

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Presupuestos. Elementos. Daño antijurídico. Imputación / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Presupuestos. Elementos. Daño antijurídico. Imputación / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Constitucionalización. Mecanismo de protección de los administrados

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados, sin distinguir su condición, situación e interés. (...) Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión. Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio -simple, presunta y probada-; daño especial -desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional); Adicionalmente a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 90

NOTA DE RELATORIA: Sobre la responsabilidad del Estado como mecanismo de protección de los administrados, Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996, reiterada en la sentencia C-892 de 2001. Sobre la cláusula general de responsabilidad estatal, Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001. Sobre la finalidad de protección por parte de las autoridades públicas, Consejo de Estado, sentencia de 26 de enero de 2006, exp. AG-2001-213. Sobre los elementos de la responsabilidad, Consejo de Estado, sentencia de 21 de octubre de 1999, expts. 10948 y 11643.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Daño antijurídico / DAÑO ANTIJURIDICO - Principio de solidaridad. Principio de igualdad

En cuanto al daño antijurídico, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho. (...) De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra a los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2 y 58 de la Constitución”.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 58

NOTA DE RELATORIA: Sobre daño antijurídico, Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996 y sentencia C-832 de 2001.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Imputación. Principio de imputabilidad / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Atribución jurídica / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Imputación objetiva

(...) todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”. Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el principio de imputabilidad, Corte Constitucional, sentencia C-254 de 25 de marzo de 2003.

ARMA DE DOTACION OFICIAL - Responsabilidad extracontractual del Estado. Régimen de responsabilidad aplicable. Evolución jurisprudencial / DAÑOS CAUSADOS CON ARMAS DE DOTACION OFICIAL - Responsabilidad extracontractual del Estado. Régimen de responsabilidad aplicable. Evolución jurisprudencial

En una primera etapa, que va hasta 1989, el régimen aplicable era el subjetivo, fundado en la falla probada del servicio. En la segunda etapa, que va a partir de 1989 y hasta 1997 se acogió la tesis de la falla presunta. Se resalta que esta tesis se aplicó fundado en el principio *iura novit curia*, afirmándose que si bien en la demanda se imputa una falla del servicio por omisión consistente en permitir que uno de los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado “saliera a vacaciones portando armas de dotación oficial”, esto “no es óbice para que el juez, al calificar la realidad histórica del proceso... goce de la facultad de determinar el régimen jurídico de responsabilidad aplicable al caso concreto”. Así mismo, se consideró que el “arma de dotación oficial, por su peligrosidad al ser nexos instrumental en la causación de un perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público a quien el arma pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio, que por demás bien puede existir”. Sin duda, en esa época la falla se presumía atendiendo a que el arma se constituía en sí misma en el “nexo instrumental”, el cual “sería por sí solo suficiente para declarar la responsabilidad de la administración, habida consideración de la peligrosidad extrema que tales instrumentos conllevan”. Aunque en ocasiones se matizaba, afirmándose que la manipulación “de equipos y armas de extraordinario riesgo” hace presumir la responsabilidad, y en otros eventos que cuando se trata de armas “pesa sobre las Fuerzas Armadas una obligación de extrema prudencia y diligencia en relación con el porte y uso de armas”. En la tercera etapa, a partir de 1992, se favoreció como regla el régimen de responsabilidad al considerarse que el porte, uso y manipulación de las armas de dotación oficial constituye una actividad peligrosa, dándose paso a la presunción de responsabilidad.

NOTA DE RELATORIA: Sobre falla probada del servicio como título de imputación en casos de daños causados con armas de dotación oficial, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de octubre 21 de 1982, exp. 413. Sobre falla presunta del servicio como título de imputación en casos de daños causados con armas de dotación oficial, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 31 de julio de 1989, exp. 2852 y 20 de febrero de 1989, exp. 4655. Sobre el uso de armas de dotación oficial como actividad peligrosa, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 27 de abril de 1989, exp. 4992 y 28 de abril de 1989, exp. 3852. Sobre presunción de responsabilidad en casos de daños causados con armas de dotación oficial, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 24 de agosto de 1992, exp. 6754 y 16 de septiembre de 1999, exp. 10922.

HECHO PERSONAL DEL AGENTE - Sin nexo con el servicio / DAÑOS CAUSADOS POR AGENTES DEL ESTADO - Vínculo con el servicio

No obstante lo anterior debe resaltarse que esta Sala ha considerado que las actuaciones de los agentes del Estado sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando aquellas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público, de modo que la simple calidad de funcionario público que funja el autor del hecho o el uso de algún instrumento del servicio como el arma de dotación oficial no vincula al Estado, como quiera que el servidor público pudo haber obrado dentro de su ámbito privado, desligado por completo del desempeño de actividad alguna conectada con la función normativamente asignada a la entidad demandada (...).

NOTA DE RELATORIA: Sobre el hecho personal del agente estatal sin nexo con el servicio, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 26 de septiembre de 2002, exp. 14036 y 10 de junio de 2009, exp. 34348.

ARMA DE DOTACION OFICIAL - Actividad peligrosa. Régimen objetivo de responsabilidad. Evolución jurisprudencial / ARMA DE DOTACION OFICIAL - Actividad peligrosa. Riesgo excepcional. Evolución jurisprudencial

Con la sentencia de 14 de julio de 2001, se abrió el camino hacia la aplicación del título de imputación del riesgo excepcional, afirmándose en dicho precedente, “Como se advirtió en la primera parte de estas consideraciones, cuando se trata de daños causados por agentes estatales en desarrollo de actividades que crean un riesgo para los administrados –a pesar de estar autorizadas, precisamente, para garantizar su protección–, poco importa que se demuestre o no la falla del servicio; probada la actuación del agente estatal, el daño y el nexo de causalidad existente entre uno y otro, se establece la responsabilidad del Estado, y la entidad demandada sólo podrá exonerarse demostrando causa extraña, esto es, fuerza mayor o hecho exclusivo de la víctima o de un tercero”. El anterior precedente tuvo continuidad en la sentencia de 22 de abril de 2004 se favoreció el título de imputación del riesgo excepcional, descartando la presunción de responsabilidad porque hacía presumir todos los elementos de la misma.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el título de imputación de riesgo excepcional en casos de daños causados con armas de dotación oficial, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 14 de julio de 2001, exp. 12696; 22 de abril de 2004, exp. 15088; agosto 10 de 2005, exp. 15127

ARMA DE DOTACION OFICIAL - Principio iura novit curia. Falla del servicio

Recientemente en la sentencia de 11 de febrero de 2009, la Sala aplicando el principio iura novit curia matizó la aplicación del título de imputación del riesgo excepcional afirmándose que en caso de invocarse en la demanda la falla del servicio cabe estudiarla aunque se trate de una actividad peligrosa, si es necesario determinar falencias en el servicio desplegado, así como medida para enviar un mensaje a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad frente a hechos futuros de no realizarlos, o incluso de inducir a la toma de decisiones políticas para mejorar la situación en relación con el porte, uso y manipulación de armas de dotación oficial.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la falla del servicio en casos de actividades peligrosas, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 11 de 2009, exp. 17318.

ARMA DE DOTACION OFICIAL - Riesgo excepcional. Elementos. Causales eximentes de responsabilidad / DAÑOS CAUSADOS CON ARMAS DE DOTACION OFICIAL - Riesgo excepcional. Elementos. Causales eximentes de responsabilidad / ACTIVIDADES PELIGROSAS - Riesgo excepcional. Elementos. Causales eximentes de responsabilidad

Sin embargo, en la sentencia de 11 de agosto de 2010 la Sala sostuvo que debe privilegiarse la aplicación de títulos de imputación objetiva por razones jurídicas, de equidad y de solidaridad. De acuerdo con el precedente jurisprudencial de la Sala, es necesario que en el expediente se pueda establecer la existencia de los elementos indispensables para proceda a declararse la responsabilidad extracontractual de la administración pública fundada en el título objetivo del riesgo excepcional, cuando se trata del uso de armas de dotación oficial, o de actividades en las que se utilicen las mismas. Dichos elementos, según el precedente, son: a) la existencia del daño o lesión patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado (o determinable), que se ocasiona a uno o varios individuos; b) que se trate de la utilización de un arma de dotación oficial, por parte de un agente de alguno de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, en ejercicio de sus funciones, y; c) la relación de causalidad entre ésta y el daño producido como consecuencia directa de la utilización del arma como elemento que denota peligrosidad, salvo que se demuestre alguna causa eximente de responsabilidad, por ejemplo, fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima, “cuyo advenimiento determinará la imposibilidad de imputar o atribuir jurídicamente el resultado dañoso a la accionada, que no a destruir el nexo, el proceso causal o la relación de causalidad que condujo a la producción del daño”.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la aplicación privilegiada del título de riesgo excepcional en casos de daños con armas de dotación oficial, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de agosto 11 de 2010, exp. 19289.

CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD - Elementos / CAUSALES EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD - Elementos / IMPUTACION JURIDICA - Causales eximentes de responsabilidad / IMPUTACION JURIDICA - Causales excluyentes de responsabilidad

Las causales eximentes de responsabilidad -fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima- constituyen eventos que dan lugar a que sea inadmisibles imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo. En relación con todas ellas, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha

señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración:(i) su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad; y (iii) su exterioridad respecto del demandado, (...).

NOTA DE RELATORIA: Sobre imputación, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 28 de 2010, exp. 18562. Sobre los elementos de configuración de las causales excluyentes de responsabilidad, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de marzo 26 de 2008, exp. 16530.

HECHO DE LA VICTIMA - Configuración / HECHO DE LA VICTIMA - Causa adecuada del daño- Concausa del daño

Por otra parte, a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder —activo u omisivo— de aquélla tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el hecho de la víctima, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de mayo 2 de 2007, exp. 24972.

PERJUICIOS MORALES - Arbitrio judicial. Discrecionalidad del juez / PERJUICIOS MORALES - Tasación en salarios mínimos. Intensidad del daño. Principio de proporcionalidad. Test de proporcionalidad / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Intensidad del daño. Principio de proporcionalidad. Test de proporcionalidad

Si bien a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente (en una suerte de equivalencia con los gramos oro reconocidos en la primera instancia), no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (arbitrio iudicis) del juez de tasar tales perjuicios, sin lograr, aún, la consolidación de elementos objetivos en los que pueda apuntarse la valoración, estimación y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con lo que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada “cierta discrecionalidad”. Así mismo, para el reconocimiento y tasación el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por la cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal. De acuerdo con lo anterior, la Sala empleará un test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales. El fundamento de éste test no es otro que el principio de proporcionalidad, según el precedente jurisprudencial constitucional, dicho principio comprende tres sub principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en el sentido estricto.

PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Idoneidad / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Idoneidad

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como intensidad del dolor, alcance y dosificación de la incapacidad.

PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Necesidad / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Necesidad

En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes.

PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Proporcionalidad stricto sensu / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Proporcionalidad stricto sensu

Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del daño y su desdoblamiento.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el test de proporcionalidad, Corte Constitucional, sentencias C-872 de 2003, C-125 de 2003 y C-858 de 2008.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil once (2011)

Radicación número: 54001-23-31-000-1994-08654-01(19976)

Actor: VALENTIN JOSE OLIVEROS Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (Sentencia)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto tanto por la parte actora como la demandada, respecto de la sentencia proferida por la Sala de Decisión del

Tribunal Administrativo de Descongestión de Santander Norte de Santander y Cesar del 29 de septiembre de 2000 mediante la que se dispuso:

PRIMERO: Declárese a la Nación - Ministerio de Defensa- Policía Nacional administrativamente responsable de los hechos ocurridos el 7 de enero de 1.993, entre las 11:15 y las 11:45, en el barrio Aeropuerto, de la ciudad de Cúcuta, cuando, miembros de ala (sic) institución en servicio activo dispararon sus armas, causándole lesiones a VALENTIN OLIVEROS CUELLAR.

SEGUNDO: Reconocer por perjuicios morales subjetivos o no objetivados para VALENTIN JOSE OLIVEROS CUELLAR, el equivalente a mil gramos oro (1.000) gramos de oro puro, para ANA DE JESUS MONTAÑEZ, quien actúa en su propio nombre y en representación de sus menores hijos KIMBERLY DAYANA, SHIRLEY CORINA, BRIKMAN YESID, RUBEN DARIO Y ANA GLORITZA OLIVEROS MONTAÑEZ, se condenará a pagar el equivalente a 500 gramos de oro, para cada uno, a SONIA ESMERALDA y JOSE WILSON OLIVEROS MONTAÑEZ, en su calidad de hijos mayores se le pagara el equivalente a 500 gramos de oro puro al precio que certifique el Banco de la República al momento de la ejecutoria dela (sic) sentencia. Se reducirá de esta condena el 50%, para cada uno por la concurrencia de culpas según quedo consignado en l aparte motiva.

TERCERO: Reconocer por perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente consolidado a VALENTIN OLIVEROS CUELLAR la suma de \$553.342.00, equivalentes, a sesenta días de incapacidad; sumas estas que deben ser actualizadas de conformidad con el índice de precios al consumidor, certificado por el DANE, hasta cuando se haga efectivo su pago. Se reducirá de está condena el 50%, para cada uno por la concurrencia de culpas según quedo consignado en la parte motiva.

CUARTO: Condenar en perjuicios materiales- Daño emergente, por la suma de \$276.671, por los gastos que incurrió el afectado en el Hospital Erasmo Meoz, ésta suma se reducirá en un 50%, porque los daños ocurrieron por concurrencia de culpas.

QUINTO: Condenar en abstracto a la Nación Ministerio de Defensa por concepto de daño futuro de acuerdo a lo señalado en la parte motiva, con reducción de un 50% por la concurrencia de culpas, conforme a lo consignado en la parte motiva, aplicando la formula generalmente acogida por el Consejo de Estado.

SEXTO: Negar las demás suplicas de la demanda, de conformidad con el análisis realizado en el presente concepto.” (fl. 230 cp)

ANTECEDENTES

1 La demanda.

Fue presentada el 14 de octubre de 1994 (fls. 1 a 28 c.1), por Valentín José Oliveros Cuellar, Ana de Jesús Montañez, quien actúa en su nombre y en representación de sus menores hijos: Kimberly Dayana, Shirley Corina, Brikman Yesid, Rubén Darío y Ana Gloritza Oliveros Montañez; Sonia Esmeralda y José Wilson Oliveros Montañez; mediante apoderado y en ejercicio de la acción de

reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas.

“1. La NACION COLOMBIANA-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICIA NACIONAL, es administrativamente responsable de las lesiones personales ocasionadas a l (sic) ciudadano VALENTIN JOSE OLIVEROS CUELLAR, con arma de dotación oficial, producidas por el cabo PEREZ INFANTE, los agentes CARLOS LINARES, CARLOS A MENESES, y otros miembros de la citada institución, en hechos sucedidos el 7 de enero de 1993, en la calle 20 #1-78 del barrio Aeropuerto de Cúcuta, departamento Norte de Santander.

Como consecuencia de lo anterior, CONDENESE a la NACION COLOMBIANA-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICIA NACIONAL, a pagar:

2.1 A VALENTIN JOSE OLIVEROS CUELLAR, el valor de los perjuicios orales, equivalentes a un mil (1000) gramos de oro puros, al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de la sentencia.

2.2. A ANA DE JESUS MONTAÑEZ, KIMBERLY DAYANA, SHIRLEY CORINA, BRIKMAN YESID, RUBEN DARIO, ANA GLORITZA, SONIA ESMERALDA y JOSE WILSON OLIVEROS MONTAÑEZ, el valor de los perjuicios morales equivalentes a un mil (1000) gramos de oro puro para cada uno de ellos, al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

2.3 A VALENTIN JOSE OLIVEROS CUELLAR, ANA DE JESUS MONTAÑEZ, KIMBERLY DAYANA, SHIRLEY CORINA, RUBEN DARIO, ANA GLORITZA, SONIA ESMERALDA y JOSE WILSON OLIVEROS MONTAÑEZ, la suma por daños y perjuicios materiales en los montos discriminados en la demanda, o los que se declaren probados en el proceso.

2.4 Los gastos del proceso y los intereses correspondientes a la tasa legal, sobre las cantidades que resulten a favor de los demandantes, desde la fecha en que deba hacerse el pago hasta aquella en que efectivamente se realice, conforme lo señala el artículo 117 del C.C.A.

2.5 Para determinar el valor de los perjuicios morales subjetivos deberá tenerse en cuenta los (sic) dispuesto en el artículo 106 del C.P. y los (sic) dicho jurisprudencialmente por el Consejo de Estado sobre el tema.

2.6 De no establecerse el valor de los perjuicios, se ordenara el trámite incidental autorizado por los artículos 135, 136 y 137 del C.P.C.

2.7 Que la NACION COLOMBIANA-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICIA NACIONAL deben dar cumplimiento a la sentencia que se profiera con base esta demanda, dentro del termino(sic) señalado en el actual artículo 176 del C.C.A.”(fls. 5 y 6 c.1)

Como fundamento de las pretensiones, el actor expuso los hechos que la Sala sintetiza así:

El 7 de enero de 1993 en las horas de la noche (11:15 a 11:45 pm) el señor Valentín José Oliveros dormía con su familia cuando escuchó ruidos extraños provenientes de posibles ladrones comunes, los cuales creía que se disponían a hurtar su vehículo, por lo que disparó con su revólver (respecto del cual contaba con el salvoconducto legal) al techo de su casa. En ese preciso momento un grupo

de la Policía Nacional que se desplazaba por la zona reaccionó al disparo realizado, accionando sus armas de dotación oficial injustificadamente en 78 oportunidades, impactando la casa de la víctima y al señor Oliveros en tres partes de su cuerpo. A continuación, y a la fuerza como lo afirma Ana de Jesús, su esposa, los miembros de la Policía Nacional trasladaron al señor Oliveros al hospital en un camión oficial. (fl. 7 c.1)

El señor Oliveros se desempeñó como constructor por más de 35 años, devengando en el período comprendido entre 1992-1993 un valor semanal de \$130.000 y mensual de \$520.000, lo que se destinaba para el sustento de su familia. (fl. 8 c.1)

Como consecuencia de las lesiones sufridas, al señor Oliveros se determinó una incapacidad física, ya que perdió la capacidad funcional de su brazo izquierdo en un 90%, así como presentó deformidad física e implantación artificial de parte del pulmón izquierdo. (fl. 8 c.1)

Existió una falla del servicio, con base en que el personal de la Policía Nacional, uniformados oficialmente, con armas de dotación oficial y sin una orden legal ni justificación causaron un daño existente hacia el demandante. (fl. 8 c.1)

Se encontró dentro del inmueble del señor Oliveros una granada HAND FRAGM26A1 COMP. B. LOTIS 42-34 4-67 que no hizo explosión, al igual que unas vainillas de los proyectiles disparados en la fecha mencionada anteriormente. (fl. 9 c.1)

2 Actuación procesal en Primera Instancia.

1 El Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 3 de febrero de 1995 admitió la demanda (fl. 93 c.1), la cual fue notificada al Ministro de Defensa Nacional por conducto del señor Comandante Departamento de Policía Norte de Santander (fl. 95 c.1)

2 El Ministerio de Defensa Nacional contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual se opuso a todas las pretensiones y manifestó no constarle los hechos, de manera que cada uno de estos debía probarse. Así

mismo, planteó que por medio de los elementos probatorios, el ente demandado demostraría la exoneración de responsabilidad administrativa. (fls. 100 y 102 c.1)

3 Agotada la etapa probatoria a la que se dio inicio mediante providencia del 19 de septiembre de 1995 (fl.108 c.1), se ordenó mediante auto del 7 de abril de 1997 convocar a las partes a audiencia de conciliación para el día 3 de junio de 1997 a las 3:30 pm, donde el apoderado de la parte demandante presentó su propuesta de una rebaja del 20% entre otras discriminaciones respecto a lo solicitado en la demanda inicial. Por su parte el apoderado de la demandada no tuvo ninguna contrapropuesta por lo cual no se llegó a ningún arreglo conciliatorio. (fls. 147 y 149 c.1).

4 Mediante auto del 10 de julio de 1997 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y se señaló el traslado especial a que hay lugar en caso de haber sido solicitado por el Ministerio Público (fl.155 c.1).

5 El Ministerio Público en su concepto del 25 de julio de 1997, basó su argumento en que, en los casos de falla del servicio el actor debe demostrar que se le causó un daño o un perjuicio indemnizable, así como la relación de causalidad entre aquel y el hecho o acto imputable de responsabilidad a la administración. Por los hechos manifestados dentro del proceso en referencia, el Ministerio Público tuvo el criterio de declarar responsable administrativamente a la entidad demandada.(fl. 160 c.1)

6 La Policía Nacional presentó oportunamente el escrito de alegatos de conclusión el 8 de agosto de 1997, donde manifestó que dentro del proceso no están acreditados los hechos constitutivos de la falla del servicio atribuibles a la administración, ya que lo que sucedió fue una falla personal de la víctima al disparar con su revólver y que el personal uniformado únicamente respondió a los mismos, por tanto no existe responsabilidad estatal para declararla al ente demandado (fl. 162 c.1)

7 El Tribunal Administrativo de Norte de Santander por auto ordenó la práctica de las siguientes pruebas: i) examen por parte de medicina legal al señor Valentín Oliveros para determinar el porcentaje de su incapacidad laboral y, ii) el fallo proferido por el Juzgado Setenta de Instrucción Penal Militar en contra de los agentes de la Policía Nacional Arcenio Cano Linares, Jorge Pérez Infante y José

Javier Carvajal Meneses, quienes fueron vinculados a la investigación por lo hechos ocurridos el 7 enero de 1993. (fl. 165 c.1)

8 La parte demandante guardó silencio.

3 Sentencia de Primera Instancia.

1 La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Descongestión de Santander, Norte de Santander y Cesar accedió a las súplicas de la demanda, toda vez que se verificó un daño probado el cual se le imputó a la Administración.

2 El *aquo*, fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

“Todos estos hechos dejan entrever la responsabilidad que tiene la administración por la conducta de algunos de sus servidores, al extralimitarse en el ejercicio de sus funciones pues si bien es cierto fueron alertados por unos disparos, estos disparos fueron hechos por un particular al querer repeler supuestamente a unos ladrones, no contra la integridad física de los Agentes de la Policía que se encontraba en el lugar de los hechos, sino en defensa suya y de sus bienes, por otra parte es bueno precisar también, que en este caso la víctima (sic) también tuvo la culpa, ya que ésta causó la reacción de la Policía al disparar su arma que no tenía salvoconducto sin ningún tipo de previsión, casualmente cuando una patrulla de la policía hacia labores de búsqueda de presuntas personas armadas, por ello el señor VALENTIN JOSE OLIVEROS actuó irresponsablemente, al disparar su arma sin asegurarse quienes eran las personas que estaban en las calles de su barrio, ya que con esto solo causó pánico a las Fuerzas del Orden, quienes reaccionaron para protegerse de sus supuestos agresores, quien por demás fue el único que resulto herido a pesar de encontrarse dos personas con armas en el residencia, lo que indica que el afectado se sometió a un riesgo extraordinario que causo la reacción dada, más en un Barrio de Orden público, donde según el testimonio del comandante de la unidad que se desplazaba en ese lugar y hora, se encontraban en busca de unas personas armadas presumiblemente con armas de corto alcance, que se encontraban en un velorio, información que según los testimonios de los Policías, se les había proporcionado una persona en la zona donde se encontraba.

Con los anteriores medios de convicción resulta completamente acreditado que la entidad demandada, causó los perjuicios ya que el arma utilizada fue de uso privativo de la Policía, según la providencia dictada en primera instancia y en segunda instancia, se puede concluir que el arma con la cual sufrió lesiones el señor VALENTIN JOSE OLIVEROS CUELLAR, fue de uso oficial, ya que se acepta el hecho como tal, pero se excluye de responsabilidad penal y disciplinaria, debido a que se trató de una defensa putativa, no queriendo con esto decir que también se excluirá la responsabilidad Administrativa, ya que el daño fue causado y por lo tanto se deben resarcir los perjuicios materiales y morales con la única restricción de que se hará en proporción, ya que el daño se causó en parte por culpa de la

víctima dentro de la tesis aceptada de la concurrencia o compensación de culpas.... No obstante lo anterior, advierte la Sala que la Condena impuesta, deberá reducirse en un 50% dada la concurrencia de culpas, toda vez que el día de los hechos, disparo (sic) su arma de fuego, que no tenía patentada, provocando por su acto de fuerza imprudente contra ningún tipo de ataque anterior, la reacción de la Policía Nacional que se encontraba en el lugar de los hechos en busca de unos hombres sospechosos y que se encontraban armados.” (fl. 221-222 cp)

4 El recurso de apelación.

Mediante escrito de fecha 15 de diciembre de 2000 el apoderado de la parte actora sustentó el recurso de apelación contra la sentencia de 29 de septiembre de 2000, argumentando que la misma debería ser modificada en relación con la reducción de la condena en un 50%, por considerar que se debe otorgar plenamente la indemnización por los perjuicios morales, materiales y la liquidación del daño futuro. (fls. 233 a 234 c.2)

De acuerdo con el apelante, dentro de la parte probatoria se establece que el señor Valentín Oliveros disparó su revolver una sola vez hacia el techo de su casa, pero las fuerzas militares lo hicieron en 78 oportunidades, considerándose que esa actuación *“es abiertamente ilegal, imprudente y excesiva”* (fl.235 c1), por lo tanto se debe declarar la totalidad de la responsabilidad de la administración, sin reducción alguna en la condena. (fl. 235 c.2)

Mediante escrito de fecha 18 de diciembre de 2000 la apoderada de la parte demandada interpuso también recurso de apelación contra la sentencia de 29 de septiembre de 2000.

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander mediante auto del 30 de enero de 2001, concedió el recurso de apelación presentado oportunamente por cada una de las partes. (fl. 239)

El 25 de abril de 2001 mediante escrito la apoderada de la parte demandada sustentó el recurso interpuesto, en el cual alegaba la exoneración de toda responsabilidad por la culpa exclusiva de la víctima. Así lo referencia:

“...no se logro (sic) demostrar la falla del servicio, pues no se encuentran acreditados los elementos constitutivos de responsabilidad administrativa, toda vez que es del análisis de las circunstancias de modo tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos en los cuales resulto (sic) lesionado el señor

VALENTIN JOSE OLIVEROS CUELLAR, de donde se advierte que no se configura la falla del servicio planteada por el libelista, sino que por el contrario lo que se logró demostrar fue LA CULPA DE LA VICTIMA, lo que obviamente exonera de toda responsabilidad administrativa de LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL.

En el sub-análisis, con toda claridad se observa que fue la conducta irresponsable del hoy actor VALENTIN JOSE OLIVEROS CUELLAR, la que obligo a los policiales a actuar de acuerdo a las circunstancias...”(fls. 245-246 cp)

5 Actuación en segunda instancia.

Esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander, Norte de Santander y Cesar (fl. 249 c.2) y mediante auto de 1 de junio de 2001 y se corrió traslado a las partes por el término de 10 días para presentar alegatos de conclusión. (fl. 251 c.2)

El 20 de junio de 2001 el apoderado de la parte demandada presentó alegatos de conclusión, en donde manifiesta las razones por las cuales no deben prosperar las pretensiones por responsabilidad extracontractual del Estado, argumentando que existe una causal de exoneración de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima, debido a que el señor OLIVEROS disparó su arma de manera irresponsable y sin tener ninguna previsión, lo que provocó la reacción de los policías, que se encontraban en busca de personas que estaban posiblemente armadas. Frente a la compensación de culpas expone lo siguiente:

“...se debe dar aplicación a la llamada compensación de culpas, que se hace consistir en lo que sucede cuando tanto el causante como la víctima cometen culpa con incidencia en el desenlace. Por lo que se rebajaría la indemnización en proporción a la culpa de la víctima, al tenor de los dispuesto en el artículo 2357 del Código Civil.” (fl. 255 cp)

El Ministerio Público y la parte demandante guardaron silencio. (fl. 263 c.2)

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala a resolver el recurso de apelación que formularan la parte demandante y demandada, en juicio de dos instancias, con el objeto de que revoque la sentencia proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Descongestión de Santander, Norte de Santander y Cesar.

Para resolver el asunto sometido a conocimiento de la Sala, se abordará el estudio de los siguientes aspectos: 1) aspectos procesales previos; 2) el objeto del recurso de apelación y la decisión de primera instancia; 3) presupuestos para la responsabilidad extracontractual; 4) la responsabilidad del Estado por los daños causados a particulares como consecuencia del uso de armas de dotación oficial; 5) los hechos probados; 6) problemas jurídicos; 7) el daño antijurídico; 8) la imputación de la responsabilidad y, 9) los perjuicios.

1 Aspectos procesales previos

Previo a abordar el análisis respecto al objeto del recurso de apelación interpuesto por las partes, la Sala advierte que se tendrá en cuenta la copia auténtica del proceso penal número 1499/2063 de 1993, adelantado por los hechos ocurridos en la noche del 7 de enero de 1993 en el barrio Aeropuerto de Cúcuta, por reunir los requisitos establecidos en el artículo 185 del C. de P. C., además fue solicitado como prueba en este proceso por ambas partes¹.

En consecuencia, y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial de esta Sala, la prueba trasladada será valorada, entendiendo que fue solicitada por las dos partes en el proceso, de manera que no se requiere para su perfeccionamiento su ratificación en la instancia contencioso administrativa, de lo contrario se estaría desconociendo el principio de lealtad procesal². Sin embargo, no se tendrá en cuenta las declaraciones rendidas ante Juzgado Setenta de Instrucción Penal Municipal por Lucila Londoño Osorio (fl. 148 c.3) y de Alirio Roa Fernández (fl. 149 c.3), por tratarse de personas que no conocieron directamente del hecho, lo que se constituye en testimonios de oídas³.

¹ “Lo anterior, como quiera que la prueba trasladada, en los términos definidos por la jurisprudencia de esta Sala, sólo es susceptible de valoración, en la medida en que las mismas hayan sido practicadas con presencia de la parte contra quien se pretenden hacer valer (principio de contradicción), o que sean ratificadas en el proceso contencioso administrativo. Es posible, además, tenerlas en cuenta, si existe ratificación tácita, esto es que la demandada las haya solicitado, al igual que el demandante; lo anterior conforme al principio de lealtad procesal, como quiera que no resulta viable que si se deprecian... con posterioridad, esa parte se sustraiga frente a los posibles efectos desfavorables que le acarree el acervo probatorio, el cual, como se precisó, fue solicitado en la respectiva contestación de la demanda.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de junio de 2008, exp. 16174, M.P. Enrique Gil Botero. De igual manera se pueden consultar las sentencias sentencias de 20 de febrero de 1992, exp. 6514 y de 30 de mayo de 2002, exp. 13476

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de mayo de 2002, exp. 13476.

³ En este sentido, seguimos el precedente de la Sala, que ha sido ratificado en la siguiente forma:

“... no es dable a la Sala otorgar a tales testimonios pleno valor probatorio, toda vez que su contundencia demostrativa, de conformidad con los sistemas fundamentales de regulación de la prueba judicial, es mínima...”. Sentencia del 9 de marzo de 2000 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, expediente 16019. “...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

De la misma manera, no se tendrán en cuenta las declaraciones sobre los hechos, rendidas por Ana de Jesús Montañez (fls. 152 a 156 c.3) y Sonia Esmeralda Oliveros Montañez (fls. 230 a 232 c.3), ya que por su condición de demandantes no pueden ser testigos, conforme al artículo 217 del Código de Procedimiento Civil.

Conforme a lo anterior, se deja sentado que los medios de prueba que se trasladan son de tipo documental, los cuales han sido sometidos al principio de contradicción en la forma establecida en el artículo 289 del C. de P. C.

2 Objeto del recurso de apelación y la decisión de primera instancia.

Ahora bien, resulta necesario precisar que los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la demandada están encaminados, de un lado, a que se revoque la decisión consistente en reducir la condena impuesta a la entidad demandada en un 50% y, de otro, a que se reconozca la culpa exclusiva de la víctima y en consecuencia se exonere totalmente de responsabilidad a la entidad demandada.

Lo anterior obliga a destacar que el recurso de apelación no se encuentra limitado a los aspectos indicados. Al respecto conviene recordar lo establecido en la parte final del artículo 357 del C. de P. C., a cuyo tenor:

“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.(Negrillas adicionales).

El sustento fáctico de las pretensiones de la demanda se encamina a señalar que en la noche del 7 de enero de 1993, agentes de la Policía Nacional lesionaron al

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...”. Sentencia del 16 de febrero de 2001 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 12703. “...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...”. Sentencia del 10 de agosto de 2005 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 16205.

señor Valentín José Oliveros Cuellar al propinarle injustificadamente disparos con armas de dotación oficial, durante un procedimiento policial que se adelantó en busca de unas personas presumiblemente con armas de corto alcance, que se encontraban en un velorio, información que según los testimonios de los Policías se les había proporcionado una persona en la zona donde se encontraba. Que como producto de la acción policial, al accionante le fue decomisada un arma de fuego, que portaba sin contar con el salvoconducto.

Para el Tribunal a quo, la responsabilidad del Estado se encuentra comprometida al no haber sido acreditada la eximente de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima sino por concurrencia o compensación de culpas como quiera que se demostró que la víctima se encontraba portando un arma de fuego sin salvoconducto la cual accionó de manera irresponsable sin asegurarse de quienes eran las personas que se encontraban en las calles de su barrio, lo que llevó a los agentes de la Policía Nacional a repeler la agresión causándole la lesión por cuya indemnización se demandó; contrario a ello la parte demandante insiste en que dicho hecho dañoso es consecuencia de una actuación arbitraria y desmedida de los agentes que intervinieron en la misma.

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

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados⁴, sin distinguir su condición, situación e interés⁵. Como bien se sostiene en la doctrina,

⁴ La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

⁵ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad⁶; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”⁷.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁸ tanto por la acción, como por la omisión. Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional), y; adicionalmente a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

En cuanto al daño antijurídico, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho. Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”⁹.

*de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d une théorie general de la responsabilité civile* considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.*

⁶ *“La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.*

⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

⁸ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política *“los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”*. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues *“menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatiojuris’ además de la ‘imputatiofacti”*. Sentencia de 13 de julio de 1993

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”¹⁰.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad¹¹, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica¹². Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”¹³.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”¹⁴. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”¹⁵.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

¹¹ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “*Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatioiudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatiodiudicatoria)*”. KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35.

¹² El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 25 de marzo de 2003.

¹³ “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc/>], pp.6 y 7.

¹⁴ “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionados por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*. Madrid, 1990, pp.77 ss.

¹⁵ MIR PUIG, Santiago. Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “*excluír del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar*”¹⁶. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no¹⁷.

Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación.

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

*“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible¹⁸. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”¹⁹.*

A lo que se agrega por el mismo precedente,

¹⁶ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

¹⁷ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994.

¹⁸ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

“En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de **deberes de seguridad en el tráfico**, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce - un peatón cae en la zanja- surgen los llamados **deberes de salvamento**, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo - prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por **asunción** de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.

Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son **deberes negativos** porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.

2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y **protegerlo contra los peligros que lo amenacen**, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos^{20:21}.

16. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante

²⁰ Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante.

“Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. Vg. Si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta mas de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo fundamental es si cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece, cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo, no sólo cuando entrega el arma homicida, también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social, hacen intercambiables la acción y la omisión²². GüntherJakobs ha demostrado que todos los problemas del delito de omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón puede tropezar en la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella, porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella²³.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme a lo anterior esquema, se analizará el caso a resolver.

4 La responsabilidad del Estado por los daños causados a particulares como consecuencia del uso de armas de dotación oficial.

Como en otros ámbitos, se trata de un régimen específico de responsabilidad que ha ido madurando en el tiempo, gracias a los distintos momentos que ofrece el precedente de la Sala.

²² Cfr. Javier Sánchez-Vera. Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen. Duncker & Humboldt Berlin 1999. Pags. 51 y ss Kurt Seelmann. Grundlagen der Strafbarkeit. Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Reihe. Alternativkommentare. Luchterhand. Neuwied. 1990.Pag.389.

²³ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

En una primera etapa, que va hasta 1989, el régimen aplicable era el subjetivo, fundado en la falla probada del servicio²⁴.

En la segunda etapa, que va a partir de 1989 y hasta 1997 se acogió la tesis de la falla presunta. Se resalta que esta tesis se aplicó fundado en el principio *iuranovit curia*, afirmándose que si bien en la demanda se imputa una falla del servicio por omisión consistente en permitir que uno de los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado “saliera a vacaciones portando armas de dotación oficial”, esto “no es óbice para que el juez, al calificar la realidad histórica del proceso... goce de la facultad de determinar el régimen jurídico de responsabilidad aplicable al caso concreto”²⁵.

Así mismo, se consideró que el “arma de dotación oficial, por su peligrosidad al ser nexa instrumental en la causación de un perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público a quien el arma pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio, que por demás bien puede existir”²⁶.

Sin duda, en esa época la falla se presumía atendiendo a que el arma se constituía en sí misma en el “nexo instrumental”, el cual “sería por sí solo suficiente para declarar la responsabilidad de la administración, habida consideración de la peligrosidad extrema que tales instrumentos conllevan”²⁷. Aunque en ocasiones se matizaba, afirmándose que la manipulación “de equipos y armas de extraordinario riesgo”²⁸ hace presumir la responsabilidad, y en otros eventos que cuando se trata de armas “pesa sobre las Fuerzas Armadas una obligación de extrema prudencia y diligencia en relación con el porte y uso de armas”²⁹.

En la tercera etapa, a partir de 1992, se favoreció como regla el régimen de responsabilidad al considerarse que el porte, uso y manipulación de las armas de

²⁴ Sentencia de 21 de octubre de 1982. Exp.413.

²⁵ Sentencia de 31 de julio de 1989. Exp.2852. Puede verse también sentencia de 20 de febrero de 1989. Exp.4655.

²⁶ Sentencia de 31 de julio de 1989. Exp.2852.

²⁷ Sentencia de 27 de abril de 1989. Exp.4992. En ese sentido la sentencia de 28 de abril de 1989 señaló: “... cuando se prueba que el nexa instrumental (arma) con el cual se ha causado un perjuicio, era de dotación oficial, se presume que el perjuicio es debido a una falla en la prestación del servicio”. Sentencia de 28 de abril de 1989. Exp.3852.

²⁸ Sentencia de 28 de abril de 1989. Exp.3852.

²⁹ Sentencia de 27 de abril de 1989. Exp.4992.

dotación oficial constituye una actividad peligrosa, dándose paso a la presunción de responsabilidad³⁰.

No obstante lo anterior debe resaltarse que esta Sala ha considerado que las actuaciones de los agentes del Estado sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando aquellas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público³¹, de modo que la simple calidad de funcionario público que funja el autor del hecho o el uso de algún instrumento del servicio como el arma de dotación oficial no vincula al Estado, como quiera que el servidor público pudo haber obrado dentro de su ámbito privado, desligado por completo del desempeño de actividad alguna conectada con la función normativamente asignada a la entidad demandada; es por ello la Sala ha precisado lo siguiente:

“En doctrina que la Sala ha acogido en reiterada jurisprudencia³², se señala que para que la conducta causante del daño, desplegada por un agente estatal, tenga vínculo con el servicio, se requiere que ésta se presente externamente como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público:

“...no cualquier actuación dañosa de los funcionarios o agentes administrativos conlleva imputación de responsabilidad a la Administración de quien dependen o en la que están encuadrados. Se requiere en todo caso para que opere el mecanismo de atribución a la Administración del deber de reparar un daño patrimonial, que la actuación lesiva de la persona autora material de éste pueda calificarse como propia del ‘funcionamiento de los servicios públicos’. Es decir que la conducta del agente de la Administración productora del evento dañoso suponga una manifestación del desempeño o ejercicio del cargo público, presentándose externamente entonces el resultado lesivo como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público. “Por tanto, la Administración no responde de los daños causados por la actividad estrictamente privada de sus funcionarios y agentes, es decir, la llevada a cabo absolutamente al margen de las funciones del cargo público; en una palabra, la realizada fuera del servicio público. En definitiva, el fenómeno jurídico de imputación de responsabilidad civil a la administración no se produce en aquellos supuestos de daños resarcibles en los que el funcionario se presenta frente al sujeto dañado en su calidad de persona privada, desprovisto, por tanto, de toda cualificación jurídico-pública”³³.

³⁰ Sentencias de 24 de agosto de 1992. Exp.6754; 16 de septiembre de 1999. Exp.10922.

³¹ En ese orden de ideas, en sentencia de 26 de septiembre de 2002 expediente 14.036, la Sala expresó lo siguiente: “Para determinar cuándo el hecho tiene o no vínculo con el servicio se debe examinar la situación concreta para establecer si el funcionario actuó frente a la víctima prevalido de su condición de autoridad pública, es decir, que lo que importa examinar no es la intencionalidad del sujeto, su motivación interna sino la exteriorización de su comportamiento. En otros términos lo que importa para atribuir al Estado, por ejemplo, el hecho de un policía que agrede a una persona es establecer “si a los ojos de la víctima aquel comportamiento lesivo del policía nacional aparecía como derivado de un poder público, siquiera en la vertiente del funcionamiento anormal de un servicio público”.

³² Nota original de la sentencia citada: En este sentido ver por ejemplo sentencia 17.136, actor Nubia Valencia G. y otros, 17896 Actor: Margarita Lucía Roldan y otros, 17135 actor Giraldo de Jesús Tobón Tabares y otros.

³³ Nota original de la sentencia citada: ANDRES E. NAVARRO MUNUERA. *La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la administración a los daños ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público.* en *Revista Española de Derecho Administrativo*. No. 60, octubre-

Finalmente, la Sala en providencia de 25 de febrero de 2009³⁴, reiteró en relación con el nexo instrumental, que la responsabilidad de la Nación, no se ocasiona por la simple comisión del hecho con un instrumento del servicio, sino que dicha responsabilidad se origina, principalmente de las características de la acción u omisión que desarrolló el funcionario respectivo y por la cual causó un daño, la cual debe tener una relación directa con el servicio público prestado; Al respecto señaló:

"Frente a ello, precisa la Sala que el nexo con el servicio que debe presentar una actuación para comprometer la responsabilidad de la administración pública, no se desprende exclusivamente del horario en el que se encontraba el agente estatal, ni de los implementos usados por aquel, ni de las funciones que tenía asignadas en ese momento, sino principalmente de las características de la acción u omisión que desarrolló el funcionario respectivo y por la cual causó un daño, que debe tener una relación directa con el servicio público prestado"³⁵.

Con la sentencia de 14 de julio de 2001³⁶, se abrió el camino hacia la aplicación del título de imputación del riesgo excepcional, afirmándose en dicho precedente,

"Como se advirtió en la primera parte de estas consideraciones, cuando se trata de daños causados por agentes estatales en desarrollo de actividades que crean un riesgo para los administrados –a pesar de estar autorizadas, precisamente, para garantizar su protección–, poco importa que se demuestre o no la falla del servicio; probada la actuación del agente estatal, el daño y el nexo de causalidad existente entre uno y otro, se establece la responsabilidad del Estado, y la entidad demandada sólo podrá exonerarse demostrando causa extraña, esto es, fuerza mayor o hecho exclusivo de la víctima o de un tercero".

El anterior precedente tuvo continuidad en la sentencia de 22 de abril de 2004³⁷ se favoreció el título de imputación del riesgo excepcional, descartando la presunción de responsabilidad porque hacía presumir todos los elementos de la misma. En este precedente se dijo:

"La sala ha dicho, reiteradamente, que tratándose de daños causados con arma de dotación oficial o afectas al servicio (actividad peligrosa por la potencialidad del daño) y por agente, entendido en su concepto amplio, el título jurídico bajo el cual debe estudiarse la responsabilidad patrimonial es el objetivo por riesgo. Ha expresado que bajo este título jurídico quien pretende la declaratoria de responsabilidad y la consecuencial indemnización de perjuicios está obligado a probar el hecho de la Administración (sin cualificación de conducta), el daño antijurídico y el nexo de causalidad con el riesgo creado por el artefacto peligroso; y que al

diciembre de 1988. Se analiza en el artículo la sentencia del Tribunal Supremo de España del 27 de mayo de 1987, que concedió a los demandantes la indemnización por la muerte de su hijo ocasionada por un agente de la policía con arma de fuego reglamentaria, pero quien disfrutaba de sus vacaciones, en aplicación de la teoría del riesgo como título de imputación.

³⁴Nota original de la sentencia citada: Exp. 17.426, actor: Bolívar Arce y Otros. MP. Ramiro Saavedra Becerra.

³⁵Sentencia de 10 de junio de 2009. Exp.34.348.

³⁶Sentencia de 14 de julio de 2001. Exp. 12696.

³⁷Sentencia de 22 de abril de 2004. Exp. 15088.

Estado le corresponde para exonerarse demostrar una causa extraña: hecho exclusivo de la víctima o del tercero y/o fuerza mayor. Esta Corporación en lo que atañe con la responsabilidad del Estado por daños ocasionados por cosas o actividades peligrosas (armas de fuego) ha recurrido a diversos títulos jurídicos de imputación; así: Desde la presunción de responsabilidad, la presunción de falta y el riesgo, régimen este último de responsabilidad objetiva, descartando la mención de la mal llamada ‘presunción de responsabilidad’ por cuanto sugiere que todos los elementos de responsabilidad (hecho, daño y relación causal) se presumen. En tal título jurídico el demandante no tiene que probar la calificación de la conducta subjetiva del proceder del demandado, sino sólo y concurrentemente el hecho dañoso vinculado o afecto al manejo de las armas; el daño y el nexo de causalidad, eficiente y determinante en la producción del daño”³⁸.

En tanto que en la sentencia de 10 de agosto de 2005³⁹, se reiteró,

“En la actualidad, cuando se trata de DAÑOS CAUSADOS CON ARMAS PELIGROSAS, el título de la falla presunta lo revaluó la jurisprudencia de esta Sección, enfocándose en el título de riesgo por la actividad peligrosa. Dicho giro ha tenido su origen en las diferencias y en el manejo que ambos títulos jurídicos implican, pues la falla presunta supone respecto de la conducta la sola demostración del hecho dañoso, y quien lo imputa no tiene el deber de acreditar la anomalía (punto diferenciador con la falla probada), pero sí los otros elementos para la configuración de la responsabilidad: daño y nexo causal. Por contraste, el tratamiento de la responsabilidad desde el título objetivo de imputación jurídica, parte respecto de la conducta de su no evaluación o calificación, “tan sólo de la peligrosidad (la relación que existe entre el nexo causal de la actividad peligrosa y el daño)”; dicho título se deriva en el origen del riesgo que asume quien, por voluntad o deber, se atreve a manejar elementos que en su estructura y/o en su actividad conllevan peligro”.

Recientemente en la sentencia de 11 de febrero de 2009⁴⁰, la Sala aplicando el principio *iura novit curia* matizó la aplicación del título de imputación del riesgo excepcional afirmándose que en caso de invocarse en la demanda la falla del servicio cabe estudiarla aunque se trate de una actividad peligrosa, si es necesario determinar falencias en el servicio desplegado, así como medida para enviar un mensaje a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad frente a hechos futuros de no realizarlos, o incluso de inducir a la toma de decisiones políticas para mejorar la situación en relación con el porte, uso y manipulación de armas de dotación oficial. En dicho precedente se dijo,

³⁸ Sentencia de 22 de abril de 2004. Exp. 15088.

³⁹ Sentencia de 10 de agosto de 2005. Exp.15127.

⁴⁰ Sentencia de 11 de febrero de 2009. Exp.17318.

“... para decidir la responsabilidad del Estado debe tenerse en cuenta que el último criterio jurisprudencial relacionado con el título de imputación, bajo el cual deben ser decididas las demandas interpuestas con el fin de obtener la reparación de los daños causados en ejercicio de actividades peligrosas, es el de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, de acuerdo con el cual al demandante le basta acreditar que la actividad peligrosa fue la causa del daño cuya reparación solicita, en tanto que la entidad para exonerarse, deberá demostrar la existencia de una causal de exoneración como la culpa exclusiva de la víctima, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o la fuerza mayor. Esto siempre que no se invoque en la demanda el régimen de falla del servicio, caso en el cual se entra a estudiar la responsabilidad bajo ese título de imputación porque de un lado ese criterio de imputación es aplicable aún tratándose de daños causados con ocasión de actividades peligrosas, y por otra parte, se cumple con la función consustancial a la jurisprudencia contencioso administrativa de identificar las falencias que se presentan en el ejercicio de la actividad administrativa, con el propósito de que: (i) la definición para un caso concreto se convierta en advertencia para la administración con el fin de que ésta procure evitar la reiteración de conductas anormales y (ii) esa decisión sirva para trazar políticas públicas en materia de administración”.

Sin embargo, en la sentencia de 11 de agosto de 2010⁴¹ la Sala sostuvo que debe privilegiarse la aplicación de títulos de imputación objetiva por razones jurídicas, de equidad y de solidaridad.

De acuerdo con el precedente jurisprudencial de la Sala, es necesario que en el expediente se pueda establecer la existencia de los elementos indispensables para proceda a declararse la responsabilidad extracontractual de la administración pública fundada en el título objetivo del riesgo excepcional, cuando se trata del uso de armas de dotación oficial, o de actividades en las que se utilicen las mismas. Dichos elementos, según el precedente, son: a) la existencia del daño o lesión patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado (o determinable), que se ocasiona a uno o varios individuos; b) que se trate de la utilización de un arma de dotación oficial, por parte de un agente de alguno de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, en ejercicio de sus funciones, y; c) la relación de causalidad entre ésta y el daño producido como consecuencia directa de la utilización del arma como elemento que denota peligrosidad, salvo que se demuestre alguna causa eximente de responsabilidad, por ejemplo, fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima, *“cuyo advenimiento determinará la imposibilidad de imputar o atribuir jurídicamente el resultado dañoso a la accionada, que no a destruir el nexo, el proceso causal o la relación de causalidad que condujo a la producción del daño”* .

⁴¹ Sentencia de 11 de agosto de 2010. Exp.19289.

Teniendo en cuenta que el Estado se encontraba a cargo de la actividad riesgosa que produjo el daño, como es la utilización de armas de fuego, la Sala encuentra que la responsabilidad predicable respecto del ente demandado lo es a título del régimen objetivo, identificado como riesgo excepcional, sin perjuicio de analizar en su momento (lo que son objeto de lo apelado) la causal alegada por la demandada eximente de responsabilidad de la culpa exclusiva de la víctima y la concurrencia o compensación de culpas que el Tribunal de primera instancia encontró estructurada en el caso sub examine.

5 Hechos probados.

Frente a la ocurrencia de los hechos se tiene que el 7 de enero de 1993 una patrulla de contraguerrilla de la Policía Nacional se dirigía hacia la Cárcel Modelo a prestar refuerzo y para evitar ser emboscados tomaron como vía alterna las calles del barrio Aeropuerto de la ciudad de Cúcuta. Alrededor de las 11:30 p.m., la zona por la cual transitaban los uniformados se encontraba sin fluido eléctrico, cuando por información de un particular sobre la presunta presencia de sujetos armados en un velorio, procedieron a constatar lo relatado haciendo un despliegue en la zona.

Ya de regreso hacia los vehículos en que se transportaban, tres integrantes de la patrulla al escuchar detonaciones de arma de fuego inmediatamente procedieron al repeler el presunto ataque disparando hacia el lugar donde provenían los “fogonazos” hiriendo finalmente al señor Valentín Oliveros Cuellar el cual fue trasladado por los agentes policiales al Hospital.

Los hechos anteriormente narrados están corroborados con las declaraciones, rendidas en el proceso penal 1499/2063 de 1993 seguido en contra de los agentes Arcenio Cano Linares y Otros por el delito de lesiones personales, por los Agentes de Policía Roger Albeiro Bonilla Librado (fls. 166 a 170 c.3), Héctor Julio Calvo Velásquez (fls. 171 a 176 c.3), José Domingo Carvajal Vera (fls. 177 a 181 c.3), Miguel Antonio Contreras Celis (fls. 184 a 188 c.3), Orlando Castellanos Rivera (fls. 189 a 194 c.3), Sandro José Laguna Firigua (fls. 196 a 201 c.3), Luis Antonio Sepulveda Sierra (fls. 202 a 206 c.3), Edimer Alfonso Torres Parra (fls. 207 a 210 c.3), Jairo Nelson Melo Melo (fls. 249 a 251 c.3), Cesar Orlando Segura Romero (fls. 262 a 266 c.3), Luis Antonio Jaimes Gómez (fls. 267 a 270 c.3), Pedro Claver

Pérez Martelo (fls. 327 a 328 c.3) y con las diligencias de indagatoria rendidas por los Agentes José Javier Carvajal Meneses (fls. 291 a 298 c.3), Jorge Pérez Infante (fls. 304 a 309 c.3) y Arcenio Cano Linares (358 a 364 c.3).

Ahora, respecto a los testimonios obrantes en el citado proceso penal de los señores Luis Emilio Pinzón (fls. 137 y 138 c.3), Laura Prada de Arguello (fls. 141 a 142 c.3), Filemón Pinzón Suarez (fls. 143 y 144 c.3), Oscar Jaimes (fls. 233 a 236 c.3), Misael Vergel Ortiz (fls. 237 a 239 c.3) y María Edelmira Ramos Ramírez (fls. 272 a 275 c.3), se observa que todos ellos se limitan en declarar que en la fecha de la ocurrencia de los hechos sólo escucharon disparos con arma de fuego y que posteriormente se enteraron que el señor Valentín Oliveros Cuellar había resultado herido.

Asimismo obran, a folios 134 a 138 del cuaderno 1, los testimonios de los señores María Edelmira Ramos Martínez, Misael Vergel Ortiz y Oscar Jaimes quienes ratificaron lo declarado ante el Juzgado Setenta de Instrucción Penal Militar en el sentido que sólo escucharon disparos con arma de fuego.

De otra parte, obra en el referido proceso penal la declaración del señor Valentín Oliveros Cuellar (fls. 132 a 136 c.3) quien manifestó que para la fecha de la ocurrencia de los hechos vivía en la calle 20 No. 1-78 del barrio Aeropuerto de Cúcuta, que estaba durmiendo cuando su esposa escuchó ruidos y entonces sacó el revolver e hizo unos disparos hacia el techo perforándolo en dos agujeros. Luego abrió la puerta del solar que da contra la calle pues no tiene cerca y como no había luz de lo oscuro vio el fogonazo y sintió que el pegaron un tiro a la altura de la tetilla, pensó que era la guerrilla ya que quince días antes lo habían amenazado que si nos les vendía el vehículo de su propiedad, un Dodge en un millón de pesos era calavera. Dice también que de la casa lo recogieron herido y lo llevó un camión de la policía y por imaginación le dijo a su esposa que podía ser Carlos Silva quien lo mando matar para no pagarle la plata que le debe. Desconoce quién le pegó el tiro, pues el que lo hizo aprovecho la oscuridad ya que no había luz en el barrio. Que luego tuvo conocimiento que varios policías habían hecho disparos como treinta y cinco tiros y que su esposa encontró varias vainillas y se las dio al abogado de él, no sabe qué hacía la policía en ese lugar y en esos momentos y menos la razón de los disparos. Confiesa que el revólver de su propiedad no tiene salvo conducto y que lo tenía con seis cartuchos de los cuales había gastado dos cartuchos afirma que no es cierto que en el momento que le

quitaron el revolver hayan encontrado cinco vainillas y un cartucho. Dice también que a su yerno Juan León Linero le quitaron un revólver de cinco cartuchos.

Se destaca la declaración del señor Juan León Linero Ortiz (fls. 226 a 229 c.3) quien señala que estaba durmiendo cuando escucho el grito de la suegra y los niños que viven en seguida de él, que sacó el revólver de su propiedad con capacidad de cinco tiros y cuando se asomó a la puerta lo encañonaron los del grupo cobra y le quitaron el revólver, seguidamente fue a ver a su suegro y lo vio herido sangrando y con el brazo izquierdo colgando, que según su suegra los policías lo habían herido, por que éste había disparado el revolver hacia el techo de la casa.

Finalmente, se tiene en el plenario el reconocimiento realizado al señor Oliveros por el Instituto Nacional de Medicina Legal (fl. 39 c.1); copia autentica de la historia clínica del señor Valentín José Oliveros Cuellar, así como prescripciones médicas y recibos de caja del Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta (fls. 44 a 82 y 113 a 121 c.1); Certificaciones de trabajo en donde consta que el señor Oliveros se desempeñó como maestro de obra (fls. 40,41 y 83 a 132 c.1); copia del fallo del proceso disciplinario que se siguió en contra del agente Pedro Claver Pérez Martelo y otros por los hechos ocurridos en el barrio aeropuerto de Cúcuta el día 7 de enero de 1993 (fls. 124 a 131 c.1); Peritazgo a un artefacto explosivo (granada de fragmentación M26) (fl. 142 c.1); fotocopia de la calificación del mérito sumarial por el juzgado de primera instancia en el proceso No. 1499, en la cual se declara: la cesación del procedimiento, revoca la medida de aseguramiento, y ordena consultar al Tribunal Superior Militar (fls. 174 a 178 c.1); fotocopia de la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar en la que confirma la providencia consultada (fls. 189 a 194 c.1); solicitud realizada por el médico laboral del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social requiriendo se envíe al señor Oliveros para realizarle una valoración por ortopedia, fisioterapia y medicina interna con el fin de determinar las limitaciones funcionales (fl. 195 c.1) y; oficio de la Clínica Forense Seccional Norte de Santander en la cual informa que el señor Oliveros Cuellar no se hizo presente en esa oficina a efecto de practicarle reconocimiento médico-legal ordenado por ese Tribunal. (fl. 202 c.1)

6 Problemas jurídicos.

De lo anterior se pueden plantear como problemas jurídicos: a) determinar cuál es el régimen de responsabilidad aplicable a las circunstancias del caso concreto, habida cuenta de que se trató de las lesiones causadas a un particular, según lo asegura el demandante, producido como consecuencia del disparo que con arma de fuego de dotación oficial fue realizado por un miembro de la Policía Nacional, el día 7 de enero de 1993, en inmediaciones del barrio Aeropuerto de la ciudad de Cúcuta; b) establecer si el caudal de pruebas recaudado en el sub lite permite concluir que concurren los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por los daños causados al accionante como consecuencia de las lesiones sufridas por Valentín Oliveros Cuellar, acaecido en las circunstancias antes mencionadas o si, por el contrario, se acreditaron los elementos necesarios para estimar configurada una eximente de responsabilidad patrimonial en favor de la entidad demandada.

7 Daño antijurídico.

De conformidad con todo el conjunto probatorio antes descrito, la Sala encuentra acreditado que el señor Valentín Oliveros Cuellar sufrió lesiones como consecuencia de varios impactos por arma de fuego, la cual fue causada por agentes de la Policía Nacional, quienes en horas de la noche del día 7 de enero de 1993, accionaron en contra del primero sus armas de fuego de dotación oficial, porque aquél, al momento en que los policiales realizaban patrullaje en búsqueda de sospechosos armados, realizó disparos al techo de su vivienda para ahuyentar a presuntos ladrones. Sobre el particular, obra el reconocimiento médico legal en el que consta:

“(…)

Ref.of.3238

VALENTIN JOSE OLIVEROS CUELLAR

C.C.No.13.249.428 Cúcuta

Edad: 44 años

Examinado hoy a las 15 y 50 horas.

Sufrió herida por proyectil de arma de fuego presentando fractura abierta de oleocranón (sic) izquierdo, fractura abierta de cóndilo medial de humero, sección parcial de nervio orbital, 2 heridas de pulmón izquierdo, fracturas costales.

Se le practicó toracostomía (sic) izquierda, rafia de lóbulo superior del pulmón izquierdo, osteosíntesis del codo e injerto cutáneo en cuello.

Actualmente presenta atrofia de musculos (sic) de antebrazo izquierdo, limitación de movimiento a nivel del hombro y codo izquierdo, extensa cicatriz en cara lateral izquierda de torax (sic), irregular de 9x7 cms; cicatriz de toracostomía (sic) izquierda de 22 cms hipertróficas, queloides.

Elemento causal: proyectil de arma de fuego.

Incapacidad médico legal definitiva (60) SESENTA días.

Como secuela de carácter permanente: deformidad física (sic) que afecta el cuerpo por cicatrices en torax; disminución de la capacidad funcional en un 90% en miembro superior izquierdo.

(...)”

Por consiguiente, la lesión causada al mencionado señor Valentín Oliveros Cuellar devino del uso de una arma de fuego de dotación oficial, por parte de agentes de la Fuerza Pública con ocasión y por razón del servicio, toda vez que los policiales José Javier Carvajal Meneses, Jorge Pérez Infante y Arcenio Cano Linares se encontraban cumpliendo turno de vigilancia y patrullaje en el barrio aeropuerto de la ciudad de Cúcuta, de modo que el estudio de imputación del daño irrogado a la parte actora será analizado, como en precedencia se indicó, con base en el título de riesgo excepcional, dado que aun cuando no se probó que la víctima hubiere disparado contra los agentes de Policía, lo cierto es que los uniformados accionaron sus respectivas armas en respuesta al peligro inminente que representaban los disparos efectuados por el hoy demandante, por lo tanto, mal podría, en principio, predicarse que la actuación de los aludidos agentes del orden hubiere sido irregular o ilegítima cuando las circunstancias en las cuales acaeció el hecho no resultaban completamente claras, aspecto sobre el cual se volverá más adelante, al analizar la causal eximente de responsabilidad –culpa exclusiva de la víctima.

8 Imputación de la responsabilidad.⁴²

Las causales eximentes de responsabilidad—fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima— constituyen eventos que dan lugar a que sea inadmisibles imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo. En relación con todas ellas, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración: (i) su *irresistibilidad*; (ii) su *imprevisibilidad*; y (iii) su *exterioridad* respecto del demandado,

⁴² Consejo de Estado. Sentencia del 28 de abril de 2010, Expediente No. 18.562.

extremos en relación con los cuales la jurisprudencia de esta Sección ha sostenido lo siguiente:

“En cuanto tiene que ver con (i) la irresistibilidad como elemento de la causa extraña, la misma consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo. Ø pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitadosØ.

Por lo demás, si bien la mera dificultad no puede constituirse en verdadera imposibilidad, ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano; basta con que la misma, de acuerdo con la valoración que de ella efectúe el juez en el caso concreto, aparezca razonable, como lo indica la doctrina:

«La imposibilidad de ejecución debe interpretarse de una manera humana y teniendo en cuenta todas las circunstancias: basta que la imposibilidad sea normalmente insuperable teniendo en cuenta las condiciones de la vida»⁴³.

En lo referente a (ii) la imprevisibilidad, suele entenderse por tal aquella circunstancia respecto de la cual "no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia"⁴⁴, toda vez que "[P]rever, en el lenguaje usual, significa ver con anticipación"⁴⁵, entendimiento de acuerdo con el cual el agente causante del daño sólo podría invocar la configuración de la causa extraña cuando el hecho alegado no resulte imaginable antes de su ocurrencia, cuestión de suyo improbable si se tiene en cuenta que el demandado podría prefigurarse, aunque fuese de manera completamente eventual, la gran mayoría de eventos catalogables como causa extraña antes de su ocurrencia, más allá de que se sostenga que la imposibilidad de imaginar el hecho aluda a que el mismo jamás hubiera podido pasar por la mente del demandado o a que éste deba prever la ocurrencia de las circunstancias que resulten de más o menos probable configuración o a que se entienda que lo imprevisible está relacionado con el conocimiento previo de un hecho de acaecimiento cierto.

Sin embargo, el carácter imprevisible de la causa extraña también puede ser entendido como la condición de "imprevisto" de la misma, esto es, de acontecimiento súbito o repentino, tal y como lo expresan tanto el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como el artículo 64

⁴³ Nota original en la sentencia Citada: ROBERT, André, *Les responsabilités*, Bruselas, 1981, p. 1039, citado por TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 19.

⁴⁴ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 noviembre de 1989, *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XIX, Bogotá, Legis, p. 8.

⁴⁵ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 mayo de 1936, *Gaceta Judicial*, tomo XLIII, p. 581.

del Código Civil⁴⁶ y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual “[I]mprevisible será cuando se trate de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia”⁴⁷. La recién referida acepción del vocablo “imprevisible” evita la consecuencia a la cual conduce el entendimiento del mismo en el sentido de que se trata de aquello que no es imaginable con anticipación a su ocurrencia, toda vez que esta última comprensión conllevaría a que la causa extraña en realidad nunca operase, si se tiene en cuenta que prácticamente todos los sucesos que ocurren a diario ya han sido imaginados por el hombre.

No está de más señalar, en cualquier caso, que la catalogación de un determinado fenómeno como imprevisible excluye, de suyo, la posibilidad de que en el supuesto concreto concorra la culpa del demandado, pues si éste se encontraba en la obligación de prever la ocurrencia del acontecimiento al cual se pretende atribuir eficacia liberatoria de responsabilidad y además disponía de la posibilidad real y razonable de hacerlo, entonces los efectos dañinos del fenómeno correspondiente resultarán atribuibles a su comportamiento culposo y no al advenimiento del anotado suceso. Culpa e imprevisibilidad, por tanto, en un mismo supuesto fáctico, se excluyen tajantemente.

Así pues, resulta mucho más razonable entender por imprevisible aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia. En la dirección señalada marcha, por lo demás, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha matizado la rigurosidad de las exigencias que, en punto a lo “inimaginable” de la causa extraña, había formulado en otras ocasiones:

(...)

Y, por otra parte, en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración Øal menos con efecto liberatorio plenoØ de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse

⁴⁶ Nota original en la sentencia Citada: Cuyo tenor literal es el siguiente: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc”.

⁴⁷ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de enero de 1.982, Gaceta Judicial, tomo CLXV, p. 21.

de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada⁴⁸.

Por otra parte, a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder —activo u omisivo— de aquélla tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima.⁴⁹

Tal como se manifestó anteriormente, el acervo probatorio relacionado da cuenta de que en la noche del 7 de enero de 1993, en la ciudad de Cúcuta, el señor Valentín José Oliveros Cuellar sufrió lesiones como consecuencia de disparos que le propinaron agentes de Policía, mientras éstos se encontraba en servicio activo y utilizando para ello el arma de fuego que les había sido suministrada como parte de su dotación.

Ahora bien, en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se produjo el referido daño por cuya indemnización se reclama, a partir del examen detallado de los medios probatorios es posible concluir que el mismo acaeció de la conducta imprudente, agresiva e irresponsable de la propia víctima, la cual provocó y propició la reacción por parte de los uniformados, con las consecuencias ya conocidas. Es esto lo que induce a que la Sala, más allá de la causalidad como fundamento, a construir como precedente la necesidad de hacer tanto un análisis fáctico, como un análisis empírico que permita dilucidar con un juicio de valor la posibilidad de imputar o atribuir la responsabilidad de resarcir el

⁴⁸ Consejo de Estado. Sentencia del 26 de marzo de 2008, Expediente No. 16.530.

⁴⁹ En la anotada dirección, ha sostenido la Sala: “El hecho de la víctima, al decir de los hermanos Mazeaud, sólo lleva “consigo la absolución completa” cuando “el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima. Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, pags. 332 y 333”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de mayo dos (02) de dos mil siete (2007); Expediente número: 190012331000199800031 01; Radicación: 24.972.

perjuicio causado a la administración pública demandada⁵⁰, de manera que el análisis no sólo se remita a la discusión de la carga de prueba, sino a la necesidad valorar conjunta y conglobadamente los elementos fácticos, jurídicos, probatorios y filosóficos que permitieron dilucidar el título de imputación aplicable al caso en concreto.

Ciertamente, el relato de los hechos consignado tanto en los informes de Policía como en la declaración realizada por el señor Oliveros Cuellar resultan coherentes entre sí y se encuentra corroborado con las demás probanzas del proceso, en el siguiente sentido:

Los informes oficiales y las declaraciones de los testigos son coherentes cuando afirman que en la noche del 7 de enero de 1993, siendo aproximadamente la 11:30p.m., los agentes de Policía, se dirigía hacia la Cárcel Modelo a prestar refuerzo y que para evitar ser emboscados tomaron como vía alterna las calles del barrio Aeropuerto de la ciudad de Cúcuta. Dicha zona por la cual transitaban los uniformados se encontraba sin fluido eléctrico, cuando por información de un particular sobre la presunta presencia de sujetos armados en un velorio, procedieron a constatar lo relatado haciendo un despliegue en el lugar y, al transitar por la calle 20 No. 1-78—lugar de residencia del señor Oliveros Cuellar—, tras escuchar detonaciones de arma de fuego inmediatamente procedieron al repeler el presunto ataque disparando hacia el punto donde provenían los “fogonazos” hiriendo al accionante, quien finalmente fue llevado por los policiales al Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta, debido a las heridas que presentaba, circunstancia por la cual se adelantó la correspondiente investigación disciplinaria y penal contra los referidos agentes, la cual terminó con la absolución de éstos.

⁵⁰ En su precedente la Sala ha sostenido: “Más allá de la compleja cuestión relacionada con la identificación de los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, incluso frente a supuestos que han dado lugar a comprensiones al menos en apariencia dispares en relación con dicho extremo, la Sala ha reconocido que con el propósito de dilucidar si procede, o no, declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en cualquier supuesto concreto, resulta menester llevar a cabo tanto un análisis fáctico del proceso causal que, desde el punto de vista ontológico o meramente naturalístico, hubiere conducido a la producción del daño, como un juicio valorativo en relación con la posibilidad de imputar o de atribuir jurídicamente la responsabilidad de resarcir el perjuicio causado a la entidad demandada; dicho en otros términos, la decisión judicial que haya de adoptarse en torno a la responsabilidad extracontractual del Estado en un caso concreto debe venir precedida de un examen empírico del proceso causal que condujo a la producción del daño, de un lado y, de otro, de un juicio, a la luz de los diversos títulos jurídicos de imputación aplicables, en torno a la imputabilidad jurídica de dicho daño a la entidad demandada.

“En consecuencia, no debe desdeñarse la importancia de precisar con mayor rigor, en el plano jurídico del Derecho de Daños, el concepto filosófico de causa, toda vez que en esta parte del universo del Derecho dicha noción “no se trata para nada de causa y efecto, en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas, o sea de la relación de fundamento a consecuencia.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 11 de febrero del 2009. Exp. 17.145, del 20 de mayo del mismo año, Exp. 17.405 y del 19 de agosto de 2009, Exp. 17.502, entre otras.

Así las cosas, el acervo probatorio obrante en el expediente no deja a la Sala duda alguna en torno a que la actuación desplegada por los agentes de la Policía Nacional que intervinieron en los hechos de marras y el daño irrogado al mencionado actor existe relación de causalidad⁵¹—comoquiera que, la actividad exhibida por los agentes de la Policía Nacional con ocasión de los hechos que dieron lugar a las lesiones del señor Valentín José Oliveros Cuellar efectivamente tuvieron incidencia en la producción del mencionado daño. Sin embargo, no es menos cierto que los mismos no resultan desde el punto de vista jurídico exclusivamente imputables a la Administración actuante, como lo alega el apoderado de la parte demandante, toda vez que el proceder asumido por el actor fue abiertamente imprudente, agresivo e irresponsable como atinadamente lo resaltó el a quo al afirmar que “... el afectado se sometió a un riesgo extraordinario que causó la reacción dada, más en un Barrio de Orden Público...”.

Ahora bien, en éste punto procede la Sala a examinar, como lo arguye el apoderado de la parte demandada, si se reúnen los elementos necesarios para entender configurada la eximente de responsabilidad consistente en el hecho exclusivo y determinante de la víctima, la cual excluye la imputabilidad del daño a la entidad demandada, en relación con la cual deben ser concurrentes los elementos de la imprevisibilidad, la irresistibilidad y la exterioridad jurídica del hecho dañoso para la autoridad accionada.

⁵¹ Respecto de la causalidad como elemento de responsabilidad del Estado, en casos similares al que hoy se analiza, la Sala ha sostenido: *“Más allá de la compleja cuestión relacionada con la identificación de los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, incluso frente a supuestos que han dado lugar a comprensiones al menos en apariencia dispares en relación con dicho extremo, la Sala ha reconocido que con el propósito de dilucidar si procede, o no, declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en cualquier supuesto concreto, resulta menester llevar a cabo tanto un análisis fáctico del proceso causal que, desde el punto de vista ontológico o meramente naturalístico, hubiere conducido a la producción del daño, como un juicio valorativo en relación con la posibilidad de imputar o de atribuir jurídicamente la responsabilidad de resarcir el perjuicio causado a la entidad demandada; dicho en otros términos, la decisión judicial que haya de adoptarse en torno a la responsabilidad extracontractual del Estado en un caso concreto debe venir precedida de un examen empírico del proceso causal que condujo a la producción del daño, de un lado y, de otro, de un juicio, a la luz de los diversos títulos jurídicos de imputación aplicables, en torno a la imputabilidad jurídica de dicho daño a la entidad demandada.*

“En consecuencia, no debe desdeñarse la importancia de precisar con mayor rigor, en el plano jurídico del Derecho de Daños, el concepto filosófico de causa, toda vez que en esta parte del universo del Derecho dicha noción “no se trata para nada de causa y efecto, en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas, o sea de la relación de fundamento a consecuencia.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 11 de febrero del 2009. Exp. 17.145, del 20 de mayo del mismo año, Exp. 17.405 y del 19 de agosto de 2009, Exp. 17.502, entre otras.

En cuanto al elemento de la *imprevisibilidad*, de las pruebas que reposan en el expediente se concluye que si bien el proceder del señor Valentín Oliveros Cuellar constituyó un evento súbito y repentino para los agentes de Policía, a quienes no resultaría jurídicamente admisible exigirles lo imposible, esto es anticiparse al designio, personal e intempestivo de la víctima, quien irresponsablemente optó por disparar en repetidas ocasiones el arma de fuego que portaba; lo cierto es que no se probó que tales disparos hubieran estado dirigidos contra los agentes de Policía, ni que generaron por sí mismos un peligro inminente tanto para los uniformados como para los ciudadanos que se encontraban cerca al lugar, pero éste actuar si provocó la reacción inmediata, desproporcionada e innecesaria desplegada por los agentes de la Fuerza Pública, con las consecuencias ya conocidas.

Lo expuesto fuerza a concluir que se no encuentra plenamente acreditada la configuración de la eximente de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima al no estructurarse la concurrencia de sus elementos, circunstancia que permite realizar la imputación jurídica del daño causado por la entidad pública demandada, comoquiera que para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima no sólo sea causa del daño, sino que constituya la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño, no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, su reparación estará rebajada en proporción a la participación de la víctima⁵².

Por lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia apelada, esto es la proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Descongestión de Santander, Norte de Santander y Cesar el 29 de septiembre del 2001, en cuanto disminuyó en un 50% la condena impuesta a la entidad demandada, en virtud de la participación directa de la víctima en el hecho dañoso y, en consecuencia, analizará el monto

⁵² En la anotada dirección, ha sostenido la Sala: “El hecho de la víctima, al decir de los hermanos Mazeaud, sólo lleva “consigo la absolución completa” cuando “el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima. Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, pags. 332 y 333”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de mayo dos (02) de dos mil siete (2007); Expediente número: 190012331000199800031 01; Radicación: 24.972.

de los perjuicios solicitados en la demanda sobre la base de dicha disminución de la condena.

9 Los perjuicios.

En los eventos en los que se sufre una lesión y ésta es imputable al Estado, ello puede desencadenar la indemnización de perjuicios morales, y su tasación dependerá de la gravedad del daño padecido, de tal manera que las personas que se sientan perjudicadas por dicha situación, podrán reclamar indemnización de perjuicios acreditando el parentesco con la víctima directa del daño, pues éste se convierte en un indicio suficiente para tener por demostrado el perjuicio sufrido, siempre que no hubieren pruebas en el plenario que indiquen o demuestren lo contrario, y su tasación, como se anotó, será proporcional al daño padecido.

Si bien a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente (en una suerte de equivalencia con los gramos oro reconocidos en la primera instancia), no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (*arbitrio iudicis*) del juez de tasar tales perjuicios, sin lograr, aún, la consolidación de elementos objetivos en los que pueda apuntarse la valoración, estimación y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con lo que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada “cierta discrecionalidad”.

Así mismo, para el reconocimiento y tasación el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por la cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal.

De acuerdo con lo anterior, la Sala empleará un test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales. El fundamento de éste test no es otro que el principio de proporcionalidad, según el precedente jurisprudencial constitucional,

dicho principio comprende tres sub principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en el sentido estricto.

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como intensidad del dolor, alcance y dosificación de la incapacidad.

En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes.

Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del daño y su desdoblamiento.⁵³

Hechas las anteriores precisiones, puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que los actores citados tienen un nexo afectivo importante con la víctima directa del daño, que determinan la existencia de lazos de alianza y solidaridad entre ellos, y que, por lo tanto, aquéllos sufrieron con las lesiones padecidas por Valentín José Oliveros Cuellar. Pueden considerarse suficientes, entonces, las pruebas del parentesco aportadas al proceso para tener demostrado el daño moral reclamado por los demandantes.

En ese orden la Sala considera que una tasación adecuada, en aplicación del test de proporcionalidad, de los perjuicios morales reclamados por los demandantes con ocasión de las lesiones que sufrió Valentín José Oliveros Cuellar, será la suma de 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes para éste último, de 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para Ana de Jesús Montañez, y de 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes para Kimberly Dayana Oliveros Montañez, Shirley Corina Oliveros Montañez, Brikman Yesid Oliveros Montañez, Rubén Darío Oliveros Montañez, Ana Gloritza Oliveros Montañez, Sonia Esperanza Oliveros Montañez, José Wilson Oliveros Montañez, a cada uno de ellos.

⁵³ Corte Constitucional Sentencias C-872 de 2003, C-125 de 2003, C-858 de 2008, entre otras.

Tales sumas de dinero se reducirán en un 50%, para un total de 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para Valentín Oliveros Cuellar; de 5 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para Ana de Jesús Montañez y; de 5 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para Kimberly Dayana Oliveros Montañez, Shirley Corina Oliveros Montañez, Brikman Yesid Oliveros Montañez, Rubén Darío Oliveros Montañez, Ana Gloritza Oliveros Montañez, Sonia Esperanza Oliveros Montañez y José Wilson Oliveros Montañez a cada uno de ellos.

Como quiera que los perjuicios reconocidos fueran acreditados con el material probatorio obrante en el proceso y debidamente establecida la tasación de los mismos, la Sala modificará la sentencia limitándose a actualizar las condenas impuestas en gramos oro para calcularlas en salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Procede la Sala a hacer la equivalencia de los gramosoros reconocidos como perjuicios morales reducidos en un 50%, a salarios mínimos legales mensuales vigentes, así:

Valentín José Oliveros Cuellar (Lesionado)	10 smlmv
Ana de Jesús Montañez (compañera permanente)	5 smlmv
Kimberly Dayana Oliveros Montañez (Hija)	5 smlmv
Shirley Corina Oliveros Montañez (Hija)	5 smlmv
Brikman Yesid Oliveros Montañez (Hijo)	5 smlmv
Rubén Darío Oliveros Montañez (Hijo)	5 smlmv
Ana Gloritza Oliveros Montañez (Hija)	5 smlmv
Sonia Esperanza Oliveros Montañez (Hija)	5 smlmv
José Wilson Oliveros Montañez (Hijo)	5 smlmv

En ese orden, se impone modificar en ese aspecto la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, respecto de los perjuicios materiales a título de daño emergente el Tribunal condenó a la parte demandada a pagar a Valentín José Oliveros Cuellar la suma de \$553.342.00 reducida en un 50%, por la incapacidad médico legal definitiva de 60 días reconocida por Instituto Colombiano de Medicina Legal y

Ciencias Forenses (fl.39 c.4). Sin embargo, la Sala procederá a actualizar la condena, de conformidad con la variación de índices de precios al consumidor certificados por el DANE, según la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Dónde:

V_p: Valor presente de la renta.

V_h: Capital histórico o suma que se actualiza.

Índice final certificado por el DANE a la fecha de esta sentencia: 107.25

Índice inicial a la fecha de la sentencia dictada por el a quo: 61.41

$$V_p: \$276.671 \frac{107.25 \text{ (IPC abril de 2011)}}{61.41 \text{ (IPC septiembre de 2000)}}$$

V_p: \$483.194

Por lo tanto, la Sala condenará por perjuicios materiales a favor del señor Valentín José Oliveros Cuellar a la suma actualizada de \$483.194

Asimismo, el Tribunal condenó a la parte demandada a pagar a Valentín José Oliveros Cuellar a título de daño emergente la suma de \$276.671.00 reducida en un 50%, por los gastos en que incurrió el afectado en el Hospital Erasmo Meoz, la cual se procede a actualizar así:

$$V_p: \$138.335 \frac{107.25 \text{ (IPC abril de 2011)}}{61.41 \text{ (IPC septiembre de 2000)}}$$

V_p: \$241.596

Por lo tanto, la Sala condenará por perjuicios materiales a favor del señor Valentín José Oliveros Cuellar a la suma actualizada de \$241.596.

Finalmente respecto a la indemnización debida y futura concedida en abstracto por el a quo, para la Sala no resulta procedente acceder a la misma en razón a

que no existe prueba suficiente del grado de invalidez y disminución de la capacidad laboral que padece el señor Valentín José Oliveros Cuellar, a pesar que dicha prueba fue ordenada en dos oportunidades por el Tribunal de conocimiento.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

MODIFICASE la sentencia de 29 de septiembre de 2000 proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Descongestión de Santander, Norte de Santander y Cesar, la que quedará de la siguiente manera:

PRIMERO. DECLARESE administrativamente responsable a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL, por los daños y perjuicios sufridos por el demandante como consecuencia de los hechos ocurridos el 7 de enero de 1993, en barrio aeropuerto de la ciudad de Cúcuta, cuando miembros al servicio de la institución en servicio activo dispararon sus armas causándole lesiones al ciudadano VALENTIN JOSE OLIVEROS CUELLAR.

SEGUNDO. CONDENASE a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL, a pagar al señor VALENTIN JOSE OLIVEROS CUELLAR la suma de setecientos veinticuatro mil setecientos noventa pesos (\$724.790.00), por concepto de perjuicios materiales.

TERCERO. CONDENASE a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL, a pagar por concepto de perjuicios morales, las siguientes cantidades: diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Valentín José Oliveros Cuellar; cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Ana de Jesús Montañez; cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Kimberly Dayana Oliveros Montañez o quien la represente; cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Shirley Corina Oliveros Montañez; cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Brikman Yesid Oliveros Montañez; cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Rubén Darío Oliveros Montañez; cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Ana Gloritza Oliveros Montañez; cinco (5)

salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Sonia Esperanza Oliveros Montañez y; cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de José Wilson Oliveros Montañez.

CUARTO. DENIEGUESE las demás suplicas de la demanda.

QUINTO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídase copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias de la parte actora serán entregadas al apoderado que ha venido actuando.

SEXTO. Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SEPTIMO. ABSTENGASE de condenar en costas.

OCTAVO. Ejecutoriada esta providencia, DEVUELVASE el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente
Con aclaración de voto

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado

ACLARACION DE VOTO DEL DR. ENRIQUE GIL BOTERO

ARMAS DE DOTACION OFICIAL - Exceso en el uso de la fuerza. Monopolio estatal de la fuerza armada.

Así las cosas, como quiera que en el caso bajo estudio se presentó un exceso de la fuerza pública, lo lógico y razonable era condenar a la entidad demandada al pago del cien por ciento de la condena, toda vez que, al margen que el demandante hubiera disparado su arma previo al ataque de los policiales, no hay

lugar a dudas que la respuesta fue desproporcionada y excesiva. (...) el uso de la fuerza se establece como un criterio de última ratio, es decir, que se trata del último recurso al cual debe acudir la fuerza pública para neutralizar o repeler un delito o agresión. Asimismo, el deber de protección de la vida, honra y bienes que se radica en cabeza del Estado, se torna más exigente en tratándose de personas frente a las cuales es posible o probable que se concrete o materialice un riesgo de naturaleza prohibida. En términos funcionalistas, se tiene que el Estado, como estructura en cabeza de la cual se radica el poder político y público y, por consiguiente, el monopolio de la fuerza armada, no sólo está obligado a precaver el delito sino también a responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que, pudiéndose evitar, se concreten por omisión en el cumplimiento del deber legal contenido en los artículos 2 y 218 de la Carta Política. No se trata de deberes y obligaciones de medios, la perspectiva es diferente, es lo que en la doctrina constitucional contemporánea se denominan obligaciones jurídicas superiores y que: “son aquéllas que acompañan a la propia concepción del sistema jurídico político, constituyendo la expresión de sus postulados máximos, hasta tal punto que el propio ordenamiento equipara su revisión a la de todo el texto constitucional”. En efecto, la relación del Estado frente al ciudadano implica, no sólo necesariamente la existencia de poderes y deberes, que en el derecho anglosajón se denominan “obligaciones funcionales del Estado”, y que son verdaderas obligaciones jurídicas cuyo incumplimiento acarrea algún tipo de consecuencia o sanción. No podría ser de otra manera, para el caso objeto de juzgamiento, como quiera que el deber del Estado se traducía en su poder, y en la necesidad de proteger los derechos del ciudadano, en este caso, a la vida, realizando así el fin plausible del ordenamiento. Esa es la razón que justifica la existencia de las autoridades, el proteger los bienes jurídicos de los asociados en los términos que los consagra el ordenamiento jurídico en su integridad (...).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 2 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 218

NOTA DE RELATORIA: Sobre el exceso en el uso de la fuerza, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 30 de marzo de 2001, exp. 20294; 24 de marzo de 2011, exp. 20437 y 9 de mayo de 2011, exp. 20787.

ARMAS DE DOTACION OFICIAL - Exceso en el uso de la fuerza. Falla del servicio. Juicio de razonabilidad

Así las cosas, a efectos de establecer si se incurrió en una falla del servicio, por desproporción en el uso de la fuerza pública, resulta imperativo precisar que el uso de la misma debe someterse a un juicio de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, para determinar si se ajustó o no a los parámetros legales y constitucionales, y así establecer si la reacción fue adecuada respecto de la agresión. En el caso concreto, se insiste, los agentes de la policía que le dispararon al señor Oliveros hicieron un uso desproporcionado e injustificado de la fuerza, lo que configuró una falla del servicio, pues se vulneraron sus derechos a la vida e integridad personal, que sólo pueden ceder en estas situaciones o circunstancias, pero siempre ponderando otro bien jurídico de igual rango.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el uso de las armas en forma proporcional Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de marzo 4 de 1993, exp. 7273, C.P. Julio César Uribe Acosta.

CAUSA EXTRAÑA - Características de la fuerza mayor / CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD - Características de la fuerza mayor

De otro lado, me aparto de la afirmación efectuada en la sentencia, según la cual, la causa extraña en sus diferentes modalidades (fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima, y hecho de un tercero) deber revestir las características comunes de: i) irresistibilidad; ii) imprevisibilidad, y iii) exterioridad frente al demandado. Discrepo respetuosamente de la postura mayoritaria, en tanto al hacer extensivos los mismos caracteres de la fuerza mayor, a las otras dos eximentes de la responsabilidad patrimonial, esto es, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero, distorsiona cada una de ellas y, por el contrario, las subsume en el espectro de la primera, lo que conllevaría a afirmar sin anfibología alguna que eventos en los cuales el daño proviene de la culpa de la víctima o de un tercero, el demandado debe demostrar, en todos los casos, una fuerza mayor, es decir que el curso de los acontecimientos fue absolutamente imprevisto e irresistible para el mismo, lo cual es inadmisibles en cuanto desdibuja la institución de la causa extraña. (...) El problema de la causa extraña debe, por consiguiente, deslindarse de cualquier consideración causal puesto que es esa imbricación avalada por la Sala, la que conlleva a exigir la prueba de los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad de la culpa exclusiva de la víctima y del hecho de un tercero, cuando lo cierto es que ellos se refieren de manera exclusiva a la fuerza mayor, y en menor medida al caso fortuito, pero respecto de aquéllos. Como se aprecia, de aceptarse la necesidad de que el demandado demuestre la imprevisibilidad e irresistibilidad, bien de la culpa exclusiva de la víctima o del hecho del tercero, se haría más riguroso incluso para él acreditar estas modalidades de causa extraña que el caso fortuito que es, de igual manera, una excluyente de responsabilidad en materia contencioso administrativa en aquellos eventos en los cuales se aplica el régimen subjetivo de imputación, esto es, la falla del servicio.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el contenido y alcance de la culpa exclusiva de la víctima, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 13 de agosto de 2008, exp. 17042 y de 15 de octubre de 2008, exp. 18586, C.P. Enrique Gil Botero

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil once (2011)

Radicación número: 54001-23-31-000-1994-08654-01(19976)

Actor: VALENTIN JOSE OLIVEROS Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (Sentencia)

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales si bien comparto la decisión adoptada el 9 de mayo de 2011, aclaro mi voto en relación con algunos aspectos de la parte motiva que, de conformidad con la posición mayoritaria, quedaron plasmados en la respectiva providencia.

1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto

En el proveído en cuestión, se redujo la condena a la entidad demandada en un 50%, en consideración a la participación directa de la víctima en el hecho dañoso (Págs. 30 y 31). Asimismo, se señaló que son características comunes a cualquiera de las modalidades configurativas de la causa extraña –fuerza mayor, caso fortuito, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima–, la imprevisibilidad y la irresistibilidad (Págs. 25 a 30).

2. Razones y fundamentos de la aclaración

2.1. Respecto a la disminución en un 50% de la condena impuesta a la entidad demandada, la mencionada providencia indicó que la conducta imprudente, agresiva e irresponsable del demandante fue lo que provocó la respuesta armada por parte de los agentes de policía, sin embargo, analizados los hechos y las pruebas recaudadas, se tiene que si bien es cierto que el señor Valentín José Oliveros disparó su arma en varias oportunidades, también lo es que las detonaciones no se dirigieron contra los policiales ni generaron un peligro inminente, de allí que, la reacción de los agentes fue desproporcionada en relación con la inminencia de la circunstancia.

Así las cosas, como quiera que en el caso bajo estudio se presentó un exceso de la fuerza pública⁵⁴, lo lógico y razonable era condenar a la entidad demandada al

⁵⁴ "A la luz de la realidad que se deja expuesta, el sentenciador encuentra que el caso sub examine no permite concluir prima facie, que por haberse dado la legítima defensa, la administración no responde. Si ella resultó excesiva, como en puridad lo fue, el centro de imputación jurídica demandado debe llevar su cuota de responsabilidad, y, por lo mismo, indemnizar los perjuicios causados en la proporción que corresponda. **La ley colombiana, se enseña, sólo reconoce como legítima la que resulta proporcionada a la agresión. En ningún caso bendice o patrocina los excesos.** Por ello el profesor Alfonso Reyes Echandía, en su obra "Derecho Penal, Parte, General. Editorial Temis", enseña:

"La correspondencia entre defensa y agresión debe subsistir tanto en relación con los medios empleados, como respecto de los bienes puestos en juego. Esta proporción, en todo caso, no ha de entenderse en forma abstracta y de manera absoluta; es necesario determinar concretamente cuándo la defensa de un determinado

pago del cien por ciento de la condena, toda vez que, al margen que el demandante hubiera disparado su arma previo al ataque de los policiales, no hay lugar a dudas que la respuesta fue desproporcionada y excesiva.

En casos similares, esta Corporación ha señalado⁵⁵:

“En relación con los parámetros en el uso de la fuerza estatal, la Corte

bien o el empleo de cierto instrumento justifican el sacrificio del interés perteneciente al agresor. En todo caso la valoración judicial de esta adecuación ataque-defensa, aunque obviamente se realiza ex post facto, requiere por parte del funcionario que deba calificarla un juicio ex ante, vale decir, un esfuerzo mental que lo sitúe idealmente en el escenario de los hechos, en forma tal que su decisión se ajuste en la medida de lo posible a la situación vivida por los protagonistas" (Obra citada, p. 170) (Destacado de Sala).

“Dentro de la misma perspectiva discurre el profesor Juan Fernández Carrasquilla, cuando predica:

"En cuanto a los bienes en conflicto, la proporcionalidad es la misma necesidad de la defensa. El agredido solo esta autorizado para causar el menor mal posible en las circunstancias del caso, de ningún modo para el "revanchismo", y esto quiere decir que ha de dirigir su reacción contra el bien menos importante del agresor dentro de los que es necesario lesionar, conservando la utilidad de la defensa para suprimir el peligro de la agresión. Así, si es suficiente con matar al perro azuzado, no se tolerará la lesión corporal de quien lo incita; si lesionar es suficiente, no se permitirá matar; si basta con asustar o amedrentar, no se toleran lesiones o muerte..." (Derecho Penal Fundamental. Volumen II. Temis, pp. 337 y ss.).

“(...)

“Pero es más: La valoración de la realidad fáctica exige, igualmente, que el juez aprecie las condiciones subjetivas de las personas comprometidas en el conflicto, pues la comunidad demanda que la autoridad policiva esté especialmente educada y preparada para hacerle frente a situaciones con el universo que tiene la que se estudia. Ella no puede acudir a excesos como los que ahora se deploran. **Los que infringen la ley deben ser sometidos en la forma más razonable posible, tratando de evitar, hasta el exceso, el uso de las armas.** La ley y los reglamentos de la policía señalan, en forma muy precisa, en qué casos puede darse la legítima defensa. Esta es lícita, pero tiene contornos jurídicos muy claros. En esta oportunidad la Corporación reitera la filosofía que ha recogido en muchos fallos en los cuales ha predicado:

La administración, cualquier que sea la forma de actuación y cualquiera que sea la realidad social sobre que recaiga, ha de respetar como algo Sagrado e inviolable, la dignidad de la persona humana, que es fundamento del orden político y de la paz social. **El Estado puede utilizar, con toda energía, dentro de los límites impuestos por el principio de proporcionalidad, todos los medios de que dispone para impedir que el hombre realice conductas antijurídicas, pero no tiene el poder de segar la vida humana, ni de torturar al hombre.** La autoridad no es en su contenido social, una fuerza física. Los integrantes de la fuerza física deben actuar siempre con la especial consideración que demanda la persona humana, pues como lo dijeron Tomas y Valiente, al terminar una conferencia sobre la tortura judicial, en la Universidad de Salamanca, en 1971, no hay nada en la creación más importante que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre” (Resaltado fuera del texto). Sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, el 4 de marzo de 1993, expediente 7237.

⁵⁵ Ver entre otras las siguientes sentencias proferidas por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C: expediente 20.294 del 30 de marzo de 2001, expediente 20.437 del 24 de marzo de 2011 y expediente 20.787 9 de mayo de 2011.

Interamericana de Derechos Humanos ha puntualizado⁵⁶:

“74. El artículo 4.1 de la Convención estipula que “[n]adie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. La expresión “arbitrariamente” excluye, como es obvio, los procesos legales aplicables en los países que aún conservan la pena de muerte. Pero, en el caso que nos ocupa, el análisis que debe hacerse tiene que ver, más bien, con el derecho del Estado a usar la fuerza, aunque ella implique la privación de la vida, en el mantenimiento del orden, lo cual no está en discusión. Hay abundantes reflexiones en la filosofía y en la historia sobre cómo la muerte de individuos en esas circunstancias no genera para el Estado ni sus oficiales responsabilidad alguna. Sin embargo, como aparece de lo expuesto con anterioridad en esta sentencia, la alta peligrosidad de los detenidos en el Pabellón Azul del Penal San Juan Bautista y el hecho de que estuvieren armados, **no llegan a constituir, en opinión de esta Corte, elementos suficientes para justificar el volumen de la fuerza que se usó en éste y en los otros penales amotinados y que se entendió como una confrontación política entre el Gobierno y los terroristas reales o presuntos de Sendero Luminoso (supra párr. 52), lo que probablemente indujo a la demolición del Pabellón, con todas sus consecuencias, incluida la muerte de detenidos que eventualmente hubieran terminado rindiéndose y la clara negligencia en buscar sobrevivientes y luego en rescatar los cadáveres.**

“75. Como ya lo ha dicho esta Corte en casos anteriores,

[e]stá más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. **Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad**

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corteidh), sentencia Caso Neira Alegría y otros vs. Perú, sentencia del 19 de enero de 1995.

humana (*Caso Velásquez Rodríguez, supra* 63, párr. 154 y *Caso Godínez Cruz, supra* 63, párr. 162).”

“(…)

“Como se desprende de los anteriores planteamientos, el uso de la fuerza y, concretamente, la necesidad de salvar una vida humana se establece como un criterio de *ultima ratio*, es decir, que se trata del último recurso al cual debe acudir la fuerza pública para neutralizar o repeler un delito o agresión. No debe perderse de vista que el artículo 2 de la Carta Política asigna en cabeza de las autoridades públicas la protección genérica de la vida, honra y bienes de todos los asociados, inclusive frente a aquellos que pueden ser catalogados como delincuentes.”⁵⁷

Por su parte, el Consejo de Estado ha defendido la inviolabilidad del derecho a la vida en los términos que se transcriben a continuación *in extenso*⁵⁸:

“Con esta perspectiva, nuestra Constitución Política de 1991 en su artículo 11 señala en forma nítida que el derecho a la vida es inviolable y agrega que “[n]o habrá pena de muerte”. **Inviolabilidad** que se introdujo en el debate en la Comisión Primera de la ANAC, donde se dejó en claro que este derecho era “el único inviolable, porque cuando es violado desaparece el sujeto del derecho (...) [e]s el único esencial porque si se viola de ninguna manera se pueden desarrollar los demás”⁵⁹.

“Este precepto constitucional retoma el viejo mandato contenido en el artículo 29 de la Constitución de 1886, correspondiente al artículo 3º del Acto Legislativo No. 003 de 1910, que estableció que el legislador no podía imponer la pena capital en ningún caso. **Prohibición** que desde entonces ya era **absoluta**⁶⁰ en tanto se trata

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferida el 26 de mayo de 2010, expediente 18.888. C.P. Enrique Gil Botero.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 17318, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵⁹ Delegatario ZALAMEA COSTA, Alberto, Comisión primera de la ANAC, 16 de abril de 1991.

⁶⁰ A juicio del otrora juez constitucional cuando la Carta Política de 1886 prohibió en forma absoluta al legislador imponer la pena capital, “se refiere a la pena de muerte en su sentido natural y obvio, o sea a la extinción de la vida humana”: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA, Sentencia 16 de mayo de 1974, MP Luis Sarmiento Buitrago.

del primer derecho y el supuesto de todos los derechos⁶¹, según lo precisó el guardián de la Constitución de esa época. Canon prohibitivo que no admitía excepción alguna para el legislador y por lo mismo cobijaba a las demás ramas del poder público. Esta preceptiva fundamental era interpretada por nuestra jurisprudencia constitucional en armonía con el artículo 16 de la Carta de 1886, disposición que a su turno obligaba a todas las autoridades a proteger la vida y, por lo mismo, era concebida como un **principio rector de toda la Constitución**⁶².

“No hay que olvidar que, también en vigencia de la Constitución anterior, el Consejo de Estado dedujo la responsabilidad de la administración, en múltiples casos en que para reprimir desórdenes públicos se optó por utilizar medios desproporcionados que pusieron en peligro la vida. Así en 1967 esta Corporación Judicial condenó al Estado por el proceder brutal de una tropa de soldados que disparó indiscriminadamente en contra una manifestación de estudiantes de la Universidad Nacional el 9 de junio de 1954, proceder desviado del buen servicio que terminó con un fatal desenlace en la carrera 7ª con calle 13 en Bogotá:

“(…) En definitiva, en el derecho colombiano la **inviolabilidad del derecho a la vida** en su doble dimensión (i) no admite excepción alguna y (ii) ostenta carácter absoluto⁶³ y, por lo mismo, ha supuesto de antaño la imposibilidad de transgredirlo toda vez que constituye una de las normas básicas de los estados de derecho de estirpe demoliberal, como el nuestro.

“De ahí que no sorprende que haya sido ubicado en el artículo 11, a la cabeza del capítulo I del Título II de la Carta de 1991, dedicado

⁶¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena, Sentencia de 30 de octubre de 1978, MP Luis Carlos Sáchica Aponte.

⁶² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA, Sentencia de 4 de agosto de 1981, MP Mario Latorre Rueda.

⁶³ VERGES RAMIREZ, Salvador, Derechos humanos: Fundamentación, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 197 y ss.

justamente a los derechos fundamentales (tal y como sucede en otras latitudes⁶⁴).

“Si se trata del fundamento de los demás derechos⁶⁵, o “*el punto de arranque*” o “*prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos [en tanto] constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible*”⁶⁶, para usar la terminología de la jurisprudencia constitucional española, es inadmisibles pensar en su suspensión por ningún motivo, habida cuenta que configura prerrequisito de los demás derechos, los cuales -se insiste- sólo adquieren sentido si se garantiza la vida⁶⁷.

“A diferencia del caso colombiano, la aparición de un derecho autónomo a la vida sólo se produjo a nivel internacional recientemente, tras la Segunda Guerra Mundial⁶⁸.

“Numerosos instrumentos internacionales prohíben el atentado directo contra la vida humana y por ello obligan al Estado a ejercer un control efectivo sobre las autoridades en general, y en particular las Fuerzas Militares, para evitar el uso excesivo o indiscriminado de la fuerza. En tal virtud, para hacer cumplir sus cometidos constitucionales y legales el uso de la fuerza es excepcional y debe realizarse estrictamente bajo un doble prisma: **necesidad** y **proporcionalidad** de las medidas, por cuanto el derecho a la vida

⁶⁴ En España, por ejemplo, el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona está consignado en el artículo 10 de la CN de 1978 “situado a la cabeza del título destinado a tratar los derechos y deberes fundamentales”, mientras que el derecho a la vida está previsto en el artículo 15 “a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos” (STC 53/1985, FJ 3º).

⁶⁵ COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe No. 86/99, Caso 11.589, Armando Aljandre y otros vs. Cuba, 29 de septiembre de 1999.

⁶⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Sentencia STC 53/1985 FJ 3º

⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, Sentencia de 19 de septiembre de 1999.

⁶⁸ Vid. DIEZ-PICAZO, Luis María, Sistema de derechos fundamentales, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 189 y ss. Este autor destaca que “[l]a única excepción notable es la cláusula de *due process of law*, de las enmiendas 5ª y 14ª de la Constitución de los Estados Unidos”.

ostenta el *status* de dispositivo normativo integrante del *ius cogens* que no admite acuerdo en contrario (art. 53 Convención de Viena).

“(…) Igualmente, en el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en 1990, se adoptaron los **Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley**. El quinto principio pone de relieve el carácter excepcional del uso de la fuerza y subraya que cuando el recurso a las armas de fuego sea inevitable, dichos funcionarios deberán ejercer moderación y actuar en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo perseguido, debiéndose en consecuencia reducir al mínimo los daños y lesiones y respetando y protegiendo la vida humana. A su turno, el principio noveno establece que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una amenaza seria para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a la autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos, por lo que en cualquier caso sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida⁶⁹ (se subraya).

“Más recientemente, fue incorporado al derecho interno el **Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos destinado a abolir la pena de muerte**, mediante la Ley 297 de 1996⁷⁰, el cual pone de presente en su artículo 6º que dicha prohibición incluso no puede ser suspendida en estados de excepción, ratificando así lo dispuesto por el artículo 4.2 del Pacto de San José, el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre

⁶⁹ Vid. NACIONES UNIDAS, La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos, 1991, págs. 84 y ss y 110 y ss.

⁷⁰ Revisión de constitucionalidad Sentencia C 144 de 1997.

Derechos Humanos, el artículo 214.2 CN y el artículo 4º de la Ley 137 de 1994, Estatutaria de Estados de Excepción.

“Síguese de todo lo anterior que no son admisibles las ejecuciones extrajudiciales y por ello en varias oportunidades, no sólo esta Corporación -como ya se indicó- sino también la Comisión Interamericana ha declarado responsable al Estado Colombiano por actuaciones de esta naturaleza, por parte de miembros del Ejército Nacional⁷¹.

“No debe perderse de vista que el artículo 11 Superior contempla a la vida como un derecho intangible en tanto fundamento, sustento y -por lo mismo- primero de los derechos inherentes a la persona. Se trata sin duda de la más importante motivación política de nuestro orden constitucional que irradia -por supuesto- el resto de la Carta y su primacía es reconocida por el artículo 5º CN junto con los demás derechos inalienables de la persona.

“En consonancia con estos mandatos, el artículo 2 Constitucional -en perfecta armonía con el Preámbulo de la Carta- dispone que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, en su dimensión bifronte de **derecho fundamental** y **principio superior**⁷² que inspiró al constituyente en el diseño del ordenamiento constitucional y por lo mismo es uno de los pilares de nuestra democracia.

“Fines del Estado que encuentra una de sus concreciones más caracterizadas en el *principio de exclusividad de la fuerza pública*, previsto en el artículo 216 Superior, como que uno de los rasgos esenciales del poder público lo configura justamente el *monopolio del ejercicio de la coacción del Estado*.

⁷¹ Vid. COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe No. 32, Caso 10545 (Colombia), en www.cidh.org

⁷² Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C 013 de 1997, MP Hernández Galindo y C 239 de 1997, MP Gaviria.

“(…) **Fuerza** que, huelga decirlo, **debe desplegarse dentro de los precisos linderos del marco jurídico** (preámbulo constitucional) y sobre la base que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.), por manera que los militares escoltas, como servidores públicos, son responsables por la extralimitación en el ejercicio de tan delicadas funciones.

“Y el ejercicio constitucional la fuerza pública supone el reconocimiento del carácter inalienable -y por lo mismo inderogable- del perentorio mandato *erga omnes* de la prohibición de la pena de muerte, como norma integrante del *ius cogens*. A este respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado, en criterio que esta Sala prohíja, que:

“De lo que se deja dicho se desprende que indudablemente los miembros de las Fuerzas Militares, en el marco del respeto de la dignidad humana (artículo 1 C.P.)⁷³ y de los derechos fundamentales, en especial la vida, sólo pueden utilizar **la fuerza cuando ello sea estrictamente necesario** y están facultadas para hacerlo con el objeto de asegurar la captura para que el presunto infractor del orden jurídico sea conducido ante las autoridades

⁷³ La Sala ha señalado que “El artículo primero de la Constitución, al definir al Estado Colombiano como Social de Derecho, dispuso que nuestro régimen político está fundado en ‘el respeto de la dignidad humana’; ello significa -y así lo ha entendido la jurisprudencia constitucional- que la dignidad del hombre irradia toda la Carta, al constituirse en ‘el valor supremo en toda constitución democrática’, puesto que se trata a la vez del fundamento del poder político y de un concepto límite al ejercicio del mismo (art. 5 C.P.), al tiempo que legitima todo el catálogo de derechos fundamentales, como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico y razón de ser del mismo. A este respecto PECES-BARBA resalta que ‘la raíz de los derechos fundamentales está en la dignidad humana, que se puede explicar racionalmente como la expresión de las condiciones antropológicas y culturales del hombre que le diferencian de los demás seres’, en otras palabras, ser digno significa ‘que la persona humana por el hecho de tener ontológicamente una superioridad, un rango, una excelencia, tiene cosas suyas que, respecto de otros, son cosas que le son debidas’. El principio de la dignidad humana como base indispensable de toda estructura jurídica constitucional y principio orientador de toda interpretación jurídica está íntimamente vinculado con el derecho a la integridad personal.” : CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 17 de junio de 2004, Radicación: 50422-23-31-000-940345-01 Actor: Fabián Alberto Madrid Carmona y otros, Demandado: Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional Referencia: 15.208, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

judiciales competentes. La fuerza pública debe, pues, escoger dentro de los medios eficaces aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes, más aún cuando cumplen la delicada misión de escoltar a personas.

“En definitiva, en un Estado de Derecho como el nuestro no son admisibles las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Y por ello, nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, salvo que se haga bajo una de las causales de justificación (vgr. legítima defensa o estado de necesidad). Evento en el cual la **amenaza individualizada, grave, actual e inminente** contra la vida del uniformado o de un tercero, debe revestir tal entidad que sólo mediante el uso extremo y subsidiario de la fuerza (*ultima ratio*) pueda protegerse ese mismo bien jurídico [la vida, en este caso de las víctimas o de los uniformados].

“Deberán entonces evaluarse las condiciones de la amenaza real - que no hipotética- para que, sólo si razones de **necesidad** y **proporcionalidad** lo imponen, pueda llegarse a esa situación extrema. Todo lo demás, desborda el limitado espacio que brindan las normas disciplinarias y penales a los agentes del orden.

“Así las cosas, cuando se infringe este deber de usar la fuerza guiado por los principios de **necesidad** y **proporcionalidad** y si la conducta es atribuible a un agente del Estado en ejercicio de sus funciones se compromete la responsabilidad patrimonial de este último frente a las eventuales víctimas, por uso excesivo de la fuerza por parte de los agentes del Estado.” (negritas, subrayado y cursivas del original).

Como se desprende de los anteriores planteamientos, el uso de la fuerza se establece como un criterio de *ultima ratio*, es decir, que se trata del último recurso al cual debe acudir la fuerza pública para neutralizar o repeler un delito o agresión.

Asimismo, el deber de protección de la vida, honra y bienes que se radica en cabeza del Estado, se torna más exigente en tratándose de personas frente a las cuales es posible o probable que se concrete o materialice un riesgo de naturaleza

prohibida. En términos funcionalistas, se tiene que el Estado, como estructura en cabeza de la cual se radica el poder político y público y, por consiguiente, el monopolio de la fuerza armada, no sólo está obligado a precaver el delito sino también a responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que, pudiéndose evitar, se concreten por omisión en el cumplimiento del deber legal contenido en los artículos 2 y 218 de la Carta Política.

No se trata de deberes y obligaciones de medios, la perspectiva es diferente, es lo que en la doctrina constitucional contemporánea se denominan obligaciones jurídicas superiores y que: *“son aquéllas que acompañan a la propia concepción del sistema jurídico político, constituyendo la expresión de sus postulados máximos, hasta tal punto que el propio ordenamiento equipara su revisión a la de todo el texto constitucional”*⁷⁴.

En efecto, la relación del Estado frente al ciudadano implica, no sólo necesariamente la existencia de poderes y deberes, que en el derecho anglosajón se denominan “obligaciones funcionales del Estado”, y que son verdaderas obligaciones jurídicas cuyo incumplimiento acarrea algún tipo de consecuencia o sanción. No podría ser de otra manera, para el caso objeto de juzgamiento, como quiera que el deber del Estado se traducía en su poder, y en la necesidad de proteger los derechos del ciudadano, en este caso, a la vida, realizando así el fin plausible del ordenamiento. Esa es la razón que justifica la existencia de las autoridades, el proteger los bienes jurídicos de los asociados en los términos que los consagra el ordenamiento jurídico en su integridad, por ello la doctrina, con especial sindéresis, ha puntualizado que:

”El deber u obligación de un buen gobierno en su aspecto general no es otra cosa que la resolución de las necesidades y pretensiones individuales, políticas, económicas, sociales y culturales, así como el establecimiento de las obligaciones propias de los individuos a él sometidos, teniendo como punto de apoyo el constituido por el respeto, en la libertad y la igualdad, la dignidad humana como expresión de la comunicación intersubjetiva. **Este deber no es sólo de protección sino también de promoción.**⁷⁵” (destaca la Sala).⁷⁶

No significa todo lo expuesto que, en asuntos de responsabilidad patrimonial del

⁷⁴ DE ASIS Roig, Rafael “Deberes y Obligaciones en la Constitución”, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, Pág. 453.

⁷⁵ Vid. Gregorio Peces – Barba “Los deberes fundamentales”, Doxa, No. 4, Alicante, Pág. 338.

⁷⁶ De ASIS Roig, Rafael, Ob. Cit. Pág. 276.

Estado, siempre que se ponga en peligro una vida humana haya lugar a decretar una indemnización de perjuicios, puesto que, dependiendo del régimen o título jurídico aplicable es posible que se haya acreditado una causal eximente de responsabilidad por ausencia de imputación, o que se establezca un comportamiento diligente y cuidadoso, circunstancias que enervarían las pretensiones de la demanda en esos casos concretos, como quiera que, en todo proceso en que se juzgue la responsabilidad de la administración pública, en los términos del artículo 90 de la Carta Política, se necesitará de la acreditación del daño antijurídico y de la imputación del mismo a una entidad de derecho público. En consecuencia, la sola demostración del primer elemento no basta para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que éste es condición necesaria más no suficiente de la misma.

Así las cosas, a efectos de establecer si se incurrió en una falla del servicio, por desproporción en el uso de la fuerza pública, resulta imperativo precisar que el uso de la misma debe someterse a un juicio de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, para determinar si se ajustó o no a los parámetros legales y constitucionales, y así establecer si la reacción fue adecuada respecto de la agresión.

En el caso concreto, se insiste, los agentes de la policía que le dispararon al señor Oliveros hicieron un uso desproporcionado e injustificado de la fuerza⁷⁷, lo que

⁷⁷ En cuanto al uso de las armas en forma proporcional, la Sala ha señalado: "A la luz de la realidad que se deja expuesta, el sentenciador encuentra que el caso sub examine no permite concluir prima facie, que por haberse dado la legítima defensa, la administración no responde. Si ella resultó excesiva, como en puridad lo fue, el centro de imputación jurídica demandado debe llevar su cuota de responsabilidad, y, por lo mismo, indemnizar los perjuicios causados en la proporción que corresponda. **La ley colombiana, se enseña, sólo reconoce como legítima la que resulta proporcionada a la agresión. En ningún caso bendice o patrocina los excesos.**

"...La valoración de la realidad fáctica exige, igualmente, que el juez aprecie las condiciones subjetivas de las personas comprometidas en el conflicto, pues la comunidad demanda que la autoridad policiva esté especialmente educada y preparada para hacerle frente a situaciones con el universo que tiene la que se estudia. Ella no puede acudir a excesos como los que ahora se deploran. **Los que infringen la ley deben ser sometidos en la forma más razonable posible, tratando de evitar, hasta el exceso, el uso de las armas.** La ley y los reglamentos de la policía señalan, en forma muy precisa, en qué casos puede darse la legítima defensa. Esta es lícita, pero tiene contornos jurídicos muy claros. En esta oportunidad la Corporación reitera la filosofía que ha recogido en muchos fallos en los cuales ha predicado:

"La administración, cualquier que sea la forma de actuación y cualquiera que sea la realidad social sobre que recaiga, ha de respetar como algo Sagrado e inviolable, la dignidad de la persona humana, que es fundamento del orden político y de la paz social. **El Estado puede utilizar, con toda energía, dentro de los límites impuestos por el principio de proporcionalidad, todos los medios de que dispone para impedir**

configuró una falla del servicio, pues se vulneraron sus derechos a la vida e integridad personal, que sólo pueden ceder en estas situaciones o circunstancias, pero siempre ponderando otro bien jurídico de igual rango.

2.2. De otro lado, me aparto de la afirmación efectuada en la sentencia, según la cual, la causa extraña en sus diferentes modalidades (fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima, y hecho de un tercero) deber revestir las características comunes de: i) irresistibilidad; ii) imprevisibilidad, y iii) exterioridad frente al demandado.

Discrepo respetuosamente de la postura mayoritaria, en tanto al hacer extensivos los mismos caracteres de la fuerza mayor, a las otras dos eximentes de la responsabilidad patrimonial, esto es, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero, distorsiona cada una de ellas y, por el contrario, las subsume en el espectro de la primera, lo que conllevaría a afirmar sin anfibología alguna que eventos en los cuales el daño proviene de la culpa de la víctima o de un tercero, el demandado debe demostrar, en todos los casos, una fuerza mayor, es decir que el curso de los acontecimientos fue absolutamente imprevisto e irresistible para el mismo, lo cual es inadmisibile en cuanto desdibuja la institución de la causa extraña.

En efecto, así se desprende de lo expuesto por el doctrinante Tamayo Jaramillo –y que sirvió de fundamento a los planteamientos de la Sala, tal y como se puntualizó anteriormente–, para quien este último concepto presupone el primero, en los términos que se señalan a continuación:

“Cuando la actividad de la víctima puede considerarse como causa exclusiva del daño, habrá exoneración total para el demandado; pero importa el hecho de la víctima sea culposo o no; **en este caso, ese**

que el hombre realice conductas antijurídicas, pero no tiene el poder de segar la vida humana, ni de torturar al hombre. La autoridad no es en su contenido social, una fuerza física. Los integrantes de la fuerza física deben actuar siempre con la especial consideración que demanda la persona humana, pues como lo dijeron Tomas y Valiente, al terminar una conferencia sobre la tortura judicial, en la Universidad de Salamanca, en 1971, no hay nada en la creación más importante que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre...” (Negrillas fuera del texto) Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 4 de marzo de 1993, expediente 7237, M.P. Julio César Uribe Acosta.

hecho constituye una fuerza mayor que exonera totalmente al demandado...⁷⁸ (negritas adicionales).

El problema de la causa extraña debe, por consiguiente, deslindarse de cualquier consideración causal puesto que es esa imbricación avalada por la Sala, la que conlleva a exigir la prueba de los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad de la *culpa exclusiva de la víctima* y del *hecho de un tercero*, cuando lo cierto es que ellos se refieren de manera exclusiva a la fuerza mayor, y en menor medida al caso fortuito, pero respecto de aquéllos.

En consideración a lo anterior, vale la pena extraer lo precisado por la doctrina sobre la materia:

“La irresistibilidad y la imprevisibilidad son, por lo general, consideradas como necesarias para que haya fuerza mayor; pero no para que el hecho de la víctima sea una causa liberatoria. Desde el momento en que el hecho no es imputable al demandado, eso basta.

“(…) La cuestión consiste en determinar si el hecho del tercero debe revestir los caracteres de la fuerza mayor, cuestión que presenta un interés de primer plano en el caso de la responsabilidad del demandado sea presunta, y que es muy discutido en esta esfera. En otras situaciones, apenas si experimenta dificultades: no se descubre por qué se exigiría del demandado, cuando nada lo designa para que soporte el peso de la responsabilidad, que se hubiera encontrado en la imposibilidad de prever el hecho del tercero y de resistir al mismo; desde el momento en que ese hecho sea la causa del daño, la víctima no hace la prueba que se le exige: no demuestra una relación de causalidad entre el perjuicio y una culpa del demandado”⁷⁹

La anterior distinción, se refleja de manera más contundente de la versión original (Francesa) del Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y

⁷⁸ TAMAYO Jaramillo, Javier “Tratado de Responsabilidad Civil”, Tomo II, Ed. Legis, Bogotá D.C., pág. 60.

⁷⁹ MAZEAUD Henri y Léon, André Tunc “Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil”, Ed. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, Pág. 38.

contractual”, en la cual los hermanos Mazeaud precisaron, refiriéndose a la diferencia entre la fuerza mayor y el caso fortuito, lo siguiente:

“Las situaciones son completamente diferentes. La culpa de la víctima no es un caso de fuerza mayor.”⁸⁰ (Negrillas adicionales).

Como se aprecia, de aceptarse la necesidad de que el demandado demuestre la imprevisibilidad e irresistibilidad, bien de la culpa exclusiva de la víctima o del hecho del tercero, se haría más riguroso incluso para él acreditar estas modalidades de causa extraña que el caso fortuito que es, de igual manera, una excluyente de responsabilidad en materia contencioso administrativa en aquellos eventos en los cuales se aplica el régimen subjetivo de imputación, esto es, la falla del servicio.

De igual forma, la posición mayoritaria asumida en la providencia, contradice dos recientes pronunciamientos de la misma Sección Tercera⁸¹, en los cuales se puntualizó lo siguiente:

“Ahora bien, en relación con la culpa exclusiva de la víctima como causal eximente de responsabilidad, es importante definir el contenido y alcance de la misma, con miras a establecer qué elementos y características deben estar acreditados a efectos de que se rompa el nexo de imputación con el Estado de manera total o parcial. Lo anterior, toda vez que en materia de responsabilidad de la administración pública derivada de redes eléctricas la víctima puede tener, en un gran número de casos, una participación en los hechos productores del resultado, condición que debe ser valorada para efectos de configurar y delimitar la circunstancia exonerativa.

“Desde la perspectiva general, es claro que el hecho de la víctima a efectos de que sea valorado como causal eximente de responsabilidad no necesariamente debe revestir, en relación con el demandado, las condiciones de *irresistibilidad e imprevisibilidad de*

⁸⁰ MAZEAUD, Henri y Léon « Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle » Ed. Librairie du Recueil Sirey, T.II, 1934, Paris.

⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 13 de agosto de 2008, exp. 17042, y de 15 de octubre de 2008, exp. 18.586, M.P. Enrique Gil Botero.

la fuerza mayor, como quiera que no existe disposición jurídica que radique en cabeza del tercero a quien se le imputa del daño la obligación de precaver los hechos de la víctima y, más aún, de evitarlos.

“En efecto, el demandado sólo se encuentra obligado a evitar los daños padecidos por la víctima en aquellos eventos en que se encuentre en *posición de garante*⁸² frente a aquélla, casos en los cuales, a efectos de enervar la acción indemnizatoria debe acreditar la imprevisibilidad e irresistibilidad de la conducta que origina el daño, con miras a exonerarse de la responsabilidad que se le endilga. *A contrario sensu*, en las demás circunstancias, el demandado se libera si logra acreditar que fue la consecuencia del comportamiento de la propia persona que sufrió el daño.

“En ese sentido, la Sala debe precisar y desarrollar la posición jurisprudencial vigente, como quiera que en reciente oportunidad se señaló:

“En este caso, la entidad demandada y las llamadas en garantía alegaron como eximente de responsabilidad la culpa exclusiva de la víctima. Advierte la Sala que el hecho de la víctima, como causa extraña y exclusiva, impone la prueba de que se trató de un acontecimiento que le era imprevisible e irresistible para la Administración. De no ser así, de tratarse de un hecho o acto previsible o resistible para la entidad, se revela una falla del servicio en el entendido de que dicha entidad teniendo un deber legal, no previno o resistió el suceso, pues como lo advierte la doctrina “*sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor.*”⁸³

⁸² Acerca del concepto de posición de garante, así como su aplicación en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado, se pueden consultar las siguientes sentencias: de 4 de octubre de 2007, exp. 15567, de 4 de diciembre de 2007, exp. 16894, y 20 de febrero de 2008, exp. 16696.

⁸³ Luis Josseland, *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I; Ed. Bosch, Buenos Aires, 1950, pág. 341.

“El hecho de la víctima, al decir de los hermanos Mazeaud, sólo lleva “*consigo la absolucón completa*” cuando “*el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima*”⁸⁴.⁸⁵(Destaca la Sala).

“Sobre el particular, debe advertirse que los propios hermanos Mazeaud rectificaron la doctrina que sobre el particular habían trazado en su obra “Lecciones de Derecho Civil” (1960), cuando en su tratado de “Responsabilidad Civil” (1963), en relación con la materia objeto de análisis manifestaron:

“1462. ¿Debe ser imprevisible e irresistible el hecho de la víctima? - La irresistibilidad y la imprevisibilidad son, por lo general, consideradas como necesarias para que haya fuerza mayor; pero no para que el hecho de la víctima sea una causa liberatoria. Desde el momento en que el hecho no es imputable al demandado, eso basta. No cabría obligar al demandado, según se dice, a precaverse contra los hechos de la víctima, como no cabe obligarse a que se prevenga en contra de los acontecimientos naturales.

“(..)”⁸⁶ (Negrillas de la Sala).

⁸⁴ Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, Págs. 332 y 333.

⁸⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2008, exp. 16235, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁸⁶ MAZEAUD, Henri y León, y TUNC, André “Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil”, Tomo Segundo, Volumen II, Ed. Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1963, Pág. 40.

“Pero la doctrina y la jurisprudencia discuten sobre la necesidad de que ese hecho exclusivo de la víctima sea imprevisible e irresistible. Los Mazeaud sostienen que la “imprevisibilidad y la irresistibilidad no son necesarias al hecho exclusivo de la víctima, para que este exonere de responsabilidad.” TAMAYO Jaramillo, Javier “Tratado de Responsabilidad Civil”, Ed. Legis, Tomo II, Pág. 61.

“Lo anterior no quiere significar en modo alguno, que el hecho de la víctima en ocasiones pueda ser total o parcial, en cuanto se refiere a la materialización del resultado dañoso, motivo por el cual será el juez quien en cada caso concreto el que valorará el curso o cursos causales existentes, para determinar la imputación fáctica del daño antijurídico, lo que permitirá establecer si operó una causa única o si existió una concausa, situación ésta en la que habrá que fijar proporcionalmente, según el grado de participación de cada sujeto, el monto del perjuicio padecido.

“Ahora bien, no significa lo anterior que toda conducta de la víctima tenga la suficiente dimensión o entidad para excluir o enervar la imputación frente al presunto responsable; el comportamiento de aquella para poder operar como causal exonerativa de responsabilidad debe ostentar una magnitud, de tal forma que sea evidente que su comportamiento fue el que influyó, de manera decisiva, en la generación del daño.

“El principio de confianza conlleva implícito la tranquilidad que tienen las personas que integran la sociedad, de que el Estado prestará adecuadamente sus servicios públicos, por lo que, no cualquier tipo de participación de la víctima, en una actividad riesgosa, reviste la estatus necesario para excluir la responsabilidad de la administración.

“En síntesis, no se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquella fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación.

“Así las cosas, si la culpa de la víctima es causa parcial (concausa) en la producción del daño, esta circunstancia puede constituir un factor de graduación del perjuicio, todo lo cual dependerá del grado de participación de la propia persona afectada en la concreción de los hechos que son objeto de análisis.”(negrillas y cursivas del original - subrayado adicional).

Por lo tanto, desde mi perspectiva, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero como causales eximentes de la responsabilidad no pueden ser reconducidas por la doctrina y jurisprudencia nacional, con miras a someter bajo un mismo prisma los requisitos y elementos que gobiernan a la fuerza mayor, so pena de desdibujar los entornos delimitantes que existen entre uno y otro evento de los diversos que componen el concepto genérico de “causa extraña”.

Una visión como la sostenida por la posición mayoritaria parte de una visión causalista de la responsabilidad en donde, el juez no atribuye resultados o consecuencias a partir de la verificación de la existencia de un daño, sino que, supuestamente, actuaría a partir de la constatación de la naturaleza, en busca de la causa o el origen de las cosas, en este caso del resultado, lo cual traduce una labor experimental - científica, que no es la propia de un operador de las ciencias sociales.

La labor del juez, a partir del análisis fáctico y probatorio de los hechos, es establecer a quién le resulta material y jurídicamente imputable el daño, para lo cual cuenta con todos los elementos y herramientas que le brinda el ordenamiento jurídico a efectos de endilgar la mencionada responsabilidad, tarea que no se acompasa con una labor naturalística (verificación material y externa) sino que, por el contrario, corresponde a una actividad racional e inteligible (*logos*) en la que se analizan los supuestos de hecho para luego, previa la interpretación de normas y principios jurídicos, inferir un determinado resultado que, en el caso concreto, será la obligación de reparar integralmente el perjuicio.

De otro lado, en tratándose de la culpa exclusiva de la víctima y del hecho del tercero, no se requerirá constatar que los mismos devengan en irresistibles e imprevisibles para el demandado sino que, este último no haya incidido decisivamente en la producción de los hechos o, de otra parte, no se encuentre en posición de garante, en cuyo caso el resultado le será imputable materialmente

(*imputatio facti*). Así las cosas, lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada (culpa de la víctima) o del tercero fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño.

Me aparto de igual manera, en el caso concreto, de la afirmación que se hace según la cual para que se configure el hecho del tercero como causal excluyente de responsabilidad no se requiere que el mismo aparezca plenamente identificado en el proceso.

En efecto, acerca de este ingrediente que se pretende introducir al estudio de la causa extraña, en su modalidad del hecho de un tercero, discrepo de la mencionada hermenéutica, como quiera que si no existe certeza respecto a quién es imputable el daño, no se podrá decretar una causa extraña sino que la negativa de las pretensiones se impone por ausencia o falta de acreditación de la imputación fáctica. En otros términos, con lo sostenido por la Sala se confunden dos conceptos que, no obstante producir o desencadenar la misma consecuencia absoluta, tienen contenido y alcance distinto.

Como se aprecia, la falta de individualización o identificación del tercero causante del daño lo que genera en el plano del juicio de la responsabilidad es la incertidumbre acerca de la autoría en la generación de aquél, razón por la que al juez no le es viable declarar probada la causal exonerativa de responsabilidad consistente en el hecho exclusivo y determinante de un tercero, sino denegar las súplicas de la demanda por falta de prueba de la imputación fáctica. En consecuencia, siempre que declare que operó el hecho exclusivo y determinante de un tercero como causa extraña será necesario determinar o al menos individualizar –no necesariamente identificar– la persona, el sujeto, entidad u organización que desencadenó el daño antijurídico.

En los anteriores términos dejo planteada mi posición.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra