



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

SIGCMA

San Andrés Isla, dos (02) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Sentencia No.119

Medio de Control	Reparación Directa
Radicado	41-001-33-31-003-2006-00010-01
Demandante	Jorge Martínez Palomino
Demandado	Nación – Min Defensa – Ejército Nacional – Policía Nacional
Magistrado Ponente	Jesús Guillermo Guerrero González

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procedente del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, en desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en el artículo 3º del Acuerdo No. PCSJA19-11276 del 17 de mayo de 2019, prorrogado mediante el artículo 2º del Acuerdo PCSJA19-11444 del 14 de noviembre de 2019 y el Acuerdo PCSJA20-11507 del 21 de febrero de 2020, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura, se encuentra el proceso de la referencia en estado de dictar sentencia, a lo cual procede la Sala de Decisión de esta Corporación.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el extremo activo, contra la sentencia No. 112 del 29 de agosto del 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva - Huila,¹ dentro del proceso iniciado por el señor Jorge Martínez Palomino en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional., mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“FALLA

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito “Hecho de un tercero” propuesto por la Nación – Ministerio de Defensa y “falta de legitimación en la causa”, propuestas por las demandadas Nación – Ministerio del Interior y la Justicia y Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, en atención a lo expuesto en la parte considerativa.

¹ Folios 802 a 818 del cuaderno principal No.5

SEGUNDO: DECLARAR probada de oficio la causal de exoneración de la responsabilidad **hecho de un tercero**, de conformidad con las anteriores consideraciones.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con las anteriores consideraciones.

CUARTO: NO condenar en costas a la parte demandante por no aparecer causadas.

QUINTO: RECONOCER personería adjetiva al profesional del derecho JORGE EDUARDO SANTOS ZUÑIGA, identificado con cédula de ciudadanía número 1.075.244.7390 y T.P. No. 199.488 del C.S. de la J. para actuar como apoderado de la demandada Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, en los términos y para los fines del memorial poder y sus anexos obrantes a folios 747 a 756.

SEXTO: RECONOCER personería adjetiva a la profesional del derecho DIANA LORENA PATIÑO TOVAR, identificada con cédula de ciudadanía número 26.586.402 y T.P. No. 180.232 del C.S. de la J. para actuar como apoderada de la demandada Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional. En los términos y para los fines del memorial poder y sus anexos obrantes a folios 779 a 789.

SÉPTIMO: Una vez en firme este fallo judicial, devuélvase el remanente de la suma depositada para gastos del proceso, si a ello hubiere lugar, dejándose las correspondientes constancias y archívese el expediente”.

II. ANTECEDENTES

- LA DEMANDA

El señor Jorge Martínez, instauró demanda en ejercicio de la acción de Reparación Directa en contra La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Ministerio del Interior y Justicia - Ejército Nacional, con el objeto de que se accedieran a las siguientes declaraciones:

- PRETENSIONES

- 1) Declárese a a LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL – MINISTERIO DE INTERIOR Y JUSTICIA responsable de la lesión sufrida por JORGE MARTINEZ PALOMINO el 19 de agosto de 2004 por falla

en el servicio por falta de medidas d protección de la vida e integridad personal del demandante al ser conforme a los hechos de esta demanda.

1A) PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRIMERA. De considerarse por el Juzgado inexistente falla en el servicio, declárese a LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL – MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA responsable de la lesión sufrida por demandante el 19 de agosto de 2004 conforme a los hechos de esta demanda con fundamento en el riesgo-creado al que sometió al señor JORGE MARTINEZ PALOMINO como consecuencia de su cargo de Concejal.

2) *Condénese a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL – MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA pagar los perjuicios materiales causados a JORGE MARTINEZ PALOMINO.*

3) *Condénese a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL – MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA a pagar los perjuicios morales por el demandante JORGE MARTINEZ PALOMINO.*

Condénese a la

4) *Condénese a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL – MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA a pagar el perjuicio fisiológico sufrido por JOSE ALEXANDER RIVERA SILVESTRE.*

5) *Condénese en costas a la demandada.*

- HECHOS

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

Refiere la apodera judicial de la parte actora que, para la fecha de los hechos el señor Jorge Martínez Palomino era concejal del municipio de Gigante – Huila, es decir desde el 1 de enero de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2007.

Relata que desde el año 2003, los concejales del Departamento del Huila, en especial los del municipio del Gigante han sido víctimas de las amenazas por parte de los grupos al margen de la ley.

Manifiesta que el día 19 de agosto del 2004, mientras el señor Jorge Martínez Palomino se encontraba en su residencia ubicada en la calle 5 No. 3 – 28 del municipio de Gigante – Huila y siendo las 7:15 p.m. aproximadamente, fue sorprendido por un desconocido que le disparó en varias oportunidades, causándole un impacto de bala en la pierna derecha.

SIGCMA

Expresa que fue atendido por sus vecinos y conducido al Hospital municipal, debido a la urgencia de la patología que presentaba en ese momento. Posteriormente, inició tratamiento médico con la Eps Saludcoop, entidad prestadora del servicio de salud que finalmente dictaminó que el accionante presentaba una pérdida de la capacidad laboral del 18%, como consecuencia de una lesión sufrida el 19 de agosto del 2004, secuela de la acción de un arma de fuego, presentando una neuropatía del ciático poplíteo externo derecho, síndrome regional doloroso en pie derecho, pie caído derecho secundario.

Indica que como consecuencia de las acciones de los grupos al margen de la ley de los cuales fue víctima, el actor tuvo que desplazar su domicilio familiar al municipio de Garzón – Huila, dejando así la residencia familiar en la cual, la señora Rosalía Buendía Rodríguez, cónyuge del actor tenía una tienda de la que derivaba sus ingresos, que contribuían con la economía familiar; sumado a que debió asumir nuevos gastos económicos para el pago de arrendamiento y manutención, así como las afectaciones sociales y morales que se derivaron del atentado sufrido, y el pago de los servicios de transporte para poder asistir a las sesiones del concejo municipal del Gigante – Huila.

Se afirma en el libelo que, debido a las lesiones sufridas, no pudo continuar con el normal desarrollo de su vida, y que no ha podido volver a practicar ningún deporte, enfatizando que antes de la lesión se destacaba notoriamente en el fútbol, y que con ocasión del inconveniente sufrido en su integridad el cual da origen al proceso no puede correr, dado que presenta dolor en su pierna derecha y se cansa con facilidad, inclusive no puede caminar una mediana distancia.

Finalmente, relaciona el número de integrantes de su grupo familiar el cual cuyos miembros lo integran su señora Rosalía Buendía Rodríguez y sus hijos José Alonso Martínez Buendía y Johana Martínez Buendía².

² Folios 02 al 14 del cuaderno principal No. 1.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

- Artículo 90° de la Constitución Política Colombiana.
- Artículo 86 del Código Contenciosos Administrativo.
- Artículo 2341 del Código Civil.
- Artículo 2356 del Código Civil.

- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Ministerio de Defensa Nacional³

A través de apoderado judicial de la entidad demandada recorrió el traslado de la demanda, declarando como cierto el primero de los hechos y manifestando no constarle los demás. Oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

Propone como excepción “*hecho de un tercero*”, argumentándola de la siguiente manera:

“Es una utopía pensar en el Estado perfecto, que sabe cuándo, cómo y dónde se va a presentar un ataque en su contra o, lo que es igual, en contra de alguno de los asociados. Es marcadamente idealista el ver un Estado todopoderoso que siempre elimina las agresiones y que al mismo tiempo siempre evita que los asociados reciban daño, al mismo tiempo y todas partes. Pero no es ni puede ser lejano el pensamiento de un Estado en el que todos respondamos en la medida de nuestras capacidades y deberes y asumamos la cuota de riesgo, dolor y responsabilidad en ésta injusta situación.

Quien o quienes propiciaron la lesión del señor MARTINEZ PALOMINO se encuentran al margen de la Ley; son aquellos que el Estado combate. Sería injusto señalar al Estado como responsable de tales lesiones si, por el contrario, su Fuerza Pública, se encontraba cumpliendo con el ineluctable deber de la defensa de todos los asociados, dentro de los cuales, precisamente, se encuentran las mencionadas personas lesionadas. Ese suceso es doloroso, tanto como la muerte o las lesiones de cualquier colombiano, pero estamos en un País que se desgaja y que reverdece, en nuestro País que nos da y que nos quita, y debe seguir siendo NUESTRO sin importar si sufrimos quebrantos o si estamos plenos de paz⁴”.

³ Folios 91 al 97 del cuaderno principal No.1.

⁴ Folio 96 del cuaderno principal No. 1.

Ministerio del Interior y de la Justicia⁵

Manifiesta la apoderada judicial del ente accionado, oponerse a las suplicas de la demanda, aceptando como cierto el primer hecho de la misma y expresando que los demás no le consta.

Informa sobre las medidas adoptadas por el gobierno para conjugar la situación de orden público ajeno a los entes del gobierno territorial, para lo cual se expidió el Decreto No. 1386 de fecha 05 de julio de 2002, expresando que el mismo se puso en conocimiento de los concejales y personeros del país, lo cual condujo a muchos de los servidores públicos presuntamente amenazados solicitaran protección ante la Dirección de Derechos Humanos de esa entidad, informando, que no fue diligenciado oportunamente por el accionante el citado documento.

Así mismo, el Ministerio del Interior expidió la Resolución No. 857 del 23 de julio de 2002 *“por la cual se reglamenta el programa de protección a Alcaldes, Concejales y Personeros”*, igualmente por intermedio de la Gobernación del Departamento del Huila se extendió dicha actuación administrativa a dichos funcionarios elegidos popularmente.

Resalta que, revisada la base de datos y de archivo de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia, DDH – MIJ – se encontró que el señor Jorge Martínez Palomino, solicitó la adopción de las medidas de protección después del 19 de agosto del 2004, esto es, en fecha posterior al hecho que hoy es objeto de demanda.

Expresa la apoderada judicial, que, mediante escrito de fecha del 25 de agosto del 2004, bajo radicado No. 14161 del 31 de agosto de 2004, en la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de la Justicia, solicitó ingresar al programa de protección.

Indica que el señor Jorge Martínez Palomino, tenía pleno conocimiento de las amenazas y debió acatar las recomendaciones generales que le habían señalado los organismos de seguridad del Estado, y sin embargo, hizo caso omiso de estas y no solicitó oportunamente la inscripción al programa de protección de la Dirección de los Derechos Humanos.

Anota que la decisión del actor de no acudir oportunamente al programa de protección, resultó determinante para el atentado del cual fue víctima, en razón a que con este actuar desestimó las normas de seguridad impartidas por la Policía Nacional del Departamento del Huila y en especial no acató las obligaciones que le señalaba la Resolución Ministerial No. 875 del 2002.

⁵ Folios 163 al 191 del cuaderno principal No.1.

Finalmente, propuso la excepción “la falta de legitimación en la causa por pasiva”; señalando que no es a esa cartera ministerial a quien le corresponde el control directo del orden público, ni la protección directa a personas amenazadas por la violencia y que por el contrario esta función le corresponde ejercerla al organismo de seguridad del Estado por disposición legal.

Ministerio de Defensa – Policía Nacional⁶

La apoderada judicial del ente demandado manifiesta oponerse a todas y cada una de las pretensiones solicitadas por los actores y respecto a los hechos, refiere que el hecho primero es cierto y los demás no le constan. Proponiendo la excepción de “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”.

Argumenta su medio exceptivo de la siguiente manera:

No se le puede impugnar la responsabilidad por los hechos objetos de la demanda, pues a su sentir no se trató de una falla del servicio, ya que todo se debió al accionar sorpresivo de las FARC, que su intención era dar muerte al parecer al señor Jorge Martínez Palomino, pero resultó lesionado por estas personas, cuando se encontraba en su residencia.

Manifiesta que los daños y perjuicios causados al actor no fueron consecuencia de la acción u omisión de la Policía Nacional, y al ser un acto delincuente se configura *el hecho de un tercero*. Aunado a ello, expresa que no hay prueba alguna de que la víctima haya presentado algún requerimiento a la Policía Nacional, con el objetivo de que se le prestaran servicios de seguridad y custodia, razón por la cual no se le puede endilgar responsabilidad a la entidad demandada.

Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional⁷

Manifiesta la apoderada judicial del Ejercito Nacional, que frente a los hechos no constarle y en consecuencia deberán probarse las afirmaciones en el desarrollo del proceso. Continúa su escrito, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, por carecer la demanda de apoyo en hechos concretos y prueba suficiente que demuestre la responsabilidad de entidad.

Expresa que el ente no es responsable de los hechos por los cuales se demanda, pues son atribuibles a personas ajenas a la institución. Sostiene que, el mismo actor manifiesta “no existe prueba de que el ente accionado tuvieran conocimiento de manera específica y directa de las supuestas amenazas que se cernía sobre el señor Jorge Martínez Palomino y/o su presunta situación de riesgo o vulnerabilidad”.

⁶ Folios 192 al 208 del cuaderno principal No. 2.

⁷ Folios 393 al 402 del cuaderno principal No. 2.

Continúa diciendo que, dentro de la demanda nada se dice y mucho menos se prueba idóneamente que el Ministerio de Defensa en especial el Ejército Nacional, haya recibido solicitud en forma expresa para sí o para su familia, estudio de seguridad personal, o demandado la asignación de un escolta permanente y que la entidad requerida haya hecho caso omiso de las mismas, recalcando que las actuaciones son ajenas a la competencia de las Fuerzas Militares.

- LA SENTENCIA RECURRIDA

Cumplido el trámite legal correspondiente, el Juzgado Primero Administrativo Oral de Descongestión del Circuito Judicial de Neiva, mediante sentencia proferida el 29 de agosto de 2019, declaró no probadas las excepciones de mérito “hecho de un tercero” propuesta por el Ministerio de Defensa y “falta de legitimación en la causa” propuesta por el Ministerio del Interior y la Justicia y Ministerio de Defensa – Policía Nacional. Empero a ello, declaró probada de oficio la causal de exoneración de la responsabilidad hecho de un tercero, motivo por el cual negó las pretensiones de la demanda.⁸

Ahora bien, el juez de primera instancia fundó su decisión en que en el presente caso no se evidenció que el accionante haya puesto en conocimiento de la administración, la necesidad de implementar mayores medidas de seguridad, conforme a lo dispuesto en el Decreto 1386 del 05 de julio de 2002, reglamentado por la Resolución No. 857 del 23 de la misma anualidad, con el fin de evitar la ocurrencia de hecho dañoso, porque nunca se le reclamó o solicitó, con anterioridad al ilícito, la especial protección frente a amenazas concretas de actos de terrorismo, ni se les comunicó o dio aviso o alarma de cualquier naturaleza sobre la realización en el tiempo y en el espacio de hechos criminales o amenazas contra el actor, ni se adoptaron por parte de este, las medidas de autoprotección preventivamente indicadas por las autoridades.

Por lo cual, el *A-quo* consideró que las entidades demandadas no se les podía imputar la responsabilidad por los hechos ocurridos el 19 de agosto del 2004, pues no pudo determinarse una conducta activa u omisiva, o una deficiente prestación en sus servicios que haya tenido como consecuencia las lesiones al accionante, como quiera que, para los entes accionados el daño causado les resultó inesperado y

⁸ Folios 802 al 818 del cuaderno principal No.5.

sorpresivo, ya que, se insiste, no tenían conocimiento de amenazas sobre la humanidad del señor Jorge Martínez Palomino en calidad de concejal del municipio del Gigante – Huila, y siendo precisamente en ese conocimiento en donde se recalca la posición de garante asumida por el Estado.

De lo anterior, concluyó el Juzgado Primero Administrativo Oral de Descongestión del Circuito Judicial de Neiva que, con fundamento en las pruebas allegadas, si bien se demostró el daño el mismo no se derivó de la omisión de las entidades demandadas en calidad de garantes.

- RECURSO DE APELACIÓN

Demandantes⁹

Al sustentar el recurso de alzada, la apoderada judicial de la parte demandante, ejerció oposición integral a la sentencia fechada 29 de agosto de 2019, proferida por Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, que negó las pretensiones de la demanda. Considera la defensa que la primera instancia delimitó el estudio bajo la óptica de la aplicación del régimen de la responsabilidad de la falla del servicio.

Respecto a la falla en servicio, la misma manifiesta que se encuentra acreditada, mediante el acervo probatorio allegado al proceso, y expresa que la calidad del actor para la fecha era de servidor público, como quiera que, este era concejal del municipio del Gigante – Huila, y de acuerdo con las pruebas documentales, el señor Jorge Martínez Palomino al igual que los demás concejales del municipio se encontraban en peligro y no tuvieron la protección que requerían, sumado a ello que para la época el municipio del Gigante era catalogado como zona roja, por lo cual merecían especial atención de los entes demandados, ya que a su sentir los dispositivos de seguridad no eran responsabilidad del demandante, sin que mediara solicitud alguna por la parte pasiva, quien no acreditó que contara con los mecanismos de protección necesarios de la vida y la integridad personal del concejal, por lo tanto, resalta la apoderada que se encuentra acreditada la falla en

⁹ Folio 821 al 824 del cuaderno principal No.5.

el servicio y que las medidas adoptadas por los entes demandados no fueron suficientes.

Continúa expresando que, la falta de garantías, el peligro al que se exponían los concejales del municipio del Gigante – Huila, es importante tenerlo en cuenta y que el fallador judicial no lo tuvo en cuenta. Pronuncia que su poderdante como parte del cuerpo colegiado fue sujeto pasivo de una conducta punible y fue vulnerado ante la protección del Estado Colombiano.

Finalmente, solicitud se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia y se conceda el recurso de apelación interpuesto por ella.

- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante

Guardó silencio.

Parte demandada

Guardaron silencio.

- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Guardó silencio dentro de la oportunidad procesal.

- ACTUACIÓN PROCESAL

La Demanda fue presentada ante la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Neiva el 18 de agosto de 2006 según consta a folio 14 del cuaderno principal No. 1, sometida a reparto el 22 de agosto del mismo año y finalmente admitida por el Juzgado Tercero Administrativo de Neiva el 11 de octubre de 2006 (FI 86 Cdo Principal No. 1).

El proceso fue abierto a periodo probatorio por el A-quo mediante providencia No. 089 del 2 de febrero de 2009 (FI 415 Cdo Principal No.3) y se dio paso a las alegaciones finales el 30 de junio de 2017 (Juzgado Noveno Administrativo Oral de Neiva).

El 29 de agosto del 2019, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, profirió sentencia denegatoria en el proceso iniciado por el señor Jorge Martínez Palomino y otros en contra de la Nación – Ministerios de Defensa, Ministerio de Defensa – Policía Nacional; Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y el Ministerio del Interior y la Justicia¹⁰.

Mediante Auto No. 999 de fecha de fecha 16 de octubre de 2019, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, concedió el efecto suspensivo del recurso de apelación interpuesto por el extremo activo¹¹.

El día 12 de noviembre de 2019, mediante auto interlocutorio No. 479, se resolvió la solicitud de aclaración de sentencia No. 112 fechada 29 de agosto de la misma anualidad, requerida por la apoderada judicial del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional¹².

El día 15 de septiembre del 2020, se generó acta de reparto, correspondiéndole al Honorable Magistrado Jorge Alirio Cortes Soto¹³.

En informe secretarial fechado 17 de agosto de los corrientes, el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, informó sobre el expediente en físico procedente del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, en el desarrollo de la medida de descongestión establecida en el Acuerdo PCSJA21.11814 del 16 de julio de 2021, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura¹⁴.

Finalmente, en auto No. 093 de fecha 20 de agosto de 2021, el Honorable Magistrado Jesús Guillermo Guerrero González, avoco conocimiento del proceso¹⁵.

¹⁰ Folios 802 al 818 del cuaderno principal No. 5.

¹¹ Folio 826 del cuaderno principal No.5.

¹² Folios 830 al 832 del cuaderno principal No. 5.

¹³ Folio 2 del cuaderno de apelación.

¹⁴ Folio 3 del cuaderno de apelación.

¹⁵ Folio 5 del cuaderno de apelación.

III. CONSIDERACIONES

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

- COMPETENCIA

El Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos, de conformidad con el numeral 1º del artículo 133 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998 artículo 41.

Ahora bien, el Tribunal Contencioso Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina es competente, en atención a lo dispuesto en materia de descongestión en el Acuerdo No. PCSJA21-11814 del 16 de julio de 2021, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En este orden, corresponde a la Sala, decidir el recurso de apelación interpuesto por el extremo activo, contra la sentencia proferida el 29 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, por medio del cual se denegaron las pretensiones de la demanda y se declaró probada de oficio la causal de exoneración de la responsabilidad e hecho de un tercero.

- 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

El señor Jorge Martínez Palomino, a través de apoderado judicial, compareció en este asunto como demandante, en igual sentido se tiene del relato de los hechos que padeció la lesión con arma de fuego en una de sus extremidades inferiores, es decir , resulta ser la víctima directa de modo que se encuentra acreditada su legitimación de hecho en la causa procesal como también material.

Legitimación en la causa de la demandada

El demandante formuló las imputaciones contra la Nación – Ministerio de Defensa, la Nación – Ministerio del Interior y la Justicia, Ministerio de Defensa – Policía Nacional y Ministerio de Defesan – Ejército Nacional; de modo que se encuentran legitimado de hecho en la causa por pasiva, pues a ellas se les imputa el daño que el actor alega haber sufrido.

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

- PROBLEMA JURÍDICO

La Sala plantea dos problemas jurídicos, el primero radica en que, si cabe imputar fáctica y jurídicamente la responsabilidad a las entidades públicas demandadas por el daño antijurídico padecido por el señor Jorge Martínez Palomino, como consecuencia del atentado sufrido en hechos ocurridos el día 19 de agosto de 2004;

y el segundo, si de ser imputado el daño antijurídico deprecado, procede el reconocimiento y liquidación de los perjuicios a favor del actor.

- TESIS

Las Lesiones padecidas por el Sr. Martínez Palomino no resultan imputables al acción u omisión de las entidades demandadas; el hecho delictivo que materializó el daño comportó un actuar imprevisto, repentino y externo que si bien mantiene una relación con el catálogo de deberes asignado a las entidades demandadas (protección integridad personal), la particularización del hecho y con ello la génesis de la responsabilidad estatal tiene su fundamento sobre puesta en conocimiento del riesgo inminente o alta probabilidad de ocurrencia del hecho dañoso ante la autoridad respectiva, suceso que no fue probado dentro del asunto de marras y por ende hace inimputable el daño alegado por el demandante de cara a los sujetos pasivos del presente medio de control.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

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

La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado que consagra en la Carta Política colombiana de 1991 viene a reflejar, sin duda alguna, la consolidación del modelo de Estado Social de Derecho, y la superación de la idea de la irresponsabilidad de la administración pública. Se trata de afirmar los presupuestos en los que se sustenta el Estado moderno, donde la primacía no se agota al respeto de los derechos, bienes e intereses consagrados en las cartas constitucionales, sino que se desdobra de tal manera que implica, también, su reconocimiento, medidas y objeto de protección por parte de las normas de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, con lo que el ámbito de indagación de la responsabilidad se ha venido ampliando de tal manera que permita lograr un verdadero “garantismo constitucional”¹⁶.

¹⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Régimen de víctimas y responsabilidad del Estado. Una aproximación al derecho de daños desde la convencionalidad y la constitucionalidad”, Ponencia presentada en el Foro Interamericano De Derecho Administrativo, Ciudad de México, 2014.

Lo anterior no debe extrañar a nadie, ya que la responsabilidad como instituto viene a aflorar, frente al ejercicio del poder de la administración pública, “durante la denominada etapa del Estado-policía (Polizeistaat) cuando aparece el reconocimiento de ciertas especies de indemnización debidas a los particulares como consecuencia del ejercicio del poder”¹⁷. Por el contrario, cuando se llega al modelo del Estado Social de Derecho, la premisa nos lleva a la construcción de los clásicos alemanes administrativistas según la cual la administración pública ya no está llamada a “no” reprimir o limitar las libertades, sino a procurar su eficaz, efectiva y proporcional protección, de tal manera que el Estado debe obedecer al cumplimiento de obligaciones positivas con las que se logre dicha procura, de lo contrario sólo habría lugar a la existencia de los derechos, pero no a su protección.

La premisa inicial para abordar el tratamiento del régimen de responsabilidad del Estado parte de la lectura razonada del artículo 90 de la Carta Política, según la cual a la administración pública le es imputable el daño antijurídico que ocasiona. En la visión humanista del constitucionalismo contemporáneo, no hay duda que, en la construcción del régimen de responsabilidad, la posición de la víctima adquirió una renovada relevancia, sin que pueda afirmarse que con ello se llegue a concluir que desde la nueva carta constitucional el régimen se orienta hacia una responsabilidad objetiva¹⁸.

En el moderno derecho administrativo, y en la construcción de la responsabilidad extracontractual del Estado lo relevante es la “víctima” y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y de los derechos humanos. Su fundamento se encuentra en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 229 de la Carta Política, y en el ejercicio de un control de convencionalidad de las normas, que, por virtud del bloque ampliado de constitucionalidad, exige del juez contencioso observar y sustentar el juicio de responsabilidad en los instrumentos jurídicos internacionales [Tratados, Convenios, Acuerdos, etc.] de protección de los derechos humanos¹⁹ y del derecho

¹⁷ GARRIDO FALLA, Fernando. “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, en Revista de Administración Pública. No.119, mayo-agosto, 1989, p.8. “En la base de la teoría estaba la consideración de que muchas actuaciones del poder no se diferenciaban en absoluto de las que hubiese podido realizar un particular”.

¹⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Régimen de víctimas y responsabilidad del Estado. Una aproximación al derecho de daños desde la convencionalidad y la constitucionalidad”, Ponencia presentada en el Foro Interamericano De Derecho Administrativo, Ciudad de México, 2014.

¹⁹ Al analizar el caso Cabrera García y Montiel contra México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ferrer Mac-Gregor consideró: “La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales

internacional humanitario, bien sea que se encuentren incorporados por ley al ordenamiento jurídico nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de “ius cogens”.

Esta visión, en la que el ordenamiento jurídico colombiano [y su jurisprudencia contencioso administrativa] está en el camino de consolidarse, responde al respeto de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y al principio “pro homine”²⁰, que tanto se promueve en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos²¹. Cabe, por lo tanto, examinar cada uno de los elementos con base en los cuales se construye el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, fundado en el artículo 90 de la Carta Política: el daño antijurídico, y la imputación²².

que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió. A su vez, la jurisdicción internacional debe valorar la legalidad de la detención a la luz de la normatividad interna, debido a que la propia Convención Americana remite a la legislación nacional para poder examinar la convencionalidad de los actos de las autoridades nacionales, ya que el artículo 7.2 del Pacto de San José remite a las “Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas” para poder resolver sobre la legalidad de la detención como parámetro de convencionalidad. Los jueces nacionales, por otra parte, deben cumplir con los demás supuestos previstos en el propio artículo 7 para no violentar el derecho convencional a la libertad personal, debiendo atender de igual forma a la interpretación que la Corte IDH ha realizado de los supuestos previstos en dicho numeral”. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No.131, 2011, p.920. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano contra Chile argumentó: “124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párrs. 123 a 125. En tanto que en el caso Cabrera García y Montiel contra México la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 12 a 22.

²⁰ En la jurisprudencia constitucional colombiana dicho principio se entiende como aquel que “impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional. Este principio se deriva de los artículos 1º y 2º Superiores, en cuanto en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social de Derecho, y como fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como la finalidad de las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades”. Corte Constitucional, sentencia T-191 de 2009. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencias C-177 de 2001; C-148 de 2005; C-376 de 2010.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana de Derechos Humanos”, del 13 de noviembre de 1985. Serie A. No.5, párrafo 46. Principio que “impone que siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos”

²² Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”²³ de la responsabilidad del Estado²⁴ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados²⁵ y de su patrimonio²⁶, sin distinguir su condición, situación e interés²⁷. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”²⁸. Como bien se sostiene en la doctrina, la “responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad²⁹; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”³⁰.

²³ Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001. En la jurisprudencia constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

²⁵ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49. Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración. Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.308. La “responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder”.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001. “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”.

²⁷ Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie general de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

²⁸ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “*Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français*”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “*Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique*”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

²⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120. “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”.

³⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, ob., cit., pp.120-121.

De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”³¹. La constitucionalización de la responsabilidad del Estado no puede comprenderse equivocadamente como la consagración de un régimen objetivo, ni permite al juez contencioso administrativo deformar el alcance de la misma.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado³² tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública³³ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo³⁴, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012³⁵ y de 23 de agosto de 2012³⁶.

³¹ RIVERO, Jean. Derecho administrativo. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public francais”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BENOIT, Francis-Paul. “Le regime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Administratif*. Fasc. 700, 715, 716, 720, No.1178, 1954, p.1.

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

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

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

³⁵ Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515.

³⁶ Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica³⁷. en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico [que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional]. Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado³⁸ según la cláusula social así lo exigen”³⁹.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁴⁰, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la

³⁷ SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927. “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil, 7ª ed, Trotta, Madrid, 2010, p.22. “[...] El paradigma del Estado constitucional de derecho –o sea, el modelo garantista- no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la <> y la <> weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía Kelsen, únicamente de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una <>; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una <> orientada a fines, como lo sería la propia del moderno Estado social. Todos los derechos fundamentales –no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones – equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho” [subrayado fuera de texto].

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁴⁰ KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”.

atribución jurídica⁴¹. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁴².

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”⁴³. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”⁴⁴.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”⁴⁵. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad⁴⁶, donde será determinante la magnitud del riesgo⁴⁷ y su carácter

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”.

⁴² MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7. “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”.

⁴³ GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss. “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”.

⁴⁴ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁴⁵ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁴⁶ FABRA ZAMORA, Jorge, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, en BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds), La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.25 y 26. “[...] Varios factores, como el acelerado desarrollo industrial y la intervención del Estado en la economía, pusieron en jaque a diferentes nociones y conceptos de la sociedad liberal clásica, sin mencionar los cambios en el paradigma filosófico, con la consolidación de la filosofía analítica como la escuela dominante de pensamiento. El problema de la causalidad jugó un papel muy importante en espolear este tipo de visión filosófica. En particular, la obra de H.L.A. HART y ANTHONY HONORÉ sobre la causalidad desde la perspectiva de la filosofía analítica demostró que la “dogmática tradicional (principalmente ocupada de la coherencia y la explicación de la doctrina de la responsabilidad extracontractual) se había agotado así misma” [subrayado fuera de texto].

⁴⁷ FABRA ZAMORA, Jorge, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, en BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds), La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual, ob., cit., p.103. “[...] Para una teoría adecuada,

permisible o no⁴⁸. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad [no afecte a la calidad de la actividad], sí incide en el nivel de la actividad [incide en la cantidad de actividad] del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad [el nivel óptimo] y, con ello, la causación de un número menor de daños”⁴⁹.

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación [desde la perspectiva de la imputación objetiva] a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁵⁰ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁵¹ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: *“Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”*⁵².

entonces, propone conceptualizar el estándar de debido cuidado (en su concepto, el fundamento de la compensación), en términos de una imposición razonable de riesgos, en vez de una imposición racional de riesgos, de una forma que determine estándares de conducta y sea compatible con el contrato social”.

⁴⁸ JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sección Tercera, sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente 14170.

⁴⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

⁵⁰ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación”.

⁵¹ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64. “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”.

⁵² ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “[...] la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁵³. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro [situación de peligro generante del deber] y no le presta ayuda [no realización de la acción esperada]; posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano [capacidad individual de acción]. La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”⁵⁴.

rationales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. Habermas on Law and Democracy. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

⁵³ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. A lo que se agrega por el mismo precedente: “En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos

En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante⁵⁵.

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁵⁶, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse [...] que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”⁵⁷, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho⁵⁸.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que, demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios:

debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss). JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”.

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁵⁶ LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23. “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”.

⁵⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

⁵⁸ MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.308. “[...] el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”.

peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo criterio de motivación de la imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado⁵⁹, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar, en primer lugar, en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos⁶⁰, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo [probatoriamente] se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera *“en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”*⁶¹.

⁵⁹ MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.308. “[...] el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. 66 Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

⁶⁰ MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino conditio per quam de la administración”. Para Martín Rebollo: “Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.311.

⁶¹ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. “En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo⁶² que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

Además, cabe considerar la influencia que para la imputación de la responsabilidad pueda tener el principio de precaución, al exigir el estudiarla desde tres escenarios: peligro, amenaza y daño. Sin duda, el principio de precaución introduce elementos que pueden afectar en el ámbito fáctico el análisis de la causalidad (finalidad prospectiva de la causalidad⁶³), ateniendo a los criterios de la sociedad moderna donde los riesgos a los que se enfrenta el ser humano, la sociedad y que debe valorar el juez no pueden reducirse a una concepción tradicional superada.

La precaución es una acepción que viene del latín *precautio* y se compone del *prae* (antes) y la *cautio* (guarda, prudencia). En su definición, se invoca que el *“verbo precavere implica aplicar el prae al futuro –lo que está por venir-, tratándose de un ámbito desconocido pese a las leyes de la ciencia, incapaces de agotar los recursos de la experiencia humana y el verbo cavere que marca la atención y la desconfianza”*⁶⁴. Su concreción jurídica lleva a comprender a la precaución, tradicionalmente, como aquella que es *“utilizada para caracterizar ciertos actos materiales para evitar que se produzca un daño”*⁶⁵. Entendida la precaución como principio⁶⁶, esto es, como

⁶² PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.174. “En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente”. De acuerdo con Martín Rebollo “(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa». MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, no.4, 2000, p.307.

⁶³ “La finalidad prospectiva del nexo de causalidad resulta de naturaleza preventiva de la acción de responsabilidad fundada sobre el principio de precaución. El daño no existe todavía, el nexo de causalidad no se ha podido realizar, el mismo (...) se trata a la vez de prevenir el daño y al mismo tiempo evitar que tal actividad no cause tal daño. La finalidad del nexo causal es por tanto prospectiva ya que se busca que el nexo de causalidad sin permitir reparar el perjuicio si se anticipa a él (...) Opuesto a una responsabilidad reparadora que exigiría un nexo causal a posteriori, la responsabilidad preventiva exige en la actualidad un nexo causal a priori, es decir un riesgo de causalidad”. BOUTONNET, Mathilde, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, LGDJ, París, 2005, p.560.

⁶⁴ BOUTONNET, Mathilde, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, LGDJ, París, 2005, p.3.

⁶⁵ BOUTONNET, Mathilde, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, ob., cit., p.4.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald, Taking rights seriously, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p.24: “el principio es una proposición jurídica que no es necesariamente escrita y que da orientaciones generales, a las cuales el derecho positivo debe

herramienta de orientación del sistema jurídico⁶⁷ “exige tener en cuenta los riesgos que existen en ámbitos de la salud y del medio ambiente pese a la incertidumbre científica, para prevenir los daños que puedan resultar, para salvaguardar ciertos intereses esenciales ligados más a intereses colectivos que a los individuales, de manera que con este fin se ofrezca una respuesta proporcionada propia a la evitabilidad preocupada de una evaluación de riesgos (...) Si subjetivamente, el principio implica una actitud a tener frente a un riesgo, objetivamente, se dirige directamente a la prevención de ciertos daños en ciertas condiciones determinadas”⁶⁸. Luego, la precaución es un principio que implica que, ante la ausencia, o insuficiencia de datos científicos y técnicos⁶⁹, es conveniente, razonable y proporcional adoptar todas aquellas medidas que impida o limiten la realización de una situación de riesgo (expresada como amenaza inminente, irreversible e irremediable) que pueda afectar tanto intereses individuales, como colectivos (con preferencia estos).

Antes de abordar el estudio de los fundamentos de la responsabilidad y su acreditación para el caso en concreto, debe tenerse en cuenta que en esta providencia la Sala ejerce un control de convencionalidad en los siguientes términos. Aunque no se debate el daño antijurídico debe incluirse dentro del análisis como elemento indiscutible del instituto de la responsabilidad, el cual se encuentra acreditado con las pruebas aportadas y allegadas.

CASO CONCRETO

Al descender al sub examine, encuentra la Sala que el A-quo dicto fallo denegatorio al considerar que no se encontró material probatorio que demostrará la imputabilidad de los entes demandados.

conformarse. Esto implica que no se aplicará según la modalidad de “all or nothing”, sino que se limitará a dar al juez una razón que milite a favor de un tipo de solución u otro, sin pretender tener la apariencia de una norma vinculante”

⁶⁷ SADELEER, Nicolás, “Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución”, en GARCÍA URETA, Agustín (Coord), Estudios de Derecho Ambiental Europeo, Lete, Bilbao, 2005, p.270: “entre otras funciones encontramos la función de inspiración del legislador, de orientación del derecho positivo, de relleno de lagunas, de resolución antinomias, así como la función normativa”.

⁶⁸ BOUTONNET, Mathilde, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, ob., cit., p.5.

⁶⁹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-57/96 National Farmers Union y otros; asunto C-180/96 Reino Unido c. Comisión; asunto C-236/01 Monsanto Agricultura Italia: “cuando subsistente dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, pueden adoptarse medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos”.

Ahora bien, inconforme con la decisión adoptada por la primera instancia, la apoderada judicial de la parte activa interpuso recurso de apelación contra la sentencia calendada 29 de agosto del 2019 proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Neiva; con base en lo anterior, procederá la Sala a dar respuesta al problema jurídico plantado, partiendo de los hechos probados dentro del plenario en conformidad con el marco jurídico aplicable al caso concreto y presente del órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Análisis Probatorio y Hechos probados

- Catorce recibos de pagos por el valor de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400. 000.00), por concepto de pago de canon de arrendamiento, todos suscritos por la señora Blanca Ortiz Muñoz⁷⁰.
- Contrato de arrendamiento de fecha 26 de febrero de 2005, suscrito entre la señora Blanca Ortiz Muñoz en calidad de arrendadora y el señor Jorge Martínez Palomino en calidad arrendatario⁷¹.
- Certificación suscrita por el señor Fabio Plazas Losada en la que hace constar que el señor Jorge Martínez Palomino tomó en arriendo la casa ubicada en el municipio de Garzón durante el mes de diciembre del 2004 y los meses de enero y febrero de 2005⁷².
- Certificación suscrita por el señor Víctor Hernán Silva Gómez, gerente de S.T.M. Inmobiliaria LTDA, donde consta que el señor Jorge Martínez Palomino tomó en arriendo el bien inmueble ubicado en la carrera 6 No. 10 – 28, durante un periodo de tres meses, desde el 1 de octubre al 31 de diciembre del 2004⁷³.
- Declaración notarial extraprocesal rendida ante la Notaria Segunda de Garzón – Huila por el señor Jorge Martínez Palomino con testigo el señor Jesús Antonio Montealegre Muñoz⁷⁴.

⁷⁰ Folios 15 al 30 del cuaderno principal No.1.

⁷¹ Folio 21 del cuaderno principal No. 1.

⁷² Folio 22 del cuaderno principal No. 1.

⁷³ Folio 23 del cuaderno principal No. 1.

⁷⁴ Folio 24 del cuaderno principal No. 1.

SIGCMA

- Declaración notarial extraprocesal rendida ante la Notaria Segunda de Garzón – Huila por el señor Jorge Martínez Palomino con testigo el señor Alonso Orrego Polania⁷⁵.
- Certificado de pérdida de capacidad laboral, rendido por el médico José Riaño Riaño adscrito a la Eps Saludcoop⁷⁶.
- Recorte de registro periodístico del Diario del Huila y la Nación⁷⁷.
- Copia de la póliza No. 1001178 de la compañía de seguros La Previsora S.A⁷⁸.
- Copia del oficio OFI05 – 19041/ AUV 13100 fechado 30 de marzo del 2005, suscrito por la asesora secretaria privada, dirigido al señor Jorge Martínez Palomino⁷⁹.
- Copia certificación del 20 de mayo del 2005, suscrita por el Jefe de Unidad de Justicia y Comisaria de Familia del Municipio del Gigante – Huila, en la cual consta que el señor Jorge Martínez Palomino no reside en el municipio de Gigante, desde el 4 de septiembre del 2004⁸⁰.
- Oficio OFI05 – 19041 / AUV 13100 fechado 30 de marzo del 2005, suscrito por la asesora secretaria privada, dirigido al señor Jorge Martínez Palomino⁸¹.
- Copia de certificación del 20 de agosto del 2004, suscrita por el alcalde del municipio de Gigante – Huila, en la cual consta que el señor Jorge Martínez Palomino fue víctima el 19 de agosto del 2004 a las 19:30 horas de un atentado con arma de fuego en su residencia ubicada en ese municipio⁸².
- Copia de certificación del 10 de febrero del 2005, suscrita por la personera del municipio de Gigante – Huila, en la cual consta que el señor Jorge Martínez Palomino tuvo la necesidad de fijar su residencia en el municipio de

⁷⁵ Folio 25 del cuaderno principal No. 1.

⁷⁶ Folio 26 del cuaderno principal No. 1.

⁷⁷ Folios 27 al 30 del cuaderno principal No. 1.

⁷⁸ Folios 31 al 33 del cuaderno principal No. 1.

⁷⁹ Folio 34 del cuaderno principal No. 1.

⁸⁰ Folio 35 del cuaderno principal No. 1.

⁸¹ Folio 36 del cuaderno principal No. 1.

⁸² Folio 37 del cuaderno principal No.1.

SIGCMA

Garzón desde el 04 de septiembre del 2004, debido al atentado del que fue víctima el 19 de agosto del mismo año⁸³.

- Copia de certificación del 10 de febrero del 2005, suscrita por la personera del municipio de Gigante – Huila, en la cual consta que el señor Jorge Martínez Palomino tuvo la necesidad de fijar su residencia en el municipio de Garzón desde el 04 de septiembre del 2004, debido al atentado del que fue víctima el 19 de agosto del mismo año⁸⁴.
- Copia de certificado del 6 de diciembre del 2004, suscrita por el presidente asociación departamental de concejos de Huila, en la cual consta que el señor Jorge Martínez Palomino tuvo la necesidad de fijar su residencia en el municipio de Garzón desde el 04 de septiembre del 2004, debido al atentado del que fue víctima el 19 de agosto del mismo⁸⁵.
- Denuncia formulada por el señor Jorge Martínez Palomino, el 25 de agosto del 2004 ante la Fiscalía 23 delegada ante el Juzgado único Penal Municipal del Gigante – Huila, por los hechos ocurridos el 19 de agosto del 2004⁸⁶.
- Recortes de registro periodísticos del diario del Huila y la Nación⁸⁷.
- Copia de certificación del 1 de septiembre de 2005, suscrita por el comandante Tercer Distrito de Policía Garzón, en el cual consta que el señor Jorge Martínez Palomino reside en el barrio las mercedes del municipio de Garzón y que se le ha prestado apoyo de seguridad con revista permanente a su residencia y esquina de seguridad en sus desplazamientos dentro del área urbana del municipio de Garzón⁸⁸.
- Memorial de fecha 14 de octubre de 2004, dirigido a la Procuraduría Provincial de Garzón – Huila, con fecha de recibido 15 de octubre de 2004, suscrito por el presidente de la Fundación Vida⁸⁹.

⁸³ Folio 38 del cuaderno principal No. 1.

⁸⁴ Folio 39 del cuaderno principal No. 1.

⁸⁵ Folio 40 del cuaderno principal No. 1.

⁸⁶ Folio 41 del cuaderno principal No. 1.

⁸⁷ Folios 42 al 45ª del cuaderno principal No. 1.

⁸⁸ Folio 46 del cuaderno principal No. 1.

⁸⁹ Folios 47 y 48 del cuaderno principal No. 1.

SIGCMA

- Certificación de libertad y tradición de matrícula inmobiliaria No. 202-20406 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Garzón – Huila⁹⁰.
- Oficio DAS.SHUI.CO.PROT. 09668, fechado del 16 de noviembre de 2004 suscrito por el responsable de área de protección del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, dirigido al señor Jorge Martínez Palomino, en el cual se le informa que el nivel de riesgos emitido es (MEDIO- MEDIO)⁹¹.
- Escrito del señor Jorge Martínez Palomino dirigido al Ministerio del Interior y la Justicia, comunicando la grave situación de orden público que atravesaba el departamento del Huila, fechado 25 de agosto del 2004⁹².
- Recorte de registro periodístico con titular *“En el gigante regresó el Concejo a su recinto⁹³”*.
- Escrito del señor Jorge Martínez Palomino dirigido a FENACO, informando la grave situación de orden público que estaba atravesando el departamento del Huila, de fecha 10 de agosto del 2004, se hace hincapié que el mismo no cuenta con radicado de recibido de la federación⁹⁴.
- Certificado de la Personería Municipal de Gigante de fecha 09 d agosto de 2004, en el cual consta manifestación sobre el influjo de los grupos armados al margen de la ley en el municipio⁹⁵.
- Acta No. 171 de fecha 27 de agosto de 2004 del Departamento de Policía del Huila Segundo Distrito Campoalegre – Estación Gigante, por la cual se imparte instrucción sobre algunas consignas de seguridad y auto protección emitidas por el Comandante de la Estación de Policía de Gigante, a los concejales del municipio de Gigante suscritos por el concejal Jorge Martínez Palomino⁹⁶.

⁹⁰ Folio 51 del cuaderno principal No. 1.

⁹¹ Folio 52 del cuaderno principal No. 1.

⁹² Folio 53 del cuaderno principal No. 1.

⁹³ Folio 54 del cuaderno principal No. 1.

⁹⁴ Folio 55 del cuaderno principal No. 1.

⁹⁵ Folio 56 del cuaderno principal No. 1.

⁹⁶ Folios 57 al 59 del cuaderno principal No. 1.

SIGCMA

- Comunicación fechada 22 de septiembre de 2004, dirigida al comandante segundo distrito de Policía suscrito por el señor Jorge Martínez Palomino, solicitando la asignación de un escolta⁹⁷.
- Comunicación fecha 16 de diciembre de 2004, dirigida al programa de protección ministerio del interior suscrito por el señor Jorge Martínez Palomino, solicitando la asignación de un escolta⁹⁸.
- Escrito suscrito por el señor Jorge Martínez Palomino dirigido al comandante de la Estación de Policía de Gigante – Huila, fechado 18 de enero de 2005⁹⁹.
- Copia de oficio OFI06 – 10109 – ATO – 0700 del 5 de mayo del 2006, suscrito por la Directora de asuntos territoriales del Ministerio del Interior y la Justicia¹⁰⁰.
- Oficio DDH – 0900 del 5 de noviembre del 2004 del programa de protección del Ministerio del Interior y la Justicia¹⁰¹.
- Copia oficio DDH – 0900 del 2 de febrero de 2005 del programa de protección del Ministerio del Interior y la Justicia dirigido a COMCEL¹⁰².
- Escrito suscrito por el señor Jorge Martínez Palomino dirigido al Dragoneante Henry Quintero Echeverry, de fecha 24 de mayo del 2005¹⁰³.
- Oficio No. A – 0584 / COMAN – SIPOL – DEUL de fecha junio 06 del 2005 del Departamento de Policía del Huila dirigido al señor Jorge Martínez Palomino¹⁰⁴.
- Resolución No. 41 – 298 – 020 del 01 de febrero de 2005 del Delegado de Red de Solidaridad Social del Huila “por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición, ante el Registro Nacional de Población Desplazada¹⁰⁵”.

⁹⁷ Folio 60 del cuaderno principal No. 1.

⁹⁸ Folio 61 del cuaderno principal No. 1.

⁹⁹ Folio 63 del cuaderno principal No. 1.

¹⁰⁰ Folio 64 del cuaderno principal No. 1.

¹⁰¹ Folio 65 del cuaderno principal No.1.

¹⁰² Folio 66 del cuaderno principal No. 1.

¹⁰³ Folio 67 del cuaderno principal No. 1.

¹⁰⁴ Folios 68 y 69 del cuaderno principal No. 1.

¹⁰⁵ Folios 70 al 72 del cuaderno principal No. 1.

- Resolución No. 41 – 298- 860 de octubre 8 de 2004 por el cual se decide sobre una solicitud de inscripción en el Registro Nacional de Población Desplazada¹⁰⁶.
- Oficio DDH – 0900 del 25 de julio de 2005 del Programa de Protección del Ministerio del Interior y de la Justicia¹⁰⁷.
- Material fotográfico¹⁰⁸.

En el caso *sub judice* le corresponde a esta Corporación determinar si se reúnen los presupuestos para la declaración de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, es decir, primeramente, el daño antijurídico, y en caso afirmativo, si el mismo resulta fáctica y jurídicamente atribuible a la entidad demandada.

- **Del daño**

La noción del daño antijurídico

Se considera como tal, la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal [carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural], a la esfera de actividad de una persona jurídica [carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades], o a la esfera patrimonial [bienes e intereses], que no es soportable por quien lo padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno.

Así pues, daño antijurídico es aquél que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo.

El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual¹⁰⁹ y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el

¹⁰⁶ Folios 73 y 74 del cuaderno principal No. 1.

¹⁰⁷ Folio 75 del cuaderno principal No. 1.

¹⁰⁸ Folios 76 al 78 del cuaderno principal No. 1.

¹⁰⁹ PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en Anuario de Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, No.4, 2000, p.185. “[...] el

alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”¹¹⁰; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”¹¹¹; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”¹¹², en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos¹¹³; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general¹¹⁴, o de la cooperación social¹¹⁵.

perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. MARTIN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”.

¹¹⁰ LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

¹¹¹ SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

¹¹² PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186. “[...] que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”.

¹¹³ MILL, John Stuart, Sobre la libertad, 1ª reimp, Alianza, Madrid, 2001, pp.152 y 153. “Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? [...] el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus miembros de todo daño o vejación”.

¹¹⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

¹¹⁵ RAWLS, John, Liberalismo político, 1ª ed, 1ª reimp, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279. Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: “la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado [...] El otro elemento corresponde a “lo racional”: se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas”.

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”¹¹⁶. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado “que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”¹¹⁷.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”¹¹⁸.

Se precisa advertir que en la sociedad moderna el instituto de la responsabilidad extracontractual está llamada a adaptarse, de tal manera que se comprenda el alcance del riesgo de una manera evolutiva, y no sujeta o anclada al modelo tradicional. Esto implica, para el propósito de definir el daño antijurídico, que la premisa que opera en la sociedad moderna es aquella según la cual a toda actividad le son inherentes o intrínsecos peligros de todo orden, cuyo desencadenamiento no llevará siempre a establecer o demostrar la producción de un daño antijurídico. Si esto es así, sólo aquellos eventos en los que se encuentre una amenaza inminente,

¹¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C285 de 2002. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.168. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)”.

¹¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual, ob., cit., p.297. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”.

¹¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.

irreversible e irremediable permitirían, con la prueba correspondiente, afirmar la producción de un daño cierto, que afecta, vulnera, aminora, o genera un detrimento en derechos, bienes o interés jurídicos, y que esperar a su concreción material podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece¹¹⁹.

Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”¹²⁰. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹²¹, anormal¹²² y que se trate de una situación jurídicamente protegida¹²³.

Ahora bien, dicho lo anterior, la Sala encuentra probado que el día 19 de agosto del 2004 el señor Jorge Martínez Palomino, sufrió lesiones con ocasión a un atentado con arma de fuego por parte de individuos al margen de la ley, mientras se encontraba en su residencia en el municipio del Gigante – Huila, lo cual le ocasiono la pérdida de la capacidad laboral del 18.03%.

- De la imputación

¹¹⁹ HENAO, Juan Carlos, “De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés”, en VVAA, Daño ambiental, T.II, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.194, 196 y 203. “[...] el daño que se presenta a partir de la simple amenaza que permite inferir el agravamiento de la violación del derecho, sin que suponga su destrucción total, no se incluye en los estudios de la doctrina sobre el carácter cierto del perjuicio. Y sin embargo, esta situación también se expresa en el carácter cierto del perjuicio. La única diferencia radica en que la proyección en el futuro se hará a partir de la amenaza y hasta la lesión definitiva y no respecto de las consecuencias temporales de esta última. Por esta razón es necesario tener en cuenta esta nueva situación y hacer una proyección en el futuro partiendo de la amenaza del derecho que implicará un agravamiento de la lesión del mismo [...] Se parte, en acuerdo con C. THIBIERGE cuando expone las carencias actuales de la responsabilidad civil, de tener en cuenta “el desarrollo filosófico del principio de responsabilidad y la idea de una responsabilidad orientada hacia el futuro que le permitiría al derecho liberarse de la necesidad de un perjuicio consumado y de crear una responsabilidad sólo por la simple amenaza del daño, con la condición de que éste último sea suficientemente grave” [...] La alteración del goce pacífico de un derecho es un perjuicio cierto. Aunque se pudiere reprochar que la amenaza de un derecho es por definición contraria a su violación, y por consecuencia, es contraria (sic) a la noción de daño, se reitera que la mera amenaza de violación es de por sí un daño cierto y actual. En efecto, el sentido común indica que el uso alterado de un derecho no es un goce pleno y pacífico de este, precisamente porque supone que se encuentra disminuido [...] La necesidad de estudiar la amenaza de agravación del derecho en la certeza del daño. Los desarrollos de esta primera parte nos permiten concluir que la amenaza de daño pertenece al ámbito del régimen jurídico del daño y por ende de la responsabilidad civil. Excluirla de la materia deja una parte esencial del daño sin estudio, permitiendo que se instauren concepciones en las cuales el derecho procesal limita el derecho sustancial”.

¹²⁰ Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550. Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”.

¹²¹ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

¹²² Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166. “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”.

¹²³ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

Para determinar si este daño es imputable o no a la administración, es preciso señalar la posición que ha asumido la Sección Tercera del Consejo de Estado en relación con estos eventos:

“Es pertinente poner de presente que en reciente pronunciamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno señaló que, así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que éste puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación¹²⁴.”

En lo que se 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 dejó 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 diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su 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 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 Estado, tal y como se explicó previamente en esta sentencia¹²⁵.”

En vista de lo anterior, es claro que, de conformidad con la jurisprudencia anteriormente citada, no todos los eventos en los que se discute acerca de la responsabilidad del Estado por daños derivados de un supuesto de hecho que guarde semejanzas, tengan que resolverse de la misma forma, pues, se reitera, el juez puede – en cada caso concreto- válidamente considerar que existen razones tanto jurídicas como fácticas que justifican la aplicación de un título o una motivación diferente.

Actualmente, la jurisprudencia aplica la regla general que señala que en materia de responsabilidad deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad y el nexo de causalidad entre ésta y aquel,

¹²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de mayo de 2013. Exp. 27753 C.P Danilo Rojas Betancourth.

¹²⁵ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón, reiterada en la sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 23219, C.P. Hernán Andrade Rincón.

sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados.

La Sala debe estudiar si, de conformidad con las pruebas obrantes en este expediente, se configuró o no una falla en la prestación del servicio que hubiere podido ser la causa del daño cuya reparación se pretende.

En el caso concreto, la Sala considera que de acuerdo con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, el título de imputación en el cual se enmarca la responsabilidad del caso sub examine, es la falla del servicio por incumplimiento u omisión de deberes normativos por parte de las entidades demandadas - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – Policía Nacional, y Ministerio del Interior y la Justicia, por violación a lo contenido en la Constitución Política y en los tratados internacionales.

De lo anterior, encuentra la Sala que se demostró el daño que sufrió el actor, con ocasión al atentado del que fue víctima en su domicilio con arma de fuego por parte de un tercero. Empero a ello, no se probó dentro del proceso que haya sido una falla en el servicio por parte de las demandadas, como quiera que, no se demostró que las lesiones sufridas por el señor Jorge Martínez Palomino haya sido consecuencia de un indebido manejo de las medidas de seguridad y protección a los concejales del municipio del Gigante – Huila, y más aún cuando ya el accionante ya tenía conocimiento que se encontraba amenazados por grupos al margen de la ley, y que en el Departamento del Huila se encontraba en el grupo de los denominados *departamentos de zona roja*, a lo cual el actor hizo caso omiso, pues no se probó que haya solicitado oportunamente medidas de seguridad y protección, por el contrario estas fueron solicitadas días después del atentado.

Por lo tanto, la Sala estima acertadas las conclusiones del *A quo*, que no encontró acreditada una falla en el servicio que alega la parte activa; toda vez que, las entidades demandadas no se les puede imputar la responsabilidad por los hechos que hoy se reclaman, pues no se puede determinar una conducta activa u omisiva, o una deficiente prestación en su servicio que haya tenido como consecuencia las lesiones del actor, pues el daño producido al actor les resultó inesperado y sorpresivo.

En este orden de ideas, la Sala no encuentra supuesto factico de imputación, y, en consecuencia, esta Corporación confirmará el fallo de primera instancia fechado el 29 de agosto de 2019, proferido por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Neiva.

- 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: CONFIRMAR por los motivos expuestos a lo largo de la presente providencia, la decisión adoptada el 29 de agosto de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Neiva.

SEGUNDO: Ejecutoriada la providencia devuélvase el expediente previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

NOEMI CARREÑO CORPUS

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 41-001-33-31-003-2006-00010-02)

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**

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

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

Expediente: 44-001-33-31-003-2006-00010-01
Demandante. Jorge Martínez Palomino.
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa y otros.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Código de verificación:

a96cd538412d4f5bbaee4dbf1505fa6cb85379e7e66483af87a5ddabfb6de0f7

Documento generado en 08/12/2021 09:57:14 AM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**