



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, catorce (14) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Referencia: Acción de Reparación Directa
Radicado: 15759-3333-002-2017-00048-00
Demandante: GUILLERMO HERNANDEZ GONZALEZ y Otros
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa – Policía Nacional (ESMAD)

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho decidir¹ de fondo proceso de la referencia, mediante sentencia de primera instancia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de reparación directa consagrado en el artículo 140 del CPACA, las personas abajo relacionadas, a través de apoderado, solicitan que se declare responsable administrativamente de todos los daños y perjuicios materiales, como extra- patrimoniales (*derecho a la integridad personal, vida en relación, libertad personal, seguridad y presunción de inocencia*) ocasionado por la Nación- Ministerio De Defensa- Policía Nacional, como consecuencia de los hechos ocurridos durante los días 20 al 24 de agosto de 2013, en los que integrantes del Escuadrón Anti-Disturbios (ESMAD) inapropiadamente en el ejercicio abusivo de la fuerza, aprovechando su posición dominante, con armamento anti-motines emprendieron acciones violentas.

Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la demandada pagar los perjuicios que a continuación se relacionan:

Perjuicios Materiales: Por la suma de \$869.669,⁸³ por concepto del lucro cesante derivado de los días de incapacidad del señor GUILLERMO HERNANDEZ GONZALEZ, tazados a partir del salario mínimo legal mensual vigente, más la indemnización consolidada y futura.

Perjuicio inmaterial:

DEMANDANTE	Relación	Daño Moral	Daño a la vida en relación
GUILLERMO HERNANDEZ GONZALEZ	Víctima	100 SMLMV	100 SMLMV
MARIA AVELLALDINA FLOREZ MOZO	Cónyuge	100 SMLMV	100SMLMV
MAYCOL SMITH HERNANDEZ FLOREZ (Menor)	Hijo	100 SMLMV	100 SMLMV
CRISTIAN DYVAN HERNANDEZ FLOREZ (Menor)	Hijo	100 SMLMV	100 SMLMV

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos que respaldan las pretensiones de las demandas, se pueden resumir de la siguiente manera (fls. 2-3):

Los demandantes señalan que durante los días 20 al 24 de agosto de 2013, el Escuadrón Antidisturbios de la Policía Nacional, ejerció la fuerza de forma desproporcionada.

Señala el demandante GUILLERMO HERNANDEZ GONZALEZ que el 27 de agosto de 2013 instaura ante la Fiscalía General de la Nación y en contra de la Policía Nacional denuncia por el presunto punible de abuso de autoridad, por acto arbitrario o injusto, con el número de noticia criminal 152386000212201301975, de la cual se extrae lo siguiente:

El día 21 de agosto de 2013, como entre las 7:00 y 7:30 de la noche, cuando se dirigía a su casa ubicada en Santa Teresa del municipio de Tibasosa, cerca al riel del lado de Nobsa, fue increpado por seis oficiales del SMAD, y luego agredido con golpes con el casco en la cabeza, puño en la cara, patadas en el costado izquierdo y la cabeza, fue arrastrado llevándolo a sitio oscuro amenazando que lo iban a matar ahí, luego decidieron soltarlo emprendiendo huida, pero con amenaza que no fuera a denunciar porque ya sabían dónde trabaja, donde vivía y que tenía cinco hijos, por lo que se siente asustado, intimidado, agrega que cursó por un potrero cerca al colegio de Santa Teresa, llegando a la esquina del salón comunal, Se encontró con la gente del paro agrario, quienes le prestaron los primeros auxilios, luego fue transportado en ambulancia hasta el Municipio de Tibasosa.

Agrega que el 28 de agosto de 2013, previa solicitud de la Fiscalía, la víctima referida, fue valorada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que conforme a los hallazgos que abajo se describen, determina una incapacidad médico legal provisional de 35 días, veamos:

Cara, cabeza, cuello: Equimosis moderada de 4x5 cm en región perioarteria izquierda asociada a inyección conjuntival, abrasión costrosa de 1x0.5 c en región occipital derecha.

Tórax: Radiografías de reja costal del día 27/08/2013 con evidencia de fractura de 5 y 6 arcos costales izquierdos... mecanismo traumático de lesión: contundente.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL** mediante escrito (fl.67-74) contestó la demanda dentro del término, oponiéndose a todas las pretensiones señaladas en el libelo introductorio.

Resalta que no hay *nexo causal* entre el hecho generador del daño y los perjuicios reclamados; igualmente, que no existen elementos de prueba para acreditar la configuración de los elementos que estructuran la responsabilidad del estado.

Señala que para el presente caso se exige la comprobación de unos supuestos sin los cuales no puede haber lugar a indemnización, que se debía probar que fue un hecho imputable por acción u omisión a la administración, que hay un daño antijurídico y que existe un nexo causal entre el hecho dañoso y el daño mismo, por

lo que en el plenario se evidencia la falta de prueba que indique la existencia de los tres elementos básicos para generar una responsabilidad extracontractual
Indica que no existe certeza de que las lesiones y demás perjuicios demandados, hayan provenidos del accionar directo de algún Policial, pues le correspondía a la parte probar circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Afirma que debido al *Paro Agrario* los uniformados del ESMAD iniciaron la recuperación del orden público y en cumplimiento de su deber actuaron para contrarrestar los ataques que atentaban contra las libertades públicas de los ciudadanos o contra la convivencia pacífica, obviamente actuando con racionalidad y proporcionalidad.

Manifiesta que según lo percibido en el escrito de demanda, en ningún momento concurren los elementos que eventualmente pueden responsabilizar al estado en cabeza del Ministerio de Defensa - Policía Nacional, pues existe una causal de exoneración de responsabilidad de la administración, como lo es la *fuerza mayor* o *caso fortuito*, siendo aquella una derivación de la fuerza mayor y de ésta manera se exonera a la administración, teniendo en cuenta sus características esenciales de imprevisibilidad e irresistibilidad.

Señala que de las pruebas allegadas con la contestación de la demanda, se advierte la concurrencia del eximente de responsabilidad denominado *hecho de un tercero*, ya que no obra prueba documental, ni testimonial, ni indiciaria contundente que impute responsabilidad extracontractual en cabeza de la Policía Nacional, por el acaecimiento de los daños cuya indemnización se reclama por la parte actora.

De igual manera la demandada señala que no se encuentra acreditado el *perjuicio moral, ni material* reclamado, atendiendo a que no obra prueba real, pertinente, conducente, necesaria, ni útil que acredite su causación, atendiendo a la ausencia de elemento de prueba sobre la pérdida de capacidad laboral sufrida por el demandante, ni sobre su actividad laboral, en el entendido que no existe reconocimientos médico legal definitivos, por lo que no se puede deducir la trascendencia de las lesiones, ni en la esfera interior de la presunta víctima directa, ni en la esfera exterior de las presuntas víctimas indirectas.

5. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se presentó de manera acumulada con el proceso que fue radicado con el No.15238-33-39-751-2015-00294-00, dentro del cual se declaró de oficio la excepción de *ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de pretensiones*, en consecuencia se ordenó presentar demanda separada, circunstancia que se verificó el 30 de marzo de 2017 (*fl.1*), por lo que la demanda se admitió por auto de fecha 28 de abril de 2017 (*fl.56*).

De conformidad con el artículo 172 del CPACA se corrió traslado por 30 días para contestar la demanda (*fl.83*); el 20 de septiembre de 2017 se corrió traslado de las excepciones propuestas por la entidad accionada (*fl.84*).

Por auto del 30 de octubre de 2017 (*fl.86*) se fijó fecha y hora para celebrar audiencia inicial para el 29 de enero de 2018, la cual fue desarrollada el día previsto (*fl.88-90*)

El 20 de abril de 2018, se realiza la audiencia de pruebas (*fl.105-107*) en la que se declara cerrado el periodo probatorio, sin recursos u oposición, se adelantó el correspondiente control de legalidad e igualmente se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **Nación- Ministerio de Defensa – Policía Nacional** alegó de conclusión mediante escrito radicado el 27 de Abril de 2018 (fl.119-121) ratificando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, enfatizando en que se debe decidir el presente proceso en el marco de la fijación del litigio.

Con relación al daño, trae a estudio, sentencia del Tribunal Administrativo de Boyacá Sala de Decisión No. 03 del 27 de enero de 2017 con ponencia de la H. Magistrada CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ dentro el Expediente No. 15693-3333-001-2012-00166-01.

Concluyendo que si hablamos de ausencia de hecho imputable a la administración, por ende se estaría desvirtuando cualquier nexo de causalidad entre estos dos elementos, dado que la imputación del daño depende que su causación esté relacionada con la acción u omisión de las autoridades públicas en desarrollo del servicio o en nexo con este; situación que no se evidencia dentro del presente asunto, ya que no se probó ningún tipo de daño en favor de la parte demandante y no se determinó que fueron originados por miembros de la Policía Nacional.

Por lo que afirmó que en el presente asunto no se causó daño alguno a los demandantes atendiendo que no se evidencia elemento alguno que comprometa la responsabilidad de la institución que representa, por lo que solicita que las pretensiones sean denegadas en su totalidad.

La **parte demandante** presentó alegaciones finales mediante escrito radicado el 9 de mayo de 2018 (fls.124-135), esto es, por fuera del término de los diez (10) días concedido en audiencia de pruebas realizada el 20 de abril de 2018 que venció el 7 de mayo de 2018 como certifica la Secretaría del Juzgado (fl.123), por lo cual no serán atendidos sus argumentos.

El **Ministerio Público** no emitió concepto.

7. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que se debe resolver se contrae a determinar si la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional es responsable administrativa y patrimonialmente por los daños y perjuicios derivados de las lesiones sufridas en la humanidad del señor GUILLERMO HERNANDEZ GONZALEZ el día 21 de agosto de 2013, en el Municipio de Tibasosa – Boyacá, en el marco del denominado “*paro nacional agrario y jornada de protesta*”, en los que presuntamente unos policiales del ESMAD le propinaron trato cruel, inhumano, amenaza detención arbitraria y abuso de autoridad.

8. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE

El artículo 90 de la Constitución Política, predica que el Estado es responsable patrimonialmente de los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de las autoridades públicas. Tal como ha sido definido por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado², la responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio.

² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de agosto de 2008, Exp. 17042, CP. Dr. Enrique Gil Botero.

El Consejo de Estado, de tiempo atrás, ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho y continúa siendo el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al juez administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual³.

La falla del servicio se traduce en una trasgresión de las obligaciones que se encuentran a cargo del Estado, por lo que, el análisis frente al caso particular que se juzga debe realizarse en consideración a las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama. La falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía⁴.

El Consejo de Estado se ha pronunciado en relación con las funciones, deberes y facultades establecidas por la ley, el tratamiento en el marco del DDHH⁵ y la responsabilidad frente a los excesos en el uso de la fuerza en que puede incurrir la fuerza pública, en los siguientes términos:

“(...) que la Policía Nacional, conforme lo dispone el artículo 218 Superior, tiene como objetivo primordial el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, de donde le es permitido para el cumplimiento de ese fin, el uso de “diversos medios legítimos para prevenir y conjurar las alteraciones del orden público”⁶, dentro de los que se comprende el uso legítimo y proporcionado de la fuerza cuando a ello haya lugar⁷.

*En efecto, el artículo 124 del Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía) disponía que “a la policía le corresponde de manera especial prevenir los atentados contra la integridad de los bienes de uso público”. En consecuencia, las autoridades estaban en el deber de conjurar la toma de la vía pública en inmediaciones de la Universidad del Valle y retomar el orden público, alterado por la adopción de una vía de hecho, **siempre teniendo en cuenta el imperativo de respetar y proteger la vida, la dignidad y seguridad de todas las personas.***

³ Consejo de Estado, Sentencias de 13 de julio de 1993, Exp. No. 8163; 30 de noviembre de 2006, M.P. Alier E. Hernández Enríquez, Exp. 16626; 18 de octubre de 2007, M.P. Mauricio Fajardo, Exp. 15528; 19 de junio de 2008, M.P. Miriam Guerrero, Exp. 15263.

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 14.880.

⁵ Consejo de Estado Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN, doce (12) de junio de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 76001-23-31-000-2007-01298-01(54046) Actor: WILMAN SILVA BETANCURT Y OTROS Demandado: NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA– POLICÍA NACIONAL Referencia: APELACIÓN SENTENCIA – REPARACIÓN DIRECTA

⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C- 492 de 1992, MP, Jaime Córdoba Triviño. En el mismo sentido, el artículo del Decreto 1355 de 1970 dispone que “[a] la policía compete la conservación del orden público interno. El orden público que protege la policía resulta de la prevención y eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad de la salubridad y la moralidad públicas (...).

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2015, Exp. 36.075, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Al respecto, los artículos 1⁸ y 3 del Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de Asamblea General de las Naciones Unidas⁹ establece que en el desarrollo de operaciones de dispersión de manifestaciones debe observarse los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y precaución.

Frente a dichos principios el Comité Internacional de la Cruz Roja, en el manual denominado "Violencia y uso de la fuerza", señala como contenido esencial de estos principios de uso de la fuerza que 1) "su acción debe perseguir un objetivo legítimo (es decir, lícito)", 2) su acción debe ser necesaria para alcanzar un objetivo legítimo (es decir, no se dispone de una medida menos restrictiva que alcanzaría el mismo objetivo), 3) "toda restricción de derechos debe ser proporcional al objetivo legítimo que se persigue" y 4) "se deben tomar todas las precauciones necesarias para evitar el uso excesivo de la fuerza, así como poner en peligro o lesionar a personas ajenas a la situación; además, las autoridades deben adoptar todas las medidas posibles para reducir al mínimo los daños"

A partir de la *causa petendi*, como resulta claro, los demandantes estructuraron su argumentación con base en la configuración de una falla del servicio, régimen que supone, para la prosperidad de las pretensiones de la demanda, la acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad del Estado.

Es decir, conforme a los supuestos fácticos de la demanda se resume que el perjuicio demandado acaeció, presuntamente, por el uso excesivo de la fuerza pública, por lo que para el Despacho el régimen aplicable será el de **falla del servicio** conforme la jurisprudencia antes referida

En este punto, debe precisarse que no tiene cabida la aplicación del régimen de responsabilidad por riesgo excepcional ante el uso de armas o elementos de dotación oficial, pues en el presente caso, señalan los elementos fácticos de la demanda sugieren el uso excesivo de la fuerza pública, mediante el uso o empleo de armas de dotación judicial, evento en que la jurisprudencia nacional ha considerado que la responsabilidad del Estado debe enmarcarse en la clásica responsabilidad subjetiva bajo el título de falla en el servicio. En este sentido la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia de 29 de mayo de 2014¹⁰, sustentó que si el juez observa la configuración del incumplimiento sobre las normas que regulan el uso de fuerza letal, el fundamento debe ser el aspecto subjetivo de la conducta que se convirtió en la causa idónea del perjuicio.

Ahora, a efectos de estructurar la responsabilidad de la administración bajo el título de imputación de falla del servicio, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que se requiere la demostración de los siguientes elementos: "(i) un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado - o determinable -, que se inflige a uno o varios individuos; (ii) una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública, con la cual se incumplen o desconocen las obligaciones a cargo de la autoridad respectiva, por haberle sido atribuidas las correspondientes funciones en las normas constitucionales, legales y/o reglamentarias en las cuales se especifique el contenido obligacional que a la mencionada autoridad se le encomienda y (iii) una relación o nexo de causalidad entre ésta y aquél, vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la circunstancia consistente en que el servicio o la función pública de la cual se trate, no funcionó o lo hizo de manera irregular, ineficiente o tardía¹¹.

⁸ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979. Artículo 1°. "Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión".

⁹ Artículo 3°. "Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas".

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 0500123310002000459601 (29882), C. P. Ramiro Pazos Guerrero

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 9 de febrero de 2011, Rad. 73001-23-31-000-1998-00298-01(18793), CP Mauricio Fajardo Gómez; y del 8 de junio de 2011, Rad. 41001-23-31-000-1994-07692-01(20228), CP_Danilo Rojas Betancourth.

Básicamente son tres los presupuestos que deben acreditarse para establecer la responsabilidad de la administración: (i) en primer lugar, el daño; (ii) en segundo lugar, el desconocimiento de las obligaciones a cargo del Estado, que constituye la falla del servicio propiamente dicha; y (iii) en tercer y último lugar, el nexo de causalidad que debe existir entre la falla del servicio y el daño.

9. DE LA EXISTENCIA Y DEMOSTRACIÓN DEL DAÑO

El daño antijurídico como elemento indispensable para la configuración de la responsabilidad del Estado, tiene su origen prístino en la Constitución Política de 1991, sin embargo la Carta no lo define en forma expresa, por lo que dicho concepto resulta ser particularmente indeterminado, de ahí que la definición más próxima ha sido elaborada a nivel jurisprudencial, entendiéndolo como aquel perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, es decir, es el menoscabo de las facultades jurídicas para disfrutar de un bien, ya sea patrimonial o extra-patrimonial.

En palabras textuales del Consejo de Estado,

“El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es “irrazonable,” sin depender “de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración.”¹²

Valiéndose de diferentes posiciones doctrinales, el Consejo de Estado ha sido reiterativo al advertir, que el daño, a más de ser el primer elemento de la responsabilidad del Estado -como es obvio-, es un elemento imprescindible para la configuración de ésta, de tal suerte que *“sin él, no hay lugar a declararla, por lo que en su ausencia, resulta inoficioso verificar si se halla o no demostrada la imputación del daño a la entidad demandada”¹³*

En el caso concreto, el daño antijurídico alegado por los demandantes deviene de los presuntos actos de abuso de autoridad y exceso en el uso de la fuerza por parte de miembros del ESMAD de la Policía Nacional, consistentes en las lesiones personales, de que fuera víctima el señor GULLERMO HERNANDEZ GONZALEZ el día 21 de agosto de 2013 en el marco del denominado *“Paro Agrario”*, conforme a los mismos se encuentra probado que:

- Se presentó denuncia el 27 de agosto de 2013 ante la Fiscalía General de la Nación de Duitama por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto por los hechos ocurridos el día 21 de agosto de 2013 del cual hace relato (fl.46-48).
- Informe pericial del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Unidad Básica Duitama del señor GUILLERMO HERNÁNDEZ GONZALEZ del día 28 de agosto de 2013 en el que se indica: (fl.49)

“RELATO DE LOS HECHOS: El examinado refiere que el 21 de agosto de 2013, en la noche, venía de trabajar para la casa que eta ubicada en Santa Teresa, cruza el riel, estaban escondidos miembros del ESMAD, salió corriendo pero fue alcanzado y agredido.

ATENCIÓN EN SALUD: Fue atendido en CENTRO DE SALUD DE TIBASOSA. No aporta copia de la historia clínica.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-254 de 2003.

¹³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 3 de febrero de 2010, MP. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 1998-00088-01 (18425)

ANTECEDENTES: Toxicológicos: BEBEDOR OCASIONAL, COCINO CON LEÑA

EXAMEN MÉDICO: Descripción de hallazgos: cara, cabeza, cuello: *Equimosis morada de 5x4 c en región periopitaria izquierda, asociado a inyección conjuntival, abrasión costrosa de 1 x 0.5 cm en región occipital derecha*

Torax: *se recibe radiografías de reja costal del día 27/08/2013 con evidencia de fractura de 5 y 6 arcos costales izquierdos, no hemotorax, no neumotorax, no derrames, refiere dolor a los movimientos de lateralidad del tronco*

ANÁLISIS INTERPRETACIÓN Y CONCLUSIONES: *Mecanismo Traumático de lesión contundente. Incapacidad médico legal PROVISIONAL TREINTA Y CINCO (35) DÍAS. Debe regresar a nuevo reconocimiento."*

Teniendo en cuenta lo anterior, están probadas las lesiones físicas padecidas por el ~~el~~ demandante GUILLERMO HERNANDEZ GONZALEZ ~~Señor WILSON ANDRÉS PINEDA HERNÁNDEZ~~, por lo tanto se concreta un daño ~~antijurídico~~, generado en su integridad personal, sin embargo tales elementos de prueba no permiten establecer el acontecer exacto de los hechos narrados en la demanda, pues los mismos no manejan un mismo hilo histórico y descriptivo de los presuntos hechos ocurridos el día 21 de agosto de 2013, por lo que no permiten entrever con total certeza la situación fáctica que al parecer causó perjuicios a los demandantes, menos aún atribuir responsabilidad a la fuerza pública, en hechos que se desenvuelven de manera confusa e imprecisa.

Como corolario de lo anterior, el daño planteado no goza de ratificación, en cuanto dentro del *sub examine* solo se aporta copia de la denuncia elevada ante la Fiscalía Seccional de Duitama y del Informe pericial realizado en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Unidad básica de Duitama sin embargo el despacho debe resaltar que la denuncia es adiada 27 de agosto de 2013 y el Informe Pericial del 28 de ese mismo mes y año, del que se debe resaltar lo manifestado en el acápite de atención en salud donde se manifiesta que no se aporta copia de la historia clínica.

En el expediente tampoco obra copia de historia clínica o documento alguno que permita establecer que las lesiones fueron ocasionadas el 21 de agosto de 2013 y no con posterioridad por cuanto se limitan al relato mismo del paciente examinado; como tampoco se haya relación de conexidad que vincule que lo hallado en el informe médico, fuera consecuencia de un hecho palmario relacionado con el actuar desmedido de la fuerza pública.

En suma, no se encuentra suficientemente acreditados ninguno de los episodios narrados en la demanda, como generadores de daño que deba ser atribuido a la entidad demandada.

No se evidencia ningún elemento de prueba que permita al Despacho, corroborar lo dispuesto en la demanda, y que a todas luces presente el hecho narrado por los demandantes, consistente en las lesiones personales ocasionadas al señor Guillermo Hernández, pues los testimonios decretados en audiencia inicial (*fl.89 reverso*), no comparecieron a la audiencia de pruebas, ni se conoció el trámite de las citaciones, como se dejó constancia del incumplimiento de la carga procesal de la parte demandante interesada en la práctica probatoria (*fl.105*)

En este orden, es claro que no se arrimó ningún medio probatorio que indique que la fuerza pública hubiere realizado los hechos que narra la demanda, que en caso de comprobarse una conducta indebida por los policiales, sin perjuicio de las acciones disciplinarias a que haya lugar con individualización de los autores, en este

proceso de responsabilidad se torna imprescindible que se demuestre la generación de un daño moral y material a los demandantes

En suma, no se arrió prueba suficiente que permita colegir en grado de certeza, que se hubiere ocasionado los daños y perjuicios reclamados como consecuencia de las presuntas lesiones personales al señor GUILLERMO HERNANDEZ GONZALEZ y en menor sentido sí los mismos fueron como consecuencia de los hechos narrados como acontecidos el 21 de agosto de 2013.

El Consejo de Estado frente al daño ha señalado:

“El concepto del daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.”¹⁴

En igual sentido el máximo Tribunal Contencioso Administrativo, ha indicado:

*“El primer elemento de la responsabilidad que debe ser analizado por la Sala, es el **daño** alegado por los demandantes, cuyo resarcimiento se solicita en la demanda, y el cual exige para ser resarcido, desde el punto de vista de la responsabilidad subjetiva, (i) una conducta que constituya una infracción a la norma que tutela un derecho o un interés legítimo¹⁵ y (ii) los efectos dañosos antijurídicos que se concretan y transmiten en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial de la víctima¹⁶ que no tiene la obligación de soportarlo, por no existir causas jurídicas que así lo justifiquen¹⁷.”*

12.1. Para que un daño sea indemnizable, es indispensable verificar ex ante la configuración de los elementos que lo estructuran, es decir, que sea cierto¹⁸, actual¹⁹, real²⁰, determinado o determinable²¹ y protegido jurídicamente²². En síntesis, estos elementos parten de la premisa según la cual, la antijuridicidad del daño no se concreta solo con la verificación de la afectación o vulneración de un derecho o de un interés legítimo, sino con los efectos antijurídicos desatados por la lesión que inciden en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial.

12.2. Es necesario aclarar, que no surge una obligación de reparación de un daño imputable al Estado, cuando hay inexistencia del derecho o interés legítimo, pues esta ausencia impide que surja el daño; en otras palabras, si bien el daño es el presupuesto de la declaratoria y del juicio de responsabilidad civil, el derecho o el

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 6 de junio de 2007, C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, expediente N° 16460.

¹⁵ Cfr. DE CUPIS, Adriano, El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil, traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1970, p. 92. HINESTROSA sostiene que “El daño es, por cierto, un fenómeno inherente al ser humano, a partir de la lesión a su integridad psico-física, siguiendo con el menoscabo de su patrimonio, hasta llegar a otras manifestaciones más sutiles, más refinadas o complejas de la lesión a derechos o a intereses suyos”. HINESTROSA, Fernando. “Prologo”, en Juan Carlos Henao, El daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 13.

¹⁶ Cfr. GIL BOTERO, Enrique y RINCÓN, Jorge Iván, Los presupuestos de la responsabilidad ambiental en Colombia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 11. Al respecto, Cortés define el daño como las “consecuencias perjudiciales que se derivan de la lesión de un interés”. CORTES, Edgar, Responsabilidad civil y daños a la persona, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 49.

¹⁷ Cfr. MARTÍN REBOLLO, Luis, “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al profesor Luis Fariás Mata), Rafael Badell (coord.), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, pp. 278 y 279.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de abril de 2010, rad. 18878, reiterada por la sentencia del 1° de febrero de 2012, rad. 20505, M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de marzo de 2012, rad. 20497, M.P. Olga Mérida Valle de De La Hoz; sentencia del 12 de febrero de 2014, rad. 28857, M.P. Olga Mérida Valle de De La Hoz.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2001, rad. 12555, M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2010, rad. 18425, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 19 de mayo de 2005, rad. 2001-01541 AG, CP. María Elena Giraldo Gómez.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de junio 2005, rad. 1999-02382 AG, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

*interés legítimo es el presupuesto de existencia del daño, ya que la configuración de este depende de la lesión a una posición jurídica tutelada ex ante por el ordenamiento jurídico. En suma, el daño es al juicio de responsabilidad lo que el derecho subjetivo o interés legítimo es al daño*²³.

12.3. Desde una perspectiva constitucional y siguiendo lo sostenido por la doctrina, si bien existen vínculos sustanciales o primarios para todo el poder público representados por los derechos subjetivos fundamentales, esto es, un sistema de deberes consistentes en obligaciones de prestación o en prohibiciones de lesión²⁴, también existen vínculos secundarios, lugar donde se alberga la cláusula de responsabilidad estatal como una garantía de reparación, la cual opera en caso de que los vínculos sustanciales sean violados por la acción u omisión del Estado.

12.3.1. Así las cosas, el instituto de la responsabilidad es una garantía de rango constitucional que vela por la dignidad del ser humano, y “se sitúa en lo más alto de las fuentes positivas que disciplinan las relaciones del Estado con el hombre: el Estado no se ha hecho a sí mismo, no es fruto de su propia voluntad, sino que ha sido creado por los hombres, en su deseo de vivir con dignidad y seguridad”²⁵.

De acuerdo a los referentes jurisprudenciales antes citados y del material probatorio recaudado en esta actuación, no se llega al grado de certeza frente a los hechos narrados en la demanda, en lo que corresponde a circunstancias de tiempo, modo y lugar, por lo tanto no será necesario continuar con el juicio de imputación de la responsabilidad, bajo el entendido que no se encuentra acreditado el daño invocado, puesto que no fueron esclarecidos los hechos por quien tenía la carga procesal de probarlos, es decir por la parte demandante, menos aún se probó los daños antijurídicos reclamados, de conformidad con la regla “*onus probandi incumbit actori*” como exige el art. 167 del C.G.P..

Respecto a la falta probatoria de los hechos y del daño conculcado a la Policía Nacional (ESMAD), se debe traer a colación el precepto esbozado por el Consejo de Estado²⁶, que reza:

Al respecto vale recordar que, en materia probatoria rige, como regla el principio expresado en el brocardo Onus probandi incumbit ei qui dicit, non ei qui negat, esto es, la carga probatoria incumbe a quien afirma un hecho (y pretende derivar de él consecuencias jurídicas) y no a quien lo niega o, alternativamente, onus probandi incumbit actori.

Así las cosas y ante la inexistencia de otros medios de prueba, es claro que no se puede colegir la existencia de hechos ciertos y de daños antijurídicos de responsabilidad a la parte demandada, como sostiene la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁷

Bajo este contexto es importante resaltar, que la carga de la prueba es “una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las

²³ Juan Carlos Henao, Tesis doctoral titulada “Le dommage. Analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l’Etat en droit colombien et en droit français” sostiene que el concepto de derecho subjetivo es un requisito para la existencia del daño. En sus palabras: “La existencia del daño es el primer paso del curso de la responsabilidad civil y, en su contexto, la noción de derecho subjetivo, que contiene el de obligación, asegura la viabilidad de la indemnización de daño. El concepto de derecho subjetivo se convierte en un requisito para la definición de daño. La ausencia de derecho subjetivo (...) impide la configuración de la responsabilidad civil: el hecho de no poder exigir el restablecimiento del derecho de la persona que ha sido lesionada supone, en efecto, la inexistencia del derecho (...). Es decir, si la lesión del derecho es imputable a una persona diferente de la víctima y si esta tiene la obligación de reparar, la ausencia de obligación de indemnizar solamente se justifica por la ausencia de derecho subjetivo que evita que la noción de daño aparezca”.

²⁴ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, Principia iuris, T.I, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011, p. 730.

²⁵ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, trad. de Mariano Bacigalupo y otros, INAP, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 18.

²⁶ Consejo de Estado Sentencia del 28 de septiembre de 2012, radicado interno 25317, CP Stella Conto Díaz.

²⁷ Consejo de Estado, en providencia del 31 de agosto de 2015, Radicación número: 23001-23-31-000-1998-11014-01(36419) CP Stella Conto Díaz del Castillo

normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos”²⁸. Sobre este punto se ha referido la Sala Plena en los siguientes términos:

“La noción de carga ha sido definida como “una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto”. La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir—incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente—con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que simplemente faculta—la aludida carga—, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras **que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.**

“Trayendo este concepto al ámbito del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se traduce en que a pesar de que la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba—verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida—.”

A partir de esta noción, las partes del proceso conocen desde el principio el comportamiento a seguir, en punto al ejercicio probatorio que requieren desplegar, con el fin de lograr la aplicación de los supuestos normativos que invocan y lograr una decisión favorable a sus intereses. De igual forma aceptan las consecuencias positivas como negativas que finalmente se desprendan, por cuanto, es el producto del debate probatorio que ellos propician y en el que participan en igualdad de condiciones, el que finalmente le permite al funcionario judicial decidir. (Negrillas del Despacho)

El Despacho, encuentra a la luz de lo probado, diferentes vacíos en las pruebas allegadas al proceso frente a los hechos y en consecuencia con los daños, que no puede entrar a llenar el fallador realizando simples interpretaciones fácticas, pues quedan evidentes dudas, en los elementos configurativos de responsabilidad del estado basado en la falta de convicción en los hechos, como la participación o actuación de algunos de los demandantes en el denominado “Paro Agrario” su relación con los hechos demandados, el presunto uso desmedido de la fuerza y los reales daños antijurídicos causados a los demandantes, entre otras de tiempo modo y lugar, conforme lo descrito por los demandantes.

De conformidad con lo descrito anteriormente, no existiendo prueba del daño antijurídico que los demandantes dicen haber padecido como consecuencia de la actuación de la Policía Nacional – ESMAD durante el día 21 de agosto de 2013, resulta inocuo entrar a estudiar los demás elementos de la responsabilidad del

²⁸ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 249. De manera más detallada el tratadista Devis Echandía expone lo siguiente: “Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1°) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2°) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.” DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: “De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.” Ídem. pág. 406

Estado, bajo el régimen de *Falla del Servicio*, pues el principal presupuesto es la existencia de un daño antijurídico.

En suma, en este caso se la parte demandante incumplió con la carga probatoria que le correspondía, siendo elemento indispensable para realizar el juicio de imputación necesario para atribuir responsabilidad patrimonial a la entidad demandada, el Despacho negará las pretensiones de la demanda, dado que en relación con el hecho no se aportó, se repite, ninguna prueba diferente a las relacionadas en párrafos precedentes y que no se allegaron pruebas documentales o testimoniales claros de personas que posiblemente presenciaron los sucesos tendientes a corroborar la supuesta falla en el servicio que permitan el Juez tener plena convicción del actuar del Estado a través de sus agentes, por lo tanto, es claro, que no se dan los presupuestos para proferir una condena con fundamento en el régimen de responsabilidad del Estado bajo el título de imputación denominado falla en el servicio.

Así las cosas, fuerza despachar desfavorablemente las súplicas de la demanda y en consideración a que la entidad demandada no presentó excepciones meritorias, limitada a los argumentos defensivos esgrimidos, en consecuencia no será menester extender esta decisión, más allá de lo señalado

10. COSTAS

Conforme a lo señalado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 *“Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del código de Procedimiento Civil”*.

El Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) el artículo 365 señala, entre otras, las siguientes reglas:

- 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

En este caso, se condenará costas a la parte demandante, sujeto procesal vencido en la sentencia, para lo cual se adelantará el trámite previsto en el CGP y además conforme al Acuerdo 1887 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, norma vigente al momento de la presentación de la demanda inicial, del cual se desprendió el proceso que nos ocupa²⁹, teniendo en cuenta que la demanda no determina una cuantía específica por concepto de daño material, pese a que refiere el lucro cesante consolidado y futuro, (fl.26-27) siendo este un elemento del daño de estimación objetiva y razonable, se fijan agencias en derecho en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

11. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, *“Administando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley”*.

²⁹ Vigente al momento de presentación de la demanda inicial Expediente radicado 152383339751-2015-00294-00, esto es el 11 de agosto de 2015.

FALLA:

Primero.- Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo.- Condenar en costas a la parte demandante vencida, las cuales se liquidarán por la Secretaría del Juzgado, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

Tercero.- Se fijan como agencias en derecho la suma correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente.

Cuarto.- Ejecutoriada la presente providencia, **archívese** el expediente, previa devolución de remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ

AVTM