

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 096

Santiago de Cali, junio 21 de dos mil diecisiete (2017).

Medio de Control	Reparación Directa
Radicación	76001333300520150025200
Demandante	MARÍA FERNANDA ORTIZ Y OTROS
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL POLICÍA NACIONAL
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÀLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de reparación directa, instaurado a través de apoderado judicial, por la señora María Fernanda Ortiz, en nombre propio y en representación de sus dos menores hijos Veiker Fernando Ortiz y Alix Mariana Ortiz, en contra de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional– Policía Nacional.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

1.1. Que se declare administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional por los presuntos perjuicios materiales y morales causado a los demandantes, producto de la lesión padecida por la señora María Fernanda Ortiz en junio 16 de 2013, por la presunta falla en el servicio de la entidad demandada.

1.2.- Que como consecuencia, condenar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional a reconocer y pagar a los actores los siguientes perjuicios:

1.2.1. Perjuicios Materiales

1.2.1.1. Que se pague a la señora María Fernanda Ortiz los daños emergente y lucro cesante que se prueban dentro del proceso, dejados de percibir en la actividad económica de mesera y auxiliar doméstica, desde la fecha de la lesión hasta el resto posible de vida.

1.2.1.2. DAÑO A LA VIDA RELACIÓN

Que se pague a la señora María Fernanda Ortiz y a los menores Veiker Fernando Ortiz y Alix Mariana Ortiz, la suma de 50 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, en su condición de víctima directa e hijos, respectivamente.

1.3. PERJUICIOS MORALES

Que se pague a la señora María Fernanda Ortiz, y a los menores Veiker Fernando Ortiz Y Alix Mariana Ortiz, la suma de 50 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, en su condición de víctima directa e hijos, respectivamente, por la tristeza que se les ha ocasionado por la invalidez de la primera de ellos.

Lo liquidado en aplicación de los artículos 192 de la Ley 1437 de 2011.

2. HECHOS DE LA DEMANDA

Los **HECHOS** expuestos en la demanda se resumen así:

2.1. Dice el apoderado de la parte demandante, que en junio 16 de 2013, en horas de la tarde, la joven María Fernanda Ortiz, se encontraba cerca de su residencia en compañía de Brayan Estiven Murillo Hinojosa y su señora madre Yamileth Ortiz, cuando llegaron al sector del asentamiento de Comuneros 1 de la ciudad de Cali, uniformados de la policía nacional adscritos a la estación de policía el vallado, iban persiguiendo a un prófugo y realizaron varios disparos con su arma de dotación oficial y en la persecución impactaron un proyectil en el hombro derecho de la joven María Fernanda Ortiz, por lo que fue trasladada al Hospital Isaías Duarte Cancino.

2.2. Informa que la demandante presentó la respectiva denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, quedando radicado con el Spoa No. 760016000194201302312, la cual fue remitida por competencia al Juzgado 145 de Instrucción Penal Militar, bajo radicado IP. 470.

2.3. Aduce que la joven María Fernanda Ortiz fue remitida por el Juzgado 145 de Instrucción Penal Militar al Instituto de Medicina Legal, con el fin de determinar las secuelas del impacto.

2.4. La lesionada al momento de la lesión trabajaba como mesera en un restaurante y como auxiliar doméstica, devengando la suma de \$ 660.000. Agrega que la demandante le encantaba divertirse sanamente, hacer deporte, acudía a paseos, bailes con su grupo familiar, sin embargo a raíz de las lesiones debió soportar un inmenso dolor físico y moral, viéndose además afectada su grupo familiar.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Enuncia como fundamentos de derecho los artículos 1, 2, 4, 6, 11, 22, 90, 93, 2016, 217, 218 y 365 de la Constitución Política, Decreto 1355 de 1970, artículos 4, 8 del Pacto Internacional de los Derechos Políticos y Sociales de las Naciones Unidas de la Convención Americana de Derechos aplicables al país como la Ley 74, Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, Resolución No. 9960 del 13 de noviembre de 1992.

4. RAZONES DE DEFENSA

La apoderada de la **Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional**, se opone a las pretensiones de la demanda, ya que en su sentir en el proceso no se han demostrado todos los elementos necesarios para atribuir responsabilidad al Estado en cabeza de la entidad demandada.

Indica que las pretensiones de la demanda son desproporcionadas con el grado de disminución de la capacidad laboral de la demandante.

Refiere que los hechos narrados en la demanda no se encuentran debidamente probados, por cuanto no se demuestra que la lesión ocasionada a la víctima haya sido producida por los policiales, sino por el posible hecho o acción de la guerra de pandillas locales.

Aduce que el apoderado de la parte demandante no aporta realidades concretas sobre las circunstancias de tiempo, modo lugar en que ocurrieron los hechos.

Concluye manifestando que no se ha demostrado que la Policía Nacional causó los daños alegados, rompiendo el nexo de causalidad, ya que se está frente al eximente de responsabilidad denominado hecho de un tercero.

Finalmente propone las excepciones inexistencia de falla en el servicio – ausencia de pruebas que demuestren la responsabilidad de la entidad demandada requisitos responsabilidad civil extracontractual del estado.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

5.1. La apoderada de la parte demandada presentó los alegatos de forma extemporánea, según constancia visible a folio 164 del cuaderno No. 1.

5.2. El apoderado de la parte demandante realiza una valoración pormenorizada de todo el material probatorio recaudado en el presente asunto, en especial las declaraciones existentes, para concluir sin duda alguna que la entidad demandada es la única responsable del daño antijurídico causado a los demandantes y por ello reitera, se debe condenar a la misma al pago de los perjuicios solicitados en el acápite de pretensiones de la demanda.

5.3. Agente del Ministerio Público: No conceptuó.

6. CONSIDERACIONES

6.1. TRÁMITE PROCESAL

Mediante proveído N° 880 de octubre 06 2015¹, se admitió la presente demanda al cumplir con los requisitos legales para ello. Posteriormente, la misma fue notificada a la entidad demandada y demás sujetos procesales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA².

Vencidos los respectivos términos de traslado, se convocó a audiencia inicial, la cual se llevó a cabo en noviembre 23 de 2016, saneando el proceso, fijando el litigio y decretando las pruebas pertinentes solicitadas por las partes³.

Finalmente se llevó a cabo audiencia de pruebas⁴ en la cual se recaudó la totalidad del material probatorio decretado.

Una vez concluida la audiencia de recaudo de pruebas, a través del auto 069 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para

¹ Folios 43-44 Cuaderno No. 1

² Folios 37-42 Cuaderno No. 1

³ Folios 119-121 Cuaderno No. 1

⁴ Folios 139-142; 144-145; 152-153 Cuaderno No. 1

que rindiera concepto sobre el particular⁵, quedando el proceso a despacho para emitir la presente decisión de mérito.

6.2. DECISIÓN DE EXCEPCIONES DE MERITO:

Por confundirse con el fondo del asunto, los medios exceptivos propuestos por la apoderada de la entidad demandada serán resueltos en el desarrollo de la presente providencia, sin ser necesaria su individualización.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control y teniendo en cuenta la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial, debe el Juzgado determinar, sí es responsable administrativa y extracontractualmente la entidad demandada, con ocasión de los hechos acaecidos en junio 16 de 2013 en donde resultó herida señora María Fernanda Ortiz por un proyectil de arma de fuego a nivel de su hombro derecho mientras presuntamente Agentes de la Policía llevaban a cabo una persecución policial.

8. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a: **i)** realizar un análisis sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, el daño antijurídico y su imputabilidad al mismo; **ii)** estudiar la responsabilidad objetiva que se deriva del riesgo excepcional generado por el uso de armas de dotación oficial; **iii)** efectuar un análisis del acervo probatorio; y, **iv)** con base en éste, determinar si en el **caso concreto**, a los demandantes les asiste o no el derecho reclamado.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO – DAÑO ANTIJURÍDICO E IMPUTABILIDAD.

Como primera medida, obligatorio es recordar que el artículo 90 de la Constitución Política, establece un principio general de responsabilidad patrimonial extracontractual en cabeza del Estado, principio que a su vez está fundamentado en la noción de daño antijurídico, (entendido éste como aquel que la víctima no tiene la obligación de soportar) y la imputabilidad del mismo al Estado.

⁵ Folio 152-153 Cuaderno No. 1

Cada uno de los títulos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, valga decir, *falla del servicio*, *riesgo excepcional* y *daño especial*, emanan de actuaciones estatales diferentes, y por ende se desarrollan de distinta forma y poseen reglas y requisitos distintos para su configuración, y que cada una de estas formas mediante las cuales se desarrollan estos títulos de imputación, constituyen los denominados regímenes de imputación, que bien pueden ser subjetivos, subjetivos en los que se presume la falla del servicio, objetivos.

El régimen subjetivo por falla del servicio

Como su nombre lo indica, la responsabilidad se sustenta en las obligaciones que adquiere el Estado ante la sociedad, cuyo contenido obligacional se predica de la actividad funcional que desarrollan los servidores públicos, con sustento en el artículo 6 de la Carta Política, que señala:

Artículo 6°. Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En tal sentido, el hecho constitutivo de falla del servicio, se presenta por no funcionar o funcionar deficientemente. Al respecto el Consejo de Estado ha definido⁶:

“(...) Respecto de la falla del servicio probada ha de decirse que ésta surge a partir de la comprobación de haberse producido como consecuencia de una violación – conducta activa u omisiva – del contenido obligacional determinado en la Constitución Política y en la ley a cargo del Estado, lo cual, como ya se dijo, constituye una labor de diagnóstico por parte del juez, de las falencias en las que incurrió la Administración y que implica un consecuente juicio de reproche. Por su parte la entidad pública demandada solo podrá exonerarse de responsabilidad si prueba que su actuación no constituyó una vulneración a ese contenido obligacional que le era exigible, es decir, que acató los deberes a los que se encontraba obligada – positivos o negativos – o, si demuestra que medió una causa extraña: fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima, o hecho también exclusivo y determinante de un tercero (...)”

Como el Estado actúa a través de servidores públicos, es indispensable entonces establecer desde el punto de vista probatorio que el autor del daño actuó de manera dolosa o culposa y esa carga en principio le asiste al afectado con el hecho generador del daño, sin perjuicio de establecer eventuales causales de exoneración de responsabilidad por parte de la entidad demandada. Solo existirá responsabilidad cuando esta sea fallida, tardía, imprudente, irregular, valga decir, reprochable; razón por la cual, el elemento esencial para establecer

⁶ Expediente No. 26855. Radicación No. 200003226 Sección Tercera Subsección A. Consejero Ponente HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Demandante MARÍA DEL MAR ESCORCIA ORDOÑEZ Y OTROS

responsabilidad, cuando estamos frente al régimen subjetivo, es la estructuración de la culpabilidad, por parte del agente estatal bajo el título de *falla en el servicio*.

8.2. El régimen objetivo

Es aquel en el cual no se evalúa la conducta estatal para determinar su responsabilidad, sino que lo determinante es el daño y su antijuridicidad, siendo atribuible a los títulos de imputación de daño especial y riesgo excepcional.

8.2.1. Daño especial

Se predica de aquellas actuaciones lícitas de la Administración que eventualmente pueden originar daño a los administrados, y en tal sentido es indemnizable el perjuicio que se llegare a causar.

Al respecto, la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado ha definido la responsabilidad con fundamento en la teoría de la igualdad frente a las cargas públicas que deben tener los gobernados, quienes se pueden ver expuestos a ciertos sacrificios o cargas que por equidad y justicia distributiva igualmente deben ser resarcidos, en la siguiente forma⁷:

“(...) Responde el Estado a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando al obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la naturaleza de los poderes y sus actuaciones del Estado, equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado (...)”

La doctrina en tal sentido ha precisado a propósito de la jurisprudencia en mención⁸:

“(...) En la responsabilidad extracontractual por daño especial, dos son los factores esenciales que deben siempre coexistir: la plena o absoluta legalidad de la actuación administrativa y el rompimiento de la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas.

“(...) La responsabilidad administrativa de los entes públicos por el llamado daño especial, tiene origen cuando la entidad en ejercicio legítimo de su actividad irroga daño o perjuicio a cualquier persona, de forma tal que sobrepasa o supera el ocasionado a los demás; vale decir, que con su comportamiento se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas (...)”

“A manera de síntesis, para que pueda hablarse de responsabilidad administrativa por daño especial, es indispensable la concurrencia de los siguientes requisitos tipificadores de la figura, a saber:

“a) Que se desarrolle una actividad legítima de la Administración;

⁷ Sentencia de octubre 28 de 1976. Consejero Ponente JORGE VALENCIA ARANGO.

⁸ Ver Blog Jurídico sobre el tema de ALEX CASTAÑO. alexiure.wordpress.com/2012/05/27/los-titulos-de-imputacion-de-dano-especial-y-riesgo-excepcional/

- “b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona;
- “c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la Ley y a las cargas públicas;
- “d) El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los administrados;
- “e) Debe existir nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado, y
- “f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la Administración.

“Se trata, entonces, de una responsabilidad objetiva dentro de la cual demostrado el hecho, el daño y la relación de causalidad entre uno y otro se produce la condena, teniendo en cuenta, eso sí, que se presenten los demás elementos tipificadores de este especial régimen (...)”

8.2.2. Riesgo Excepcional

También es de elaboración jurisprudencial y su evolución nos muestra a la responsabilidad del Estado cimentadas en el riesgo excepcional o hecho de las cosas, al no encontrar en la tesis de falta o falla del servicio un soporte suficiente para su decisión. Inicialmente, precisó la jurisprudencia⁹:

“(...) El caso en estudio corresponde precisamente a uno de los varios eventos que comprende la responsabilidad sin falta, el denominado por algunos expositores riesgo excepcional. Tiene ocurrencia cuando el Estado, en desarrollo de una obra o servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a “un riesgo de naturaleza excepcional” (Laubadere) el cual, dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia del servicio público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la Administración, así no haya habido falta o falla del servicio.

Con posterioridad, el Consejo de Estado ha precisado¹⁰:

“(...) Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un ‘riesgo de naturaleza excepcional’ que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio (...)”

“(...) El riesgo excepcional o de naturaleza especial es otro de los campos en los cuales se desenvuelve el régimen de la responsabilidad objetiva del Estado, en el que no entra a jugar papel alguno el concepto de la falla del servicio y que sólo permite como exoneración de responsabilidad, la demostración, por parte de la entidad oficial demandada, de la fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero. Tampoco aquí se tiene como factor liberatorio el caso fortuito (...)”

Se fundamenta esta teoría también en el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas y se presenta en los casos en que el Estado en la

⁹ Con ponencia del doctor EDUARDO SUESCUN MONROI en el año 1984

¹⁰ Sentencia febrero 20 de 1989. Expediente No. 4655. Consejero Ponente Doctor ANTONIO J. DE IRRISARRI RESTREPO

elaboración de una obra pública o en la prestación de los servicios a su cargo, se vale de ciertos recursos que aunque necesarios para el trabajo, sitúan a los administrados bajo un riesgo especial o particular el cual es superior o mayor al que normalmente se está obligado a tolerar; cuando esto suceda es deber del estado indemnizar los perjuicios que cause y esto como contrapartida de las ventajas obtenidas por las obras realizadas o servicios prestados¹¹.

Se concluye entonces que las condiciones requeridas para estructurar dicha modalidad de responsabilidad por la producción de un daño indemnizable son:

- El desarrollo de una obra o actividad de servicio público;
- El empleo por parte de la administración de recursos o medios que coloquen a los administrados o a sus bienes en una situación de quedar expuestos a un riesgo, que dada su gravedad excede las cargas que normalmente deben soportar los ciudadanos, como contrapartida de las ventajas que reportan de la actividad o servicio;
- La realización o materialización del riesgo creado por la administración se realiza, esto es, se materializa, se produce un daño indemnizable.

8.2.2.1. Ejercicio de actividades peligrosas

Cuando ante esta Jurisdicción se debate la responsabilidad estatal derivada de daños causados por el ejercicio de actividades peligrosas por parte del Estado, como lo puede ser el uso de armas o de vehículos de dotación oficial, ha sido reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado, en determinar que resulta aplicable al caso la teoría del “*riesgo excepcional*” como título de imputación.

Bajo este título, corresponde al Estado asumir la reparación de los perjuicios causados a quienes hayan resultado afectados por la utilización de elementos de naturaleza riesgosa, como lo son las armas de fuego, instrumentos que son utilizados para el ejercicio de sus funciones y prestación del servicio por algunas autoridades públicas, como son la Policía Nacional y el Ejército Nacional, por nombrar algunos ejemplos.

¹¹ Ver nuevamente Blog Jurídico sobre el tema de ALEX CASTAÑO. alexiure.wordpress.com/2012/05/27/los-titulos-de-imputacion-de-dano-especial-y-riesgo-excepcional/

Por tratarse de un régimen de responsabilidad objetivo, según se indicó con anterioridad, quien acude a la jurisdicción pretendiendo el reconocimiento de responsabilidad estatal, le corresponde acreditar la existencia del daño y la imputación del mismo a la entidad pública demandada, sin que sea necesario analizar la licitud de la conducta desplegada por el agente.

A su turno, la entidad demandada sólo podrá exonerarse de la condena de responsabilidad, desvirtuando la misma por la ocurrencia de una causa extraña, como:

- i) El hecho exclusivo de la víctima;
- ii) La fuerza mayor o caso fortuito; y/o
- iii) El hecho exclusivo y determinante de un tercero.

No obstante lo anterior, debe precisarse que de acreditarse una falla en el servicio, debe el Juez decidir la situación concreta con fundamento en éste título de imputación y no en el de régimen objetivo bajo la égida del riesgo excepcional, así lo indicó el Consejo de Estado en los siguientes términos¹²:

“(…) En la actualidad, cuando se discute la responsabilidad del Estado por daños causados accidentalmente con el uso de armas de fuego, por regla general se aplica la teoría del riesgo excepcional; así, la Administración se hace responsable siempre que, en ejercicio de las funciones a su cargo, produzca un daño con ocasión de una actividad peligrosa o de la utilización de elementos de la misma naturaleza, como lo es la 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, pues se entiende que el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos peligrosos. (...) debe tenerse en cuenta que, aún en aquellos casos en los cuales concurran los presupuestos para proferir condena en contra del Estado con base en el título objetivo de imputación del riesgo excepcional, la Sala ha considerado que, cuando se configuren igualmente los elementos necesarios para deducir responsabilidad patrimonial de la entidad demandada con fundamento en la ocurrencia de una falla en el servicio que se encuentre suficientemente acreditada en el plenario, el carácter admonitorio y de reproche del actuar de la administración que la invocación de este título de imputación conlleva hace que la condena se profiera con fundamento en éste y no aplicando el régimen objetivo de responsabilidad.” (Se resalta)

Sobre el régimen de responsabilidad aplicable frente a la indemnización de perjuicios generados por el uso de armas de dotación oficial, la mencionada Corporación al reiterar su jurisprudencia manifestó¹³:

“(…) Ahora bien, la Sala ha estimado que en aquellos casos en los que se debate la obligación del Estado de indemnizar el perjuicio generado por la utilización de armas de dotación oficial, se debe aplicar el sistema objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional, toda vez que el Estado asume los riesgos a que expone a la sociedad con ocasión de la utilización de artefactos peligrosos o por el desarrollo de actividades de igual naturaleza. En tal sentido, para efectos de determinar la responsabilidad, resulta irrelevante el análisis de la licitud

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de abril de 2014, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicación número: 76001-23-31-000-2000-01498-01(29811).

¹³ Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección A, sentencia 14 de marzo de 2013, CP. Mauricio Fajardo Gómez. Radicación número: 41001-23-31-000-1994-07760-01(26078).

o ilicitud de la conducta asumida por los agentes estatales, como quiera que es suficiente para imputar el daño antijurídico, a título de riesgo excepcional, la demostración de que este fue causado por el artefacto o por la realización de la actividad peligrosa cuya guarda se encontraba a cargo del Estado. Sin embargo, éste podrá ser exonerado de responsabilidad demostrando que la imputación no existe o es apenas aparente, cuando el hecho ha tenido ocurrencia por la intervención de un elemento extraño: fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima (...)” (Se resalta)

En otro pronunciamiento el Consejo de Estado también precisó¹⁴:

“(...) En la actualidad, cuando se debate la responsabilidad del Estado por daños causados con el uso de armas de fuego de dotación oficial, por regla general se aplica la teoría del riesgo excepcional; en este sentido la jurisprudencia de la Sala ha señalado que la Administración debe responder siempre que produzca un daño con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, como lo es la 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, el D.A.S., o el Ejército Nacional, pues el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos peligrosos.

“(...) Ha sido reiterada la tesis de la Sala, según la cual en los eventos en que el daño es producido por las cosas o actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.), el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es ésta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen de responsabilidad del Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos posteriores a la expedición de la nueva Carta Política.

“En dichos eventos (daños producidos por las cosas o las actividades peligrosas), al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de una actividad riesgosa. Y la entidad demandada, para exculparse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero”. (Se resalta)

Se reitera entonces, que el estudio de responsabilidad extracontractual del Estado, en tratándose de perjuicios ocasionados con armas de dotación oficial –actividad de por si riesgosa-, por regla general deberá efectuarse bajo el título de imputación de riesgo excepcional, mediante el cual se atribuye una responsabilidad de carácter objetiva que para ser declarada requiere exclusivamente la acreditación de la existencia de un daño antijurídico y la imputación de este a la administración, demostrando su causación a través del artefacto peligroso que se encuentra a cargo del Estado, valga decir, el arma de dotación oficial.

9. ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD

Se considera que la responsabilidad está integrada por dos (2) elementos fundamentales, el daño y el título de imputación.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia del 27 de junio de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Radicación número: 41001-23-31-000-1998-00500-01(27626).

9.1. El daño

Es necesario aclarar que el daño debe tener el carácter de antijurídico; sobre este tema, el Consejo de Estado ha discurrido bajo el siguiente temperamento¹⁵:

“(...) El daño constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace inocuo el estudio de la imputación frente a la entidad demandada; esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril cualquier otro análisis, comoquiera que es el umbral mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

“Así las cosas, el daño se refiere a aquel evento en el cual se causa un detrimento o menoscabo, es decir, cuando se lesionan los intereses de una persona en cualquiera de sus órbitas, es “la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera”¹⁶

“(...) es pertinente señalar, que la constatación de éste no es suficiente para que se proceda a su indemnización; en efecto, el daño debe ser cualificado para que sea relevante en el mundo jurídico, por ello la Constitución Política en el artículo 90 señala que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Se resalta).

Sobre la antijuridicidad del daño, esta misma providencia puntualizó:

“(...) La antijuridicidad¹⁷ se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es “contrario a derecho”¹⁸, “es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad”¹⁹, ello se refiere a que se desconozca cualquier disposición normativa del compendio normativo, sin importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad del daño²⁰.

“En ese orden, la antijuridicidad puede ser estudiada en el plano formal y en el material: el primero de ellos se evidencia con la simple constatación de la vulneración a una norma jurídica, y el segundo se refiere a la lesión que se produce con esa vulneración, en los derechos de un tercero²¹, aspectos que deben estar presentes para que el daño sea indemnizable.

“Sin embargo, es preciso señalar que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también aquel que atenta contra un bien jurídicamente protegido, en palabras de Roberto Vázquez Ferreyra, “la antijuridicidad supone una contradicción con el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural. En esta formulación

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, C.P. Enrique Gil Botero. **Radicación número: 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590).**

¹⁶ ORGAZ Alfredo. El daño resarcible. 2ª Edición. Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires. Pág. 36. En ese mismo sentido VÁSQUEZ Ferreira Roberto en su obra Responsabilidad por daños. Ed. Depalma, Buenos Aires. Pág. 174 lo definió así: “El daño es la lesión a un interés jurídico.”

¹⁷ Término que ha sido aceptado por un sector de la doctrina como sinónimo de injusto, y en ciertos eventos de ilícito.

¹⁸ BUSTOS Lago José Manuel, Ob. cit. Pág. 45.

¹⁹ Nota del original: “Cfr. BUERES, A. J.: <<El daño injusto y la licitud>> op. Cit., p. 149. En el mismo sentido, entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO, G.: Derecho Penal. Parte General, op cit., p. 343: <<Para la determinación de la antijuridicidad resulta decisivo el ordenamiento jurídico en su conjunto>>”. BUSTOS Lago José Manuel. Ob. cit. Pág. 50.

²⁰ Sobre el concepto de daño antijurídico resulta ilustrativo, la breve reseña que sobre el mismo presentó, VÁSQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 128.: “En una primera aproximación, Compagnucci de Caso define a la antijuridicidad como “el acto contrario a derecho, considerado este último concepto como una concepción totalizadora del plexo normativo.”

“Gschnitzer entiende por antijuridicidad “una infracción de una norma, ley, contrato, ya norma expresa, ya atentado a la finalidad que la norma persiga o lesiones principios superiores”.

“En el campo penal, Mezger define la antijuridicidad –injusto- como el juicio impersonal- objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.”

²¹ BUSTOS Lago José Manuel. Ob. Cit. Pág. 51 a 52.

amplia caben los atentados al orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales del derecho y hasta el ejercicio abusivo de los derechos^{22,23} (...)”.

En síntesis, el daño objeto de reparación se configura cuando:

9.1.1. Tiene el carácter de antijurídico;

9.1.2. Se trasgrede un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento, y

9.1.3. Posee una connotación cierta, valga decir, que se pueda apreciar materialmente y no sea un simple supuesto;

Así, existe responsabilidad estatal cuando se configura un daño de carácter antijurídico, atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, y una vez verificada la ocurrencia de un daño de esta índole, surge el deber de indemnizarlo plenamente, siempre y cuando este sea imputable al Estado, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido.

9.2. Título de Imputación

Sobre la aplicación de los títulos de imputación, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha manifestado²⁴:

*“(...) En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 **no privilegió ningún régimen en particular, sino que 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 la adopción de 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 providencia (...)” (Se resalta).

²² Nota del original: “así lo expusimos en nuestra obra *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*, ED. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, p.67. Ver también Alberto Bueres en *El daño injusto y la licitud...*, ob. cit., p. 149, y Omar Barbero, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Edit. Astrea, Bs. As., 1977, p. 106.”

²³ VÁZQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 131.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección A, sentencia del 12 de marzo de 2014. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-00405-01(30648), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Así, será el juez quien en virtud de la aplicación del principio *iura novit curia*, determine en cada caso concreto el régimen de responsabilidad aplicable y por ende el título de imputación que deba emplearse.

Sobre la imputabilidad, basta mencionar que se trata del componente que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado, o en el caso concreto, a la Policía Nacional, para lo cual se itera, fueron creados los denominados títulos de imputación que deben ser empleados por el juzgador atendiendo las particularidades del caso concreto.

10. ANÁLISIS DEL ACERVO PROBATORIO.

De cara a las pruebas de este proceso, es menester indicar que fueron, decretadas y practicadas conforme a las reglas contenidas en el Código General del Proceso, entre noviembre 23 de 2016²⁵ y marzo 14 de 2017²⁶; por consiguiente, también deben ser valoradas de acuerdo a los parámetros fijados en dicha norma procedimental y no bajo los causes del Código de Procedimiento Civil.

Ello, teniendo en cuenta que con relación a la entrada en vigencia del Código General del Proceso, la Sala Plena del Consejo de Estado, en auto de 25 de junio de 2014²⁷, unificó su jurisprudencia, así:

“(...) para señalar que su aplicación plena en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como en materia arbitral relacionada con temas estatales, es a partir del 1º de enero de 2014, salvo las situaciones que se gobiernen por la norma de transición (...), las cuales se resolverán con la norma vigente al momento en que inició el respectivo trámite”.

Luego, en auto de fecha 6 de agosto de 2014, proferido por la misma Corporación –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera –Subsección C, C.P. Enrique Gil Botero, radicación: 88001-23-33-000-2014-00003-01 (50.408), precisó que: *“(...) i) aquellas situaciones procesales surtidas con fundamento en las normas del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con lo establecido en el artículo 267 del CPACA, en el lapso comprendido entre el 1º de enero de 2014 y el 25 de junio de 2014, se tendrán como situaciones jurídicas consolidadas y en consecuencia, se registrarán hasta su terminación por las normas con base en las cuales fueron adelantadas, según las reglas establecidas en el artículo 624 del C.G.P. (...)”.*

²⁵ Fecha de audiencia inicial (f. 119-121 cdno 1).

²⁶ Fecha de celebración de la audiencia de pruebas (f. 152-153 ib).

²⁷ Consejo Ponente: Enrique Gil Botero, radicación: 25000-23-36-000-2012-00395-01 (IJ), número interno: 49.299, demandante: Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A., y demandado: Nación –Ministerio de Salud y de la Protección Social.

De acuerdo con lo mencionado líneas arriba, *en el sub lite* las pruebas fueron decretadas y practicadas después del 25 de junio de 2014; en consecuencia, le son aplicables las ritualidades del Código General del Proceso, y por ende, en aras de garantizar el debido proceso, las pruebas deben valorarse conforme a los parámetros establecidos en esta codificación.

Así las cosas, el Despacho, en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá valor probatorio a la prueba documental que obra en el proceso en su gran mayoría en copia simple, y que surtidas las etapas de contradicción, no fueron cuestionadas en su veracidad por las partes, pues en virtud de lo dispuesto en el artículo 246 ibídem, los documentos allegados en copia tendrán el mismo valor probatorio del original, argumentación que igualmente es acorde con los planteamientos realizados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, a través de **sentencia de Unificación** de 28 de agosto de 2013, con ponencia del Consejero: Enrique Gil Botero, Radicación N° 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022)²⁸.

De acuerdo con lo anterior, los documentos aportados con la demanda y que en casi su totalidad reposan en copia simple en el expediente, a la luz del nuevo precedente jurisprudencial expuesto, prestan el suficiente valor probatorio y así serán valorados para tomar la presente decisión de mérito, incluido la totalidad de las pruebas documentales, peritajes declaraciones y testimoniales ordenados y practicados dentro del investigación penal radicado bajo el No. 760016000194201302312 adelantado por la Fiscalía General de la Nación, acumulada posteriormente con la indagación preliminar 470 adelantada ante la Juzgado 145 de Instrucción Penal Militar, donde se investigó la conducta punible de lesiones personales, siendo víctima la señora María Fernanda Ortiz.²⁹

²⁸ “Así las cosas, cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C.G.P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachen de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias.

Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales.”

²⁹ visible a folios 5 a 153 del cuaderno 2.

Se destaca que a pesar de que gran parte de esta corresponde a pruebas practicadas para otro proceso distinto al que aquí se adelanta, ello, por cuanto en el proceso primigenio fue practicada por la parte contra quien se aduce actualmente, esto es, la Policía Nacional, entendida como el Juzgado 145 de Instrucción Penal Militar Deval³⁰; lo anterior teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 174 del Código General del Proceso.

Se le dará valor probatorio al Informe Técnico Médico Legal (folio 3-4 cuaderno 2), ya que el mismo fue elaborado a solicitud de la Fiscalía General de la Nación – Cuerpo Técnico de Investigación, y decretado y solicitado por las partes como pruebas dentro del presente proceso, razón suficiente para podersele dar pleno valor probatorio.

Las fotocopias de los registros civiles de nacimiento de: María Fernanda Ortiz, Veiker Fernando Ortiz y Alix Mariana Ortiz³¹.

No obstante lo anterior, desde ya aclara el Despacho que la niña Alix Mariana Ortiz, no puede ser tenida en cuenta como víctima por las presuntas lesiones padecidas por la señora María Fernanda Ortiz, en tanto para la fecha de los hechos ésta no había nacido, es decir se acredita que nació en julio 08 de 2014 y los presuntos hechos se originaron en junio 16 de 2013.

Acta de audiencia de conciliación extrajudicial y certificación de trámite expedido por la Procuraduría 217 Judicial I Administrativa³².

Historias clínicas de la atención médica recibida por la señora María Fernanda Ortiz a través el centro asistencial Red de Salud del Oriente de fechas junio 16 de 2013³³.

Finalmente, se dará valor probatorio testimonio recepcionado por el Juzgado a la señora Yamileth Ortiz, cuya crítica se realiza a continuación.

Respecto a la lesión que la actora sufrió el día de los hechos, la parte demandante citó a la señora Yamileth Ortiz en aras que declare sobre los hechos, la relación de afectividad de la lesionada y su grupo familiar y cómo los afecto la lesión

³⁰ Sobre el valor de la prueba trasladada, cuando ésta es practicada por la Justicia Penal militar y se pretende aducir en contra de las entidades que constituyen la Fuerza Pública, ver sentencia del 12 de marzo de 2015, C.P. Hernán Andrade Rincón, Rad. 52001-23-31-000-2002-01265-01(30341).

³¹ Folios 22-24 Cuaderno No. 1

³² Folios 25-26 Cuaderno No. 1

³³ Folio 159 cuaderno No. 1

padecida por la señora María Fernanda Ortiz, a lo que la testigo menciona que en el momento de los hechos se encontraba a cerca del lugar y escuchó los disparos, viendo a los policías disparando su arma de fuego en aras de recapturar al presunto prófugo que iban persiguiendo, pero no vio quien disparó contra la humanidad de la señora María Fernanda Ortiz. Agrega que los únicos que tenían armas de fuego eran los policías.

Sobre el particular, la apoderada de la parte demandada, manifestó que no tenía ninguna pregunta, sin embargo solicitó que se tenga en cuenta el artículo 211 del C.G.P. relacionado con la tacha del testimonio.

Para decidir la tacha del testimonio, quedó acreditado que la señora Yamileth Ortiz presencié de forma directa los hechos objeto de demanda y funge como madre de la señora María Fernanda Ortiz, quien actúa como víctima directa en el presente asunto; no obstante, si bien es cierto que en virtud del artículo 211 del C.G.C., la señora Yamileth Ortiz se considera un testigo sospechoso, dado el vínculo familiar que la une con la demandante, no lo es menos que esa circunstancia, por si sola, no logra afectar la credibilidad o imparcialidad de sus dichos, toda vez que, éstos son coherentes y consistentes con el material probatorio allegado al expediente, aunado a que no se percibió en su contenido ánimo parcializado.

En declaración rendida por la señora Yamileth Ortiz sobre los hechos indicó:

“... Eran como las 4:30 a 5:00 de la tarde entonces yo estaba adentro de mi casa cocinando, entonces mi hija de nombre María Fenarda salió a la tienda a comprar un pañal y entonces en ese momento yo me asomo y veo que hay mucha policía uniformada y unos de civil que tenía un carnet con un cordón que decía policía creo que esos eran de la Sijin y de un momento a otro estos policías por capturar a un muchacho que le decían Dingo que se les soltó de donde lo tenían los policías empezaron a disparar con el fin de que callera o poderlo capturar y en esa mi hija María Fernanda se devuelve y cuando llega a mi casa y le pregunto qué fue lo que le pasó vi era q estaba sangrando y nos dimos cuenta de que la habían metido un tiro en el brazo derecho de inmediato un amigo en una moto de verla sangrando me la llevo al hospital Isaías Duarte Cancino para que me la atendieran y de ahí me la remitieron para hacerle unos exámenes al Carlos Holmes Trujillo, allí nos dimos cuenta que el tiro le había entrado por la parte derecha de la espalda y le había salido por la axila mejor dicho casi me matan mi muchacha eso fue todo y después de todo eso me entere de que también por ese hecho también salió herido un muchacho de nombre Brayan Steven Murillo. PREGUNTADO: Manifieste al despacho, cuando usted que observa que los policías disparan especialmente a quienes observó disparar, si a los policías uniformados o los policías que usted informa eran de la Sijin que se encontraban de civil. CONTESTO: Ambos los uniformados y los de civil, eso se escucharon muchos disparos. PREGUNTADO: Con base a su respuesta anterior puede usted manifestar cuantos disparos escucho cuando se presentaron los hechos. CONTESTO: Fueron muchos eso todo el mundo corría y trataba de esconderse y mi preocupación era mi hija. PREGUNTADO: Por favor informe al despacho, si a los uniformados les estaba disparando la persona que iban a capturar o en ese momento se presentó algún enfrentamiento entre pandillas CONTESTO: No hay solo disparó fue la policía que lo hacía para que callera al se las había soltado porque ya lo habían capturado. PREGUNTADO: manifiestes al despacho a que distancia se encontraba su hija con relación a su vivienda cuando se presentaron los hechos. CONTESTO: Creo q a unos 15 metros o menos PREGUNTADO: Por favor informe al despacho, cuando usted informa que se asomó y observó a unos policías uniformados y otros de civil que al parecer eran de la SIJIN y empezaron a disparar desde que lugar o ubicación de su casa los

observó. CONTESTO: Yo salí y vi todo desde la puerta de mi casa porque quise estar pendiente de mi hija PREGUNTADO: Informe al despacho cuales son las condiciones de seguridad del sector del barrio brisas de comuneros y si en ese sector se presenta presencia de pandillas y enfrentamiento entre estas. CONTESTO: Pues uno no debe mentir es una zona de invasión donde como en todos se presentan problemas de inseguridad pues pandillas no sé porque yo mantengo de mi trabajo a mi casa y desde que llevo ahí pues se presentan cosas pero no enfrentamiento entre pandillas. PREGUNTADO: Informe al despacho, si para la fecha de ocurrencia de los hechos constantemente usted escuchaba disparos o detonaciones en el lugar. CONTESTO: Pues no te podría decir porque yo mantengo por fuera de mi casa trabajando en casa de familia y llego muy tarde y pues no le sabría decir...”

Del material probatorio recaudado se puede establecer que en el presente asunto se encuentra probado lo siguiente:

- En junio 16 de 2013, en horas de la tarde en la calle 57 con carrera 33 de la ciudad de Cali, miembros de la policía, realizaron un operativo y a efectos de reducir y dar captura a un presunto prófugo, utilizaron sus armas de fuego, resultando herida en su hombro derecho, la señora María Fernanda Ortiz.

Que la señora María Fernanda Ortiz fue remitida al Hospital Carlos Holmes Trujillo quien prestaba el servicio de urgencia dentro de las instalaciones del Hospital Isaías Duarte Cancino para la fecha de los hechos, donde le brindaron atención médica (primeros auxilios).

Está probado que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses expidió una incapacidad médico legal provisional de 12 días en favor de la señora María Fernanda Ortiz, como consecuencia de la lesión padecida por los hechos ocurridos en junio 16 de 2013.

Sobre el particular, el Patrullero Rusbell González Quintero en su declaración obrante a folios 114 a 117 del cuaderno 2, expuso:

“...Para ese día estábamos de patrulla cuadrante 15-18 estábamos cubriendo el sector de invasión de Brisas de Comuneros durante el tercer turno, me encontraba en compañía del señor PT Gutiérrez Mosquera quien iba de tripulante ese día ya que yo estaba de conductor de la motocicleta, cuando íbamos realizando patrullaje en el sector de la Carrera 34 con calle 57 cerca de las 17:00 horas aproximadamente la central de radio nos impulsa un caso de apoyo de una unidad de la Sijin las cuales se encontraban realizando un procedimiento no sé si de captura u otro, al enterarnos del caso nos dirigimos a la carrera 33 con calle 58 donde se encontraban realizando el procedimiento, cuando llegamos al lugar donde estaban la unidades ya se habían presentado un enfrentamiento entre las pandillas del sector que son los Buenaventureños y los Haitianos y posteriormente la comunidad nos informa que el enfrentamiento que se había presentado era porque las pandillas se encontraban en el sector y estaban impidiendo el procedimiento que estaba realizando la Sijin y los demás compañeros de la UnipoL se encontraban de apoyo dentro de la invasión, ya posteriormente los heridos son trasladados al hospital Isaías Duarte Cancino en una camioneta de la UnipoL en el lugar donde se presentó el hecho tomamos los nombres de los dos funcionarios de la Sijin quienes nos manifestaron que se encontraban realizando un procedimiento pero no especificaron cual, dejo claro que mi compañero y yo no fuimos ni antes ni después del procedimiento que se realizó en el sector de la invasión de brisas de comuneros posteriormente nos dirigimos al hospital Isaías Duarte Cancino con el fin de obtener los generales de ley de las personas que habían resultado lesionadas en el procedimiento y a la finalizar nuestro turno se

realizó la anotación respectiva y se hizo a esa hora porque la conflictividad del sector no daba chance de ir hasta la estación para realizar la respectiva anotación para dejar el antecedente del caso PREGUNTADO: Por favor informe al despacho si momentos antes usted y su compañero fueron reportados por la central de comunicaciones sobre el caso de apoyo ustedes escucharon algún tipo de detonación o disparo en el sector CONTESTO: No, no escuchamos disparos o detonaciones PREGUNTADO: Por favor informe al despacho, si cuando usted llegó al lugar donde se había presentado el hecho aún se presentaban disparos o cual era la situación del lugar CONTESTO: Cuando llegamos al lugar ya no se estaban presentado disparos solamente la alteración de la ciudadanía con los funcionarios de la policía PREGUNTADO: Por favor informe a este despacho cual fue la información que usted y su compañero pudieron recopilar, referente a lo que había sucedido en el sector CONTESTO: Bueno cuando llegamos al sitio y pudimos hacer labores de vecindario con la comunidad nos manifestó un habitante del sector que los hechos se habían presentado porque los funcionarios de la policía judicial que se encontraban realizando el procedimiento los integrantes de las pandillas intentaron impedir el procedimiento y ahí en ese momento donde nos manifestó el ciudadano que se presentan el intercambio de disparos, informo al despacho que por la situación de desorden público de este sector la comunidad en algunos casos no suministra mucha información por miedo a las retaliaciones que pudieran tomar contra ellos PREGUNTADO: Por favor informe al despacho, cuando usted llegó al lugar de los hechos como se encontraban vestidos los funcionarios de la Sijin y si estos portaban algún elemento que los identificara como policías CONTESTO: Pues ellos se encontraban vestidos de civil pero tenían las escarapelas de la policía con su respectivo carnet, es lógico estuvieran así porque si ellos entran con cualquier prenda que los identifique como policías los compañeros avisan a los delincuentes para que huyan o se refugien en las viviendas del sector. PREGUNTADO: Por favor informe al despacho, cuál era la situación de orden público del sector conocido como la invasión de brisas de comuneros CONTESTO: El sector en ese tiempo era bastante delicado delinencialmente hablando por las pandillas que antes nombre habían en el sector las cuales se enfrentaban frecuentemente por disputas del sector y eran los que constantemente cometían hurtos y riñas que como saldo dejaban a varias personas heridas, era de lo más complicado del sector donde nos correspondía patrullar PREGUNTADO: Por favor informe al despacho, si por labores de vecindario usted pudo establecer que las dos personas que resultaron heridas en el procedimiento hacían parte de las pandillas mencionadas por usted anteriormente CONTESTO: No le sabría decir PREGUNTADO: Por favor informe al despacho, si la comunidad le informo a usted y su compañero si las personas lesionadas por arma de fuego fueron lesionadas antes o durante el enfrentamiento que se suscitó entre las pandillas antes mencionadas y los funcionarios de la Sijin CONTESTO: fue cuando se encontraban en el procedimiento unidades de la SIJIN según lo informado por la comunidad PREGUNTADO: Por favor informe al despacho, cual era las condiciones de iluminación y acceso al sector donde se presentaron los hechos CONTESTO: De iluminación eran buenas porque todavía era de día y el acceso al sector al sector donde ocurrieron los hechos era muy complejo porque era por callejones estrechos PREGUNTADO: Por favor informe al despacho, que unidad de policía se encontraba de servicio se encontraba de servicio de manera permanente, en el sector conocido como la invasión de brisas de comuneros de la ciudad Cali CONTESTO: El grupo de la Unipol constantemente enviaba unidades que se encontraban en el sector ayudando a controlar las situaciones que se presentaban en el sector ...”

Igualmente, sobre los mismos hechos el Patrullero Jeison Alexander Gutierrez Mosquera en declaración obrante a folio 118-123 cuaderno 2, manifestó:

“...Bueno lo que alcanzo a recordar para esa fecha que me indica el despacho es que ese día me encontraba realizando tercer turno de vigilancia en la estación de policía del vallado en compañía del señor PT. Gonzales Rustbell realizando labores de patrullaje y control de disuasión a la altura de la carrera 34 con calle 57 cuando de repente siendo aproximadamente las 17:00 la central de comunicaciones me reporta por radio de comunicaciones que me desplace al asentamiento o invasión brisas de comuneros al llegar al sitio indicado por la central de radio aproximadamente a la altura de la carrera 33 con calle 58 parte interna del mismo se observa varios efectivos de la Policía Nacional como son los grupos de Unipol, Emcar y Sijin desconociendo las labores que se encontraban realizando los policiales del a SIJIN en ese momento, los integrantes de la Unipol y el Emcar se encontraban realizando para ese entonces se encontraban desarrollando labores de control y disuasión de delitos. Cuando nos encontramos en el lugar tomo contacto con uno de los moradores del sector para preguntarle que se había debido a alteración del orden público del lugar me manifestó que se debió a intercambio de disparos entre dos grupos del sector denominados los Buenaventureños y los Haitianos y posteriormente entre estos y efectivos de la policía ya que se encontraban con sus armas esgrimidas por motivos de seguridad. Posteriormente las dos personas que se encontraron lesionados son evacuadas en un vehículo de la Unipol para uno de los centros asistenciales de la comuna para brindarles los primeros auxilios, creo que fue el hospital Isaías Duarte Cancino, el ciudadano que me informó los pormenores de lo sucedido me pidió

encarecidamente que no le pidiera los datos ya que temía por su vida por retaliaciones que pudiesen tomar la pandillas del sector en contra de su integridad, luego de esto me entreviste con funcionarios de la Sijin quienes me informaron brevemente que ellos estaban haciendo unas labores de campo en el sector y de un momento a otro se presentó intercambio de disparos entre pandillas del sector nos suministraron sus nombres, luego de esto mi compañero y yo nos dirigimos hacia el Duarte Cancino con el fin de tomar los generales de ley de las personas lesionadas y verificar su estado de salud, al finalizar el turno solicitamos al comandante de guardia que nos realizara la anotación en el libro de población sobre lo mencionado anteriormente PREGUNTADO: Por favor informe al despacho, si momentos antes de que usted y su compañero fueran reportados por la central de comunicaciones sobre el caso de apoyo, ustedes escucharon algún tipo de detonación o disparos en el sector CONTESTO: No, no señor PREGUNTADO: Por favor informe al despacho, si cuando usted llegó al lugar donde se había presentado el hecho aún se presentaban disparos o cual era la situación de lugar CONTESTO: Ya no se estaban presentando disparos pero había una fuerte algarabía por la comunidad del sector ya que si no estoy mal eso fue un festivo y había mucha gente departiendo afuera de sus casas y sumado a la alteración del orden público que se presentó PREGUNTADO: por favor informe a este despacho cual fue la información que usted y su compañero pudieron recopilar, referente a lo que había sucedido en el sector CONTESTO: Lo que indique anteriormente al despacho era que se había presentado un intercambio de disparos entre pandillas del sector y posiblemente policiales que se encontraba en calidad de apoyo que tenía sus armas esgrimidas eso es lo que manifestó en su momento la comunidad PREGUNTADO: Por favor informe al despacho, cuando usted llegó al lugar de los hechos como se encontraban vestidos los funcionarios de la SIJIN y si estos portaban algún elemento que los identificara como Policías CONSTETO: Ellos estaban de civil y tenían su respectiva escarapela de identificación, eran los dos funcionarios PREGUNTADO: Por favor informe al despacho, cuál era la situación de orden público del sector conocido como la invasión de brisas de comuneros CONTESTO: Pues en ese momento era bastante compleja y peligrosa por el constante enfrentamiento entre pandillas del sector y se presentaban muchos delitos de mayor impacto como son el homicidios y los hurtos con armas de fuego y ventas estupefacientes PREGUNTADO: Por favor informe al despacho, si por labores usted pudo establecer que las dos personas que resultaron heridas del procedimiento hacían parte de las pandillas mencionadas por usted anteriormente CONTESTO: No PREGUNTADO: Por favor informe al despacho, si la comunidad le manifestó a usted y su compañero que las dos personas lesionadas por arma de fuego fueron lesionadas antes o durante del enfrento que se suscitó entre las pandillas antes mencionadas y los funcionarios policiales que se encontraban en el lugar CONTESTO: Pues según lo informado PREGUNTADO: Por favor informe al despacho, cuáles eran las condiciones de iluminación y de acceso al sector donde se presentaron los hechos. CONTESTO: Para esa fecha en particular se contaba con la luz del día y el acceso si es un poco complejo porque la vía es destapada y se encontraba en total deterioro, sumado a esto hay callejones que conducen a otras calles entre las mismas casas PREGUNTADO: Por favor informe al despacho, que unidad de policía se encontraba de servicio de manera permanente en el sector conocido como la invasión de brisas de comuneros de la ciudad de Cali CONTESTO: El grupo de la Unipol con frecuencia apoyaba al sector y el grupo del Emcar si mantenía servicio constantemente PREGUNTADO Por favor informe al despacho, si alguno de los policiales que se encontraban en servicio el día de los hechos le manifestó que alguno de sus compañeros hizo uso de su arma de fuego de dotación oficial, o algún habitante del sector alguno de los oficiales utilizando su arma de fuego CONTESTO: Ninguno de los oficiales me informo que había utilizado su arma de dotación y la información que yo recibí por parte de la comunidad era que se presumía que alguno de los oficiales había utilizado su arma de dotación porque las tenían esgrimidas por motivo de seguridad pero nadie me confirmo si vieron algún policía disparando. PREGUNTADO: Por favor informe al despacho, si usted o su compañero se entrevistaron con los lesionados del procedimiento y si estos le manifestaron algo en particular. CONTESTO: No, nosotros nos entrevistamos con el funcionario que era el encargado de identificar a las personas que llegaban a ese centro médico por lesiones u originado de otros delitos...”

Al analizar declaraciones de Rusbell González Quintero y Jeison Alexander Gutierrez Mosquera, nota el Despacho que los policiales refieren haber acudido al lugar de los hechos momento después de haber sucedido los acontecimientos y que se habían enterados por intermedio de la comunidad, que en ese lugar se había presentado un enfrentamiento entre las pandillas los Buenaventureños y Los Haitianos, al intentar impedir la captura de una persona por intermedio de unidades de la Sijin, Unipol y Emcar.

Resulta claro para el Despacho que los policiales Rusbell González Quintero y Jeison Alexander Gutierrez no presenciaron de manera directa la ocurrencia de los hechos donde resultó lesionada la señora María Fernanda Ortiz, es decir, son testigos de oídas, pues si bien refieren haber estado lugar el día en que fue lesionada la actora, lo cierto es que al preguntársele si presenciaron los hechos contestaron que no, además de que no habían escuchados ningún tipo de detonación; sobre este tema el Consejo de Estado ha manifestado³⁴:

*“(…) Los testimonios según el conocimiento del testigo pueden ser de oídas o “directo o presencial”. El primero de estos, oídas o ex auditu, puede definirse como el relato que tercero hace ante el juez en el proceso con respecto a lo que le escuchó relatar a otra; el declarante como se observa carece de percepción directa sobre el hecho que se le pregunta; narra en sus propios términos el dicho de otra persona o lo que oyó sobre lo que otros dijeron. **La valoración del testimonio de oídas dependerá de la imposibilidad de recaudar una prueba original fehaciente sobre el hecho a probar y el juez, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 228, es quien deberá escudriñar el contenido para apreciar y valorar su alcance de acuerdo con los demás medios probatorios...**”*³⁵

*“...Se trata de testimonios de oídas en los que se declaró sobre lo sucedido a partir del relato que dicen haber recibido del lesionado, los cuales carecen de valor probatorio, dado que como se ha manifestado en la mayoría de los casos frente a este tipo de declaraciones ex auditu, éstos carecen del requisito de la originalidad, ya que no se refieren directamente al hecho a probar, pudiendo a partir de ellos, arribarse a conclusiones erradas...”*³⁶

Y la doctrina, sobre el escaso mérito o valor que comporta el testimonio de oídas, ha señalado con excelente síntesis, lo siguiente:

*“...Otro tipo de condiciones intermedias se refiere a las relaciones del testimonio con el hecho a establecer, ya sea que el testigo relate lo que percibió personalmente (testimonio directo, ex propriis sensibus) o relate, por lo contrario, lo que le fue a su vez relatado por otro (testimonio indirecto o mediato, ex auditu alieno) o, simplemente, que relate lo que oyó decir por el rumor público, sin indicación precisa de su origen (de público conocimiento). **Únicamente la primera de esta serie de testimonios suministra una verdadera prueba; las otras sólo ofrecen diminutivos más o menos controlables***

“Sin duda, el testigo de oídas, debe soportar un examen muy riguroso por parte del juez para poder ser tenido en cuenta como medio probatorio, y vale la pena enfatizar que este servirá para demostrar hechos con apoyatura en otros medios de prueba, sin embargo, no se le puede restar eficacia de forma irreflexiva, toda vez que depende de cada caso y del análisis de su dicho en particular. Así las cosas, se tiene que este testimonio debe cumplir, como cualquier prueba, con características y cualidades lógicas que permitan al juez apreciarlos y valorarlos en su conjunto, pero siempre relacionado con los demás elementos probatorios que obren en el proceso.

“No se puede desconocer que los testigos de oídas hacen parte de la prueba testimonial, que por regla general, es la prueba principal”³⁷, de allí que, si bien su apreciación requiere un análisis riguroso y delicado, no se puede desconocer que es un instrumento valioso que se complementa apropiadamente con la prueba indiciaria o circunstancial³⁸.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, subsunción C, sentencia del 20 de marzo de 2013, Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00053-01(26430), C.P. Olga Melida Valle de la Hoz.

³⁵ Sentencia del 16 de febrero de 2001 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 12703.

³⁶ Sentencia del 10 de agosto de 2005 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 16205.

³⁷ “La prueba testimonial es generalmente la principal...Es posible prescindir de la confesión o de los escritos, pero es más difícil prescindir de testigos cuando se quiere saber cómo se desarrollaron los hechos. ‘Los testigos, decía BENTHAM, son los ojos y los oídos de la justicia’: instrumentos preciosos, pero a menudo engañosos, deben ser utilizados con un gran sentido crítico. Es una prueba relativamente simple y fácil de recibir, pero a menudo muy delicada de apreciar...” GORPHE, Francis, La apreciación judicial de las pruebas. Editorial La Ley. Buenos Aires 1967. Pág. 367.

³⁸ “...es difícil interpretar los indicios sin ayuda de los testigos; es casi imposible apreciar los testimonios sin emplear ciertos indicios de credibilidad. También la práctica hace marchar a la par a estos dos medios de prueba, a pesar de su aparente oposición. Hasta hemos visto que ‘prueba directa’ y ‘prueba indirecta’ entra bajo la misma forma lógica de inferencias, ya deductiva, ya, lo más frecuentemente, inductiva o empírica. En

*“Adicional a lo anterior, la doctrina especializada³⁹ ha sido consciente que el testimonio de oídas puede ser tenido en cuenta por el juez experimentado, puesto que es frecuente y usual que las personas declaren bajo estas circunstancias, **sin embargo, esta prueba no puede ser la única y debe estar ligada a otros medios de convicción que puedan sustentar el asunto a demostrar, y en esa medida habrá casos, se repite, de manera excepcional, como el que nos ocupa, en que estos son susceptibles de valoración, pero con la rigurosidad debida.**”*

“La Sala advierte que este medio probatorio no debe ser entronizado por el juez, ya que si existen otros mediante los cuales se acredite la ocurrencia de unos mismos hechos, es evidente que ha de preferirse las pruebas originales, que hayan sido recaudadas de forma directa, cerca a la fuente. De allí que sólo será admisible su valoración en un escenario excepcional, en el que no se adjuntaron otras pruebas que le permitan al juez tener conocimiento de la ocurrencia de los hechos, en cuanto a circunstancias de tiempo, modo y lugar, o simplemente si fue imposible recaudarlas, como en el presente caso. En efecto, resulta claro que el testimonio de oídas es una prueba que puede llegar a ser relevante en ausencia de otros medios.”⁴⁰ (se resalte).

En tal sentido, no hay certeza de lo manifestado por los policiales Rusbell González Quintero y Jeison Alexander Gutierrez en la cual se establezcan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se pudieron haber producido dichas lesiones, por el contrario las declaraciones lo que demuestra una incongruencia en relación a las demás declaraciones de cómo sucedieron los hechos.

No obstante lo anterior, de las declaraciones rendidas por las señoras Yamileth Ortiz, Katherine Ortiz y del señor Brayan Steven Murillo Hinojosa, además en el informe de novedad rendido por los señores Carlos Mauricio Cruz Echavarría y José Leonardo Vivas Medina, quienes son miembros de Sijin, obrantes como pruebas en el expediente de la investigación preliminar distinguida con el No. IP 470 adelantado por el Juzgado 145 de Instrucción Penal Militar y que es tenido en cuenta como prueba traslada dentro del presente proceso, son contundentes para esclarecer los hechos materia de demanda.

En ese orden de ideas, en el informe de novedad rendido por los señores Carlos Mauricio Cruz Echavarría y José Leonardo Vivas Medina, se observa con claridad que éstos al narrar los hechos refieren que un sujeto que portaba un arma de fuego al notar sus presencias intenta huir del sitio e intentando disparar contra los uniformados. Agregan que dos personas que se encontraban en el sitio se les lanzaron a los uniformados tratando de quitarles las armas de dotación y una cuarta persona disparó contra los policía en varias ocasiones, por tal motivo soltaron al sujeto que llevaba la presunta arma de fuego y éste emprende la huida.

ambos casos, la fuerza de la inferencia depende de ciertas condiciones que deben ser determinadas y que varían...” Ibidem.

³⁹ “El peligro de esta clase de testimonio se hace sentir menos ante los jueces experimentados... También es cierto que, en la vida corriente y en la historia general, resulta obligado atender a lo que se dice de esta forma; pero es a falta de mejor información y bajo reservas, mientras la cuestión que constituye su objeto no se halle sometida a discusión” Ibidem. Pág. 375.

⁴⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 7 de julio de 2011. Exp. 21156.

Indican que posteriormente se enteraron que dos personas habían salidos heridas en los hechos sucedidos en la invasión de brisas de comuneros y que estaban en el Hospital Isaías Duarte Cancino.

Así las cosas, de lo analizado se concluye que no existe certeza actual de quien causó la herida con arma de fuego a la señora María Fernanda Ortiz, más se desprende de los mismos, **i)** que en junio 16 de 2013, entre la carrera 34 con calle 57 del barrio Comuneros de la Ciudad de Cali miembros de la Sijin, Unipol y Emcar se encontraban realizando un operativo); **ii)** que en el sitio se realizaron disparos con arma de fuego y finalmente, **iii)** se acreditó que en dicha vía pública se encontraba presente la señora María Fernanda Ortiz quien recibió un impacto de uno de los proyectiles en su hombro derecho, a pesar de ser ajena al conflicto que se presentaba.

Continuando el análisis probatorio, se encontró acreditado que por la herida de arma de fuego recibida por la señora María Fernanda Ortiz se le concedió una incapacidad médico legal por 12 días, según se desprende del dictamen efectuado por la el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (f. 3-4 Cdno 2).

Se itera que el señora María Fernanda Ortiz en junio 16 de 2013 en horas de la tarde mientras transitaba por la invasión Brisas de Comuneros, ubicada sobre la carrera 33 con calle 58 de la ciudad de Cali (V) fue herida con un arma de fuego a nivel de su hombro derecho, por lo que tuvo que ser remitida de forma inmediata al Hospital donde le brindaron los primeros auxilios (Intervenida quirúrgicamente.)

Que en el momento y frente al lugar donde fue lesionada la señora María Fernanda Ortiz se llevó a cabo un operativo de índole policial, por lo que en el sitio hicieron presencia miembros de la Policía Nacional: Unipol, Emcar y Sijin que se encontraban patrullando por el sector, quienes presuntamente accionaron sus armas de fuego en la vía pública.

11. CASO CONCRETO

Ahora bien, de la valoración probatoria no fue posible determinar la existencia de una falla en el servicio que comprometa en términos de responsabilidad a la entidad demandada, no obstante en virtud de la aplicación del principio *ira novit curia* le es dable a este juzgador analizar la presunta responsabilidad estatal en el caso concreto, bajo cualquiera de los títulos de imputación previamente

determinados; razón por la cual, teniendo en cuenta que en el presente asunto se debate la posible responsabilidad por la causación de un daño ocasionado a los demandantes en desarrollo de operativo en el que se usaron armas de fuego, se evaluará la misma bajo el título objetivo de riesgo excepcional.

Bajo la aplicación de dicho título, perteneciente al régimen de responsabilidad objetiva, deben los actores demostrar: **i)** la existencia de un daño antijurídico que configure la lesión o perturbación de un bien jurídicamente protegido y **ii)** el nexo causal entre el daño antijurídico y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de un operativo lícito en el que herida una persona ajena al mismo.

Según lo expuesto, deberá el Despacho analizar, uno a uno, los diferentes elementos integradores del régimen de responsabilidad a aplicar; advirtiendo desde ya, que en caso de no lograrse acreditar cualquiera de ellos, por parte de los demandantes, se denegarán las súplicas de la demanda, sin que se haga necesario continuar con el estudio de los restantes, claro está, siempre y cuando la responsabilidad no pueda ser declarada a través de un título de imputación distinto.

11.1. Daño Antijurídico

Como ya se explicó, el daño antijurídico ha sido definido por la jurisprudencia del Consejo de Estado como aquel daño que se produce a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, es decir, que no es justificado, por lo tanto, no todos los daños son susceptibles de ser indemnizados y solamente es indemnizable el daño que supere los mínimos de tolerancia de las personas en la sociedad.

En consecuencia, sólo puede entenderse como antijurídico el daño que causa un perjuicio personal y cierto a los derechos de la víctima, restringido con intromisiones intolerables, esto es, que es limitado de forma tal que excede la obligación jurídica de soportarlo.

De conformidad con lo anterior, se considera que en el presente caso se configuró un daño antijurídico que afecta a los demandantes, ya que el material probatorio da cuenta de la lesión ocasionada con arma de fuego a la señora María Fernanda Ortiz en junio 16 de 2013, la cual le generó una incapacidad médico legal 12 días, según se desprende del Informe Pericial Técnico Médico Legal de fecha junio 21

de 2013, emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.⁴¹

En otros términos, el daño antijurídico irrogado a los demandantes se concreta con la lesión ocasionada con un arma de fuego a la señora María Fernanda Ortiz, daño que no estaban en la obligación jurídica de soportar.

11.2. Falla Presunta del Servicio

No se allegó al proceso prueba balística o técnica que corrobore que el daño causado, se genera por el actuar imprudente de un policial que optó por disparar con su arma desenfundada, sin advertir el peligro de herir a personas ajenas a la situación que pretendían controlar dada la autoridad de la que está investido el Cuerpo Policial. Sin embargo si existe prueba de que los uniformados si activaron su arma de fuego, so pretexto de contener un ataque armado e injustificado; en desarrollo de un operativo de capturar a un delincuente que se fugó por presión de la comunidad, en el que resultó herida la señora María Fernanda Ortiz, obligación que no estaba obligada a soportar. Al respecto ha señalado la jurisprudencia⁴²:

“(...) no debe perderse de vista que los miembros de la Fuerza Pública no sólo reciben suficiente instrucción y preparación en el ejercicio de esta actividad, al punto de estar obligados a observar las indicaciones sobre el manejo mecánico y las medidas de seguridad, sino que también son capacitados para actuar en operativos oficiales, al punto que ese nivel de instrucción les debe permitir solventar situaciones como la ocurrida en el sub lite, de manera que cuando se advierte que éstos actuaron de manera irregular en el cumplimiento de sus funciones y durante un servicio oficial obviando los procedimientos para los cuales han sido preparados, se confirma una falla del servicio que debe declararse.

“En efecto, la falla no solamente se encuentra verificada en la falta de planeación de las acciones a (sic) desarrollar, sino en su ejecución, quedando acreditado el uso desproporcionado de las armas de dotación sin que mediara juicio alguno de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad (...)”

De otra parte se aclara que el lugar de los hechos no fue objeto de acordonamiento o aislamiento para salvaguardar los elementos que hubieran dado mayor claridad al investigador y tal situación es atribuible a los policiales que tampoco asumieron medidas tendientes a garantizar como primer respondiente, la seguridad del sector dentro de la cual se produjo la lesión. Por el contrario, de las declaraciones de las señora Yamileth Ortiz, Katherine Ortiz y del Señor Brayan Steven Murillo Hinojosa, además del informe de novedad rendidos por los mismos miembros de la Sijin: Carlos Mauricio Cruz Echavarría y José Leonardo Vivas

⁴¹ folio. 3-4 cdno 2).

⁴² Expediente No. 24550 Radicación No. 1998 – 02484 Sección tercera Sub Sección C. Consejera Ponente OLGA MÉLIDA DEL VALLE DE LA HOZ. Demandante JOSÉ YAMIL ORDOÑEZ Y OTROS. Sentencia de marzo 20 de 2013

Medina se infiere que los policías dispararon sus armas de fuego, no obstante no se ha permitido clarificar el origen de la lesión producida a la ahora demandante, a efectos de determinar una falla del servicio por el uso irregular de armas de dotación.

11.3. Nexo causal - Imputabilidad.

La lesión ocasionada a la señora María Fernanda Ortiz, fue causada en desarrollo de un operativo adelantado por miembros de la Policía Nacional en uso y desarrollo de sus funciones.

Aunque no se probó que los disparos efectuados por la policía fueron los causantes de la lesión, el daño antijurídico ocasionado a los demandantes, aparece probado, ya que este se produjo en desarrollo de tal operativo. Por tanto aparece acreditada la existencia de un nexo causal entre el daño irrogado y el actuar de los miembros de la Policía Nacional en ejercicio de sus funciones, aclarando desde ya que bajo la aplicación de este título, no interesará para efectos de declarar responsabilidad determinar la legitimidad de la conducta desplegada por los agentes del orden.

En efecto, una vez analizado la totalidad del material probatorio existente, es dable concluir que no puede afirmarse con certeza que el proyectil que impactó la humanidad de la señora María Fernanda Ortiz fuera percutido por el arma de dotación oficial que fue accionada por uno de los policiales en el lugar de los hechos en junio 16 de 2013, puesto que la historia clínica de la demandante⁴³, da cuenta de la intervención quirúrgica a la cual fue sometida la lesionada con ocasión del insuceso, no obstante, dicho documento no refiere que el proyectil haya sido recuperado para efecto de ser cotejado balísticamente con las armas de fuego utilizadas por la Policía.

Aunado a ello, gran parte de las declaraciones y testimonio obrantes como pruebas en el expediente son contundentes al indicar que el día y fecha de los hechos, no solo fueron accionadas algunas armas de dotación oficial, sino que por el contrario, los miembros de la Sijin en su informe de novedad, manifiestan que se realizaron una serie disparos que provenían de personas ajenas a la institución policial.

⁴³ Visible a folio 159 del cuaderno 2.

De otra parte en el presente asunto, no fue posible determinar la trayectoria del disparo y la posible posición de la víctima en relación con su posible victimario; en otros términos, no existe en el plenario una prueba contundente que determine con grado de certeza que la lesión ocasionada a la señora María Fernanda Ortiz fue producida por un arma de dotación oficial, requisito que deviene necesario para atribuir responsabilidad a la demandada bajo el título objetivo de riesgo excepcional.

No obstante, en palabras del Honorable Consejo de Estado⁴⁴, “al no existir consagración constitucional de ningún régimen de responsabilidad en especial, corresponde al juez encontrar los fundamentos jurídicos de sus fallos, por lo que los títulos de imputación hacen parte de los elementos argumentativos de la motivación de la sentencia.”, lo que quiere decir, que el juez al momento de decidir el problema jurídico puesto en su conocimiento, podrá optar por la aplicación de cualquiera de los títulos de imputación existentes sin que la imposibilidad de aplicar uno de ellos impida *per se*, efectuar un estudio de responsabilidad con base en los títulos restantes (*iura novit curia*).

Es de anotar, que en un caso de ribetes semejantes, en el cual un menor resultó herido de muerte con arma de fuego en virtud del despliegue operacional de agentes de la Policía Nacional, sin que fuese posible determinar que las lesiones fueran causadas con las armas de dotación oficial utilizadas, el Consejo de Estado atribuyó responsabilidad en cabeza de la entidad estatal al considerar que si bien no se configuraban los elementos necesarios para endilgar responsabilidad con aplicación de los títulos de imputación de falla en el servicio y riesgo excepcional, si se generó un desequilibrio de las cargas públicas que produjo daños a los demandantes imputables a la entidad bajo el título de daño especial. Así, el Despacho se permite citar apartes de la referida decisión⁴⁵:

“(...) Ahora bien, el material probatorio allegado al expediente resulta suficiente para estructurar la responsabilidad deprecada a título de falla en el servicio en este caso, como quiera que, no puede ser aceptable para la Sala, que una patrulla motorizada de la Policía Nacional incursione en el lugar de los hechos disparando, sin consideración a que se encontraba en una zona residencial, precisamente donde era previsible la permanencia de residentes y transeúntes, elementos de prueba que permitan entender que los policiales actuaron de manera defectuosa en el cumplimiento de sus funciones o que durante la prestación del servicio desatendieron los procedimientos de rigor para los cuales han sido preparados, sin embargo, no es menos cierto que durante la investigación adelantada por el Juzgado 156 de Instrucción Penal Militar, la Sección de Balística del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, determinó que el proyectil que se extrajo de la humanidad del menor Marco Antonio Páramo Urriago correspondía a un calibre 22 y no a un calibre 38L que era el que portaban los agentes de la Policía Nacional.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de noviembre de 2014, C.P. Hernán Andrade Rincón. **Radicación No.: 76001-23-31-000-2000-02819-01(28716).**

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de noviembre de 2014, C.P. Hernán Andrade Rincón. **Radicación No.: 76001-23-31-000-2000-02819-01(28716).**

No obstante lo que se deja dicho, la dificultad de encuadrar la responsabilidad bajo el título mencionado no impide a la Sala –como lo hizo el a quo- analizar el presente asunto bajo otras ópticas, como la del daño especial, pues ciertamente se encuentra acreditado que el daño por el cual se reclama tuvo lugar en el marco de la persecución y un intercambio de disparos que se dio entre miembros de la Policía Nacional y unos repartidores de leche, quienes momentos antes se habían enfrentado a un grupo de delincuentes.

Este fundamento de responsabilidad, debe anotarse, tiene su elemento esencial determinante en la magnitud “anormal o especial” del daño que da lugar a la reclamación resarcitoria, independientemente de la naturaleza del hecho que lo causa.

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

“Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre su encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad”⁴⁶.

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

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

(...) Recientemente esta Subsección⁴⁷, consideró que en eventos como el presente, resulta irrelevante determinar la autoría del causante del daño para imputar responsabilidad al Estado, dada la magnitud anormal o especial del daño que da lugar a la reclamación resarcitoria, independientemente de la naturaleza del hecho que lo causó.” (se resalta)

Así las cosas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el aparte jurisprudencial transcrito y acreditado como se encuentra en el presente asunto, que bajo el estudio de los títulos de imputación de falla en el servicio y riesgo excepcional no es posible atribuir responsabilidad a la entidad demandada, se centrará el análisis de responsabilidad bajo la egida del título de imputación subsidiario y objetivo denominado **daño especial**.

Continuando entonces con el análisis del caso concreto, tenemos que junio 16 de 2013 en horas de la tarde en la invasión denominada Brisas de Comuneros, ubicado sobre la carrera 33 con calle 58 de la ciudad de Cali, miembros de la policía nacional realizaron un operativo policial.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 4655, C.p. Dr. Antonio José Irisarri Restrepo, en Extractos de Jurisprudencia del Consejo de Estado, primer trimestre de 1989, Tomo III, Publicaciones Caja Agraria, Bogotá, p. 249 y 250.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección A, sentencia de 12 de febrero de 2014, exp. 28675

Que en el sitio indicado, hizo presencia personal de la Policía Nacional, utilizando su arma de fuego en plena vía pública para repeler el presunto actuar criminal de los delincuentes que se encontraban en el sector en aras de impedir la captura de una persona.

Los anteriores hechos se encuentran totalmente probados con el material allegado al dossier, ya que el testimonio rendida a instancias de este proceso, y de las declaraciones rendidas ante el Juzgado 145 Penal Militar mencionadas con anterioridad dan cuenta de los sucesos antes descritos, en la fecha, hora y lugar indicados, corroborados igualmente con el informe de novedad rendido por los miembros de la Sijin sobre el particular.

Se determinó además que en el momento y lugar en el cual se desarrollaba el procedimiento mencionado hizo presencia la Policía Nacional accionando sus armas de fuego y mientras transitaba la señora María Fernanda Ortiz por dicho lugar fue alcanzada por un proyectil percutido con un arma de fuego que le ocasionó lesiones físicas y una incapacidad médico legal de 12 días.

De esta manera debe decirse, que si bien no existe prueba que los agentes del orden hayan puesto en riesgo la vida de los habitantes allí presentes, resultó herida la señora María Fernanda Ortiz, circunstancia ésta que a la luz de la teoría del daño especial, rompe el principio de igualdad de las cargas públicas, imponiendo a los actores una carga que no estaban en el deber jurídico de soportar, máxime si se tiene en cuenta que la víctima no fue participe en la confrontación que se presentó entre las autoridades y las personas que intentaron impedir la captura del presunto prófugo.

En otros términos, el daño ocasionado a la señora María Fernanda Ortiz resulta atribuible a la entidad demandada, en aplicación del título de imputación objetivo consistente en el daño especial, comoquiera que se trata de una lesión originada en un presunto enfrentamiento entre la Fuerza Pública (en cumplimiento de una función legítima) y unos delincuentes, el cual rompe el principio de las cargas públicas de quienes lo padecen, *“dado que el ordenamiento jurídico no establece el deber de soportar la afectación a derechos, bienes o intereses legítimos que ese tipo de confrontaciones lleva aparejado”*⁴⁸

⁴⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 2009, C.P. Enrique Gil Botero Exp. 17802.

No hay que olvidar que con arreglo a la previsión constitucional contenida en el artículo 90 de nuestra Carta Política, el Estado debe resarcir el daño “antijurídico”, que por la acción u omisión de sus autoridades cause, y eso fue precisamente lo que aquí aconteció, al imponer una carga publica a una ciudadana que no se encontraba en la obligación jurídica de soportar, motivo por el cual se accederá a las pretensiones de la demanda, en la forma que adelante quedará expresado:

12. LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS.

12.1. Perjuicios Materiales

El apoderado de la parte demandante, por este concepto solicita el pago en favor de la señora María Fernanda Ortiz por daño emergente y lucro cesante lo que se logren probar dentro del proceso, es decir la suma que dejara de percibir en razón de la disminución de la capacidad psíquica por establecer que le fuera generada por la lesión y por todo el resto posible de vida que le queda en la actividad económica de mesera y auxiliar doméstica, según la esperanza de vida.

Al proceso no se allegó prueba de la relación de comercial, laboral o gastos precisadas como soportes del pago de los perjuicios reclamados, no obstante, en el entendido que para poder subsistir la familia devengaría el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente; que en el año 2017 equivale a \$737.717, se liquidará con base en tal valor que arroja la suma de \$295.086 para los doce (12) días de incapacidad otorgados por Medicina Legal. Dicho valor se ajustará en un 25 % es decir \$73.771, en lo referido al pago de prestaciones sociales, lo cual nos da un total de \$368.857.

12.2. Perjuicios Morales

Ahora bien, respecto a los **perjuicios morales**, estos refieren a la aflicción, congoja, padecimiento o angustia que se causa a la persona directamente afectada, y/o a sus familiares o personas cercanas.

Respecto a los **perjuicios morales**, estos refieren a la aflicción, congoja, padecimiento o angustia que se causa a la persona directamente afectada, y/o a sus familiares o personas cercanas.

Por lo anterior, debe mencionarse que respecto a la acreditación del perjuicio moral el Consejo de Estado ha indicado que⁴⁹:

“(...) tratándose de los padres, hermanos, hijos y abuelos basta la acreditación del parentesco para que se presuma el perjuicio moral (...)” (se resalta).

Ahora, para acreditar la existencia del perjuicio moral se allegaron diversos registros civiles en copia, con los que se demuestra lo siguiente:

Que la señora María Fernanda Ortiz es la madre de los menores Veiker Fernando Ortiz Y Alix Mariana Ortiz⁵⁰. No obstante lo anterior, el Despacho aclara que la menor Alix Mariana Ortiz, no puede ser tenida en cuenta como víctima por la lesión padecida por la señora María Fernanda Ortiz, en tanto para la fecha de los hechos ésta no había nacido, es decir se acredita que nació en julio 08 de 2014 y los hechos objeto de demanda se originaron en junio 16 de 2013.

Así las cosas, tenemos que respecto la señora María Fernanda Ortiz, por haber sido quien sufrió la lesión que le ocasionó la mencionada incapacidad médico legal, el perjuicio moral predicado es existente; por su parte, se presume que el menor Veiker Fernando Ortiz por ser su hijo, se vio afectado emocional y anímicamente por la lesión padecidas por su señora madre, lo que lleva a inferir la existencia de un perjuicio moral que evidentemente debe repararse, máxime cuando la entidad demandada no desvirtuó la presunción de aflicción que se desprende del vínculo existente entre este y aquella.

De acuerdo a la jurisprudencia en cita, basta verificar la relación consanguínea que existe entre la madre y su hijo, según el registro civil de nacimiento visible a folios 23 del cuaderno 1, con los cuales se acredita la relación consanguínea de madre e hijo.

En suma, teniendo en cuenta que los demandantes son acreedores del perjuicio moral invocado, a fin de verificar el *quantum* del mismo, se tendrán en cuenta los nuevos criterios adoptados por el Consejo de Estado, de la siguiente forma⁵¹:

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 26 de febrero de 2015, C.P. Olga Melida Valle de la Hoz, **Radicación número: 47001-23-31-000-2002-01357-01(37569)**.

⁵⁰ Folio 23-24 cuaderno 1.

⁵¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

“Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

GRAFICO No. 2					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). **Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%;** a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva, propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, **hermanos** y nietos). obtendrán el 50% del valor adjudicado al lesionado o víctima directa, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se describe: **tendrán derecho al reconocimiento de 50 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%;** a 40 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 30 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 20 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 10 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 3. Está comprendido por la **relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil.** **Adquirirán el 35% de lo correspondiente a la víctima, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión,** como se indica: tendrán derecho al reconocimiento de 35 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 28 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 21 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 14 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 7 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 3,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.(...)” (se resalta).

De conformidad con lo anterior, para efectuar la liquidación del perjuicio moral en casos de lesiones personales, como el que hoy nos concita, deberá tenerse en cuenta un nivel referente a la persona que solicita el pago del perjuicio y la gravedad de la lesión causada, ambos criterios determinarán según la tabla transcrita, el valor en salarios mínimos a pagar por concepto de perjuicio moral.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que la gravedad o levedad de la lesión, será determinada por el juez al momento de liquidar el perjuicio, y para ello, deberá ceñirse al material probatorio existente en el proceso.

Teniendo en cuenta lo anterior, lo cierto es, que en el transcurso del proceso, con el dictamen pericial expedido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses se acreditó una incapacidad médico legal de la señora María Fernanda Ortiz equivalente a 12 días y por ello, en criterio del Despacho, será este el mismo porcentaje que deberá ser tenido en cuenta para calificar la gravedad de la lesión padecida por la referida persona.

Sin embargo, es menester aclarar que la afectación del daño accionado a la señora María Fernanda Ortiz es mínima, de conformidad con dictamen expedido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Con base en estos parámetros, a los cuales se acoge plenamente el despacho, y habida cuenta que se acreditó el parentesco entre los demandantes y el porcentaje de gravedad de la lesión causada a la víctima, el monto establecido para todos a efectos de resarcir el perjuicio moral causado, es el siguiente, previo reducción del 50% por la afectación mínima del daño declarado párrafos arriba:

MARIA FERNANDA ORTIZ (directa afectada)	5 SMMLV
VEIKER FERNANDO ORTIZ (hijo)	5 SMMLV

12.3. Daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos – solicitados como “daño a la vida de relación”:

A lo largo del tiempo el perjuicio inmaterial ha evolucionado constantemente en materia de lo Contencioso Administrativo, así, tan solo la sentencia del 14 de septiembre de 2011, emitida por el Honorable Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero puso fin a la confusión existente respecto a esta categoría de perjuicios indicando que:

*“(...)La tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); **iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.**”*

Se colige de lo anterior, que tratándose de perjuicios inmateriales actualmente existen tres categorías a saber: i) perjuicios morales, ii) daño a la salud y iii) cualquier otra afectación a un bien o derecho jurídica o constitucionalmente tutelado que no se encuentre incluido en la reparación de perjuicios morales o daño a la salud (psicofísicos) y que ameriten un estudio y reconocimiento independiente, categoría en la que expresamente se incluyeron los perjuicios comúnmente denominados como “daño a la vida de relación” y “alteración a las condiciones de existencia”, que actualmente se encuentran desechados por la jurisprudencia de esta jurisdicción, para pasar a hacer parte de una categoría mucho más definida y concreta cuyo resarcimiento, en términos del aparte transcrito se realizaría bajo los lineamientos que posteriormente fijaría el Consejo de Estado.

Pues bien, los lineamientos resarcitorios fueron establecidos por dicha Corporación a través de sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014, en la cual además a dicho perjuicio en términos genéricos se le denominó **Daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos**, señalándose las características del mismo de la siguiente forma:

“(...)15.4.1. El daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características:

*i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. **Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.***

*ii) **Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.***

*iii) **Es un daño autónomo:** no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.*

*iv) **La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva:** los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.(...)” (se resalta)*

A su turno, sobre los aspectos que pueden ser reparados en el **daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos**, la misma providencia mencionó:

15.4.2. La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos:

i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.

ii) La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia.

iii) La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza", en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.

iv) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado.

v) Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración: debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales imputables al mismo, y se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral adecuadas y pertinentes al caso, de tal manera que el Estado ejecute el debitum iuris. Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas, reprobando las relevantes violaciones a los derechos humanos y concretar las medidas de garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional.

vi) Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas; sin embargo, en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas.

Queda claro entonces respecto a los criterios para tasar el **daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos** que el fin de reparar el mismo es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos, valga decir, en la medida de lo posible, regresar todo a su estado natural como si jamás se hubiese generado el daño, razón por la cual las medidas de reparación no pecuniarias son preferentes respecto a las pecuniarias, pues estas últimas deben otorgarse de forma excepcional, solo cuando las primeras no sean **posibles, suficientes o adecuadas** para resarcir el daño y que en el evento de optarse por

la medida de reparación pecuniaria, esta solo se dará en favor de la víctima directa hasta por un valor máximo de 100 SMLMV, **siempre y cuando no se hubiese reconocido rubro alguno por concepto de daño a la salud**, lo que quiere decir que el **daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos** cuando se pretenda reparar pecuniariamente y el **daño a la salud** se excluyen entre sí.

De otra parte, referente a las características de este tipo de perjuicios y la forma de repararlos, debe precisarse que no es necesario que su indemnización haya sido solicitada expresamente, ya que el Juez tiene el deber de ordenar su reparación en los eventos en que lo encuentre acreditado, valga decir, opera de manera oficiosa.

Descendiendo al estudio de este perjuicio en el caso concreto, tenemos que el apoderado de la parte actora solicita la indemnización del mismo a título de “**daño a la vida de relación**”, por lo cual indica que debe repararse a la señora María Fernanda Ortiz y a su grupo familiar otorgándoseles el equivalente a cincuenta (50) SMLMV para cada uno de los demandantes.

En efecto, el Despacho considera que con la lesión ocasionada con un arma de fuego a la señora María Fernanda Ortiz se vulneraron bienes constitucional y convencionalmente amparados, es el caso del derecho a la vida en condiciones dignas vida (artículo 11 de la Constitución Política y artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos); así, el dictamen pericial allegado al dossier y referenciado con anterioridad, da cuenta de la incapacidad que se expidió en favor de la demandante, como consecuencia de los lamentables hechos acaecidos en junio 16 de 2013 que constituyen el objeto principal de la presente demanda.

Tenemos entonces, que las consideraciones pericial allegada al dossier dan cuenta de la mínima afectación a la salud, pero lamentable situación en que se encuentra la actora y, siendo así, al verificarse con ello la afectación relevante a bienes constitucional y convencionalmente amparados, a efectos de resarcir tal evento **se reconocerá la suma de cinco (5) SMLMV en favor de la señora María Fernanda Ortiz en su calidad de víctima directa por haber sido quien padeció la vulneración de dichos bienes, esto es, el derecho a ejercer su vida en condiciones dignas.**

Finalmente no se reconocerá rubro alguno a los demás demandantes por concepto de **daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos**, solicitado como “**daño a la vida de relación**”, por cuanto, se repite, este perjuicio cuando deba ser reparado pecuniariamente, solo podrá otorgarse a la víctima directa, considerándose como tal en el caso concreto solo a la señora María Fernanda Ortiz.

De otra parte, no desconoce este juzgador la afectación Psicofísica que puede padecer la señora María Fernanda Ortiz y por qué no, de su núcleo familiar próximo, no obstante, tal afectación no puede ser valorada en este acápite por cuanto no hace parte del daño a un bien constitucional o convencionalmente protegido (daño a la vida de relación), por el contrario hacen parte del perjuicio que la jurisprudencia reiterada de esta jurisdicción a denominado “**daño a la salud**”, el cual no puede reconocerse en el presente asunto a pesar de estar acreditado por cuanto no fue solicitado en la demanda, a pesar de que la teoría del daño a la salud data de tiempo atrás a la presentación de la misma.

13. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre dispondrá sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.⁵², entre otras cosas, establece que:

“(...) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”

Pues bien, el artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación⁵³:

“Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales.” (se resalta).

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineluctablemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en

⁵² Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.

costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

***“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

“(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de fondo propuestas por la apoderada judicial de la parte demandada.

SEGUNDO.- DECLARAR administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación – Ministerio De Defensa Nacional – Policía Nacional, por los perjuicios ocasionados a los demandantes, como consecuencia de la lesión causada a la señora María Fernanda Ortiz, derivadas de los hechos a que se refiere la presente providencia.

TERCERO.- Consecuente con lo anterior, **CONDENAR** a la Nación – Ministerio De Defensa – Policía Nacional, a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

Perjuicios Inmateriales:

Para la señora María Fernanda Ortiz (lesionada), el equivalente a **Cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a cada uno**, por concepto del perjuicio moral padecido.

Para el señor Veiker Fernando Ortiz (hijo de la lesionada), el equivalente a **cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes**, por el mismo concepto.

Daño a bienes constitucional y convencionalmente protegidos:

Para la señora María Fernanda Ortiz, el equivalente a **Cinco (5) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes**, por la afectación a sus bienes constitucional y convencionalmente amparados.

Perjuicios materiales:

El valor de \$368.857 por los doce (12) días de incapacidad otorgados por Medicina Legal, en favor de la señora María Fernanda Ortiz, a título de lucro cesante.

CUARTO.- ORDENAR dar cumplimiento a esta providencia con observancia a lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA.

QUINTO.- SIN COSTAS en esta instancia según lo argumentado precedentemente.

SEXTO.- EJECUTORIADA esta providencia **LIQUIDAR** los gastos del proceso, **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHIVAR** las diligencias, previa las actuaciones pertinentes y las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

SÉPTIMO: NEGAR las demás pretensiones del libelo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez
