

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
SALA DE DECISION No. 6**

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 17 NOV 2017

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: HILDA MARÍA JIMENEZ BENAVIDES Y OTROS.

**DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL -
POLICIA NACIONAL**

RADICACIÓN: 150013333004-201500176- 01

I. ASUNTO A RESOLVER:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fl. 354-356) y la demandada (fl. 345-353), contra la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo de Tunja el día 30 de junio de 2016, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES:

2.1. LA DEMANDA (fls. 3-23): Por conducto de apoderada judicial constituida al efecto y en ejercicio del medio de control de reparación directa, los demandantes, solicitan se declarara administrativa y patrimonialmente responsable a la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL, por las lesiones que sufrió la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ, generadoras de perjuicios, por el actuar arbitrario y desmedido de los integrantes de la entidad en desarrollo del servicio, con exceso de fuerza, concretamente por no respetar y atacar el protocolo contenido en la Resolución N° 03514 de 2009, denominado "*Manual para el servicio de la Policía en la atención, manejo y control de multitudes, y demás normas que regulan la materia de manejo de agentes químicos y armas letales*".

Como consecuencia de la anterior, solicitó se condene a reparar el daño por los siguientes conceptos (fls. 7-8): Perjuicios morales, perjuicios a la salud y perjuicios por la afectación a derechos constitucionales y convencionales y en el acápite de elementos de responsabilidad solicito perjuicios materiales (fl. 11),

relacionados con los gastos en que incurrió la demandante por las contingencias surgida y el lucro cesante por no haber podido ejercer una actividad, arte, profesión u oficio.

2.2.-Hechos en que se fundamentan las pretensiones (fls. 4-7):

Los presupuestos fácticos que sustentan la demanda indican que fue de público conocimiento el Paro Nacional Campesino principalmente acaecido en el Departamento de Boyacá, en el que se reportaron atropellos por el uso excesivo de la fuerza pública y concretamente para el **20 de agosto de 2013**, en horas de la tarde en el sector conocido como tierra negra del Municipio de Ventaquemada, la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ, se encontraba con sus menores hijas comprando los víveres del sustento diario, cuando de repente y sin que existiera enfrentamiento, el ESMAD empezó a lanzar bombas aturdidoras y gases lacrimógenos contra las personas del sector.

Refirió que la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ, se resguardo en compañía de sus hijos en la casa de un tío, cuando irrumpió un artefacto por la ventana que no solo causó el aturdimiento de quienes se encontraban allí, la irritación de ojos y vías aéreas, sino la lesión en la cara que sufrió la víctima directa, dejándola inconsciente, obligando a los familiares a trasladarla de inmediato a la E.S.E Centro de Salud de Ventaquemada, con ingreso de urgencias a las 16:50 por trauma hemifacial izquierdo con granada de gas lacrimógeno, recibiendo la atención inicial y tramite pendiente de remisión a Tunja y ante la imposibilidad del traslado a un centro de mayor nivel, firmó la salida voluntaria luego de dos días de observación.

Los demás hechos, estuvieron enfocados a la señalar que la recuperación fue dolorosa y traumática, generándole ansiedad ante la nueva realidad de la afectación en la cara por la deformidad física que afecta al rostro de manera permanente, que le produjo cefaleas constantes, imposibilitando la labor diaria y la actividad comercial que desempeñaba desde hacía cinco años como propietaria de una fábrica de arepas, generando cambios como contratar a una persona para que ejerciera las actividades que ella desempeñaba especialmente las relacionadas con el calor y de las condiciones sociales y familiares que han tenido que afrontar, atribuibles solo al excesivo uso de la fuerza pública que no

midió, ni respeto el protocolo de las personas indefensas, además del pésimo manejo dado por parte de las autoridades administrativas.

2.3.- SENTENCIA IMPUGNADA (fls. 325-342): El Juzgado cuarto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, el día 30 de junio de 2016, profirió sentencia accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda, de modo que declaró a la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- POLÍCIA NACIONAL, administrativa y patrimonialmente responsable de los perjuicios ocasionados a los demandantes, por las lesiones que sufrió la señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ, el día 20 de agosto de 2013, cuando los miembros del ESMAD, en un exceso de fuerza en medio de las actividades de controlar los disturbios del Paro Nacional Agrario, lanzaron artefactos como granadas aturdidoras y gases lacrimógenos contra la vivienda donde la víctima se estaba refugiando en compañía de sus menores hijos, considerando la A-quo que la actuación fue desproporcionada e injustificada, sin provocación.

Como fundamento de su decisión, la A- quo relacionó las pruebas allegadas en el marco de las premisas fácticas y respecto a las premisas jurídicas se refirió al régimen de responsabilidad y al título de imputación, atendiendo el artículo 90 de la CP/91 y de las posiciones jurisprudenciales, considerando que en los casos de ejecución de actividades peligrosas como la manipulación de armas no letales, la licitud o ilicitud de la conducta no son relevantes y por ello el régimen de responsabilidad aplicable al caso es el objetivo, bajo el título de imputación de riesgo excepcional.

Realizó la argumentación y valoración probatoria, considerando que el daño se estructura en la lesión y secuelas que sufrió la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ en su rostro que le produjeron una deformidad física de carácter permanente. De igual manera precisó que la relación de causalidad está dada de acuerdo a las declaraciones de los testigos y del oficio No. S 2014-011723 DEBOY del 6 de mayo de 2014, al identificar las características del material anti motín empleado para disolver las manifestaciones como granada de aturdimiento marca cóndor GI-307 color negro y cartucho marca CL- 202.

No encontró causal eximente de responsabilidad respecto a provocaciones por parte de los integrantes de la vivienda, reiterando que el uso de la fuerza pública se establece como criterio de ultima ratio, es decir último recurso para neutralizar

o repeler agresiones, por lo que el ataque perpetrado a la vivienda del Señor JOSÑE JIMENEZ, resulto desproporcionado a tal punto que los uniformados desconocieron que el tipo de artefactos – agentes químicos, no pueden ser expulsados a lugares cerrados.

Procedió al reconocimiento de los perjuicios de orden material (daño emergente), derivados de la contratación que la víctima tuvo que hacer para continuar con la actividad comercial y respecto a los perjuicios inmateriales en la modalidad de morales, atendió la jurisprudencia de unificación de la Sala Plena, valorando para el efecto el historial clínico y las atenciones con psicología y por la condición de secuela permanente, aumento a un tope de 20 SMLMV.

Finalmente en relación con los perjuicios a la salud, señaló los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, para destacar que tal indemnización está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima y que pese a que en el asunto en estudio no se cuenta con el porcentaje de la gravedad de la lesión, acudiendo al criterio de equidad otorgara un porcentaje equivalente a 20 SMLMV a favor de MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ, sin encontrar otra merma patrimonial que permita reconocer el carácter indemnizatoria a favor de los demandantes.

2.4.- RECURSO DE APELACIÓN

2.4.1.- El apoderado judicial de la parte demandante (fls. 354-356):

Inconforme parcialmente con la sentencia de primera instancia, fundamento la apelación frente al quantum fijado discrecionalmente en la modalidad de daño moral y a la salud, arguyendo que se probó con suficiencia el daño en las diferentes tipologías, acreditándose que las lesiones de MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ, se pueden corroboran con la historia clínica aportada, donde se demuestra la gravedad y secuelas. Consideró que el Despacho no analizó el perjuicio desde la órbita del riesgo y probabilidad de resultado catastrófico en la integridad de la demandante, considerando que la cifra es irrisoria al partir del hecho que el daño sufrido es irreparable, por lo que solicita se valore y cuantifique los parámetros de equidad y reparación y se revise que de acuerdo con lo acreditado hubo demandantes a los cuales no se les reconoció perjuicios pese a la condición de parentesco con la víctima.

2.4.2.- Por su parte, la apoderada judicial de la Nación – Ministerio de Defensa- Policía Nacional, presentó escrito mediante el cual solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda (fls. 345-353), reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, enfatizando en la ausencia de prueba que permita declarar responsable a la entidad. Resalto la defensa que la sentencia de primera instancia realizó un análisis parcial del acervo probatorio otorgando credibilidad a los testimonios de los Señores Jiménez Benavidez y Marisol Jiménez, Nélida Rojas, Víctor Alfonso y del interrogatorio de parte, al concluir que un cartucho de gas lacrimógeno GL- 202 CS lanzado por miembros de la Policía Nacional que le produjo la lesión a MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ, sin advertir que lo dicho por estas personas no es concluyente en relaciona a las circunstancias de tiempo modo y lugar, ni al coincidir con el tipo de elemento que hirió a la Señora FARFAN, ni que tal elemento fuera el cartucho del gas lacrimógeno.

Solicitó se proceda a revisar los testimonios que ofrecen más incertidumbre que certeza, además de que se evalúen las pruebas documentales que al confrontarlas con el material probatorio determinan que las lesiones que sufrió MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ, no fueron por el accionar de algún miembro de la Policía, elemento indispensable para abstenerse de declarar la responsabilidad.

Finalmente, señalo el inconformismo respecto al reconocimiento de los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, por cuanto el dictamen de lesiones personales que sufrió en el rostro tuvo una incapacidad definitiva de quince días, sin que la parte demandante acreditara que la lesión le generó mayor incapacidad laboral, por lo que solicito a esta instancia nuevamente el estudio de dicho aspecto atendiendo la realidad procesal y frente a los perjuicios morales relacionados con la herida de 6 centímetros.

2.5.- Trámite surtido en la segunda instancia: Una vez concedido en la primera instancia posterior a la celebración de la audiencia post fallo (fl. 369-370), esta Corporación dispuso su admisión (fl. 379); seguidamente, se ordenó la presentación de alegatos de conclusión por escrito, dentro de los diez días siguientes a la notificación de esa providencia (fl. 385).

Término en el cual la parte demandante se pronunció (fls. 388-390), reiterando los mismos argumentos del recurso de apelación, específicamente en relación

con el quantum del reconocimiento indemnizatorio del daño y la entidad demandada allegó escrito de alegatos (fls. 391 a 392), retomando los argumentos de defensa expuestos en los diferentes escritos, recalcando que al revisar el expediente respecto del recaudo probatorio, no obra prueba que permita acreditar fehacientemente las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el hecho en el que resultó herida la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ, solicitando revocar íntegramente la decisión de primera instancia y en su lugar denegar la totalidad de las suplicas.

III. CONSIDERACIONES:

3.1.- Competencia:

Esta Corporación es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón al recurso de apelación interpuesto por las partes, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011¹.

3.2.- Determinación del Problema Jurídico:

En esta oportunidad la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá deberá determinar: Si la demandada es responsable en la modalidad extracontractual y patrimonial por el daño antijurídico causado a los demandantes y si el mismo es imputable por el actuar arbitrario y desmedido de los integrantes del grupo del ESMAD en desarrollo del servicio, con exceso de fuerza, concretamente por no respetar y atacar el protocolo contenido en la Resolución N° 03514 de 2009², en la dispersión de las manifestaciones del denominado "*Paro Nacional Campesino*" acaecido en el Municipio de Ventaquemada para el año 2013 ó si por el contrario no se configuran los elementos de la responsabilidad. En caso de estimarse responsable la entidad demandada de los daños sufridos por la demandante, deberá establecerse si la providencia impugnada reparó de manera integral los daños sufridos por la demandante.

¹ **Artículo 153. Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia.** Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

² "Manual para el servicio de la Policía en la atención, manejo y control de multitudes, y demás normas que regulan la materia de manejo de agentes químicos y armas letales"

3.3.- Fundamento Constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Como es bien sabido, la cláusula general de responsabilidad del Estado se encuentra previsto en el art. 90 Superior, cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste."

3.3.1.- Del servicio de policía y del uso de la fuerza pública

Tal como lo adujo el Consejo de Estado³, el servicio de policía es:

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

De igual manera, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴, ha sostenido que atendiendo el régimen constitucional colombiano, la noción de "policía" se refiere a: i) ciertas formas de la actividad coercitiva del Estado que se engloban bajo la categoría genérica de "policía administrativa", tendientes a preservar el orden público y restablecerlo cuando fuere turbado: se trata del poder, la función y la actividad de policía, cada uno de los cuales es ejercido por determinadas autoridades y funcionarios competentes, dentro de los límites que le son propios; y ii) a la colaboración que prestan ciertos organismos a las autoridades judiciales en el desempeño de sus funciones de investigar los delitos, esto es, la "policía judicial".

En el caso particular del **uso de la fuerza pública**, es importante decantar que el ejercicio de la policía administrativa implica, por su finalidad de preservación del orden público, la posibilidad de regular y limitar derechos y libertades de los asociados, a través de distintos mecanismos: a) por una parte, se ejerce a través

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 08 de abril de 2014. Radicación número: 68001-23-15-000-2000-03456-01(29195). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 16 de mayo de 2016. Radicación número: 23001-23-31-000-2003-00269-01(35797). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E)

de la expedición de normas generales de comportamiento para las personas, por medio del “*poder de policía*”⁵; b) por otra parte, implica la expedición de actos jurídicos concretos para aplicar las normas de policía a situaciones particulares, a través de la “*función de policía*”⁶; y c) finalmente, los actos expedidos en ejercicio de dicha función de policía son **ejecutados a través de operaciones materiales por parte de los cuerpos y agentes uniformados que detentan materialmente la fuerza pública, esto es, la “*actividad de policía*”**.

Resultando indispensable traer a colación el desarrollo normativo esbozado sobre el tema de las funciones de la Policía Nacional efectuado previamente por este Tribunal dentro del expediente No. 150013333301120130022601⁷, en el que se indicó que por medio de la “**Resolución No. 34/169 de 17 de Diciembre de 1979, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y denominada “Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”** se señalaron de **manera general las normas** orientadoras a los cuerpos policiales, para los Estados miembros como es el caso de Colombia y que si bien, esas normativas no tienen un carácter estrictamente vinculante, las mismas gozan de cierta relevancia jurídica y práctica en el ámbito internacional y nacional en tanto exhiben “*una clara e inequívoca vocación axiológica o normativa general*” y sirve como “*criterio auxiliar de interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos*”, además en el artículo 3º de la norma en cita, se señaló que: “*...los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley **podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas...***”.

De lo anterior se concluye, que el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe **ser excepcional y razonablemente necesario**⁸, según las circunstancias de cada caso y para dar cumplimiento a los fines concretos establecidos en la normatividad.

⁵ Consiste en la facultad de dictar las normas de policía que regulan el comportamiento ciudadano, garantizando el orden público y el ejercicio de las libertades y derechos ciudadanos. Se trata, así, de un poder de índole normativa, con naturaleza limitativa de las libertades personales en términos previos, impersonales y abstractos.

⁶ Es la “gestión administrativa concreta del poder de policía, ejercida dentro de los marcos impuestos por éste”; (...) La función de policía, que implica el ejercicio de un determinado poder decisorio reglado-esto es, limitado por los preceptos de la norma de policía-, es ejercida por las autoridades administrativas, no uniformadas, de policía, a quienes se les ha asignado tal competencia por parte del poder de policía: los Superintendentes, los Alcaldes, los Inspectores de Policía. Sobre esta función, se explicó en la sentencia T-490 de 1992, recién citada: “La función de policía puede dar lugar al ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de las autoridades administrativas. **El ejercicio de la función de policía exige el uso racional y proporcionado de la fuerza, así como la escogencia de los medios más benignos y favorables para proteger los derechos fundamentales al momento de contrarrestar los peligros y amenazas que se ciernen sobre la comunidad**”

⁷ Sentencia del 16 de febrero de 2016, Radicado No. 150013333301120130022601. M.P.: Félix Alberto Rodríguez Riveros.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 0500123310002000459601 (29882), mayo 29/14, C. P. Ramiro Pazos Guerrero y

En tal sentido se planteó en el **Decreto 1355 de 1970**, por medio del cual se expidió el Código Nacional de Policía y dentro del cual se estableció como función del cuerpo policial la de proteger a los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de ésta se derivan, por los medios y con los límites estatuidos en la Constitución, en la ley, en las convenciones y tratados internacionales, en el reglamento de policía y en los principios universales del derecho.

Así mismo, en el artículo 29 de la norma en cita, se dispuso que el empleo de la fuerza y otros medios coercitivos tan sólo son viables cuando sea estrictamente necesario, y contempló taxativamente los eventos en que es procedente, así: **(i)** para hacer cumplir las decisiones y órdenes de los jueces y demás autoridades; **(ii)** para impedir la inminente o actual comisión de infracciones penales o de policía; **(iii)** para asegurar la captura del que debe ser conducido ante la autoridad; **(iv)** para vencer la resistencia del que se oponga a orden policial que deba cumplirse inmediatamente; **(v)** para evitar peligros mayores y perjuicios en caso de calamidad pública; **(vi)** para defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor y sus bienes y **(vii)** para proteger a las personas contra peligros inminentes y graves.

Concordantemente debe precisarse que la Carta Política en su artículo 2, establece dentro de los fines esenciales del Estado asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Para el logro de este objetivo se instituyeron las autoridades públicas, con el propósito fundamental de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, postulado que, con relación a la Policía Nacional, fue desarrollado en el artículo 218 superior, al contemplarla como un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz⁹.

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo, sección Tercera, sub sección C. Sentencia de 8 de abril de 2014 Exp. No. 680012315000200003456 01 (29.195). C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

3.3.2.- Del régimen de responsabilidad aplicable al caso en concreto

Atendiendo el contexto general del servicio público policía, el lineamiento jurisprudencial consolidado por la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha definido el régimen de responsabilidad del Estado por los daños causados con armas de dotación oficial como de riesgo excepcional, juicio que permite inferir que este tipo de actividades entrañan una magnitud de peligro y riesgo que puede lesionar los bienes jurídicamente tutelados de un sujeto de derecho; sin embargo, para la Subsección B¹⁰, la responsabilidad por daños ocasionados con arma de dotación oficial puede enmarcarse en la clásica responsabilidad subjetiva bajo el título de falla del servicio, cuando se demuestra que se empleó **la fuerza letal mediante armas de dotación oficial, de manera desproporcionada o excesiva**, cuyo fundamento debe ser el aspecto subjetivo de la conducta que se convirtió en la causa idónea del perjuicio.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Consejo de Estado¹¹, ha definido que el título de imputación aplicable en aquellos eventos en los que se alega la ocurrencia del daño antijurídico por el **uso excesivo de la fuerza** por parte de los miembros de la Policía Nacional, es el de la **falla del servicio**, lo que supone a la luz de lo decantado en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales, a saber: el **daño antijurídico** sufrido por el interesado, **el deficiente funcionamiento del servicio**, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía **o equivocada**, y finalmente, una **relación de causalidad** entre éste último y el primero, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio y por ende le es imputable a la entidad.

En consecuencia, es claro que los hechos que aquí se debaten no deben ser analizados bajo el título de imputación de riesgo excepcional como inapropiadamente lo efectuó la A- quo, desconociendo que tal como lo ha indicado el Consejo de Estado¹², este régimen es solo aplicable para analizar la responsabilidad del Estado por *"daños causados con ocasión de una actividad peligrosa o de la utilización de elementos de la misma naturaleza, como lo es la*

¹⁰ Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO – 26 de noviembre de 2015- radicado 0800012331000199812450001 (31151)

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 26 de julio de 2012. Radicación número: 17001-23-31-000-1998-01013-01 (20732). C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo.

¹² Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 09 de abril de 2014. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-01498-01(29811). C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

manipulación de las armas de fuego de las cuales están dotadas algunas autoridades, por razón de las funciones a ellas encomendadas, tales como la Policía Nacional o el Ejército Nacional”, y no cuando se **alegan lesiones causadas con artefactos aturdidores, gases lacrimógenos y uso de la fuerza física** empleada para contrarrestar las situaciones que se presentaron en el “paro agrario”, que a su vez, dieron lugar a la alteración del orden público, siendo procedente analizar el caso de la referencia bajo el título de la falla del servicio.

Con fundamento en lo anterior, se puede afirmar que existe falla en el servicio cuando se demuestre que la entidad pública infringió **por acción u omisión un deber a su cargo**, así mismo podemos hablar de falla del servicio por parte del Estado, cuando en ejercicio de las facultades conferidas a las autoridades, éstas se extralimitan en el ejercicio de las mismas, ejemplo clásico ante la desproporción en el uso de la fuerza pública que ha considerado el Consejo de Estado se encuentra en el uso de armas de fuego o letales, así:

“(…) Ha sido criterio de la Sección Tercera de esta Corporación establecer que el uso de la fuerza debe ser proporcional y razonado, y que la necesidad de segar una vida humana se establece como un criterio de ultima ratio, de tal forma que debe ser el último recurso al cual debe acudir la fuerza pública para repeler una agresión en el ejercicio de sus funciones. Es menester recordar que el artículo 2º de la Carta Política asigna a las autoridades públicas el deber de protección de la vida y honra de la ciudadanía.”¹³

*“(…) Así las cosas, a efectos de establecer si en el presente caso se incurrió en una falla del servicio por desproporción en el uso de la fuerza, tal y como se plantea en la demanda, **resulta imperativo precisar que ese uso debe someterse a un juicio de razonabilidad, de necesidad y de proporcionalidad, para determinar si se ajustó o no a los parámetros legales y constitucionales, a fin de establecer si la reacción fue adecuada respecto de la agresión.**”¹⁴*

De lo anterior se puede establecer que el Estado puede hacer uso legítimo de la fuerza, pero el uso de la misma debe **ser legal, proporcional, razonado, necesario y con precaución**, sólo en caso de defensa puede recurrirse a las armas letales las cuales deben ser utilizadas como último recurso, luego de haberse agotado todos los medios a su alcance que representen un menor daño, como quiera que lo contrario implicaría legitimar el restablecimiento del

¹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 09 de septiembre de 2015. Radicación número: 76001-23-31-000-2004-05251-01(38179). C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Ver también sentencias del 27 de marzo de 2014. Radicación número: 41001-23-31-000-1993-07062-01(22597). C.P.: Danilo Rojas Betancourth y del 24 de marzo de 2011. Rad. No. 05001-23-24-000-1994-00895-01(20437). C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de febrero de 2016. Radicación número: 05001-23-31-000-2002-20080-01(31378). C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

orden en desmedro de la vida y demás derechos fundamentales de las personas¹⁵.

En ese orden de ideas, corresponde al Juez de lo contencioso, a partir de los elementos probatorios aportados, establecer en primer lugar, la existencia del daño antijurídico, para luego definir si el injusto es atribuible al agente del estado por desplegar actividades que comportan el incumplimiento de las obligaciones a su cargo y que en casos como el que nos convoca, se traducen el uso excesivo de la fuerza pública por parte de los miembros de la Policía Nacional.

3.4.- Caso concreto:

Atendiendo entonces al régimen jurídico aplicable al *sub júdice*, y a partir de los fundamentos normativos y jurisprudenciales decantados en precedencia, procederá la Sala a resolver la apelación presentada por la apoderada de la demandada, respecto a establecer la existencia del daño antijurídico invocado por los demandantes, para luego y en caso afirmativo, definir si tal daño resulta imputable a la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL, en los siguientes términos:

3.4.1- De la existencia del daño

Se encuentra acreditado del registro de la historia clínica (fls. 24 a 34) de la E.S.E Centro de Salud de Ventaquemada que la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ, ingreso¹⁶ al centro médico el 20 de agosto de 2013 a las 16+30 horas, con herida en cara, refiriendo trauma hemifacial izquierdo producido por granada de gas lacrimógeno que fue lanzada por uniformado de policía desde la calle hacia dentro de su vivienda golpeándola en el rostro, con posterior herida y sangrado local profuso y notas de evolución médica de los días 21 y 22 de agosto de 2013 de las que se destaca lo siguiente:

*"(...) 1. Trauma / Herida en cara
Permanece en estabilidad hemodinámica ventilatoria y neurológica sin síntomas anormales, paciente con muy buena evolución (...)
Actualmente Municipio de Ventaquemada bajo paro de campesinos que suscitado en la vía, con múltiples actos delictivos por parte de uniformados y manifestaciones que han convertido la vía en toda una guerra, en donde múltiples*

¹⁵Consejo de Estado. Sección tercera. Subsección A. Sentencia del 26 de mayo de 2016. Radicación número: 76001-23-31-000-2008-00142-01(39020). C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁶ Refiriendo como motivo de consulta "Me hirieron" de acuerdo al informe de atención inicial de urgencias (fl. 34).

bloqueos, lucha cuerpo a cuerpo, abuso de autoridad, persecuciones, vandalismo y obstrucciones a la labor medica han sido el diario acontecer, se considera la remisión impráctica en este momento desde todo punto de vista, continua paciente en observación, pendiente aceptación de remisión en Tunja y envió de la misma”.

Concordante con lo anterior, reposa examen médico legal denominado dictamen de lesiones personales (fl. 44), suscrito por el Médico General de la E.S.E de Ventaquemada de fecha 21 de octubre de 2013, realizado por solicitud de la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ (fl. 45), registrando que el hecho ocurrió el 10/08/2013 (Sic), presentando a la valoración física, herida suturada en proceso de cicatrización en área de frente y región periorbicular que discurre perpendicular al arco superciliar de seis (6) centímetros de extensión, generada por elemento corto punzante, arrojando como conclusión incapacidad médico legal definitiva de quince (15) días y secuelas consistentes en deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente.

Conjuntamente la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ, tuvo dos valoraciones del servicio de psicológica, una realizada por la E.S.E el 14 de abril de 2014 (fls. 41-43) y la otra correspondiente a un informe del 21 de octubre de 2013, por parte de la Comisaría de Familia del Municipio de Ventaquemada, registrando que la afectación emocional obedece al incidente de orden público por enfrentamiento con miembros del ESMAD durante el Paro Nacional Agrario, coligiendo en común que se debía atender a valoraciones por medicina especializada y legal para **determinar posibles secuelas**, grado de afectación, incapacidad y tratamiento a seguir, además del seguimiento psicosocial a la familia en general.

Así las cosas, se encuentra acreditado la existencia del daño, que consistió en la lesión sufrida por la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ, en el área de frente y región periorbicular de la cara que discurre perpendicular al arco superciliar de seis (6) centímetros de extensión, generada por elemento corto punzante, con una incapacidad médico legal definitiva de quince (15) días y secuelas consistentes en deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente.

Aspectos que se corroboran con el interrogatorio rendido por la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ (fl.311-Grabación Audio N° 1) y del cual se destaca: "(...) *estábamos adentro entonces los del ESMAD se fueron a pelear con ellos*

que se fueron hacia abajo hacia la bomba pasando por al frente de la casa de mi tío José (...) PREGUNTADO POR EL DESPACHO: **El ESMAD lanzo gases lacrimógenos hacia dentro de la casa donde ustedes se encontraban. Respondió: si señora.** Preguntado: cuantas balas de gas se lanzaron y que trayectoria tomaron y en donde quedaron. CONTESTÓ. Las primeras de gas lacrimógeno fueron dos y la última que fue... el que me lanzaron a mi cuando estaba en la sala¹⁷ (...) PREGUNTADO POR EL DESPACHO "...quien lanzo estos dos primeros artefactos quien los lanzo. CONTESTÓ: Los señores del ESMAD... los vi desde la arepería..." PREGUNTADO POR EL DESPACHO. Es decir que el ESMAD lanzo proyectiles de gas lacrimógeno en contra de una casa donde no había ninguna alteración del orden público. RESPONDIÓ. Si señora (...) ¹⁸ lo primero fue tratarnos mal y ellos vinieron a desquitarse con nosotros (...) cuando los dos primeros gases no había pasado nada le ardían los ojos y eso (...) y ya fue cuando entramos a la sala y hay cayeron los otros gases (...)"

Del testimonio del Señor José Jiménez Benavidez, en calidad de tío de la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ (fl.311-Grabación Audio N° 4), se enfatiza: "estábamos ahí en la casa, ahí en la sala (...) ahí estaba el marido de ella Luis Faustino Cadena, mi otro sobrino Víctor Farfán y mi hija Marisol y otros niños pequeños, estábamos tomando tinto cuando sonaron los vidrios de la puerta y empezó a echar humo eso y ya cuando nos dimos cuenta era que estaba sangrando mi sobrina Martha y ya salimos fue a buscar un carro para llevarla al médico (...) **entro una bala de esas de gas y le pego ahí en la cara**, ahí en todo eso en la sien (...) cuando sonaron los vidrios yo me agache y eso fue lo que le pego (...) y la bala quedo en el salón de mi casa y la botamos afuera (...) era una balita larguita como gris negra así (...)".

Encontrándose probado que con ocasión del denominado "paro agrario campesino" que tuvo lugar el 20 de agosto de 2013, en el Municipio de Ventaquemada en la vía que conduce de Tunja a Bogotá, la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ resultó lesionada en su rostro, como consecuencia del impacto de una granada que arrojó una bala con gas lacrimógeno que ingreso a la vivienda donde se encontraba refugiada con sus menores hijos y demás familiares, lo que estructura el primer elemento en el juicio de responsabilidad.

¹⁷Minuto 19 Audio 1 audiencia de pruebas

¹⁸ Minuto 22:3 Audio 1 audiencia de pruebas

3.4.2- De la imputación jurídica del daño

Establecido lo anterior y de acuerdo con los hechos planteados en la demanda relacionados con el uso excesivo de la fuerza pública en el desarrollo del paro agrario campesino y del objeto de la apelación de la entidad demandada, lo primero que se avizora es la **orden de servicio** N° 213/COMAN-PLANE 38.15, de fecha 04 de agosto de 2013, suscrita por el Jefe del Grupo de Planeación del Departamento de Policía de Boyacá (fls. 250-262), mediante la cual se precisó que el objetivo de la presencia de la fuerza pública era la de: *"Garantizar la seguridad y tranquilidad pública en el Departamento de Policía de Boyacá, para atender el paro agrario y otras agremiaciones a llevarse a cabo a partir del día **lunes 19 de agosto de 2013**, impartir ordenes, instrucciones y acciones preventivas dentro de la primera fase antes con ocasión del paro Nacional Agrario y Jornada Nacional de protesta prevista a realizarse a partir del 19 de agosto del año 2013, buscando resultados que visibilicen el servicio de la policía, mediante el empleo eficiente, oportuno de los elementos disponibles y medios tecnológicos aplicables"*.

Orden de servicio que se refería a las **directrices y acciones de la entidad demandada en cumplimiento de la función de seguridad**, precisando en el acápite de instrucciones y coordinación que en todas las circunstancias y hasta donde fuese posible evitar el enfrentamiento entre el personal de la institución con los participantes de la movilización, enfatizando que en los procedimientos policiales debía prevalecer el respeto de los derechos humanos (fl. 254 vto).

Adicionalmente en dicha orden de servicio específica de la garantía del denominado *"Paro Nacional Agrario"* se consignó que antes de ejecutarse el operativo, se debía tener en cuenta, entre otras cosas, lo siguiente:

- ✓ *"En la realización de los diferentes procedimientos acatar las normas legales vigentes, ...*
- ✓ *(...) Dentro de la atención de cualquier eventualidad, hay que tener en cuenta la protección y respeto de los Derechos Humanos, evitando al máximo los roces o empleo de la fuerza en forma innecesaria, utilizando igualmente en forma adecuada el equipo antimotines asignado a la unidad."*
- ✓ *Impartir instrucción al personal sobre el respeto de los derechos fundamentales en los procedimientos y el empleo de la fuerza debe estar sujeto al principio de proporcionalidad" (fl. 250 vto. y 251).*

Además, se observa que la Resolución No. 03516 de 2009¹⁹ *"Por la cual se expide el Manual para el Servicio de Policía en la Atención, Manejo y Control de Multitudes"* reguló el uso de la fuerza y señaló como principios esenciales, los siguientes: "a) *Toda persona tiene derecho a la vida, a la seguridad de su persona y a no ser sometida a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.* b) *En primer lugar debe recurrirse a medios no violentos y se utilizará la fuerza solo cuando sea estrictamente necesario para fines lícitos de aplicación de la ley.* c) *No se admitirán excepciones ni excusas para el uso ilegítimo de la fuerza. El uso de la fuerza será siempre proporcional a los objetivos lícitos.* d) *La fuerza se utilizará siempre con moderación; se reducirán al mínimo los daños y las lesiones.* e) *Se dispondrá de una serie de medios que permita un uso diferenciado de la fuerza. Todos los policías recibirán adiestramiento en el uso de los distintos medios para el uso diferenciado de la fuerza y en el uso de medios no violentos"*²⁰.

Lo anterior permite inferir que el procedimiento para la atención, manejo y control de multitudes, manifestaciones o disturbios a llevarse a cabo por los miembros del ESMAD, como grupo especializado conformado por uniformados de la Policía Nacional, debía atender por el respeto por los Derechos Humanos, a través de la regulación en la aplicación de la fuerza, enfatizando que el uso de medios coercitivos debe ser gradual, razonado y proporcional.

Sin embargo, se encuentra acreditado que los agentes de la entidad demandada, para el 20 de agosto de 2013, **manipularon en forma desproporcionada** el uso de armas no letales y elementos de dispersión de los disturbios, tal como lo señala la constancia del 26 de noviembre de 2013 suscrita por el Personero Municipal de Ventaquemada, en la que puntualmente señaló que en el archivo de la dependencia se encontraban **dos artefactos** que hacen parte de la denuncia instaurada por la señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ, identificados como: **"proyector largo alcance lacrimógeno GL- 202, marca cóndor y granada de luz y sonido GL-307, marca cóndor. Del cual se soporta en registro fotográfico"**²¹.

Lo anterior se suma a otra constancia de la Personería Municipal de Ventaquemada, en la cual se registró que el Señor LUIS FAUSTINO CADENA ROMERO, acudió el 21 de agosto de 2013, con el fin de formular queja en contra del agente del ESMAD, identificado con placa N° 08-2856, por el uso excesivo

¹⁹ Ver folios 87 a 176.

²⁰ Ver específicamente folio 106.

²¹ Ver folios 51 a 56

de la fuerza que derivó en la agresión de la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ (fl. 49) y de otros abusos en contra de las personas ajenas a los disturbios del paro agrario.

Además con el oficio N° S- 2014 -011723 DEBOY del 6 de mayo de 2014 (fl. 238), al **identificar las características del material anti motín** empleado para disolver las manifestaciones del paro agrario del año 2013 y que generó las lesiones de la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ, se registró las siguientes características:

*"1. **Cartucho calibre 40 mm de gas CS GI 202**, al realizarse la acción de disparo con fusil lanza gas calibre 40 mm utilizando el cartucho para esta arma salen capsulas con el gas quedando en el cañon del arma la vainilla o cascaron.*

*2. **Granada de luz y sonido**: granada de formato cilíndrico, confeccionado en goma de color negro, dotada de acondicionamiento tipo EOT (espoleta de ojiva de tiempo), con argolla y dispositivo de seguridad, diámetro 56 mm, peso 200 gramos, al explotar la granada esta se desintegra lanzando fragmentos de goma evitando causar lesiones". (N y SFT)*

Lo anterior, permite indicar cuál fue el artefacto empleado por el ESMAD que lesionó a la demandante en el rostro, siendo factible el reconocimiento como arma no letal de aquellas relacionadas en la Resolución No. 03516 de 2009, donde se alude al lanzamiento de cartuchos, granadas de mano, de gas CS, multipropósito, de humo sobre las personas, instrumentos éstos que pueden causar lesiones graves al ser impactados contra las personas y al ser disparados dichos gases sobre la multitud pueden generar confusión y producir irritación sensorial lo que pudo impedir que la víctima reconociera de manera inmediata qué elemento le cayó en el rostro y que causándole las lesiones mencionadas en precedencia, sin que por ello haya que descartarse la existencia de tales lesiones.

Adicionalmente a la identificación y el registro del **mecanismo que causó la lesión** a la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ, con el libelo fue allegado el Manual para el servicio de policía en la atención, manejo y control de multitudes (fls. 87 a 176), del cual se destacan los siguientes aspectos relevantes:

"(...)

7.2 Lanzadores de municiones no letales

El fusil lanza gas es un arma portátil, de un solo disparo, de cañón liso, con capacidad de expulsar un cartucho de agente químico hasta una distancia de 150 metros, dependiendo del ángulo o la plataforma de tiro que utilice.

El fusil lanza gas, también tiene otras funciones como las de disparar cartuchos de impacto controlado (multimpacto) y granadas de gas con un adaptador bocal por medio de cartuchos impulsadores. (...)”.

Manual que refiere puntualmente en el acápite 7.3, que las granadas de mano corresponden a **elementos huecos de metal**, bronce, hierro y caucho que **contienen un explosivo** y se acciona mediante una espoleta de retardo de tiempo, cargada con diferentes gases, destellos de luz y sonido aturdidores, que se lanza con la mano y es utilizada por los escuadrones móviles antidisturbios de tres clases diferentes.

Encontrando esta instancia que de **manera previa** a la ocurrencia de los hechos “Paro Agrario”, el manual para el servicio de policía, atención, manejo y control de multitudes, era suficientemente claro en señalar que el uso de agentes químicos tiene como objetivo crear confusión entre la multitud o amotinados para impedir una acción conjunta destructiva, facilitando con ello la dispersión de los amotinados y la captura de personas comprometidas en la comisión de delitos durante el desarrollo del motín, además que la característica de las referidas granadas es el lanzamiento en forma parabólica con la mano de tal forma que la espoleta quede encunada en la palma de la mano y al halar el pin de seguridad genere la dispersión de la población y que la utilización de las granadas de mano cuentan con el **protocolo de prevención** descrito en el acápite 7.3.5 del citado manual, puntualizando que **no debe ser arrojada directamente a las personas**, por cuanto se puede causar lesiones a quien sea impactado.

En consecuencia se puede colegir que la granada identificada con la **GL 307** que ingresó a la vivienda donde se refugiaba la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ y que es utilizada únicamente por grupos especializados de la entidad demandada, más conocida como granada de luz y sonido, es poseedora de un gran efecto de aturdimiento provocado por la deflagración de la carga explosiva asociada a la intensa luminosidad que ofusca la visión de los agresores por algunos segundos, permitiendo una eficiente acción policial, diseñada además con una adición de agentes químicos y naturales como la pimienta y la granada GL 308 Z que tiene la acción de sonido y gas pimienta, que no debía ser utilizada

en lugares cerrados o arrojada directamente a las personas ya que contrariaría los principios y postulados de evitar el exceso en la fuerza pública, desconociendo las generalidades y especificidades del protocolo de seguridad.

Así las cosas, para el caso *sub judice*, se encuentra acreditado tanto con la prueba documental como con la testimonial y con el interrogatorio de parte demandante, que la Policía Nacional actuó a través de sus diferentes Unidades y Grupos Especializados (ESMAD), con el fin de controlar la manifestación del denominado “*paro agrario campesino*” y restablecer el orden público, sin embargo en la actividad de garantizar la seguridad y tranquilidad pública en el Departamento de Policía de Boyacá, se lesiona a la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ, **por el empleo de una granada de mano que fue arrojada al interior de la vivienda del familiar de la víctima, configurando el uso excesivo de la fuerza**, en la medida que los agentes desconocieron el manual de procedimientos, la orden de servicios y en especial la garantía de los derechos humanos.

Además, dicho uso de la fuerza por parte de las autoridades de policía se tornó excesivo y desproporcionado porque se causaron unas lesiones físicas a la demandante sin ninguna razón aparente, pues de los medios de prueba recaudados no se logró establecer lo señalado por la entidad demandada en el recurso referente a un hecho de la víctima o de un tercero, pues no se encontró prueba que indicara que la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ y sus familiares hayan provocado a los agentes de la entidad o tuviesen participación en los desórdenes, ni que hubiesen ejercido actos violentos, atacado a los uniformados o estuvieran obstruyendo las vías; acciones éstas que habrían justificado una reacción proporcional de parte de las autoridades y de esta manera se habría eventualmente justificado el uso de la fuerza.

Por el contrario, se demostró según se desprende de los testimonios, que la demandante se encontraba refugiándose al interior de una vivienda y aun en el caso de que estuviera participando de la marcha estaba en pleno ejercicio de su derecho a protestar pacíficamente, como quiera que tampoco se acreditó que hubiera participado de manera violenta en el evento, lo que conlleva a esta instancia a confirmar la decisión de primera instancia frente a la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada, no prosperando los argumentos del recurso frente a la configuración de la responsabilidad.

3.4.3- De la liquidación de perjuicios

3.4.3.1 Perjuicios inmateriales

Procede la Sala a resolver el recurso de alzada de la parte actora, centrando su inconformismo en el quantum indemnizatorio de los perjuicios morales y del daño a la salud al considerar que el riesgo y probabilidad de resultado catastrófico en la integridad de la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ es superior a los perjuicios reconocidos y la entidad demandada arguye que en el presente asunto no se comprobó **ningún daño a la salud, ni afectación moral** objeto de resarcimiento a favor de los demandantes.

Conforme a los planteamientos de los recursos, destaca la instancia que tal como lo ha señalado en múltiples oportunidades la jurisprudencia del órgano de cierre²², para el reconocimiento de los perjuicios morales solo basta acreditar lo siguiente: *"la prueba de parentesco o de la relación marital, **para inferir la afectación** moral de la víctima, del cónyuge y de los parientes más cercanos según corresponda."*

Criterio que corresponde a la posición aceptada por la jurisprudencia del Consejo de Estado que a su vez definió algunas reglas que sirven de parámetros a la actividad judicial, la primera de ellas, es que las presunciones de sufrimiento o aflicción se dan respecto a las lesiones de bienes jurídicos tutelados como la vida **o la integridad física** y no a los derivados de pérdida de bienes materiales²³ y la segunda respecto de la tasación del reconocimiento determinado mediante la **sentencia de unificación**, en la cual se fijó los topes indemnizatorios a reconocer en caso de lesiones corporales.

De igual manera, el Consejo de Estado²⁴ precisó el **concepto del daño a la salud**, como aquel: *"perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión*

²² Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 13 de junio de 2016. Radicación número: 73001-23-31-000-2009-00482-01(41004). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Ver también sentencias del 10 de agosto de 2016. Radicación número: 54001-23-31-000-2009-00041-01(41407). C.P.: Hernán Andrade Rincón; 05 de marzo de 2015. Radicación: 050012331000200403617-01 (37310). C.P. Ramiro Pazos Guerrero y 10 de diciembre de 2014. Radicación: 760012331000199801162 01 (34270). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero ponente Ooctor. RICARDO HOYOS DUQUE, sentencia de **18 de marzo de 2004**, expediente (14589), Actor: Jorge Enrique Osorio Reyes, demandado: Caja De Retiro de las Fuerzas Militares.: "A propósito de los daños morales, la doctrina ha considerado que éstos son "esos dolores, padecimientos, etc., que pueden presentarse solamente como secuela de los daños infligidos a la persona. Que no son entonces daños propiamente dichos, y que por otra parte, constituyen un sacrificio de intereses puramente morales, que justifican una extensión del resarcimiento, esta vez con función principalmente satisfactoria". No obstante, la Sala ha adoptado un criterio más amplio, para considerar que hay lugar a indemnizar todo perjuicio moral, sin importar su origen, como el derivado de la pérdida de bienes materiales o el causado con el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, siempre que, como sucede en relación con cualquier clase de perjuicios, aquellos sean demostrados en el proceso..." - Subraya del Tribunal-.

²⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 28 de agosto de 2014.Exp.: 31172. M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo."

De lo destacado, resulta claro que la tasación de los perjuicios de carácter extrapatrimonial, bien sea en la modalidad de daño moral o daño a la salud, dada su especialidad, no puede ser sino de **naturaleza compensatoria**, razón por la cual, corresponde al operador judicial, con fundamento en su prudente juicio y en eventos como el acaecido, cuando se **carezca de pruebas que acrediten la incapacidad médico legal o el porcentaje de pérdida de capacidad laboral**, establecer el valor que corresponda, para cuyo propósito debe tener en cuenta la naturaleza y la **gravedad de la aflicción** y sus secuelas, de conformidad con lo que se encuentre demostrado en el proceso²⁵.

Además, en la unificación jurisprudencial también se precisó que el daño no requiere necesariamente de la existencia del porcentaje certificado de incapacidad, esto es, la cifra estimada por las juntas de calificación **para estimar la gravedad del daño** o que constituya una alteración grave de las condiciones de existencia, por lo que concluyó que el **daño a la salud implica una noción más amplia** que se define: "(...)en términos de alteración psicofísica que el sujeto no tiene el deber de soportar, sin importar su gravedad o duración y sin que sea posible limitar su configuración a la existencia de certificación sobre la magnitud de la misma"²⁶.

En concordancia con lo indicado, esta instancia debe advertir que en el *sub examine*, tal como lo refirió la decisión de primera instancia, el reconocimiento y tasación de los perjuicios a favor de los demandantes, tuvo en cuenta la **sentencia de unificación** del 28 de agosto de 2014²⁷, previsiones que no constituyen una tarifa legal para acreditar la magnitud de la lesión en el marco de la congoja o aflicción, por lo que, ante su ausencia podía tenerse en cuenta

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia del 10 de agosto de 2016. Expediente 37.040- CP Hernán Andrade Rincón. En otro pronunciamiento de la Subsección en sentencia de 13 de noviembre de 2013, Exp. 34.205

²⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 28 de agosto de 2014. Exp. 28804, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

²⁷ Consejo de Estado- Sala Plena – Sección tercera- Sentencia de Unificación SU del 28 de Agosto de 2014, radicado 50001231500019990032601 (31172), O. Valle.

cualquier **otro medio probatorio** que permita determinar la aflicción por la gravedad o levedad del daño.

De allí que la A- quo no sobrepaso, ni se limitó en los baremos definidos por la posición unificada del Consejo de Estado, teniendo en cuenta que la decisión valoró las atenciones médicas iniciales (fls. 24 a 34), las evaluaciones de psicología (fls. 41-43) y el examen médico legal denominado dictamen de lesiones personales (fl. 44), suscrito por el Médico General de la E.S.E de Ventaquemada de fecha 21 de octubre de 2013, frente a la incapacidad definitiva de 15 días con secuelas permanentes en el rostro de la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ, encontrándose acorde con los criterios de unificación siendo procedente confirmarla en tales aspectos al no existir prueba diferente que acredite una magnitud mayor del daño padecido por la víctima MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ, para modificar el quantum de manera superior a la reconocida en la sentencia de primera instancia.

3.4.3.2 Perjuicios materiales

Ahora bien, en la demanda se reclamó el reconocimiento de perjuicios materiales (fl. 11), relacionados con los gastos en que incurrió la demandante y que corresponde a otro objeto de apelación por la demandada (fl. 349) al disentir con la sentencia de primer grado, en la medida que reconoció tres (3) meses del pago por la labor que tuvo que contratar la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ, para seguir con el negocio de fabricación y venta de arepas, enfatizando que el dictamen de lesiones personales practicado el 21 de octubre de 2013 arrojó como resultado una incapacidad definitiva de 15 días, sin que la parte demandante acreditara una incapacidad para laborar por más tiempo.

Teniendo en cuenta la manifestación de la recurrente demandada, esta instancia considera relevante destacar que el Consejo de Estado²⁸ ha reiterado que para el reconocimiento del perjuicio material en la modalidad de daño emergente, es necesario se acredite con cualquier medio de prueba *"los valores que efectivamente empobrecieron a la víctima o que éstos debieron sufragar como consecuencia de la ocurrencia del hecho dañoso y del daño mismo"* y una

²⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. sentencia del 21 de julio de 2016. Radicación número: 19001-23-31-000-2002-01236-01(43622). C.P.: Guillermo Sánchez Luque. Ver también sentencia de la Subsección A de fecha 14 de septiembre de 2016. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01825-02(34349) B. C.P.: Hernán Andrade Rincón.

vez acreditado el gasto, el capital histórico se actualiza sin más reconocimientos²⁹.

Concordante con lo anterior y aunque en el plenario efectivamente reposan recibos y constancias de pago a folios 60 a 66, mediante las cuales la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ pagó a favor de la Señora DIANA MARCELA OTALORA la suma de Ochocientos diez mil pesos (\$810.000), por concepto de sueldo mensual por la actividad en la fabricación de arepas en el local de propiedad de la demandante que se ratificaron con el interrogatorio y testimonio rendido (fl. 311- audio), no obra prueba solemne³⁰ de la relación laboral o contractual que permita establecer con certeza la actividad y obligaciones pactadas por las partes.

Sin embargo, con el registro de cámara de comercio (fl. 57) y la liquidación general del año gravable 2012 (fl. 59), se encuentra probado que la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ, era la propietaria de un establecimiento comercial denominado "*Arepería la playita*", ubicado en el sector de tierra negra del Municipio de Ventaquemada, que como consecuencia de la lesión sufrida el 20 de agosto de 2013 le implicó asumir gastos para continuar con el funcionamiento del negocio.

No obstante esta instancia considera que efectivamente con el examen médico legal denominado dictamen de lesiones personales (fl. 44), suscrito por el Médico General de la E.S.E de Ventaquemada de fecha 21 de octubre de 2013, se puede determinar que la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ, tuvo que sustraerse de su actividad laboral por un lapso único de quince (15) días siendo procedente el reconocimiento del daño emergente en la medida que sufragó gastos por ese tiempo, no obrando prueba diferente o conjunta que permita a la Sala inferir que la víctima tuvo una pérdida de capacidad laboral debidamente acreditada diferente a la determina en dicho dictamen médico legal.

Lo anterior se corrobora por el análisis doctrinal que asume elementos de la jurisprudencia del Consejo de Estado³¹, en el entendido de señalar que la prueba de la incapacidad laboral temporal o definitiva es el dictamen de la junta

²⁹ Ver la sentencia 13300 de 2001

³⁰ Artículo 25 de la Ley 50 de 1990.

³¹ Sentencia 29338 de 2015

de Calificación de Invalidez que a través del porcentaje señala cual fue la pérdida laboral y las consecuencias de la lesión sufrida; sin embargo en el asunto en estudio, tal como fue recalcado, **no fue allegada por la parte interesada** pese a que en las diferentes valoraciones médicas y de psicología le indicaron a la Señora MARTHA ARELIS FARFAN JIMENEZ que debía iniciar el proceso médico para verificar las posibles secuelas, pérdidas laboral y ocupacional, carga probatoria que no fue aportada, limitándose allegar el examen médico legal, por lo que esta Sala debe valorar lo allegado únicamente.

En tal sentido, acogiendo el criterio contenido en la providencia del 9 de febrero de 2012 de la **sala plena**³² del Consejo de Estado, en la cual se señaló que el juez de segunda instancia está facultado para **modificar o corregir lo relativo a las condenas por perjuicios morales, materiales o cualquiera otro**, aunque el objeto del recurso de apelación interpuesto por quien apela sea que se revoque integralmente la sentencia de primera instancia, destacando para el efecto el siguiente aparte:

"(...) sucede en los casos en los cuales el recurrente solicita que se revoque el fallo, porque aduce que no es responsable del daño que se le imputa y en segunda instancia se considera que sí es responsable, pero que hay lugar a una reducción de la indemnización, por considerar que la víctima también contribuyó a la causación del daño, o se aprecia que no está demostrado uno o algunos de los daños cuya indemnización se reclama, o que en la liquidación del mismo se incurrió en errores que afectan al apelante único, como ocurrió en el caso concreto.(...)"

Conforme a lo anterior, esta instancia procede a modificar el reconocimiento del perjuicio material en la modalidad de daño emergente, reconociendo únicamente los quince (15) días de la incapacidad médico legal definitiva (fl. 44) que fue lo debidamente probado, por lo que en la liquidación se toma el valor cancelado por la víctima a favor de la Señora DIANA MARCELA OTALORA, esto es la suma de Ochocientos diez mil pesos (\$810.000), por concepto de sueldo mensual como consecuencia de la actividad en la fabricación de arepas en el local de propiedad de la demandante, valor que se actualizara, tomando como histórico

³² Ponencia de la Consejera RUTH STELLA CORREA PALACIO- radicado 0500123266000199402321-01 (20.104). Posición retomada en la Sentencia - sección tercera- del 18 de febrero de 2016- radicado **25000-23-26-000-2002-02367-01(33553)- Ponencia DANILO ROJAS BETANCOURTH: 3.2.2.3.6. (...) Lo dicho constituye una reafirmación de la regla general deducida por la Sala, conforme a la cual la competencia del juez de segunda instancia está limitada a los aspectos que señale el recurrente, pero es además, una precisión sobre los límites de esa competencia, que no pueden quedar reducidos únicamente a la revisión de las razones señaladas por el recurrente, con omisión del deber constitucional del juez de aplicar la ley y, en todo caso, de atender el propio interés del apelante, que si bien en principio está dirigido a obtener la satisfacción plena de su pretensión**

el IPC de la fecha de los hechos³³ y el final la fecha de la Sala³⁴ y que arroja el siguiente resultado:

ACTUALIZACION RENTA	
RENTA HISTORICA	\$ 810.000,00
INDICE INICIAL (hechos- 08/2013)	113,89
INDICE FINAL (sala- ipc 11/2017)	138,071
RENTA ACTUALIZADA (Mensual)	\$ 981.978,31
Valor a reconocer (15 días)	\$ 490.989,16

3.4.4.- Condena en costas segunda instancia

Como quiera que los argumentos deprecados por la recurrente demandada prosperaron parcialmente y la parte demandante se pronunció en esta instancia a través de los alegatos de conclusión, la Sala se abstendrá de condenar en costas en segunda instancia conforme a lo previsto en el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P.

VI. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 30 de Junio de 2016 por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, el cual quedara así.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, condenar a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional a reconocer y pagar a favor de la Señora MARTHA ARELIS FARFÁN JIMENEZ, en condición de víctima directa la suma de Cuatrocientos noventa mil novecientos ochenta y nueve pesos (\$ 490.989), por concepto de perjuicios materiales conforme los parámetros expuestos en la parte motiva de la providencia.

Segundo: En lo demás **CONFIRMAR** la sentencia recurrida.

Tercero: Sin condena en costas en segunda instancia.

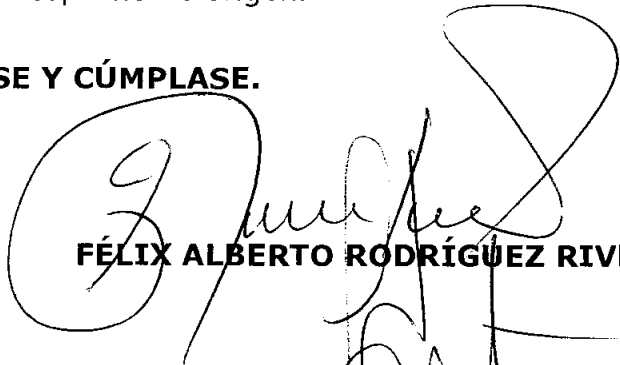
³³ Agosto 20 de 2013
³⁴ Sala 16 de noviembre de 2016

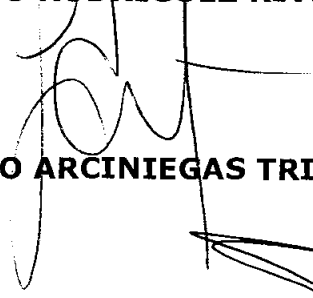
Cuarto: Aceptar la sustitución de poder al profesional del derecho ERIC MAURICIO GARCIA PUERTO, portador de la Tarjeta Profesional 102.178 CSJ, en los términos del memorial visto a folio 393.

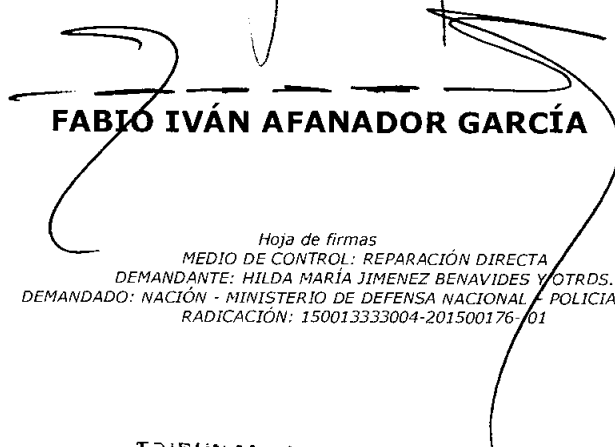
Quinto: Abstenerse de reconocer poder a la Abogada NANCY ALEJANDRA SANDOVAL SARMIENTO (fl. 395), por no acompañar el memorial con los requisitos que convaliden la calidad del representante legal o judicial de la entidad demandada.

Sexto: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS


LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA


FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Hoja de firmas
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: HILDA MARÍA JIMENEZ BENAVIDES Y OTROS.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL
RADICACIÓN: 150013333004-201500176- 01

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ**
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
a la 191 de hoy 20 NOV 2017