estaba afectando el paso de un vehículo de uso de la Policía, indicando que se presentó un enfrentamiento entre los uniformados y la población del sector.

Ahora bien, los elementos probatorios que pueden valorarse en el proceso referente a la forma en que sucedieron los hechos, se suscribieron la prueba testimonial recaudada a petición de la parte actora, según la cual varios de los declarantes afirmaron que el daño causado a la humanidad del Señor Shady Mark Pomare Perry ocurrió en el sector de Sound Bay vía San Luis en una confrontación entre la comunidad y el personal uniformado. A continuación, las declaraciones en sus acápite más importantes:

Declaración de la Kelsy Carolina Mendoza Gordon, identificada con cedula de la ciudadanía No. 1.123.626.924, en breve resumen, los siguiente:

*“(...) todo empezó el 30 de noviembre del año 2017, era como tipo 5:30 de la tarde, estábamos en el festejo que hacen todos los años de carnavales de San Andrés y como estaba toda la gente dispersa en la orilla de la calle, pasaban las motos, yo estaba en la casa de mi vecina mirando el desorden de afuera, cuando en un momento dado vemos que vienen unos motorizados policías, **vienen del sur persiguiendo a dos muchas en una moto**, los muchachos se meten por detrás de las casas y en el patio de donde vivo yo y los policías comienzan a llamar a sus compañeros, cuando nos dimos cuentas ya habían llegado un montón de policías, no sabíamos a donde se habían metido los dos muchachos **pero los dos motorizados se metieron dentro de las casas tirando piedras**, mirando para ver donde habían cogido pero no los habían visto, en vista de que no los encontraron, se dirigieron a la calle donde estaban sus otros compañeros, eran 25 o 30 más o menos, ellos llegaron en forma violenta con los bolillos en la mano como dispuestos a pelear, luego unos de los muchachos hablar con ellos y lo que hacen es que lo empujan, entonces ahí es donde todos los policías se lanzan encima del muchacho y ahí es donde empieza toda la trifulca. (...) 13:49 a 15:45*

*(...) como media hora después es que llega Shady y los policías están de pie estacionados y no están haciendo nada, Shady llega a la casa deja el bolso y el balón y vuelve a salir, y es cuando empiezan de nuevo a tirar las botellas, cuando yo me asomo veo la mano del policía dentro del grupo donde están, no fue uno de los de adelante, fue uno de los que estaba atrás, alzó la mano y tiro la piedra, fue una piedra no una botella **y en ese momento fue que todo el mundo empezó a***

gritar le pegaron a Shady... y en ese momento ahí si todo el mundo se alboroto y era todo el mundo contra todo el mundo. (...) 16:35 a 17:44

La Sala referente a esta prueba considera que la declaración de la señora Kelsy Carolina Mendoza Gordon debe ser valorada y tenida en cuenta conforme a la regla de la sana crítica, ya que es el método elegido entre la prueba legal y la libre convicción, en el cual el juzgador aprecia los elementos probatorios conforme a las reglas de la lógica y la experiencia, esta precisión se realiza teniendo en cuenta que la declarante es cuñada del afectado directo y compañera permanente de unos de los demandantes, lo que da lugar a inferir que pueda tener interés en las resultas del proceso.

Declaración de Katia Alidka Álvarez Gordon, identificada con cedula de la ciudadanía No. 1.123.621.273, en breve resumen, los siguiente:

*“yo estaba en la parte de atrás con los niños, cuando de repente **veo que Shady viene corriendo para atrás con la mano en la cara y vienen unos policías más atrás correteándolo, entonces tocó correr con todos los niños a escondernos, yo era la única que estaba entre ellos, que paso a fuera en la calle, la verdad no te puedo decir, pero si te puedo decir que** me toco correr con todos ellos porque hasta una ventana partieron en la parte de atrás”. (...) 1:07: 21 a 1:07:56*

De la anterior declaración la Sala analiza y concluye que la testigo tiene conocimiento de la situación general que se prestó el día de los hechos, pero no cuenta con la certeza del suceso específico que es materia de Litis en el presente proceso, pues la misma no pudo indicar con exactitud cómo resulto herido el hoy demandante o quienes provocaron dichas heridas, pues solo vio que el señor Shady Mark Pomare venía corriendo y estaba herido.

Declaración a min 1:16:08 – 1:29:15 de la Señora Ana Patricia Pusey Mc’Laughlin, identificada con cedula de la ciudadanía No. 40.988.380 en breve resumen, los siguiente:

PREGUNTADO: ¿puede informar los pormenores? CONTESTÓ: el 30 de noviembre normalmente se hace las fiestas de san Andrés porque es el cumpleaños de la islas, normalmente se sale a festejar y se está en agasajos, en fiesta en desorden, en todo eso, y ocurren unos hechos que vienen unos

*policías motorizados persiguiendo a dos muchachos en dos motos y comienza un altercado entre los policías y los muchachos que venían persiguiendo en la moto, de una manera muy violenta intentan contra los muchachos dándoles bolillazo, **entonces sale la comunidad a preguntarle el motivo por el cual están golpeando a estos muchachos, y ocurre entonces que empieza un enfrentamiento entre la comunidad y los policías***

*PREGUNTADO: ¿dentro de esos miembros de la comunidad que inicio esta situación con la policía estaba el señor Shady mark Pomare Perry? CONTESTÓ: **él estaba entrenando basquetbol porque él estaba estudiando por fuera y luego para esa fecha, tenía que seguir en su rutina, al llegar ya estaba la situación un poco y él es uno de los que sale precisamente a preguntarle a los policías el motivo por el cual están tratando así a los muchachos, quiso intervenir para menguar y hacer paz, su atropellado, ultrajado y burlado en su persona.***

*PREGUNTADO: ¿Qué le ocurrió al señor Shady mark, puede informarnos? CONTESTÓ: **lastimosamente este joven profesional de nuestra comunidad perdió su ojo.***

PREGUNTADO: ¿Qué ojo perdió? CONTESTÓ: no sé qué ojo perdió, es a ver yo le digo, es el ojo izquierdo (...)

*PREGUNTADO: ¿Qué más paso ese día? **CONTESTÓ: bueno, yo lo que quisiera decir es que la policía esta llamada hacer la paz, cuando ocurrió esa situación yo llamé al comandante de policía y yo le pregunté, si ustedes** son la fuerza pública llamados hacer la paz o a persuadir o controlar una situación violenta, y vienen ustedes con violencia, a quien llamamos para poder solucionar este problema de caos que tenemos en nuestro sector, porque como autoridad ellos son los que tienen que velar que las cosas se lleven bien en la comunidad, no que vengamos a alterar la paz o a ponerle leña al fuego y en este caso y a crear esta situación en la que vemos hoy a esta familia, imagínese una mamá sin trabajo, vendiendo comida, haciendo diferentes eventos, vendiendo empanadas para poder sacar adelante a su hijo en la universidad y que dos tres años pierda toda su ilusión, pierda toda su fuerza, su trabajo, su esperanza que tenía puesta en este muchacho, o sea no estoy diciendo de que él quede pues que no pueda seguir sus estudios, pero si es una pausa que le impide seguir sus sueños (...) A mí me vulnera que la autoridad que uno confía venga e interrumpe la paz de toda la comunidad*

PREGUNTADO: ¿usted ha dicho que se encontraba ese día presente, a que distancia se encontraba? CONTESTÓ: bueno mi casa esta, en la tienda esta bueno nos separa es la calle, la principal, diagonal.

*PREGUNTADO: ¿y usted estuvo en el momento preciso, vio? CONTESTÓ: yo no vi exactamente quien esa parte como específica, **pero si vi que era un enfrentamiento entre los policías que estaban de este lado y los muchachos que estaban del otro lado de la calle,** precisamente cuando llegaron al frente de mi casa, diagonal a la tienda donde ocurrieron los hechos, debajo de ese palo de almendra, identifique a una **de las señoras policías que estaban ahí, que hicimos varios trabajos comunitarios con ellas, y yo le decía dile a esos policías que dejen de tirar ellos son la autoridad,** o sea uno no puede pelear solos, si ellos se van se montan en sus motos y sus camionetas y se van, pues se acaba la pelea, pero se paran ahí a tirarles ráfagas,*

botellas, palos, piedras a los muchachos, a devolverles todo, o sea, se vuelve un confrontamiento en el que yo digo es como estar peleando uno con el papá.

PREGUNTADO: ¿es decir usted sabe con qué se afectó el ojo del señor Shady mark? CONTESTÓ: no, él dice que fue con una piedra

PREGUNTADO: ¿pero usted no tiene conocimiento exacto con qué? CONTESTÓ: no, no tengo conocimiento exacto, porque además de piedras y botellas que ellos se devolvían, tan bien tenían unas ráfagas que soltaban unas de bolas de no sé qué era eso, tenían varios artefactos que ellos utilizan como fuerza pública.

Declaración a min 1:34:26 – 1:42:50 del Señor Antonio Felipe Newball Caraballi, identificado con cedula de la ciudadanía No. 1.123.628.183 en breve resumen, los siguiente:

PREGUNTADO: ¿Qué le paso? CONTESTÓ: lo que paso fue en el 2017 en mes noviembre el 30, a partir de las 5 a 6 de la tarde, anteriormente **estábamos yo y Shady, sabes que en diciembre hay un campeonato de baloncesto, fuimos a entrenar,** como es tiempo de carnaval, usted sabe cómo es la cuestión del carnaval, comenzó la cuestión policial, ellos llamaron refuerzos, unos muchachos iban pasando y los policías se metieron en la mitad y querían agredir a los muchachos, entonces como nosotros estábamos en una tienda al frente de toda la carretera donde estaba Shady parado, había un poste y un palo de almendras que está en el sector, estábamos allí, entonces como nosotros vimos la cuestión de los policías, nos acercamos allá para que no pasara a mayores porque habían muchos niños en la calle, entonces la comunidad salió para que no fuera a mayores, pero la policía estaba muy agresivos, entonces **Shady estaba hablando con uno de los comandantes para que se calmara la cuestión,** más o menos se calmó un poquito, entonces la discusión se alteró otra vez y los muchachos salieron a bloquear la vía, entonces los policías estaba del otro lado y estaban impidiendo que los muchachos bloquearan la carretera, entonces estábamos allí y la cuestión comenzó otra vez más grande, **al momento que yo cogí la moto para movernos vi que tiraron una piedra de allá de donde estaban los policías, entonces yo mire para ver si estaba Shady, Shady salió corriendo yo cogí para el norte y el para el sur,** entonces yo no sabía que el golpe de él era tan grave hasta al momento que lo van a llevar al hospital, entonces yo tuve que esconderme, casi me pegan gracias a Dios la moto no me la dañaron, pero era un día muy agresivo.

PREGUNTADO: ¿usted vio quien impacto al señor Shady y en qué lugar lo impacto? CONTESTÓ: **entre la casa de Salomón y la señora Ana, le pagaron en el ojo izquierdo, uno vimos los policías que estaban invadiendo y tiraron la piedra de allá,** y lo golpearon, yo no puedo decirte quien fue, cuál de los policías fue, porque los manes tienen su casco, su monja puesta y como la agresión que estaban, yo no te puedo identificar quien de los policías es. (...)

SIGCMA

De los dos testimonios anteriores resumidos podemos inferir que tienen pleno conocimiento de los hechos ocurridos, mereciendo estos total credibilidad su dicho en el sentido que hubo manifestaciones violentas tanto del cuerpo policial como de la comunidad que en un momento lanzaban objetos contundentes a los policías quienes tomaron algunos de tales objetos y los devolvieron entre ellos y un objeto contundente termino impactando el ojo del señor Shady Mark Pomare hasta el punto de perder la visión del lado izquierdo.

Ahora bien, en contraste con la visión de los hechos reflejada por los testigos, se tiene que en el cuaderno de anotaciones de Población de la Estación de Policía de San Andrés, no hay anotación alguna de los hechos ocurridos con el hoy demandante, lo cual demuestra el actuar equivocó del personal uniformados, al no dejar con claridad reporte de todo lo sucedido el día 30 de noviembre de 2017 en la vía San Luis sector Sound Bay de esta localidad.

La Sala encuentra probado el daño alegado, consistente en las lesiones físicas padecidas por el señor Shady Mark Pomare Perry, en hechos ocurridos el 30 de noviembre de 2017 en la isla de San Andrés, sin que la entidad demandada se opusiera a tal hecho, tal cual se observó en historia clínica del actor, en informe de medicina legal y en el informe de pérdida de capacidad laboral en cual se determinó una pérdida del 39,40%.

Ahora bien, en relación con la imputación jurídica del daño, debe decirse que la Sala Plena de la Sección Tercera en Sentencia de 19 de abril de 2012 unifico su posición para señalar que, al no existir consagración constitucional de ningún régimen de responsabilidad en especial, corresponde al juez encontrar los fundamentos jurídicos de sus fallos, por lo que los títulos de imputación hacen parte de los elementos argumentativos de la motivación de la sentencia. En este sentido se expuso:

“A lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejo en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de

SIGCMA

diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos en consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a las determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado²³.”

El sistema de responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano en sede judicial tradicionalmente ha consultado un régimen subjetivo, el de falla en el servicio, evento en el cual, además de la demostración de la existencia de un daño, se exige para su imputación que ese menoscabo haya sido causado por acción u omisión predicable de las entidades estatales y que dicha conducta resulte anómala o desconocedora del ordenamiento jurídico.

No obstante lo anterior, paralelamente a dicho régimen, la Sección Tercera del Consejo de Estado también ha aceptado la posibilidad de condenar patrimonialmente al Estado bajo enfoques objetivos, como es el caso de los que se derivan del riesgo excepcional o de la noción de daño especial, en los cuales el estudio no se centra en la naturaleza de la conducta estatal, la cual en muchas ocasiones se muestra acorde a derecho, sino que comporta el análisis en torno a precisar si el daño sufrido por el actor se muestra como un desequilibrio injustificado en las cargas públicas que deben soportar normalmente las personas por el hecho de vivir en sociedad.

En la teoría del riesgo excepcional, el factor de imputación recae sobre el riesgo grave y anormal al que el Estado expone a los administrados, que trae como consecuencia una ruptura del equilibrio en el reparto de las cargas públicas, circunstancia que compromete la responsabilidad del Estado. En virtud de ese título de imputación, el demandante tiene la obligación de probar la ocurrencia del daño,

²³ Consejo de Estado Sala Plena Sección Tercera. M.P. Hernán Andrade Rincón. No. de expediente: 21.512

así como que éste provino de la concreción del riesgo al que fue expuesto, para que establecidas esas premisas, se pueda deducir la responsabilidad patrimonial del Estado, sin entrar a analizar la licitud de la conducta del Estado que, para el efecto, resulta irrelevante.

El otro título de imputación de stirpe 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.

Según se expuso en la demanda, la lesión causada en la humanidad del señor Shady Mark Pomare Perry se habría producido como consecuencia de la falla en el servicio, en la cual habría incurrido la entidad demandada, al haber realizado un operativo o persecución de dos motorizados en una zona pública con la comunidad expuesta, como quiera que, el día de los hechos era la celebración del cumpleaños de San Andrés Islas, para lo cual los nativos y pobladores de la vía San Luis celebran con música y cocinan en la calle, lo cual indica que la comunidad estaba expuesta a cualquier riesgo y que era menester de las autoridades de policía tomar medidas de precaución necesarias para los transeúntes.

Es de anotarse, que la fuerza pública debe estar capacitada para el actuar en operativos oficiales y resolver satisfactoriamente situaciones como la que se presentó en este evento; resaltando que los miembros de la policía en ese momento eran garantes de los derechos fundamentales y la seguridad de la población del sector de Sound Bay vía San Luis, por lo tanto aun cuando la Policía Nacional se encontraban en un operativo legítimo y dentro del marco normativo en aras del restablecimiento del orden y el espacio público se produjo un daño a un particular que se encontraba fuera de los límites de soportabilidad y el comportamiento de la entidad fue la causa del daño grave y desproporción que sufrió el particular, situación que se vislumbra en el presente proceso.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, valoradas las pruebas testimoniales y documentales pertinentes allegadas al proceso, considera esta Judicatura que la alzada propuesta por la entidad demandada no está llamada a prosperar, por lo

Expediente: 88-001-33-33-001-2018-00045-01
Demandante: Shady Mark Pomare Perry y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa, Policía Nacional.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

tanto, se confirmará el fallo del 19 de diciembre de 2019, proferido por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de esta ínsula.

- CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

La Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia a la parte vencida, habida cuenta de que no se probó haber sido causadas.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, SALA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

SEGUNDO: No hay lugar a condena en costas.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ

Expediente: 88-001-33-33-001-2018-00045-01
Demandante: Shady Mark Pomare Perry y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa, Policía Nacional.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA
SALVAMENTO DE VOTO

NOEMI CARREÑO CORPUS
ACLARACION DE VOTO

Código: FCA-SAI-06

Versión: 01

Fecha: 14/08/2018

Firmado Por:

Jesus Guillermo Guerrero Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 001 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Noemi Carreño Corpus
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 003 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Firma Con Aclaración De Voto

Jose Maria Mow Herrera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 002 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Firma Con Salvamento De Voto

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

7f486f2464212b221df7e4886945b4fa67cf84a286e4b477cd705820fce00ece

Documento generado en 13/08/2021 04:23:16 PM