

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

Magistrado Ponente. Dr. CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ

Ibagué, primero (01) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Radicación: No. 73001-33-33-752-2015-00068-01
 Número interno: No. 2019-00684
 Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA
 Demandante: JEFRY JAIR HERNÁNDEZ DÍAZ - OTROS.
 Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL.
 Referencia: Apelación de sentencia – lesiones a persona civil.

Se encuentran las presentes diligencias en esta Corporación a efectos de resolverlos recursos de apelación interpuestos por los extremos procesales, en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito de Ibagué el 05 de diciembre de 2018, por medio de la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES¹

Los demandantes JEFRY JAIR HERNÁNDEZ DÍAZ, JAIR HERNÁNDEZ BONILLA, DANILO ANDRES HERNÁNDEZ DÍAZ, JOHAN SIMÓN HERNÁNDEZ DÍAZ y NATIVIDAD DÍAZ NIETO, actuando por medio de apoderado judicial, instauraron demanda de Reparación Directa en contra de la Nación – Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, solicitando las siguientes:

I.II. DECLARACIONES Y CONDENAS²

PRIMERA: Que se declare administrativa y patrimonialmente responsables a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, por las lesiones personales sufridas por el señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA, en hechos ocurridos el día 1 de marzo de 2013, en la ciudad de Ibagué.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a las accionadas a cancelar a los actores a título de reparación y/o indemnización del daño ocasionado, los perjuicios de orden moral y material objetivados y subjetivados actuales y futuros e igualmente por la alteración grave de las condiciones de existencia, así:

¹ Ver folio 50 del Cuad. Ppal. 1 del expediente.

² Fls. 56-59 Cuad. Ppal. N° 1 del expediente.

Sentencia de Segunda Instancia

2.1. *Perjuicios morales:*

- Al señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA, en su condición de víctima directa, el equivalente a 300 SMLMV.
- A la señora NATIVIDAD DÍAZ NIETO, en calidad de cónyuge del lesionado, el equivalente a 200 SMLMV.
- A los señores JEFFRY JAIR HERNÁNDEZ DÍAZ, DANILO ANDRES HERNÁNDEZ DÍAZ, y JOHAN SIMÓN HERNÁNDEZ DÍAZ en calidad de hijos del lesionado, el equivalente a 200 SMLMV, para cada uno.

2.2. *Por la alteración de las condiciones de existencia y/o daño a la salud:*

- Al señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA, en su condición de víctima directa, el equivalente a 300 SMLMV.
- A la señora NATIVIDAD DÍAZ NIETO, en su calidad de cónyuge del lesionado, el equivalente a 50 SMLMV.
- A los señores JEFFRY JAIR HERNÁNDEZ DÍAZ, DANILO ANDRES HERNÁNDEZ DÍAZ, y JOHAN SIMÓN HERNÁNDEZ DÍAZ en calidad de hijos del lesionado, el equivalente a 50 SMLMV, para cada uno.

2.3. *Perjuicios materiales:*

2.3.1. Lucro cesante consolidado: Ingreso dejado de percibir por el lesionado, como consecuencia de la lesión sufrida en razón a la pérdida de productividad, desde la fecha del hecho generador del daño y hasta la presentación de la demanda, tasado en suma de 25.050.475,91, correspondientes a 24 meses la fecha de presentación de la demanda.

2.3.2. Lucro cesante futuro: Ingreso que la víctima dejará de percibir por el resto de vida probable, y que, de acuerdo a la tabla de mortalidad expedida por el DANE, y la edad del lesionado al momento del hecho generador del daño, suma que ascienden a \$ 146'439.930,8.

TERCERA: Ordenar a las demandadas dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y ss. del C.P.A.C.A.

CUARTA: Que se ordene la actualización de las respectivas condenas.

QUINTA: Que se condene en costas a las accionadas.

I. HECHOS³

Como sustento fáctico, la Sala encuentra los siguientes hechos de carácter relevante:

1. Que a finales del mes de febrero e inicios del marzo del año 2013, se presentó un paro campesino en gran parte del territorio del país, para reclamar mejores condiciones en el sector agrario en general.

³ Fls. 50-56 del Cuad. Ppal. N° 1 del expediente.

2. Que el señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA, en condición de campesino cultivador de café, participó en el paro antes mencionado, ubicándose en un sector cercano al barrio Boquerón de la ciudad de Ibagué.
3. Que el día 01 de marzo de 2013, siendo aproximadamente a las 4:30 PM, el señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA, fue agredido con bombas lacrimógenas aturdidoras disparadas por policiales adscritos al Escuadrón Móvil Antidisturbios ESMAD, en razón a esto y para evitar seguir siendo agredido, HERNÁNDEZ BONILLA emprendió la huida hasta pernoctar en el establecimiento turístico de la zona conocido como Don Andolfo, refugiándose en un baño, lugar hasta donde llegaron los miembros del ESMAD, quienes lo habían perseguido transportados por miembros de la Policía motorizados.
4. Que al darse cuenta el señor HERNÁNDEZ BONILLA, que los miembros del ESMAD estaban golpeando con puntapié las puertas de los baños procedió a salir, siendo allí atacado a quemarropa con una de las armas utilizadas para disparar bombas lacrimógenas aturdidoras, cuyo cartucho impactó en su brazo derecho, al darse cuenta que estaba herido salió corriendo con dirección a la salida del establecimiento, pero allí fue golpeado por otro miembro del mismo grupo con un palo en una de sus piernas.
5. Que el señor HERNÁNDEZ BONILLA ingresó por urgencias del Hospital San Francisco E.S.E., lugar donde se le prestó atención médica determinando que presentaba *"herida con sangrado de aproximadamente 3 cm con deformidad trauma y fractura de la epífisis inferior del cubito y radio, en el tercio distal del antebrazo derecho"*; como consecuencia de ello fue remitido para ser tratado por ortopedia.
6. Que la valoración por ortopedia fue realizada en la clínica Minerva, diagnosticándosele *fractura abierta en diáfisis de cubito y radio, luxa fractura radio cubital*, e igualmente le fue practicada cirugía con control y seguimiento.
7. Que el señor HERNÁNDEZ BONILLA denunció disciplinariamente tal hecho ante la Personería delegada del Ministerio Público, el día 4 de marzo de 2013, sin que lo hubiere podido realizar antes dado su estado de salud; entidad donde le aconsejaron que presentada denuncia penalmente de dicho suceso.
8. Que el 7 de marzo de 2013, el lesionado formuló denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación, quien remitió por competencia las diligencias a la Justicia Penal Militar, inicialmente correspondiéndole por reparto al Juzgado 179 de Instrucción Militar, siendo posteriormente asignado el conocimiento al Juzgado 192 de Instrucción Militar, bajo el radicado N° 343.
9. El Juzgado 192 de instrucción Militar, ordenó el último reconocimiento médico legal al lesionado, dentro del cual se consignó lo siguiente:

Sentencia de Segunda Instancia

"Hoy 11 de septiembre de 2013, presenta aspecto general: ingresa por sus propios medios, con marcha normal, Cicatriz antigua, lineal directa longitudinal de 11 cm en el dorso de la zona distal del antebrazo derecho. Limitación ostensible para la flexo extensión de la muñeca derecha, para la supinación de la mano derecha, para el cierre de la mano (los dedos), hay atrofia muscular en la mano derecha.

Análisis interpretación y conclusiones:

Mecanismo traumático de lesión: contundente, incapacidad médico legal DEFINITIVA CINCUENTA (50) DÍAS. SECUELAS MEDICO LEGALES perturbación funcional del miembro superior derecho de carácter permanente".

10. Que tales lesiones y secuelas le ocasionaron al demandante cambios en el comportamiento psicológico, estético, interpersonales, y entorno familiar; daño que obedeció a un claro exceso o extralimitación en la utilización de la fuerza pública sin justificación alguna, pues, en momento de los hechos el señor HERNÁNDEZ BONILLA no portaba ninguna clase de arma, al igual que los demás campesinos que lo acompañaban, y muy por el contrario se encontraba indefensos.
11. Que el señor HERNÁNDEZ BONILLA, ejercía labores exclusivas como cultivador de café en la finca El Tesoro localizada en la vereda la Libertad de Rovira – Tolima, lo cual le permitió tener unos ingresos de \$ 25'000.000 para el año 2012 y de \$ 30'000.000 para el año 2013, producto de la venta de este producto, el cual comercializaba en la compraventa "J.R", de propiedad de JOSE DAVID RODRÍGUEZ, localizada en la Cra. 5 No 11-44 de dicha municipalidad.
12. La demandante la señora NATIVIDAD DÍAZ NIETO, obra en calidad de cónyuge del señor HERNÁNDEZ BONILLA, conforme a matrimonio celebrado el 22 de junio de 1985, fecha desde la cual han compartido de forma estable y armoniosa sus vidas, dependiendo siempre económicamente del lesionado.
13. De dicho matrimonio nacieron JEFREY JAIR HERNÁNDEZ DÍAZ, DANILO ANDRES HERNÁNDEZ DÍAZ, JOHAN SIMÓN HERNÁNDEZ DÍAZ, de 26, 23 y 22 años de edad, respectivamente, y quienes obran en el presente proceso en calidad de hijos.
14. El policial causante de las lesiones al señor HERNÁNDEZ BONILLA, para el momento de los hechos se encontraba en servicio activo, es decir en desarrollo de sus funciones y las mismas fueron ocasionadas con arma de dotación oficial, perteneciente a la entidad accionada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término de traslado que trata el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011, el apoderado judicial de la entidad accionada – NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA

Sentencia de Segunda Instancia

– POLICÍA NACIONAL-⁴, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo los siguientes argumentos de defensa:

“En el presente caso considero que se debe NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA teniendo en cuenta por una parte que los hechos se dieron por CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO AJENO A LA ADMINISTRACIÓN pues del caudal probatorio resulta insuficiente para acreditar la responsabilidad de la entidad policial, pues si bien era cierto el señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA resultó lesionado, presuntamente en hechos ocurridos el 01.03.13 en la vía que de Ibagué conduce a Cajamarca, específicamente en el punto denominado “Boquerón” lo cierto es que dicha lesión no fue ocasionado por miembro policial con armas de dotación oficial, sino por la culpa de un tercero que bien podía ser uno de los manifestantes del paro cafetero, lo cual constituye un eximente de responsabilidad pues algunos de estos manifestantes portaban armas de fuego las cuales utilizaron junto con otras armad no convencionales.

(...) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. En ese orden de ideas, del contenido probatorio que se allegue al expediente, llevara a demostrar la INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO en cabeza de la POLICÍA NACIONAL, por “ausencia de Pruebas” Siendo así, los supuestos hechos mencionados por la parte actora dentro de su demanda y de conformidad con la regla onnus probandi incumbit actori o carga de la prueba, le corresponde en los términos señalados en el art. 177 del C.P.C., demostrarlos plenamente pues es quien pretende derivar que de los mismos existe consecuencias patrimoniales a su favor y a cargo de la entidad policial. En este sentido, corresponde a la parte actora demostrar, no solo los daños sufridos, sino que los mismos resultan imputables a la entidad policial, para lo cual era menester demostrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que verdaderamente ocurrió el accidente, para así mismo establecer la acción u omisión atribuible a los agentes estatales vinculados directa o indirectamente con la entidad policial.

(...)

La Policía Nacional, como autoridad administrativa, cumple funciones de naturaleza preventiva, y no represiva. En otras palabras, son quienes ejecutan el poder y la función de policía, sin tomar decisiones ya que obedecen a la voluntad de las autoridades de policía por lo cual, no se trata de una actividad reglamentaria ni reguladora de la libertad.

Es por ello que los fines de la Policía Nacional están consagrados en el artículo 2º superior, y consisten en “servir a la comunidad”, “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”, y “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares.

Constitucionalmente se ha establecido que en ejercicio de esta función la Policía Nacional puede aplicar medidas de tipo preventivo o de índole correctiva, siempre sujetas al principio de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, cuando se requiera ante cualquier amenaza o vulneración de los derechos y bienes de los ciudadanos.

Las medidas preventivas que adoptada la Policía Nacional se justifica en la prevalencia del interés general y de la protección de los derechos de los ciudadanos con fin esencial del Estado, Y EN EL PRINCIPIO DE ACUERDO CON EL CUAL, LOS DERECHOS

⁴ Fls. 84-92 cuad. ppal. N° 1 del expediente.

Sentencia de Segunda Instancia

NO SON ABSOLUTOS, POR LO CUAL SE ADMITE QUE LAS PERSONAS PUEDEN GOZAR LIBREMENTE DE SUS DERECHOS SIEMPRE QUE NO AFECTEN A LOS DE LOS DEMÁS Y OBRE CONFORME CON LA SOLIDARIDAD.

De este modo, el régimen de policía permite prevenir los actos que constituye amenazas contra los derechos de terceros, pero no juzga, no establece culpabilidad ni impone sanciones. Es por ello, entonces que la naturaleza de las medidas no es represiva, por cuanto su objetivo no es reparar sino prevenir el conflicto. Asimismo es posible concluir que en nuestro ordenamiento se prohíben medidas de policías "vaga, imprecisas e imprescriptibles" por desconocer el principio de estricta legalidad y la primacía de los derechos de las personas.

Y es precisamente por ello que el artículo 95 de la Constitución Nacional consagra la obligación de la persona y del ciudadano, de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. Así, se ha considerado que el ejercicio de todo derecho fundamental no es absoluto y que entraña una serie de deberes y obligaciones (C-670 de 2004).

Así, la compostura y el decoro, al igual que la buena conducta, encuentran sustento en los artículos 4, 6 y 95 de la Constitución, ya que como ha sido reiterado por la jurisprudencia, toda persona tiene el deber de acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades"; ser responsable "ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes", y, tiene la obligación de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.

En este caso en concreto, cuando los ciudadanos cometen delitos relacionado con la alteración del orden público, tales como los consagrados en el artículo 343, 350, y 353 A del Código Penal, los procedimientos policiales deben ajustarse a dichas circunstancias y es por ello que a los funcionarios de hacer cumplir la ley se les exige el cumplimiento del código de conducta que no es otra cosa que hacer cumplir la ley, cumplir en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido a su profesión. Y si es necesario podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas. (...)

La actuación de la Policía no fue improvisada, toda vez que el departamento de Policía Tolima expidió la Orden de servicios No. 042 METID PLANE del 23.02.13 ESTRATEGIAS Y PREVENCIÓN "JORNADA NACIONAL DE PROTESTA CONVOCADA POR EL GREMIO CAFETERO, PARA EL DÍA 25/02/13 EN LA METIB" frente a la dinámica de la protesta social actual del país y el inconformismo del sector agrario, donde se tenía información de que se tenía previsto la realización de una protesta a partir de día 25.02.13 principalmente por los sectores cafeteros ubicados en Coello cócora y Boquerón de la Ciudad de Ibagué, Libano, Villa Hermosa, Rio Blanco, chaparral, Planadas y Casabianca.

Es indiscutible que los policiales siguieron las instrucciones para el manejo de los elementos de dotación, en este caso el gas lacrimógeno y las bombas de aturdimiento ya que las cápsulas de gas fueron lanzadas desde un ángulo para no lastimar a la comunidad, disparándose de tal forma que cayeran detrás de las personas que se encontraban en la manifestación actuación realizada como defensa del grupo antidisturbios frente a la reacción violenta de los manifestantes y de la misma comunidad que trataba de defenderse de los manifestantes agresores. Por ello el actuar policial hizo que estos reaccionaran ante la agresión de aquellos y en cumplimiento de un deber legal, que no fue otro que brindar protección a la población civil, lo cual corría peligro tanto en su integridad física como en su vida. Por ello, el actuar de la Policía fue legítima y proporcional a la amenaza, hecho que exime de responsabilidad a la entidad demandada, porque el temor de los agentes a que la población civil a los cuales

Sentencia de Segunda Instancia

protegían sufrieran un daño, guardaba plena correspondencia con la realidad...» su actuar que estuvo guiado por razones de necesidad y proporcionalidad, por ello requerían hacer uso de la fuerza para proteger su vida e integridad personal como la de misma población civil que era objeto de agresiones por parte de los manifestantes y su respuesta fue proporcional a la amenaza a que fueron puestos por el obrar temerario de los manifestantes (...).

Por lo tanto, no se puede endilgar responsabilidad a la entidad policial, basándose solamente (Sentencia de indicios y dando por sentado que el hecho se "encuentra probado por indicios Consejo de Estado de fecha 14.06.12 MP: Danilo Rojas Betancourt Acción: Reparación Directa Accionante: Emiliano Segundo Plata Castro y otros. Demandado: Nación Ministerio de Defensa Policía Nacional. Expediente No. 22739) Por todo lo anterior desde ya solicito se NIEGUEN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA al configurarse la CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO AJENO A LA ADMINISTRACIÓN."

III. SENTENCIA APELADA⁵

El Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante sentencia proferida el cinco (05) de diciembre de 2018, resolvió:

"PRIMERO: DECLÁRESE a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL administrativa y patrimonialmente responsable por las lesiones causadas al señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA, ocurridas el de marzo de 2013.

SEGUNDO: CONDÉNESE a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL a pagar a los demandantes por concepto de perjuicios morales en abstracto, para cuya liquidación se surtirá el respectivo incidente de liquidación previsto en el artículo 193 del C.P.A.C.A. teniendo en cuenta para ello un dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la junta regional de calificación.

Para el efecto, el incidente de regulación de honorarios se deberá presentar dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso.

TERCERO: CONDÉNESE a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL a reconocer y pagar al SR. JAIR HERNÁNDEZ BONILLA por concepto de perjuicios materiales en la modalidad lucro cesante en abstracto, para cuya liquidación se surtirá el respectivo incidente de liquidación previsto en el artículo 193 del C.P.A.C.A., teniendo en cuenta para ello, la presunción según la cual el demandante devenga un salario mínimo legal mensual vigente y la incapacidad medico laboral y los criterios de un dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la junta regional de invalidez.

Para el efecto, el incidente de regulación de honorarios se deberá presentar dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso.

CUARTO: CONDÉNESE a la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL a reconocer y pagar por concepto de daño a la salud en abstracto, a favor del demandante JAIR HERNÁNDEZ BONILLA, para cuya liquidación se surtirá el respectivo incidente de liquidación previsto pérdida en artículo 193 del C.P.A.C.A, teniendo en cuenta para ello un dictamen de pérdida de la capacidad laboral emitido por la junta regional de calificación.

⁵ Vista a folios 317-318 del Tomo II.

Para el efecto, el incidente de regulación de honorarios se deberá presentar dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso.

QUINTO: DECLÁRESE no probada la excepción de "culpa exclusiva de un tercero" formulada por la entidad demandada.

SEXTO: CONDÉNESE en costas a la parte demandada y a favor de los demandantes, Tásense tomando como agencias en derecho la suma de \$1,000.000.

SÉPTIMO: Las anteriores condenas se actualizarán con el índice de precios al consumidor, tal como lo autoriza el art. 187 del C.P.A.C.A. con las precisiones efectuadas en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: ORDÉNESE dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

NOVENO: EXPÍDASE copias a las partes de conformidad con el artículo 114 del C.G.P.

DECIMO: Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

Para llegar a la anterior decisión el *a quo* consideró:

"(...)"⁶

De las pruebas aportadas dentro del proceso se evidencia la configuración del daño antijurídico y sus imputaciones a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional bajo el título de falla del servicio, dado que, según se acreditó, un miembro del ESMAD disparó un proyectil de forma intencional y deliberada en contra de la humanidad del señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA cuando éste se encontraba en el interior de un establecimiento de comercio, lo cual resulta desde todo punto de vista arbitrario y antijurídico, pues no se demostró que el lesionado ofreciera peligro alguno para el policía que la ocasionó, lo que pone de presente un actuar abiertamente irregular y desproporcionado en el ejército de la fuerza policial."

IV. LA APELACIÓN⁷

Oportunamente los apoderados judiciales de los extremos procesales interpusieron recurso de apelación en contra de la sentencia proferida el 05 de diciembre de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Ibagué, mediante la cual se resolvió **CONCEDER** parcialmente a las pretensiones de la demanda, para lo cual expusieron los siguientes argumentos:

⁶ Fls. 313-315 del Cuad. Ppal. N° 2 del expediente.

⁷Visible a folios 324-330 y 341-343 del Tomo II.

4.1. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL⁸:

“(…)

El daño no es imputable al Estado cuando esto se ha producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, al no configurarse el nexo causal entre el hecho que se imputa a aquel y el daño.

En cuanto a la imputación del daño alegado por los actores a la Entidad, obra señalar, que aun cuando se tiene por probado que las lesiones padecidas por el señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA, le fueron ocasionadas el día 03 de marzo de 2013, durante el paro nacional cafetero y en el desarrollo de las protestas, lo cierto es que en el cartulario hay ausencia total de elementos probatorios que acrediten que efectivamente las mismas fueron infringidas por un miembro del Escuadrón Móvil Antidisturbios – ESMAD o por cualquier otro uniformado o autoridad presente en el lugar.

Nada permite establecer que los miembros del ESMAD tengan incidencia en las lesiones sufridas por la parte actora, pues ninguna prueba hay sobre el particular; en consecuencia, no existe nexo de causalidad alguno entre dichas pretermissiones y la lesión de JAIR HERNÁNDEZ BONILLA, pues - se insiste- la parte demandante no allegó ni un solo elemento de prueba que permita sostener que el daño causado obedeció al uso de armas de dotación oficial. De esta manera, no se encuentran acreditados los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.

LA LESIÓN CAUSADA A JAIR HERNÁNDEZ BONILLA SE DIO POR CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO AJENO A LA ADMINISTRACIÓN.

... Es así como la situación que se presentó en Boquerón de la ciudad de Ibagué, no era diferente a la que ocurría en otras partes del país para dicha época y es por ello que de las consecuencias de la misma, donde el señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA resultó herido con arma, los hoy demandantes aseguran que fue un miembro de la Policía Nacional, en servicio activo y con arma de dotación oficial quien lesionó y por ello Considera que este hecho es fundamental para endilgar responsabilidad a la entidad Policial, lo que considero que no es suficiente como quiera que solamente son afirmaciones de los hoy actores, sin llegar prueba idónea que evidencie que el proyectil disparado y que le ocasionó la lesión al hoy actor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA correspondía a un arma de dotación oficial asignada a un agente de la Institución pues se ve dentro del caudal probatorio que obra a la fecha No se encuentra dentro del informe balístico que así lo haya determinado, pues debe tenerse en cuenta que en dicho PARO CAFETERO tanto los manifestantes como los habitantes de la localidad se encontraban armados no solo con piedras, palos, armas no convencionales sino también con armas de fuego entre ellas escopetas que lanzaban no solo contra los uniformados, sino contra los habitantes del lugar y que dejó como resultado no solamente civiles heridos sino uniformados también.

“(…)

Por último, el Consejo de Estado en sendas sentencias ha manifestado que la parte interesada debe adelantar todas las gestiones pertinentes para demostrar fehacientemente que lo afirmado es cierto y tiene pleno respaldo probatorio y por el cual está reclamando una indemnización, en el presente caso no se observa prueba idónea para endilgar responsabilidad al Escuadrón Móvil Antidisturbios (ESMAD). Por las lesiones sufridas el señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA, por lo que solicito muy,

⁸ Fls. 324-330 del Cuad. Ppal N° 2 del expediente.

Sentencia de Segunda Instancia

respetuosamente se nieguen las pretensiones de la demanda, por falta de NEXO CAUSAL EN EL DAÑO ANTIJURIDICO Y LA ADMINISTRACIÓN (POLICÍA). POR SER CONSECUENCIA DE CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO AJENO A LA ADMINSTRACION (sic)."

4.2. Parte Demandante⁹:

"El punto tercero de la sentencia antes referida, ordenó condenar a la demandada, al pago de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante en abstracto, estableciendo como presunción, que el actor, devengaba el salario mínimo legal mensual, al considerar que no se demostró los ingresos reales de este.

1.2.- Considero salvo mejor criterio, que la anterior apreciación no se atempera con la prueba documental oportunamente aportada, e incorporada legalmente al proceso, ello por cuanto, obra en el plenario prueba correspondiente a la certificación de los valores que percibía por las venta de café, expedida por el señor JOSE DAVID RODRÍGUEZ, propietario del establecimiento de comercio donde para la época lo negociaba; constancia expedida por el Comité Departamental de Cafeteros del Tolima, donde se confirma su actividad de caficultor agremiado desde el año 2011; indicación de los predios donde ejercía la actividad; y certificación expedida por el contador Público HUGO RAMIRES (sic) PALACIOS, acompañado de su acreditación, donde certifica los ingresos de mi representado, pruebas estas de las cuales se colige descansadamente que efectivamente el salario mensual allí certificado por este profesional, es claro, y produce certeza de que ese era su ingreso real) pues ostenta total respaldo probatorio.

1.3.- Reseñado lo anotado, se considera huelga reiterar, no ser prohijable la tesis de la ausencia de certeza del ingreso real de mi patrocinado judicial, y de dicha premisa tomar como base para dicha liquidación de perjuicios la entratada presunción legal, pregonando la omisión del señalamiento de factores que determinen los costos de producción y de ganancias, pues se inobserva que precisamente una de las funciones de estos profesionales es dar fe, del estado de ingresos de los ciudadanos, el cual es aceptado como cierto por las autoridades no solo privadas, sino públicas, salvo, que se demuestre el carácter espurio de estos, aspecto que no aconteció en el sub lite, pues no fue tachado de falso.

En el eventual caso, de que la pretensión principal de modificación del presente recurso no encuentre prosperidad, depreco como pretensión subsidiaria del recurso se adicione dicho punto tercero de la parte resolutive, en el sentido de ordenar que al salario mínimo legal mensual que como presunción se estableció devengaba el actor, debe ser objeto de actualización, conforme a la fórmula establecida por el Honorable Consejo de Estado, y una vez actualizada dicha renta, se proceda a incrementarla en un 25%, por concepto de prestaciones sociales, conforme a lineamientos impartidos jurisprudencialmente, entre otras, en las sentencias julio 1 de 2015; y junio 13 de 2016, de la Sala Contencioso Administrativo, sección 3, subsección A, Consejero Ponente Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera".

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes fueron admitidos mediante proveído fechado el diecisiete (17) de junio de dos mil diecinueve (2019) (fol. 357), posteriormente en providencia de fecha cinco (05) de julio de dos mil diecinueve (2019), se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de

⁹ Folios 341 al 343 del Tomo II.

Sentencia de Segunda Instancia

conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fol. 360), derecho del cual hizo uso la Policía Nacional (fol. 362-368).

Al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, la Sala procede a decidir la controversia conforme a las siguientes:

VI. CONSIDERACIONES DE LA SEGUNDA INSTANCIA

6.1. Precisiones preliminares:

6.1.1. Competencia del Tribunal:

En primer lugar, es menester indicar que de conformidad con la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., esta jurisdicción puede aprehender el conocimiento del presente asunto, pues se trata de una controversia originada en un (01) hecho sujeto al derecho administrativo en el que al parecer está involucrada una entidad pública.

Como corolario de lo anterior, según las voces del artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, esta Corporación es competente para resolver el recurso de alzada en contra de las sentencias proferidas por los Jueces Administrativos en primera instancia y como quiera que según la regla general consagrada en el inciso 1º del artículo 243 *ibídem*, los fallos emitidos por los Jueces y Tribunales Administrativos son pasibles de ser apelados, es claro que esta Colegiatura es competente para dirimir el presente asunto en Sala de Decisión tal como lo prevé el artículo 125 *ejusdem*.

VI.1.3. Definición del recurso:

Conforme a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 328 del Código General del Proceso, normativa aplicable al caso de autos por remisión expresa del canon 306 de la Ley 1437 de 2011, cuando ambas partes hubieren apelado, el superior resolverá sin limitaciones; no obstante, ello no es óbice para que esta Colegiatura precise las censuras esgrimidas por los extremos procesales recurrentes en contra de la decisión de primer grado, por lo que esta Sala de decisión abordará el estudio correspondiente.

La apoderada judicial de la Policía Nacional solicita se revoque la sentencia de instancia, y en consecuencia, se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que, dentro del *sub examine* no se encuentra plenamente acreditado que los miembros del ESMAD hayan ocasionado la lesión al señor Hernández Bonilla con arma de dotación oficial, elemento determinante para que se declare la responsabilidad de la administración, y que unas simples afirmación no son suficientes para ello.

Por su parte, el vocero judicial que representa los intereses del extremo activo, solicita se modifique el numeral tercero del fallo recurrido, y centra su discrepancia en lo relacionado con la indemnización de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, pues, considera que con la documental incorporada al proceso se encuentra debidamente acreditado el promedio de los ingresos percibidos por el señor Jair Hernández Bonilla.

6.1.3. Problema jurídico:

Se advierte que el problema jurídico a resolver, consiste en determinar si, la decisión conforme a la cual se declaró administrativa y extracontractualmente responsable a la Policía Nacional por las lesiones sufridas por el señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA y presuntamente ocasionadas por miembros adscritos a la institución policial en los disturbios generados en el marco del paro nacional adelantado por el sector agrícola en mes de marzo del año 2013, se encuentra conforme a derecho, o si por el contrario, y atendiendo los cargos expuestos por los extremos apelantes, la misma se ha de revocar, modificada y/o confirmar.

6.2. Análisis sustancial:

Los accionantes en uso del medio de control de Reparación Directa, interpusieron demanda en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, el cual se encuentra definido en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, que literalmente señala:

“...En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma...”

Ahora bien, deberá emprenderse el estudio respectivo conforme a lo indicado en el artículo 90 de la Constitución Política, a efecto de establecer la responsabilidad del Estado por el daño antijurídico, norma que textualmente señala:

“...El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...”
 (Resalta la Sala).

En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración.

En este orden, se tiene que el daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad que no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es “irrazonable”¹⁰.

Por su parte, la imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

Sentencia de Segunda Instancia

Ahora bien, como quiera que en casos análogos al que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, el órgano de cierre jurisdiccional ha declarado la responsabilidad extracontractual del Estado con fundamento en los regímenes objetivo y subjetivo; fuerza es para la Sala aplicar el principio del **IURA NOVIT CURIA**, con miras a establecer la *causa petendi* en obediencia a lo previsto en los artículos 228 y 230 de la Constitución Política, no sin antes recoger pronunciamientos del Honorable Consejo de Estado que sobre el particular ha manifestado:

“...Considera la Sala que no le asiste razón al apelante, en primero lugar porque en la demanda si se invocó el régimen de responsabilidad por daño especial, aunque también se hizo alusión al régimen de falla del servicio. Pero, aún en el evento de que la demanda se hubiera fundamentado exclusivamente en la falla del servicio, en la decisión bien puede examinarse la responsabilidad patrimonial de la administración pública desde una perspectiva o régimen diferente, en aplicación del principio iura novit curia, toda vez que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o el régimen de responsabilidad que resulta aplicable al caso...” ¹¹ (Negrilla de la Sala).

“...En cuanto al régimen elegido por el Tribunal para juzgar el asunto sometido a decisión, que el apoderado de la entidad demandada critica por ser una determinación del a quo y no de la parte demandante que dudó en presentar como falla presunta o falla probada, reitera la Sala que cuando se discute la responsabilidad patrimonial del Estado, se aplica íntegramente el principio iura novit curia, lo cual implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte corresponde al juez señalar la norma aplicable al caso. En este caso tiene aplicación dicho principio porque a pesar de que la parte actora fundamentó su demanda en la teoría de la falla del servicio -probado o presunta-, bien podía el Tribunal examinar la responsabilidad patrimonial de la administración pública desde una perspectiva o régimen diferente...” ¹² (Negrilla fuera de texto).

En este orden de ideas, esta Colegiatura abordará el estudio de las presentes diligencias a partir de la valoración íntegra de las piezas probatorias que reposan en el cartulario, las cuales revelarán la situación jurídica y fáctica materia de la *litis*, para que, con posterioridad a esto, se esboce el estudio acerca del régimen aplicable al caso en concreto, de conformidad con los parámetros legales y jurisprudenciales que correspondan.

6.2.1. Pruebas relevantes:

La Sala observa que al expediente fueron aportados oportunamente y en forma legal, los siguientes elementos de carácter relevante que a continuación se relacionan:

Documentales:

- a) Copia del registro civil de matrimonio N° 192703, de los señores JAIR HERNÁNDEZ BONILLA y la señora NATIVIDAD DIAZ NIETO, de fecha 08 de julio de 1985. (Fol. 6 del Cuad. ppal. N° 1).

¹¹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Sentencia fechada 8 de agosto de 2002, Expediente No. 10952 – Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque.

¹² Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Sentencia fechada 18 de octubre de 2000, Expediente No. 13288 – Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque.

- b) Copia del registro civil de nacimiento N° 53878073, del señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA, de fecha 11 de noviembre de 1959. (Fol. 7 Cuad. ppal. N° 1).
- c) Copia del registro civil de nacimiento N° 12431512, del señor JEFFRY JAIR HERNÁNDEZ DIAZ, de fecha 08 de febrero de 1988. (Fol. 8 Cuad. ppal. N° 1).
- d) Copia del registro civil de nacimiento N° 91030505744, del señor JOHAN SIMÓN HERNÁNDEZ BONILLA, de fecha 03 de abril de 1991. (Fol. 10 Cuad. ppal. N° 1).
- e) Copia del registro civil de nacimiento N° 92111805689, del señor DANILO ANDRES HERNÁNDEZ DIAZ, de fecha 30 de noviembre de 1992. (fol. 9 cuad. ppal. N° 1).
- f) Copia del informe técnico médico legal de lesiones no fatales, realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con fecha 12 de marzo de 2013, (fls. 14-15 cuad. ppal. N° 1), por medio del cual se concluyó:

“... Examinado hoy 12 de marzo de 2013 a la 13:21 horas en segundo Reconocimiento Médico Legal. ANAMNESIS: Refiere haber sido agredido por policías el 1 de marzo y haber sido atendido en el Hospital San Francisco y en la Clínica Minerva. Aporta copia de historia clínica en su nombre, que dice en sus apartes pertinentes: 01/03/2013... Agredido con pistola de gases con trauma y deformidad en antebrazo derecho ...fractura de diáfisis del cúbito y del radio...” Aporta radiografía que se le tomó el 09/03/2013... y en la cual se aprecia fractura y osteosíntesis de radio (no del cúbito). PRESENTA: (...) Se observa herida lineal saturada de 11 cm en la zona posteroradial distal derecha. Cicatriz irregular con costra residual de 4x3.5cm en la cara posterior del tercio medio del antebrazo derecho. Extremos de alambre emergiendo por la zona posteracubital distal del antebrazo derecho. Limitación para la flexoextensión de muñeca derecha y para la flexoextensión de los dedos de la mano derecha. Limitación ostensible para el movimiento de pinza en mano derecha, edema ostensible de la mano derecha.

MECANISMO CAUSAL: contundente. Incapacidad médico legal: PROVISIONAL: cincuenta días. Debe regresar a reconocimiento médico legal al término de la incapacidad provisional.”

- g) Copia del informe pericial de clínica forense, realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con fecha 11 de septiembre de 2013, (fls. 16-24 cuad. ppal. N° 1), por medio del cual se concluyó:

“EXAMEN MEDICO LEGAL

Hoy 11 de septiembre de 2013 presenta: Aspecto general: Ingresa por sus propios medios con marcha normal. Cicatriz antigua lineal discreta longitudinal de 11cm en el dorso de la zona distal de antebrazo derecho. Limitación ostensible para la flexoextensión de la muñeca derecha, para la supinación de la mano derecha, para el cierre de la mano (los dedos). Limitación ostensible para realizar movimiento de pinza con mano derecha. Hay atrofia muscular en la mano derecha.

Sentencia de Segunda Instancia

Al examen presenta exámenes lesiones actuales consistentes con el relato de los hechos.

MECANISMO TRAUMÁTICO DE LESIÓN: Contundente, incapacidad médico legal DEFINITIVA CINCUENTA (50) DÍAS, SECUELAS MÉDICO LEGALES: Perturbación funcional de órgano de presión de carácter permanente: Pérdida funcional de miembro superior derecho de carácter permanente.”

- h) Copia de la historia clínica de urgencias del señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA, quien inicialmente fue atendido en el Hospital San Francisco E.S.E. Ibagué con fecha 01 de marzo de 2013, en que se observa: (fractura de radio cúbito derecho); causa externa: lesión por agresión; análisis y manejo: *“PACIENTE EN EL MOMENTO EN ACEPTABLES CONDICIONES GENERALES, ESTABLE HEMODINÁMICAMENTE SIN DIFICULTAD RESPIRATORIA SIN SIRS NO DÉFICIT NEUROLÓGICO CON PRESENCIA DE FRACTURA ABIERTA CUBITA CON ANTIBIÓTICO, PACIENTE ACEPTADA PARA VALORACIÓN Y MANEJO DE ORTOPEDIA, SE TRASLADA EN AMBULANCIA EN COMPAÑÍA FAMILIAR”*; motivo de consulta – FRACTURA DE BRAZO DERECHO; enfermedad actuar: *“REFIERE QUE EN DISTURBIOS CON ANTIMOTINES POR PARO CAFETERO FUE AGREDIDO CON PISTOLA DE GASES CON TRAUMA Y DEFORMIDAD EN ANTEBRAZO DERECHO”* (fls. 32-42 cuad. ppal. N° 1).
- i) Copia de epicrisis parcial expedida por la Clínica Minerva el 07 de marzo de 2013, quien posteriormente continuo con la valoración, plan y manejo médico del señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA, y en la que se advierte lo siguiente: Enfermedad actual: *“PACIENTE ACUSA DOLOR EN EL TERCIO MEDIO DEL ANTEBRAZO DERECHO, ESTA INMOVILIZADO, PACIENTE EN POSOPERATORIO DE LAVADO Y DESBRIDAMIENTO DE FRACTURA ABIERTA DE CUBITO RADIO, REDUCCIÓN ABIERTA DE FRACTURA EN DIÁFISIS DE CÚBITO Y RADIO CON FIJACIÓN INTERNA, INJERTO ÓSEO EN CUBITO O RADIO, REDUCCIÓN CERRADA DE LEXOFRACTURA RADIOCUBITAL.”*, Revisión Sistema: *“Fractura de radio derecho el viernes 1 de marzo”* (fls. 45-46 cuad. ppal. N° 1).
- j) Copia de la cédula cafetera inteligente del señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA (fol. 26 cuad. ppal. N° 1).
- k) Constancia suscrita por el señor José David Rodríguez, conforme a la cual señala que el señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA realizó venta de café por valor de \$25.000.000 y \$30.000.000 en los años 2012 y 2013, respectivamente. (fol. 27 cuad. ppal. N° 1).
- l) Certificación suscrita por el contador Hugo Ramírez Palacios, y mediante la cual señala que el señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA, que generó ingresos promedio mensual para el año 2012 y 2013 de \$2.083.000 y \$2.500.000, respectivamente. (fol. 28 cuad. ppal. N° 1).
- m) Oficio No. TDE14C01867 del 31 de octubre de 2014, expido por el Comité Departamental de Cafeteros del Tolima, por medio del cual se indica que el

Sentencia de Segunda Instancia

señor HERNÁNDEZ BONILLA, hace parte activa como caficultor con cédula cafetera activa (fls. 146-149 cuad. ppal. N° 1).

- n) Copia de la orden de servicios No. 042 – METIB – PLANE -38.16 del 23 de febrero de 2013-, estrategia y prevención “JORNADA NACIONAL DE PROTESTA CONVOCADA POR EL GREMIO CAFETERO, PARA EL DÍA 250213 EN LA METIB”; FINALIDAD: “Establecer las pautas para garantizar la seguridad y tranquilidad pública con motivo a la Jornada Nacional de protesta convocada por el Gremio cafetero Movimiento Dignidad cafetera, para el día 250213. Por el sector de Boquerón vía Panamericana y Municipio de Cajamarca.”, con sus correspondientes anexos 1 - línea de responsabilidad dispositivo general, 2 -informe de inteligencia, 3 evaluación de servicio de jornada nacional de protestas en la METID 250213, 4 – listado personal de apoyo grupo ESMAD No. 11 Cartagena, y 5 – Personas de apoyo escuela de suboficiales y nivel ejecutivo Gonzalo Jiménez de Quesada (fls. 158-180, cuad. ppal. N° 1).
- o) Copia del libro de minuta de servicios – Escuadrón Antidisturbios No. 11 – Departamento de Policía de Bolívar, del cual se sustrae la siguiente anotación del 01 de marzo de 2013, hora 14:15: *“a la hora y fecha se procedió a mantener el orden en la vía la línea sector BOQUERÓN donde se utilizó los elementos de letalidad reducida. Sin novedad especial. Se (ilegible) el respeto por los derechos humanos en los procedimientos.”* (fls. 187-191, cuad. ppal. N° 1).
- p) Copia de la directiva Operativa transitoria del 26 de febrero de 2016 “ACOMPañAMIENTO DE NIVEL CENTRAL DE LA JORNADA NACIONAL DE PROTESTA DE GREMIO CAFETERO”, cuya finalidad era “intensificar la acción policial a nivel nacional con el fin de garantizar la seguridad y tranquilidad pública, con motivo del desarrollo de la jornada de protesta por parte del gremio cafetero”, cuya vigencia fue del 23 de febrero al 8 de marzo de 2013. (fls. 196-199, cuad. ppal. N° 1).
- q) Copia del expediente de indagación preliminar No. 343 J.192-I.P.M-, Juzgado 192 de I.P.M.; delito-, lesiones personales; denunciante- JAIR HERNÁNDEZ BONILLA, y que fue adelantado por las presuntas agresiones físicas en procedimiento policial, dentro del cual se advierte lo siguiente: diligencia de denuncia que rinde el señor Hernández Bonilla; solicitud de valoración medial legal ante el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses; informes técnicos médico legal de lesiones no fatales, informe pericial de clínica forense; auto de apertura de indagación preliminar, citación y diligencia de ratificación y ampliación de denuncia; citación y declaraciones de Silvestre Lugo Hoyos, Luis Alberto Rodríguez, Edith Virgelina González Bermúdez, Erney Puentes Carrillo; copia del libro de anotaciones de la Policía Nacional Metropolitana de Ibagué – Cuadrante Boquerón y Estación Sur; orden de servicios No. 042 – METIB – PLANE - 38.16 del 23 de febrero de 2013-, estrategia y prevención “JORNADA NACIONAL DE PROTESTA CONVOCADA POR EL GREMIO CAFETERO, PARA EL DÍA 250213 EN LA METIB”- anexos 1 - línea de responsabilidad dispositivo general, 2 -informe de inteligencia, 3 evaluación de servicio de

Sentencia de Segunda Instancia

jornada nacional de protestas en la METID 250213, 4 – listado personal de apoyo grupo ESMAD No. 11 Cartagena, y 5 – Personas de apoyo escuela de suboficiales y nivel ejecutivo Gonzalo Jiménez de Quesada, acta de apertura de libro de minuta de servicios – Escuadrón Antidisturbios No. 11 – Departamento de Policía de Bolívar; copia de registro del 01 de marzo de 2013; auto inhibitorio No. 93/2013 del 02 de agosto de 2013 – y conforme a la cual el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno METIB - se abstuvo de abrir investigación por los hechos informados, en razón a que el quejoso no había suministrado nombre del policía que presuntamente lo golpeo, sin que se pudiera determinar a ciencia cierta si efectivamente la herida se hubiere ocasionado por los policiales, aunado a que considero que se estaba ante hechos temerarios inconcretos y difusos, que lo habilita para inhibirse de iniciar actuación alguna, conforme a lo dispuesto en el párrafo 1º, artículo 150 de la ley 734 de 2002; entre otros trámites de requerimientos y citaciones. (fs. 1-170 cuaderno No. 2 Juzgado 192 de Instrucción Penal Militar).

Testimoniales:

Testimonios rendidos por los señores (as) John William Fierro Caicedo, Silvestre Luego Hoyos, Virgelina Bermúdez González, José William Barrios Moscoso, Ariel Lozano Mora, Luis Alberto Rodríguez, Laureano García Rodríguez, y Yeison Alonso Gordillo Peña, en el trámite de la audiencia de pruebas celebrada el 12 de septiembre de 2016, quienes manifestaron ser testigos presenciales de los hechos acaecidos el 01 de marzo de 2013, según Cd – medio magnético que reposa a folio 274 del expediente Cuad. Ppal.

Relacionado el caudal probatorio aportado al expediente, la Sala abordará el estudio del fondo del asunto, a la luz de los regímenes de responsabilidad estatal decantados jurisprudencialmente por el H. Consejo de Estado en los temas relacionados con la desproporción y/o el exceso injustificado en el uso de la fuerza pública.

6.2.3. De la Responsabilidad extracontractual del Estado.

Una vez relacionados los elementos de convicción allegados a la foliatura que nos pone de presente la situación fáctica que enmarcó el caso objeto de análisis, procede la Sala a verificar en el *sub lite* la concurrencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad del Estado.

Como se estableció en precedencia, se tiene que el artículo 90 de la Carta Política, dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por las acciones u omisiones de las autoridades públicas. En desarrollo de este precepto, la jurisprudencia del Consejo de Estado en consonancia con los precedentes de la Corte Constitucional ha precisado que para que exista responsabilidad del Estado deben darse tres elementos así: el hecho dañoso, el daño antijurídico y el nexo causal entre el primero y el segundo.

En este orden de ideas, extracta la Sala que tres (3) han sido tradicionalmente los elementos que la jurisprudencia ha estimado necesarios para la determinación del daño y su correspondiente imputación al Estado, ya sea con base en un título

Sentencia de Segunda Instancia

jurídico subjetivo u objetivo, para lo cual deberá presentarse los elementos inherentes de la existencia (i) un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial (ii) una conducta activa u omisiva jurídicamente imputable a una autoridad pública y (iii) un nexo de causalidad entre el daño y la conducta, donde le corresponde a los actores para salir adelante en sus pretensiones demostrar la ocurrencia de todos los elementos integradores de éste tipo de responsabilidades.

Bajo este panorama, esta Corporación efectuará el correspondiente análisis a fin de determinar si en el *sub lite* existen hechos demostrativos de que se produjo un daño¹³, como consecuencia directa de la acción u omisión que pudiere ser atribuible a la administración.

6.2.3.1. Sobre el daño antijurídico

La jurisprudencia Contencioso - Administrativa ha definido el daño antijurídico como *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”*¹⁴.

También ha indicado que dicho daño tiene como características *que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable*¹⁵, *anormal*¹⁶ y *que se trate de una situación jurídicamente protegida*¹⁷.

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”*¹⁸. En efecto, el daño antijurídico se concibe como aquel que la víctima no está obligada a soportar y por tanto, resulta jurídico si se constituye en una carga pública, o, antijurídico si es consecuencia del desconocimiento por parte del mismo Estado del derecho legalmente protegido, dando como resultado el no tener el deber legal de soportarlo. Ahora, según se desprende del texto de la demanda, el daño antijurídico que se pretende sea reparado en el *sub lite* consiste en las lesiones personales causadas en la integridad del señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA, en hecho ocurridos el día

¹³ Sentencia del Consejo de Estado, del 29 de mayo de 2014, Exp. 29882, CP. Ramiro Pazos Guerrero; Sentencia del Consejo de Estado- Sección Tercera- Subsección B, dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017), Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Radicación número: 13001-23-31-000-2002-00945-01(35818), Actor: TISSOT S.A., Demandado: EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS - ECOPETROL.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012). Radicación número: 68001-23-15-000-1997-03572-01(22366).

¹⁵ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

¹⁶ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

¹⁷ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

Sentencia de Segunda Instancia

01 de marzo de 2013, en el marco de un paro nacional, por miembros del grupo ESMAD de la Policía Nacional.

En el caso concreto la Sala encuentra que este elemento de responsabilidad está demostrado en el proceso, ya que de acuerdo con el acervo probatorio arrimado al cartulario se tiene que señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA resultó lesionado el día 01 de marzo de 2013, tal y como lo indica la historia clínica expedida por el Hospital San Francisco y la Clínica Minerva, así como el dictamen emitido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses dentro del cual se estableció *"PRESENTA: (...) Se observa herida lineal saturada de 11 cm en la zona posteroradial distal derecha. Cicatriz irregular con costra residual de 4x3.5cm en la cara posterior del tercio medio del antebrazo derecho. Extremos de alambre emergiendo por la zona posteracubital distal del antebrazo derecho. Limitación para la flexoextensión de muñeca derecha y para la flexoextensión de los dedos de la mano derecha. Limitación ostensible para el movimiento de pinza en mano derecha, edema ostensible de la mano derecha. MECANISMO CAUSAL: contundente. Incapacidad médico legal: PROVISIONAL: cincuenta días. Debe regresar a reconocimiento médico legal al término de la incapacidad provisional."*

Así las cosas, esta instancia constata que se encuentra debidamente acreditado el **daño antijurídico** sufrido, pues las lesiones del actor constituyen un menoscabo a un bien jurídicamente tutelado, del cual se derivan los perjuicios cuyo resarcimiento se pretende en el caso de autos.

Sin embargo, se ha se señalar que la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción ha sostenido que, resulta insuficiente la constatación de la existencia del daño antijurídico para configurar la responsabilidad extracontractual del Estado; situación que impone a la Sala desplegar el respectivo análisis de imputación, que permita determinar si éste es imputable fáctica y jurídicamente a la administración, como lo alega la parte actora, o si por el contrario, dentro del sub examine se encuentra probado que el mismo fue producto de una causa extraña – hecho exclusivo de un tercero, señalada por la entidad accionada en su recurso de apelación.

6.2.3.2. De la imputación y su fundamento en el Sub-lite.

Con miras a desatar las censuras formuladas por el extremo apelante y por contera, de establecer si el título de imputación aplicado por el a quo al *sub-lite*, es el adecuado, es menester para esta Corporación efectuar las siguientes precisiones:

Prima facie debe recordarse por esta instancia judicial que, la imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y que por lo tanto en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de responsabilidad; esto del régimen subjetivo (falla en el servicio) o del régimen objetivo (riesgo excepcional y daño especial).

Ahora, cabe aclarar que el modelo de responsabilidad implementado en la carta magna no privilegió ningún régimen en particular, dejando a la voluntad del fallador, de acuerdo con el análisis de las circunstancias jurídicas y de hecho que rodean cada caso en particular. Al respecto entonces el alto Tribunal explicó:

“La Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

“En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia¹⁹”.

De acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado en la providencia transcrita, no podría obviarse que la actividad estatal también puede ser susceptible de fallas en su prestación, lo que permite analizar el asunto bajo la égida del régimen de responsabilidad subjetivo- falla probada del servicio, o objetivo – daño especial o riesgo excepcional, esto, partiendo de las circunstancias y aspectos fácticos que pongan de presente el acervo probatorio, que fundamentará y adoptará las razones jurídicas con las cuales se resolverá el caso en cuestión.

En este orden de ideas y como quiera que se encuentra probado el daño que se indica en el *sub-judice*, se entrará a determinar si el mismo no es imputable a la administración, como lo arguye el extremo recurrente – Policía Nacional.

Para ello, en primer lugar, se debe determinar el contenido obligacional que surge del ejercicio de la labor policial conforme ha sido decantado en la Constitución Política como en la Ley y en Instrumentos Internacionales.

Al respecto, el Consejo de Estado – Sección Tercera, en múltiples y reiterados pronunciamientos ha acertado al reclamar no sólo la necesidad de que el uso de las armas sea adecuado y proporcional al objetivo que se pretende alcanzar, sino que sea en realidad la última ratio en el uso de la fuerza que se les ha encomendado a quienes preservan el orden en una Democracia.

Ha referido entonces el Alto Tribunal:

*“El Código Nacional de Policía -Decreto 1355 de 1970-, señala que la policía se encuentra instituida para **“proteger a los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de ésta se derivan, por los medios y con los límites estatuidos en la Constitución Nacional, en la ley, en las convenciones y tratados internacionales, en el reglamento de policía y en los principios universales del derecho”**, por lo que corresponde a ésta **“la conservación del orden público a través de la prevención y eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad y la moralidad públicas”**, autorizándose para ello el empleo de la fuerza, **solo cuando***

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de abril de 2012, Exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón.

Sentencia de Segunda Instancia

sea estrictamente necesario bajo los eventos tipificados en el artículo 29 del mismo ordenamiento (...) [E]l artículo 30 *ibídem*, modificado por el artículo 109 del Decreto 522 de 1971, dispuso que para preservar el orden público, la policía emplearía solo los medios autorizados por la ley o reglamento y escogería siempre, entre los eficaces, aquellos que causen el menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes, precisando que los mismos no podrían ser utilizados más allá del tiempo indispensable para el mantenimiento del orden o su restablecimiento. Tal disposición precisó en cuanto a la posibilidad del uso de las armas ante una situación de fuga lo siguiente: “[L]as armas de fuego no pueden emplearse contra fugitivo sino cuando este las use para facilitar o proteger la fuga” La normatividad internacional aplicable en tiempos de paz ha definido las condiciones o eventos en los que se considera legítimo el uso de la fuerza por parte de las fuerzas armadas de un Estado, estableciendo que el uso de la fuerza en general, y de las armas de fuego en particular, debe sujetarse a los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. En cuanto a su observancia, esta Sala precisó en sentencia de 29 de marzo de 2014 que pese a carecer de efecto vinculante en el ámbito nacional, estos instrumentos pueden adoptarse como criterios orientadores en torno al tema, dada su vocación axiológica o normativa (...) [S]e entiende legítimo el uso de la fuerza de acuerdo a los instrumentos internacionales citados, último recurso al que deben acudir los agentes del Estado para el cumplimiento de sus deberes legales y constitucionales, de donde primordialmente, habrán de acudir a aquellos medios coercitivos que representen un menor daño para la integridad de las personas, comoquiera que es su deber fundamental la protección del derecho a la vida. De lo expuesto se infiere que la Policía Nacional puede, con el fin de hacer cumplir la ley y mantener el orden, emplear la fuerza armada aun cuando con ello se produzcan muertes o lesiones personales. Sin embargo, en ningún caso, la fuerza empleada puede ser excesiva, lo que implica que debe ser necesaria y proporcional al objetivo que se pretende alcanzar. En línea con lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado que, aunque es legítimo el uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad del Estado para preservar el orden y combatir la delincuencia, se compromete la responsabilidad de la administración cuando los agentes estatales causan la muerte o heridas a una persona i) que ya ha depuesto las armas, ii) se encuentra en estado de indefensión o iii) no representa una amenaza real para su vida o su integridad personal²⁰. (Negrillas y subrayas de Sala).

Luego de acuerdo con lo reseñado, el Tribunal deberá decantar en el caso concreto las específicas circunstancias advertidas en el *sub lite* a fin de determinar si las lesiones causadas al señor Hernández Bonilla fueron producto del uso excesivo de la fuerza pública, y de ser así, se entrará a establecer si el mismo fue legítimo o no, y si el daño es o no imputable al actuar de la administración.

- Ahora bien, en este asunto, se probó que efectivamente existió un procedimiento de intervención de la fuerza pública en el marco de paro nacional de cafeteros, más exactamente en la concentración que tuvo lugar en el sector de Boquerón en la ciudad de Ibagué, para ello se allegó:

²⁰Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C, Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, trece (13) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).Radicación número: 05001-23-31-000-2002-01214-01 (44227).

- Orden de servicios No. 042 – METIB – PLANE -38.16 del 23 de febrero de 2013-, estrategia y prevención *“JORNADA NACIONAL DE PROTESTA CONVOCADA POR EL GREMIO CAFETERO, PARA EL DÍA 250213 EN LA METIB”*; cuya finalidad era *“Establecer las pautas para garantizar la seguridad y tranquilidad pública con motivo a la Jornada Nacional de protesta convocada por el Gremio cafetero Movimiento Dignidad cafetera, para el día 250213. Por el sector de Boquerón vía Panamericana y Municipio de Cajamarca.”*²¹.
- Directiva Operativa transitoria del 26 de febrero de 2016 *“ACOMPANIAMIENTO DE NIVEL CENTRAL DE LA JORNADA NACIONAL DE PROTESTA DE GREMIO CAFETERO”*, con el siguiente objetivo *“intensificar la acción policial a nivel nacional con el fin de garantizar la seguridad y tranquilidad pública, con motivo del desarrollo de la jornada de protesta por parte del gremio cafetero”*, con vigencia del 23 de febrero al 8 de marzo de 2013.²²

Igualmente se demostró que, dentro de la jornada adelantada el 01 de marzo de 2013 existió confrontación entre algunas personas que se encontraban en el sector y miembros del ESMAD, así como de la utilización de elementos de letalidad reducida, esto, de acuerdo a los siguientes elementos de prueba:

- Libro de anotaciones de la Policía Nacional Metropolitana de Ibagué – Cuadrante Boquerón y Estación Sur, en el cual se consignó: *“01-03-13, ... en el momento son traídos por el personal del ESMAD, cuando son traídos a las instalaciones presentan en sus cuerpos diferentes tipos de laceraciones y golpes producto de una riña reciproca originada por el paro de campesino que se encuentra en el parque de los OSO, los antes mencionados salen de las instalaciones sin ninguna novedad (...) a esta hora el señor Pama Titimbo Reinal manifiesta tener herida en la región ambominal (sic) producto de un objeto extraño misma forma manifiesta que es algo de una granada de gas (...); 01-03-13 - 16:20 - A esta hora y fecha se tragieron (sic) al CAI Boquerón por parte del PT Javier García al Joven Dairo Alfonso Rodríguez (...) ya que se encontraba lanzando piedras se retiraron del Cai (sic); (...); 01-03-13 - 16:50 - A esta hora y fecha se deja constancia que traen al cai (sic) Boquerón, cuales llegaron al cai con diferentes traumas en la cara y la cara (sic); se deja como constancia para fines pertinentes; conoció el caso ESMAD; (...); 01-03-13 - 17:00 - A esta hora y fecha se deja constancia que algunos de los ciudadanos que se dejaron en calidad de custodia en el Cai (sic) Boquerón presentan politraumatismo y lesiones y que le informe al Jefe inmediato de que se solicitara ambulancia (...); 01-03-13, 18:00 - A esta hora y fecha se deja constancia que se trae al CAI Boquerón por parte del ESMAD al señor*

²¹ Fls. 158-180, cuad. ppal. N° 1.

²² Fls. 196-199, cuad. ppal. N° 1.

Sentencia de Segunda Instancia

*Sánchez Oscar, ya que presuntamente estaba lanzando piedras, el caballero se retira sin novedad”.*²³

- Libro de minuta de servicios – Escuadrón Antidisturbios No. 11 – Departamento de Policía de Bolívar, del cual se sustrae la siguiente anotación del 01 de marzo de 2013, hora 14:15: *“a la hora y fecha se procedió a mantener el orden en la vía la línea sector BOQUERÓN donde se utilizó los elementos de letalidad reducida”.*²⁴
- Anexo 4 de la orden de servicios No. 042 – METIB – PLANE -38.16 del 23 de febrero de 2013-, listado personal de apoyo grupo ESMAD No. 11 Cartagena, y 5 – Personas de apoyo escuela de suboficiales y nivel ejecutivo Gonzalo Jiménez de Quesada, acta de apertura de libro de minuta de servicios – Escuadrón Antidisturbios No. 11 – Departamento de Policía de Bolívar.²⁵
- Testimonio rendido por el señor YEISON ALONSO GORDILLO PEÑA, en trámite de la audiencia de pruebas adelantada el 12 de septiembre de 2016 por el juez de instancia, quien para la época de los hechos actuó en calidad de comandante del Escuadrón Móvil Antidisturbios que se encontraba prestado apoyo en el lugar de los hechos, y que según su relato se advierte que este manifestó que hubo la necesidad de la utilizaciones de armas de letalidad reducida, esto es, fusil lanza gas, granadas de humo, granadas de aturdimiento, y granadas de gas lacrimógeno.
- Igualmente, se observan las manifestaciones efectuadas por los señores (as) Silvestre Luego Hoyos, Edith Virgelina Bermúdez González, y Luis Alberto Rodríguez, en el trámite de indagación preliminar No. 343 J.192-I.P.M-, Juzgado 192 de I.P.M.; delito-, lesiones personales; denunciante- JAIR HERNÁNDEZ BONILLA, quienes indicaron que se encontraban en el interior del establecimiento de comercio “Don Andolfo”, cuando uniformados del ESMAD ingresaron al lugar lanzando gases lacrimógenos y detonando proyectiles, hechos donde según estos el señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA resultó lesionado en su brazo derecho, y que este a su vez no contaba con elemento alguno con el que pudiese responder ante la agresión de los uniformados de la fuerza pública; no obstante, los mismo no fueron contundentes para establecer qué tipo de arma fue con la que se causó la lesión, y quién estaba bajo su dominio.
- Historia clínica, epicrisis y dictamen emitido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses dentro del cual se estableció *“PRESENTA: (...) Se observa herida lineal saturada de 11 cm en la zona posteroradial distal derecha. Cicatriz irregular con costra residual de 4x3.5cm en la cara posterior del tercio medio del antebrazo derecho. Extremos de alambre emergiendo por la zona posteracubital distal del antebrazo derecho. Limitación para la flexoextensión de muñeca derecha y para la flexoextensión de los dedos de la mano derecha. Limitación ostensible para el movimiento de pinza en mano derecha, edema ostensible de la mano derecha. MECANISMO CAUSAL: contundente. Incapacidad médico legal.”*

²³ Fls. 94 -110 del expediente cuaderno I.

²⁴ fls. 187-191, cuad. ppal. N° 1.

²⁵ fls. 158-180, cuad. ppal. N° 1.

Sentencia de Segunda Instancia

Del material probatorio se logró concluir que: i) que para el día 01 de marzo de 2013, se estaba adelantando una jornada de protesta – paro nacional de cafeteros, y que el mismo contó con la presencia de la fuerza pública - ESMAD; ii) que existió confrontación entre los civiles activos de la jornada y miembros del ESMAD, y iii) que JAIR HERNÁNDEZ BONILLA, resultó lesionado en su brazo derecho con objeto contundente (sin identificar), que le generó incapacidad médico legal definitiva con secuelas de deformidad física - funcionalidad de extremidad superior.

En este orden de ideas, para la Sala, el material probatorio que obra en el expediente no es suficiente para concluir, con la fuerza de convicción necesaria, con qué tipo de arma fue la que se impactó al señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA y quién la portaba, es decir, que aunque se demostró la existencia del daño antijurídico y la realización de un operativo de intervención en el que se presentaron disturbios entre los civiles presentes en el sector de Boquerón y el ESMAD, no existe certeza del elemento que ocasionó la lesión del demandante, más aún, cuando en la historia clínica solo se hace referencia a que esta fue ocasionada por “objeto contundente”, el cual no fue identificado.

En efecto, ante la carencia de prueba contundente que impide determinar el tipo de elemento que causó la lesión a la víctima, no es posible advertir la existencia de una conducta falente de la administración y que ésta pudiera constituir la causa del daño por el cual se reclama la indemnización.

Así las cosas, y dado a que el material probatorio resulta insuficiente para acreditar la existencia de una falla en el servicio, como lo indicó el a quo, la Sala estima que la responsabilidad de la administración debe analizarse desde la óptica del daño especial (responsabilidad objetiva), título de imputación jurídica que debe ser aplicado a este caso.

El Consejo de Estado frente a la teoría del daño especial como título de imputación jurídica ha sostenido que corresponde a un criterio en donde el desequilibrio de las cargas públicas, la equidad y la solidaridad son su fundamento, así:

“la teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto”²⁶

“Así, en cada caso, lo que debe examinarse es si por las condiciones que revista el daño antijurídico este se puede considerar como un acentuado y singular desequilibrio anormal de las cargas públicas que deben ser asumidas por los administrados entendiéndose como normal aquella carga que es ordinaria a la vida en sociedad”²⁷

²⁶ Sección Tercera, sentencia de 5 de diciembre de 2006. Radicado: 28459

²⁷ Al respecto Michell Paillet, sostiene: “Esta condición es la traducción obligada de la idea según la cual solo hay carga pública cuando el que reclama una compensación ha padecido una suerte más desfavorable que implican los inconvenientes normales de la vida en sociedad. Esta, en efecto, procura ciertas ventajas y sus posibles inconvenientes deben ponerse en la balanza: para que esta especie de balance sea desequilibrado es necesario que el perjuicio causado

Sentencia de Segunda Instancia

“Por su singular configuración; en este régimen no se lleva a cabo un juicio de reproche, de carácter normativo, a la actividad desplegada por el Estado, pues, presupuesto ineludible de este régimen de responsabilidad es que la Administración ha obrado con sujeción al ordenamiento jurídico; por tanto, el daño antijurídico se atribuye al Estado, en virtud del principio de solidaridad, aquello que representa la ruptura del equilibrio de las cargas públicas en cumplimiento de una actividad legal y legítimamente amparada”²⁸.

Igualmente, en cuanto al daño especial se ha establecido que²⁹:

“Es la ruptura del equilibrio las cargas públicas, y la solidaridad como trasfondo filosófico que la orienta, el eje de la atribución de responsabilidad en estos casos, pues comprendida dentro del marco del Estado Social de Derecho, -y consagrada normativamente en el artículo 1º constitucional- resulta razonable imponer al Estado, en representación de la sociedad, la obligación de indemnizar a quienes materialmente se han visto afectados con el despliegue de una acción desplegada por grupos armados insurgentes, pues en virtud de dicho fin constitucional “al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, (...) a través de la inversión en el gasto social [o] adoptando medidas en favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”

6.27.- El daño especial, como régimen de responsabilidad ha sido elaborado a partir de la concepción de igualdad de las cargas públicas que pesan sobre los administrados; esto implica considerar i) que las cargas ordinarias o normales que se aplican sobre todos los ciudadanos o sectores específicos de ellos deben ser asumidas como un sacrificio o carga ordinaria frente al Estado, pero ii) los sacrificios particulares a que se vea abocado un ciudadano a consecuencia de una acción lícita del Estado corresponde a una situación anormal que amerita ser compensada; así las cosas, aquí se prescinde por completo de la noción de actividad riesgosa”.

En este sentido, la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre, ha señalado que corolario del principio general de responsabilidad estatal consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder patrimonialmente por las acciones u omisiones contrarias a derecho que le sean atribuibles e incluso por aquellas conductas lícitas en cuanto unas u otras ocasionen daños antijurídicos.³⁰

Cabe mencionar que el Consejo de Estado – Sección Tercera³¹, en providencia del 23 de noviembre de 2016, Consejera Ponente Marta Nubia Velásquez Rico, en un caso similar al aquí estudiado, indicó:

por la Administración Pública sea verdaderamente anormal y que no constituya “una carga que incumbe normalmente al interesado” (sentencia Couiteas, pret.)” PAILLET, Michell. *La Responsabilidad Administrativa*. Universidad Externado, Bogotá, 2001. Pág. 220

²⁸ Consejo de Estado – Sección Tercera, rad. 52001-23-31-000-2001-00960-01 (33976) Actor: Cleofas Tumbajoy Alarcón, 16 de febrero de 2017, C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

²⁹ Consejo De Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, del 16 de febrero del 2017, radicación No. 68001231500019990233001.

³⁰ Consejo de Estado – Sección Tercera, del 23 de noviembre de 2016, rad. 17001-23-31-000-2005-02099-01 (38.309), Reparación directa, actor: Omar Antonio Calderón C.P. Marta Nubia Velásquez Rico

³¹ Consejo de Estado – Sección Tercera, del 23 de noviembre de 2016, rad. 17001-23-31-000-2005-02099-01 (38.309), Reparación directa, actor: Omar Antonio Calderón C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Sentencia de Segunda Instancia

“De igual manera, ha sido reconocida la operatividad de regímenes en los cuales no se precisa del acaecimiento de falta o falla alguna en el funcionamiento del servicio para que resulte posible deducir responsabilidad a la entidad normativamente encargada de prestarlo; se trata de los denominados regímenes de responsabilidad “sin culpa” o “sin falta”, en los cuales la obligación de indemnizar a cargo del Estado puede ser declarada con independencia de que la actividad de éste o la conducta – activa u omisiva- de sus agentes se encuentre plenamente conforme con el ordenamiento jurídico; son los referidos eventos, aquellos en los cuales esta Corporación ha reconocido y estructurado los catalogados como títulos jurídicos objetivos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, entre ellos el basado en el daño especial

(...)

Como consecuencia, acreditado como está que la lesión sufrida por Omar Antonio Calderón Cardona fue causada en momentos en que se presentaba una confrontación entre los miembros del Escuadrón Móvil Antidisturbios –ESMAD- y un grupo de estudiantes que realizaban una protesta en el marco de un paro nacional universitario, en concordancia con el pronunciamiento atrás citado, la Sala encuentra irrelevante determinar la autoría del causante del daño para imputar responsabilidad al Estado, toda vez que su declaratoria en esos precisos eventos solo exige que el daño se produzca en el marco de un enfrentamiento en el que estén involucradas fuerzas estatales, aspecto que al estar suficientemente probado en el proceso, impone a la Sala la necesidad de declarar la existencia de responsabilidad en cabeza de la demandada, por cuanto la obligación indemnizatoria que se deduce proviene del imperativo de protección de la víctima en aplicación de los principios de justicia y equidad, y por cuanto, para la víctima injustamente afectada, el daño irrogado entrañó un claro rompimiento de las cargas públicas que normalmente debían soportar”

Esta tesis fue reiterada en reciente pronunciamiento emitido por el órgano de cierre jurisdiccional del 5 de marzo de 2021, proveído en el que además señaló: *“Precisamente, esta Subsección, al resolver casos similares al que ahora se estudia, ha considerado que, en eventos como el presente, no se requiere individualizar al causante del daño para imputar responsabilidad al Estado, dada la magnitud anormal o especial del daño que da lugar a la reclamación resarcitoria, independientemente de la naturaleza del hecho que lo causó. (...). Por tanto, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 29 de agosto de 2019, que declaró la existencia de responsabilidad en cabeza de la demandada, por cuanto la obligación indemnizatoria que se deduce proviene del imperativo de protección de la víctima en aplicación de los principios de justicia y equidad⁴⁹ y, porque, para la víctima injustamente afectada, el daño irrogado entrañó un claro rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas que normalmente debía soportar.”³²*

³² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 190012333000201700068 01 (65350), Actor: YHON EDUAR MOSTACILLA BALDOMERO Y OTROS, Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, Referencia: REPARACIÓN DIRECTA (Ley 1437 de 2011) Temas: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS POR MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA – RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DURANTE PROCEDIMIENTO ANTIDISTURBIOS – RÉGIMEN OBJETIVO – No se probó la falla del servicio; sin embargo, se acreditó la lesión del civil en medio de un enfrentamiento en el que participó el Esmad, (...) PRUEBA INDICIARIA - Se trata de un medio de prueba permitido que demanda la demostración del hecho indicador, para así tener como probado el inferido.

En conclusión, al encontrarse acreditada la lesión sufrida por JAIR HERNÁNDEZ BONILLA, la cual se originó en el desarrollo de un procedimiento de intervención de la fuerza pública – ESMAD en el marco del paro nacional de cafeteros que tuvo lugar en el sector de Boquerón de Ibagué, y dentro del cual se presentó confrontación entre un grupo de personas y el Escuadrón Móvil Antidisturbios con utilización de elementos de letalidad reducida, es procedente declarar la responsabilidad de la entidad demandada, teniendo en cuenta que en los hechos estuvo involucrada una entidad del Estado, lo cual hace que la autoría del causante del daño resulte irrelevante y por el contrario adquiere preponderancia la aplicación de los principios de justicia y equidad, conforme al criterio del daño especial como título de imputación jurídica aplicable en este asunto y no por falla en el servicio como lo sostuvo el Juez de instancia.

En consecuencia, y al no haber prosperado los cargos planteados por la entidad accionada en contra de la providencia de primer grado, esta Corporación confirmará la decisión adoptada por el *a quo*, conforme a la cual declaró extracontractualmente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional, pero por las razones expuestas en esta providencia; y bajo tal premisa, se abordará el estudio de la indemnización de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, objeto del recurso de alzada promovido por el extremo actor.

6.2.4. Indemnización de perjuicios

Expone el apoderado judicial de extremo demandante su inconformidad con las sumas reconocidas en primera instancia a título de indemnización por perjuicios materiales – lucro cesante, pues, considera que con la documental incorporada al proceso se encuentra debidamente acreditado el promedio de los ingresos percibidos por el señor Hernández Bonilla.

6.2.4.1. Perjuicios morales

Ahora bien, partiendo de las particularidades propias del *sub lite*, se ha de precisar que la indemnización y/o condena por concepto de perjuicios morales no fue objeto de reparos por la apoderada judicial de la entidad accionada y la parte actora, por consiguiente, esta Sala de decisión se abstiene de realizar estudio y pronunciamiento alguno frente a ello, y mantendrá incólume la decisión adoptada por la Operadora jurídico primaria.

6.2.4.2. Perjuicios materiales

Con respecto a los perjuicios materiales, se ha de establecer que si bien dentro de los mismo es procedente tener en cuenta el daño emergente y lucro cesante, la discrepancia del vocero del extremo actor se centró en el reconocimiento de estos últimos, por lo que este Tribunal procederá de conformidad, así:

Preliminarmente, se ha de indicar que los perjuicios materiales por lucro cesante, ha de considerarse lo dejado de percibir por el afectado a causa de la pérdida de la capacidad laboral de que fue objeto.

El *a quo* reconoció a favor del señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA- víctima directa, indemnización por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante en abstracto, teniendo en cuenta para ello, la presunción según la cual el demandante devenga un salario mínimo legal mensual vigente y la incapacidad medico laboral y los criterios de un dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la junta regional de invalidez.

Pues bien, en primerio término se tiene que conforme a los criterios jurisprudenciales señalados por Honorable Consejo de Estado en relación con el lucro cesante para quienes pierdan total o parcialmente su capacidad laboral, este deberá ser reconocido por todo el término de su vida probable; tal razonamiento deriva de considerar a la víctima a partir de su dignidad e integridad humanas, que no pueden verse quebrantadas a raíz del daño y que deben permanecer indemnes a pesar de él, para que pueda quedar en una posición frente a la vida y a las posibilidades que ella le ofrezca, como si el daño no hubiera ocurrido o lo más cercano a una situación tal³³.

Sobre el particular, se tiene que el representante judicial del actor arguye en la alzada interpuesta que, con la documental incorporada al proceso se encuentra debidamente acreditado el promedio de los ingresos percibidos por el señor Jair Hernández Bonilla, por lo que no es procedente aplicar la presunción del salario mínimo legal mensual vigente.

En este sentido, este Tribunal procederá a establecer que en respaldo de tal argumento el interesado arrió:

- Oficio No. TDE14C01867 del 31 de octubre de 2014, expido por el Comité Departamental de Cafeteros del Tolima, por medio del cual se indica que el señor HERNÁNDEZ BONILLA, hace parte activa como caficultor con cédula cafetera activa (fls. 146-149 cuad. ppal. N° 1).
- Constancia suscrita por el señor José David Rodríguez, conforme a la cual señala que el señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA realizó venta de café por valor de \$25.000.000 y \$30.000.000 en los años 2012 y 2013, respectivamente. (fol. 27 cuad. ppal. N° 1).
- Certificación suscrita por el contador Hugo Ramírez Palacios, y mediante la cual señala que el señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA, que generó ingresos promedio mensual para el año 2012 y 2013 de \$2.083.000 y \$2.500.000, respectivamente. (fol. 28 cuad. ppal. N° 1).

Así las cosas, se observa como en efecto lo consideró en *a quo* que, si bien la parte actora acreditó una actividad económica independiente del señor JAIR HERNÁNDEZ BONILLA, las pruebas aportadas al cartulario no son suficientes para establecer con suficiente claridad y certeza los ingresos reales que este percibía; máxime y cuando pese a que arrió certificación suscrita por un contador, no se

³³ Sentencias en ese sentido: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencias de: agosto 17 de 2000, Exp. 12123, C.P. Alier Hernández; noviembre 22 de 2001, Exp. 13121, C.P. Ricardo Hoyos; marzo 8 de 2007, Exp. 15739, C.P. Ramiro Saavedra y; agosto 16 de 2007, Exp. 30114, C.P. Ramiro Saavedra.

Sentencia de Segunda Instancia

observa que con la misma se hubiere anexado copia de libros o balances contables que este adelantaba, y/o certificación de movimientos bancarios, o siquiera facturas de compra y venta.

Al respecto, se ha de establecer que el Honorable Consejo de Estado ha avalado que las pruebas para acreditar los ingresos de una actividad económica independiente, deben estar soportadas en libros contables, contratos, facturas y/o sus equivalentes así: *“... en lo que atañe al lucro cesante, el demandante afirma que las autoridades demandadas no valoraron sus declaraciones de renta de los años 2007 a 2014, sin embargo, este argumento carece de asidero jurídico, pues, precisamente, con base en esos documentos dedujeron que ejercía una actividad económica independiente, por ende, las pruebas idóneas «[...] para establecer el valor de los ingresos que dejó de percibir [...], [son] los libros contables, los respectivos contratos por la labor desarrollada, las facturas de compraventa y/o sus equivalentes [...]», los cuales no aportó, por lo que era dable calcular el valor del aludido perjuicio conforme al «[...] salario mínimo legal mensual vigente [...] por el tiempo que [...] permaneció privado de la libertad [...]».”³⁴*

Entonces, y como quiera que los medios probatorios hacen referencia a unos valores generales por venta de café y producción, sin especificar, ni establecer las variables o factores para llegar al valor de dicha venta, los costos de producción y ganancia, ni mucho menos se allegó copias de facturas o libros de balance o movimientos contables, esta instancia judicial acoge el criterio del salario mínimo legal mensual vigente al momento de la liquidación, en aplicación de la tesis reiterada del Consejo de Estado, por favorabilidad, según la cual, no será necesario indexarlo para efectos de realizar la respectiva cancelación, esto, de acuerdo con los parámetros dispuestos en la sentencia de instancia.

Finalmente se precisar que, no hay lugar al incrementado en el 25% pretendido, por haberse acreditado un actividad lícita independiente.

En este orden de ideas, es menester para la Sala mencionar la sentencia del 28 de enero del año 2015, por medio de la cual el H. Consejo de Estado dijo:

“(...)”³⁵

El actor en el escrito de la demanda solicitó pagar a favor de Walther David Jiménez Jiménez, los perjuicios materiales que se le irrogaron con motivo de las lesiones padecidas. Si bien no se encuentra acreditado el salario que devengaba el señor Walther David Jiménez Jiménez, en aplicación del principio de equidad y atendiendo a las reglas de la experiencia, se presume que toda persona laboralmente activa no puede devengar menos del salario mínimo. (Resaltos de la Sala).

En conclusión, es claro que el único cargo formulado en el recurso de apelación por la parte demandante no tiene vocación de prosperidad, por lo que la sentencia recurrida será confirmada en tal aspecto.

³⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, Bogotá, D. C., veintidós (22) de octubre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 11001-03-15-000-2020-04064-00(AC).

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de enero del 2015, expediente 32.912. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

6.2.5. De las medidas de reparación integral no pecuniarias

Preliminarmente, es del caso establecer que no es la primera vez que, el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional es convocada ante esta jurisdicción a efectos de que se declare la responsabilidad extracontractual de Estado, por conductas que se tornan ilegítimas y desproporcionadas del Escuadrón Móvil Antidisturbios Nacional – ESMAD frente a quienes ejercen su derecho fundamental a reunirse para protestar.

En lo relativo al derecho a la protesta se advierte que, el artículo 37 de la norma superior, señala que los ciudadanos podrán reunirse para manifestarse pública y pacíficamente, y sólo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar su ejercicio, que ha sido reconocido por la Corte Constitucional como una de las varias manifestaciones que tiene el derecho a la libre expresión consagrada en el artículo 20 *ibidem*³⁶. Adicionalmente, dicha alto Tribunal señaló al respecto lo siguiente:

“(...) La Constitución Política garantiza el derecho a reunirse y manifestarse públicamente tanto en una dimensión estática (reunión) como dinámica (movilización), de forma individual como colectiva, y sin discriminación alguna, pues así se deriva de la expresión “toda parte del pueblo”. Todo ello, sin otra condición distinta, a que sea pacífico, o sea, sin violencia, armas ni alteraciones graves del orden público. Esto significa que sólo la protesta pacífica goza de protección constitucional. Así, aun reconociendo la tensión que surge entre el ejercicio del derecho de reunión y manifestación pública y pacífica y el mantenimiento del orden público, no puede el legislador desbordar los principios de razonabilidad y proporcionalidad al hacer uso del margen de configuración o establecer restricciones cuya vaguedad conduzca a impedir tal derecho (...)”³⁷

Adicionalmente, la Sala observa que el Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en New York, el 16 de diciembre de 1962, y Pacto de San José de Costa Rica, firmado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, ratificados por Colombia mediante la Ley 74 de 1968 y Ley 16 de 1972, respectivamente; en sus artículos 21 y 15 reconoce el derecho a la reunión pacífica y sin armas, y que su ejercicio solo esta sujetos restricciones previstas por la ley, sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás.

Por su parte, el artículo 218 constitucional preceptúa que la Policía Nacional tiene como objetivo principal el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia vivan en Paz, y la ley determinará su régimen de carrera, prestacional

³⁶ Corte Constitucional, sentencia T-366 de 2013 de 27 de junio de 2013, exp. T-3779365 .

³⁷ *Ibidem*.

Sentencia de Segunda Instancia

y disciplinario. Por tal motivo, cuando tales autoridades infrinjan esa obligación, serán responsables por omisión o extralimitación de sus funciones³⁸.

En hilo de lo anterior, se tiene que el Gobierno Nacional en 1999 creó el Escuadrón Móvil Antidisturbios ESMAD mediante la Directiva Ministerial No. 0205 del 24 de febrero de 1999, que posteriormente fue formalizado conforme a la Resolución No. 01363 del 14 de abril de 1999, como un ente permanente especializado bajo la dependencia de la Dirección de Seguridad Ciudadana de la Policía Nacional, cuyo marco normativo ha estado integrado por los tratados internacionales, la Constitución Política y la Ley.

Que mediante el Decreto de 23 noviembre de 2006, artículo 2º, numeral 8º, el Ministerio de Defensa Nacional facultó al director de la Policía Nacional para lo siguiente: “(...) Expedir dentro del marco legal de su competencia, las resoluciones, manuales, reglamentos y demás actos administrativos necesarios para administrar la Policía Nacional en todo el territorio nacional, pudiendo delegar de conformidad con las normas legales vigentes (...)”.

En cumplimiento de lo anterior, el Director de la Policía Nacional expidió las Resoluciones Nos. 02903 de 23 de junio de 2017, con la que se reglamentó el uso de la fuerza y el empleo de armas, municiones, elementos y dispositivos menos letales para el personal de la policía, y No. 03002 del 29 de junio de 2017 por medio de la cual se expidió el manual para el servicio en manifestaciones y control de disturbios para la referida institución castrense; cuya motivación de la primera en mención estuvo basada en normatividad internacional y local relativa al respeto de los derechos humanos, y se enfatizó en el deber de los uniformados de hacer un uso moderado y proporcionado de la fuerza y, en caso de ser necesario, escoger los medios eficaces que causen menor daño a las personas³⁹.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de tutela del 16 de septiembre del año 2020, efectuó un análisis de la reglamentación contenida en la Resolución No. 03002 del 29 de junio de 2017, e indicó que:

“En la precitada disposición, se describen actividades de planeación previas a las protestas recabando en análisis de “inteligencia”, recopilando información del “comportamiento histórico social de cada jurisdicción” y convocar a reuniones de coordinación con los “diversos actores” para determinar el número de participantes en las actividades, rutas y puntos de concentración, entre otras medidas⁴⁰.

Durante la “ejecución” de las protestas y, ante eventuales situaciones de conflicto o amenaza, en coordinación con los gestores de convivencia y el Ministerio Público, se señaló el deber de agotar el diálogo, mediación y gestión para minimizar el riesgo de confrontación.

Asimismo, se estableció que, en caso de graves alteraciones al orden público, el comandante de cada unidad o jefe del servicio, podrá ordenar la disolución de la reunión, velando en todo caso, por el respeto a las libertades ciudadanos y

³⁸ C.P. ARTICULO 60. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

³⁹ Sala de Casación Civil de la honorable Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Tutela de segunda instancia STC7641-2020 del 16 de septiembre de 2020, Radicado 11001-22-03-000-2019-02527-02.

⁴⁰ Resolución N°03002 del 29 de junio de 2017, artículo 10.

Sentencia de Segunda Instancia

garantizando la labor de los reporteros y de cualquiera que desee registrar el procedimiento policial.

En el artículo 18 de la resolución en comento, se indicó como presupuestos de “no estigmatización” del manifestante, la presunción de licitud y la intención pacífica en las manifestaciones públicas.

La intervención del ESMAD, según el señalado instrumento reglamentario, es la “última ratio” para reestablecer las condiciones de convivencia, pues para tal efecto, se exige el agotamiento del diálogo⁴¹, u otras alternativas distintas a la fuerza.”

Asimismo, y con relación a la actividad policial dicho alto Tribunal consideró que:

“... se halla sometida al “poder” y a la “función” ya explicadas, la cual es sólo de naturaleza ejecutora o material, pues no tiene cualidades normativas, administrativas ni decisorias para establecer esas vías, limitantes a las libertades.

Tal condición, es ejercida por los entes policiales propiamente dichos, gestionando directa y materialmente la preservación del orden público sin ostentar de facultades represivas, pues, ante todo, se deben promover, garantizar y proteger los derechos fundamentales, entre ellos, el de reunión, expresión, locomoción, protesta pacífica y, especialmente, la dignidad humana como principio fundante del Estado Social de Derecho.

Sobre las características, restricciones y prohibiciones concretas de las entidades que se ocupan de realizar “actividad de policía”, la jurisprudencia ha reiterado:

*“(...) [De] acuerdo con el artículo 218 de la Constitución [la] ejecutan (...) materialmente los miembros de la Policía Nacional -oficiales, suboficiales y agentes de policía-, a quienes compete mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, a través de medios legítimos para prevenir y conjurar las alteraciones del orden público subordinándose al poder y a la función de policía. **En general, la Policía Nacional, como autoridad administrativa, cumple funciones de naturaleza preventiva, y no represiva.** En otras palabras son quienes ejecutan el poder y la función de policía, sin tomar decisiones ya que obedecen a la voluntad de las autoridades de policía por lo cual, no se trata de una actividad reglamentaria ni reguladora de la libertad (...)”.*

*“(...) [L]a Policía Nacional puede aplicar medidas de tipo preventivo o de índole correctiva, siempre sujetas al principio de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, cuando se requiera ante cualquier amenaza o vulneración de los derechos y bienes de los ciudadanos. Con respecto a este punto, **resulta relevante aclarar que las medidas preventivas buscan garantizar un derecho actual o futuro y no reprimir o sancionar determinada conducta, ya que lo anterior solo puede ser determinado en un juicio previo que establezca las responsabilidades.** Las medidas preventivas que adopta la Policía se justifican en la prevalencia del interés general y de la protección de los derechos de los ciudadanos como fin esencial del Estado, y en el principio de acuerdo con el cual, los derechos no son absolutos, por lo cual se admite que las personas pueden gozar libremente de sus derechos siempre que no afecten a los de los demás y obren conforme con la solidaridad. Cabe igualmente destacar, como lo ha dicho la jurisprudencia constitucional en esta materia, que “la preservación del orden público lograda mediante la supresión de las libertades públicas no es entonces incompatible con el ideal democrático, puesto que el sentido que subyace a las autoridades de policía **no es el de mantener el orden a toda costa sino el de determinar cómo permitir el más amplio ejercicio de las***

⁴¹ Artículo 24 *ibidem*.

Sentencia de Segunda Instancia

libertades ciudadanas sin que ello afecte el orden público (...)”.

“(…) Desde sus primeras sentencias la Corte ha señalado que los límites de la actividad de policía consisten en: (1) respetar el principio de legalidad; (2) asegurar el orden público sin interferir con el ámbito privado de los ciudadanos; (3) tomar las medidas necesarias y eficaces para cumplir con su tarea y utilizar la fuerza únicamente cuando sea indispensable, de acuerdo con el artículo 3º del “Código de conducta para funcionarios encargados de aplicar la ley”, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 169/34 del 17 de diciembre de 1979; (4) adoptar medidas proporcionales y razonables en relación con las circunstancias y el fin perseguido; (5) el poder de policía es inversamente proporcional con el valor constitucional de las libertades afectadas; (6) debe ejercerse para preservar el orden público en beneficio de las libertades y derechos ciudadanos y no puede traducirse en una limitación absoluta de los mismos; (7) no puede llevar a discriminaciones injustificadas de ciertos sectores de la sociedad; (8) la policía debe obrar contra el perturbador del orden público, pero no contra quien ejercite legalmente sus derechos.

“(…) [E]l régimen de policía permite prevenir los actos que constituyen amenazas contra los derechos de terceros pero no juzga, no establece culpabilidades ni impone sanciones. Acorde con lo anterior, la naturaleza de las medidas no es represiva, por cuanto su objetivo no es reparar sino prevenir el conflicto. Asimismo, es posible concluir que en nuestro ordenamiento se prohíben medidas de policías “vagas, imprecisas e imprescriptibles” por desconocer el principio de estricta legalidad y la primacía de los derechos de las personas (...)”⁴² (negritas y subrayas ajenas al original (...))”.

Luego de abordar el análisis de ciertas conductas asumidas por el ESMAD, consideró que dicho escuadrón había incurrido en violación reiterada de los derechos a la protesta, participación ciudadana, vida, integridad personal, debido proceso, libertad de expresión, reunión y circulación, por el uso inadecuado y desproporcionado de la fuerza; y ante la falta de respuesta idónea por parte del Estado, a través de los entes de la Rama Ejecutiva a la problemática expuesta, y la ausencia de Ley Estatutaria que defina los alcances y limitaciones a la fuerza pública por medio del ESMAD, la Corte a la luz del entramado constitucional y del ordenamiento supranacional, ordenó que se adelantara unas mesas de trabajo a fin de que se expidiera un protocolo de acciones preventivas concomitantes y posteriores que se denominará: **“ESTATUTO DE REACCIÓN, USO Y VERIFICACIÓN DE LA 147 FUERZA LEGÍTIMA DEL ESTADO, Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PROTESTA PACÍFICA CIUDADANA”**, entre otras disposiciones.

Fue así que el Gobierno Nacional, el 05 de enero de 2021, luego de agotar las gestiones correspondientes, expidió el Decreto 003 **“Por el cual se expide el Protocolo de acciones preventivas, concomitantes y posteriores, denominado “Estatuto de reacción, uso y verificación de la fuerza legítima del estado y protección del derecho a la protesta pacífica ciudadana”**”; regulación dentro de la cual se instituyó que la Policía Nacional continuará con la formación, capacitación, actualización y entrenamiento en Derechos Humanos, principios básicos sobre el uso de la fuerza, Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, empleo de armas Y dispositivos menos letales de todo el personal de la Institución, y demás temáticas que resulten afines y transversales a la

⁴² Corte Constitucional, sentencia C-453-13 de 10 de julio de 2013, exp. D-9434, citada en el fallo C-204-19 de 15 de mayo de 2019, exp. D-11973.

Sentencia de Segunda Instancia

manifestación pública y pacífica, de tal manera que conduzcan al policía a un actuar profesional soportado en la legislación nacional e internacional⁴³.

Con todo y como quiera que dentro del caso objeto de análisis por parte de este Tribunal se advirtió que el Escuadrón Móvil Antidisturbios ESMAD que intervino en el marco del paro nacional de cafeteros hizo un uso excesivo de la fuerza, dados las anotaciones efectuadas en los libros de minutas que fueron destacados en el acápite precedente y demás medios de pruebas analizados, se considera que se hace necesario imponer las siguientes medidas de protección tendientes a que se mejore la prestación del servicio estatal en estudio, así:

- a) Que el Ministerio de Defensa - Policía Nacional publique dentro de su página web oficial la presente providencia, y mantenga el acceso al público durante el periodo mínimo de 10 meses, término que empezara a contarse una vez se haga la respectiva publicación.
- b) Que, dentro de los cuatro meses siguiente a la ejecutoria de la presente providencia, a todo el personal adscrito al Escuadrón Móvil Antidisturbios ESMAD, se les deberá adelantar cursos de capacitación sobre disposiciones convencionales, constitucionales y legales, con enfoque por el respecto de los derechos humanos de las personas que ejercen el derecho de reunión, manifestación pública y protesta, esto, con el objeto de prevenir la comisión de hechos como los que dieron origen a la presente acción

Por lo anterior, la entidad accionada deberá emitir comunicación con destino a este Tribunal, conforme al cual señale las fechas en que se adelantará el respectivo curso de capacitación.

Así las cosas, esta Sala adicionará la sentencia apelada con el fin de impartir medida de reparación integral no pecuniarias, conforme a lo considerado en el presente acápite.

7. Condena en costas:

En primer lugar, vale precisar que las costas procesales constituyen una carga económica que comprende, por una parte, las expensas, es decir, todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados (honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc.) y, de otro lado, las agencias en derecho, correspondientes a los gastos efectuados por concepto de apoderamiento. Aunque las agencias en derecho representan una contraprestación por los gastos en que la parte incurrió para ejercer la defensa judicial de sus intereses, es al juez a quien corresponde fijarlos de acuerdo a las tablas que para el efecto expide el Consejo Superior de la Judicatura.

El artículo 188 del C.P.A.C.A. señala:

⁴³ Artículo 6. Formación y capacitación de la Policía Nacional – Decreto 003 del 05 de enero de 2021.

Sentencia de Segunda Instancia

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

La lectura del texto normativo permite establecer que el legislador eliminó la condición subjetiva de malicia o temeridad que debía observar el juez administrativo en la parte vencida para imponer la condena en costas con el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), ubicándose ahora en el plano puramente objetivo, en donde se deberá condenar en costas al vencido en el proceso, independientemente de las causas del vencimiento, es decir, sin entrar a examinar la conducta de la parte que promovió o se opuso a la demanda, incidente etc.; criterio adoptado por la Sección Segunda, Subsección A, del Honorable Consejo de Estado en sentencia del 7 de abril de 2016, M.P. William Hernández Gómez, entre otras, el cual, a su vez tiene fundamento en la sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, ratificó el criterio objetivo valorativo del artículo 365 del C.G.P.

A *Contrario sensu*, no se acoge la interpretación establecida por las otras Secciones del Consejo de Estado, toda vez que estas hacen referencia a una valoración o ponderación subjetiva de la conducta desplegada por el sujeto procesal que resulte vencido en el proceso, verbigracia, la temeridad y mala fe, aspectos que no condicionan la imposición de condena en costas reglada el artículo 365 del Código General del Proceso y 188 del C.P.A.C.A.; si no que correspondían a conductas que debían ser apreciadas en vigencia del derogado Decreto 01 de 1984 como presupuesto para emitir la condena en costas.

Ahora bien, y como quiera que en el *sub lite* se ha resuelto desfavorablemente la alzada interpuesta por la parte accionante y accionada (Art. 365-1 C.G.P.), se impone confirmar la sentencia objeto de la apelación (Art. 365-3⁴⁴ *ibidem*) y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público (Art. 188 C.P.A.C.A), esta Sala de decisión de abstiene de efectuar condena en costas.

8. Síntesis

Planteado el escenario procesal de la forma vista, esta Corporación confirmará y adicionará el fallo recurrido proferida el 05 de diciembre de 2018 por el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en el sentido de impartir ordenes de reparación integral no pecuniarias, esto, de conformidad con los razonamientos insertos en parte precedente, y por lo tanto, se profiere la siguiente,

DECISIÓN:

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

⁴⁴ **“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)*
3. *Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias. (...)*”

Sentencia de Segunda Instancia

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMARSE la sentencia apelada proferida el 05 de diciembre de 2018, por el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, por medio de la cual se accedió a las súplicas de la demanda, conforme a los razonamientos expuestos en parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIÓNASE el fallo recurrido, y en tal sentido se condena al Ministerio de Defensa – Policía Nacional como medida de reparación integral a que:

- a) Publique dentro de la página web oficial de la institución policial la presente providencia, y mantenga el acceso al público durante un periodo mínimo de 10 meses, término que se empezará a contar una vez se haga la respectiva publicación.
- b) Que, dentro de los cuatro meses siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, a todo el personal adscrito al Escuadrón Móvil Antidisturbios ESMAD, se le deberá adelantar cursos de capacitación sobre disposiciones convencionales, constitucionales y legales, con enfoque por el respeto de los derechos humanos de las personas que ejercen el derecho de reunión, manifestación pública y protesta, esto, con el objeto de prevenir la comisión de hechos como los que dieron origen a la presente acción. La Policía Nacional deberá emitir comunicación con destino a este Tribunal, conforme al cual señale las fechas en que se adelantarán los respectivos cursos de capacitación.

TERCERO: Sin condena en costas, en esta instancia judicial.

CUARTO: Una vez en firme ésta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen para lo de su competencia.

Conforme a las directrices de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante los cuales se han tomado medidas por motivos de salubridad pública, la presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala a través de medios electrónicos y se notificará a los interesados por el mismo medio.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado


JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado

388

Sentencia de Segunda Instancia

Firmado Por:

CARLOS ARTURO ARTURO MENDIETA RODRIGUEZ RODRIGUEZ
MAGISTRADO
MAGISTRADO DEL TRIBUNAL 4 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE IBAGUE-TOLIMA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a3510af200533d1c52dc1c4693400ecb6f5f7b7d243bafeb150f9f74e3efad16**
Documento generado en 15/07/2021 02:40:24 PM

isamar.fruto