



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

5.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS CON ARMAS DE DOTACIÓN OFICIAL Y POR DAÑOS SUFRIDOS POR MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA

**Fortalecimiento de la estrategia de defensa
jurídica a partir de criterios jurisprudenciales**

Diciembre de 2013

Documentos Especializados
*de la Agencia Nacional
de Defensa Jurídica del Estado*

Ministerio de Justicia y del Derecho

www.minjusticia.gov.co

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

www.defensajuridica.gov.co

Dirección General

Adriana María Guillén Arango

Dirección de Defensa Jurídica

Yolanda Gómez Restrepo

Dirección de Políticas y Estrategias para la Defensa Jurídica

Diana Fajardo Rivera

Dirección de Gestión de la Información

Mariana Martínez Cuéllar

Secretaría General

Isabel Abello Albino

Equipo Técnico

Investigadora principal: Luisa Alexandra Torres

Diagramación e Impresión

Imprenta Nacional de Colombia

1ª Edición

© Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Carrera 7 n.º 75-66, Bogotá, D. C.

Teléfono: 255 8955

ISSN: 2339-417X

CONTENIDO

PRÓLOGO	5
Responsabilidad extracontractual del Estado por daños causados con armas de dotación oficial y por daños sufridos por miembros de la Fuerza Pública.....	7
Fortalecimiento de la estrategia de defensa jurídica a partir de criterios jurisprudenciales.	9
1. Responsabilidad del Estado por daños causados con armas de dotación oficial.	11
1.1. Regímenes y fundamentos de responsabilidad aplicables.....	11
1.2. El nexó con el servicio como requisito de imputación del daño.....	16
1.3. Daños imputables a la 'Falta o Culpa Personal del Agente'	18
1.4. La actuación en Legítima Defensa	21
2. Responsabilidad del Estado por daños sufridos por miembros de la fuerza pública.	31
2.1. Daños sufridos por quienes integran la fuerza pública en calidad de conscriptos para la prestación del servicio militar obligatorio.....	32
2.2. Responsabilidad por daños padecidos por miembros voluntarios de la fuerza pública.....	35
2.3. Incidencia de la indemnización <i>a forfait</i> en la obligación resarcitoria a cargo del Estado.....	42
3. Aspectos comunes de especial relevancia para la formulación de la estrategia de defensa.....	43
3.1. Daños imputables al hecho de un tercero	43
3.2. Ineficacia de la defensa mediante el llamamiento en garantía.....	47
3.3. Indemnización de perjuicios morales por lesiones	47
3.4. Eficacia probatoria de la prueba trasladada.....	48
4. Conclusiones	51

PRÓLOGO

La optimización del ejercicio del derecho de contradicción por parte de las Entidades del orden nacional, en el marco de la misión institucional de una gestión efectiva, integral y permanente, que respete los derechos y principios constitucionales, propendiendo por la preservación de los recursos públicos de todos los colombianos, requiere de información adecuada y oportuna que permita una defensa clara y precisa de los intereses litigiosos de la Nación.

Con tal propósito, se presenta este documento que hace un esfuerzo pragmático en exhibir las herramientas, que con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, se pueden emplear para materializar la defensa de intereses litigiosos de la Nación en cada caso concreto, relacionado con daños asociados al uso de armas oficiales y a los daños padecidos por los integrantes de la Fuerza Pública.

En este sentido, el conocimiento de la forma como el Consejo de Estado ha estructurado las diferencias de tratamiento de los casos según el contexto de los hechos, puede resultar relevante para preparar la estrategia de defensa en los casos a que cotidianamente se ve abocada la Nación, como resultado de la misión constitucional y de los mandatos legales que llevan a las Fuerzas Armadas de la República a estar involucradas en actos frecuentes de uso de las Armas y, a su vez, sufrir las consecuencias de la confrontación armada, sin dejar de lado la atención cotidiana del orden público interno y de la seguridad ciudadana.

Por tal razón, este documento se estructuró con un método que permite a partir de los principales supuestos trabajados por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, resaltar los rasgos fácticos más relevantes de los casos sometidos a su decisión, enunciando la solución judicial dada a los mismos, en relación con tres grandes temas: a) el primero, referente a los casos de responsabilidad estatal por uso de arma oficial; b) el segundo, relacionado con daños padecidos por integrantes de la Fuerza Pública, vinculados obligatoriamente al servicio; c) el tercero, atinente a la responsabilidad por los daños causados a los integrantes voluntarios de la Fuerza Pública. En cada supuesto, se cita en detalle el patrón fáctico relevante y cómo ha sido resuelto por el Consejo de Estado, especificando los detalles sobresalientes que permiten exonerar o mitigar la responsabilidad patrimonial de las Entidades estatales.

Se trata entonces de mostrar qué herramientas de defensa, procesales o sustantivas, son útiles, dadas las particularidades de cada caso sometido a decisión de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esperando así contribuir al fortalecimiento de la

trascendental tarea institucional de defender con perseverancia y rigor los intereses de la Nación, para lo cual resulta fundamental sin duda el decidido concurso de las Entidades que directamente atienden tan importante labor.

En consecuencia, la Agencia convoca a todas las personas que por cualquier razón tengan relación con la administración y uso de armas de fuego oficial a adoptar buenas prácticas que conlleven a disminuir al máximo los efectos dañinos que su manipulación pueda causar, bien sea por falta de prudencia, experticia, diligencia o desconocimiento de reglamentos, bajo la convicción de visualizar que la mejor defensa judicial es la prevención pero que una vez acaecidos los hechos por los que se demande judicialmente de la Nación responsabilidad patrimonial, la defensa debe estructurarse haciendo uso oportuno y técnico de las herramientas que la misma jurisprudencia del Consejo de Estado ha definido, articulando la proposición de los medios exceptivos y defensivos con una buena actividad probatoria.

Finalmente, este documento también constituye un aporte valioso para la consideración de los Comités de Conciliación, en tanto que ilustra con detalle las situaciones fácticas en que generalmente se procede por el Juez Administrativo a declarar la responsabilidad patrimonial de la Nación y en qué casos la exonera o reduce significativamente, constituyéndose de esta manera en una herramienta a ser considerada al momento de adoptar las decisiones sobre si se concilia o no un caso.

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO
Directora General

Responsabilidad extracontractual del Estado

por daños causados con armas de dotación oficial y por daños sufridos por miembros de la Fuerza Pública



Fortalecimiento de la estrategia de defensa jurídica a partir de criterios jurisprudenciales

Tomando como fundamento el desarrollo que sobre la temática propuesta se encuentra decantado en la jurisprudencia elaborada por el Consejo de Estado en su Sección Tercera, se pueden identificar algunos criterios relevantes para la configuración de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en estos precisos eventos, criterios que sin duda habrán de servir de insumo fundamental para quienes tienen a cargo la representación judicial de la Nación en los respectivos procesos de Reparación Directa.

En efecto, los pronunciamientos efectuados arrojan luces sobre aspectos esenciales para el análisis de las particularidades y especificidades que han dado lugar a caracterizar diversas hipótesis y fundamentaciones de responsabilidad construidas a partir de los casos que llegan al conocimiento del Alto Tribunal, en cuya gran mayoría suele resultar comprometida la responsabilidad patrimonial del Estado.

En este punto se observa que las entidades convocadas al proceso usualmente **contestan la**

demanda mediante una defensa genérica que se presenta con sucintas manifestaciones; así por ejemplo:

- Inexistencia de falla del servicio.
- El demandante debe probar los hechos alegados.
- Nos 'atenemos' a lo que resulte probado en el proceso.
- Nos 'adherimos' a la petición de pruebas formulada por el demandante.
- Las pretensiones no proceden porque el agente recibió prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, lo que conlleva un enriquecimiento sin justa causa.
- El daño se produjo con el arma de un tercero.
- El agente debe asumir los daños que sufra con su arma de dotación.
- El agente causante del daño actuó por fuera del servicio.
- Llamamiento en garantía al agente.

Sin embargo, cabe resaltar que precisamente las exigencias de los análisis efectuados por el juez dan lugar también a que la pretendida atribución de responsabilidad al Estado no siempre se tenga por configurada, de allí que **sí existen posibilidades jurídicas de lograr fallos absolutorios en tales supuestos**, por lo cual resulta imprescindible conocer lo más ampliamente posible el desarrollo jurisprudencial que se ha venido dando y que rige el estudio de esta materia a fin de procurar una estrategia de defensa efectiva.

Con dicho propósito se abordarán dos temas centrales¹:

1. La responsabilidad del Estado por daños causados con armas de dotación oficial, en el cual se tratarán en conjunto las hipótesis de daños generalmente causados: lesiones y muerte, ilustrando las especificidades que pueden llegar a tener cada una de estas.
2. La responsabilidad del Estado por daños padecidos por miembros de la fuerza pública, presentando sus dos variantes tradicionales:
 - (i) Daños sufridos por quienes integran la fuerza pública en razón del servicio militar obligatorio –Conscriptos– ; y
 - (ii) Daños sufridos por quienes de manera voluntaria, profesional y reglamentaria, integran la fuerza pública.

¹ Siendo abundante la jurisprudencia que se puede encontrar sobre estos temas, se hará referencia puntual a aquellos fallos que se consideran más relevantes e ilustrativos; el compendio de las sentencias puede ser consultado en el medio digital que se incluye como anexo del presente documento.

1. Responsabilidad del Estado por daños causados con armas de dotación oficial

1.1. Regímenes y fundamentos de responsabilidad aplicables

La fundamentación de la responsabilidad estatal inicialmente se resolvió de manera general bajo el régimen subjetivo de responsabilidad con sustento en la falla probada del servicio². Desde el año 1989 con la sentencia de 31 de julio³ se acogió el criterio de la falla presunta del servicio, fundamento en razón del cual correspondía a la entidad demandada desvirtuar tal presunción demostrando una actuación debida, prudente y diligente.

El fundamento de la responsabilidad con sujeción a la falla presunta del servicio se mantuvo básicamente en razón de la aplicación de los criterios correspondientes a la tipología de los daños causados

por cosas y actividades peligrosas, en tanto así fue calificado el uso de armas de dotación oficial⁴.

Del régimen de falla presunta del servicio se abrió paso al régimen objetivo con fundamento en el riesgo excepcional, bajo el entendido de que el uso de las armas por parte del Estado resulta necesario y legítimo para la protección de los intereses de los administrados; por tanto, los daños causados con armas de dotación oficial no resultarían imputables *per se* bajo el fundamento subjetivo, menos aún en su variante de presunción⁵.

Por lo tanto, bajo los presupuestos del régimen objetivo de responsabilidad no tiene cabida la defensa estatal sustentada en el desarrollo de una actuación

² Sentencia de 21 de agosto de 1981, exp. 2750.

³ Esta transición puede verificarse en la sentencia del 31 de julio, exp. 2852.

⁴ Sentencia del 16 de septiembre de 1992, exp. 10922.

⁵ Pueden consultarse: sentencia de junio 23 de 2010, exp. 18674; sentencia del 14 de julio de 2001, exp. 12696; sentencia del 10 de agosto de 2005, exp. 15127; sentencia del 8 de marzo de 2007, exp. 15739; sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 17318; sentencia del 2 de septiembre de 2009, exp. 17827.

Con todo, aun cuando pareciera estar decantada la tesis de la responsabilidad objetiva con fundamento en el riesgo excepcional, lo cierto es que no se encuentra descartada la fundamentación en la falla probada del servicio,

diligente, prudente y cuidadosa, sino que necesariamente debe acreditarse que el daño ocurrió por una causa extraña no imputable a la actividad de la administración, causas extrañas que se reducen al hecho exclusivo de la propia víctima, de un tercero o a la fuerza mayor, pues bien es sabido que el caso fortuito no se admite como eximente de responsabilidad objetiva.

Respecto de la aplicación y posibilidades exoneratorias en esta

tendencia jurisprudencial, resultan suficientemente ilustrativas las siguientes consideraciones:

“[L]a Sala ha estimado que en aquellos casos en los que se debate la obligación del Estado de indemnizar el perjuicio generado por la utilización de armas de dotación oficial, se debe aplicar el sistema objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional, toda vez que el Estado asume los riesgos a que expone a la sociedad con ocasión de la utilización de artefactos peligrosos o por el desarrollo de actividades de igual naturaleza. En tal sentido, para efectos de determinar la responsabilidad, resulta irrelevante el análisis de la licitud o ilicitud de la conducta asumida por los agentes estatales, comoquiera que es suficiente para imputar el daño antijurídico, a título de riesgo excepcional, la demostración de que este fue causado por el artefacto o por la realización de la actividad peligrosa cuya guarda se encontraba a cargo del Estado. Sin embargo, éste podrá ser exonerado de responsabilidad demostrando que la imputación no existe o es apenas aparente, cuando el hecho ha tenido ocurrencia por la intervención de un elemento extraño: fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima”⁶. (Se destaca y subraya).

Con todo, aun cuando pareciera estar decantada la tesis de la responsabilidad objetiva con fundamento en el riesgo excepcional, lo cierto es que no se encuentra descartada la fundamentación en la falla probada del servicio, antes bien se privilegia este título de imputación cuando se evidencia que los hechos que dieron lugar al daño comportan una indebida actuación de la Administración que debe ser reprochada con el propósito de procurar que se evite la producción de tales eventos –función preventiva– al igual que para posibilitar el ejercicio de la acción de repetición cuando la conducta del agente que ha dado lugar al daño pueda ser calificable de gravemente culposa o dolosa.

En tales casos, la conversión del régimen de responsabilidad opera por virtud de la aplicación del principio *iura novit curia* que permite al juez determinar el título de imputación que habrá de aplicarse para declarar la responsabilidad del Estado por el correspondiente daño antijurídico, siempre que, claro está la *causa petendi* así lo permita, toda vez que debe garantizarse el derecho fundamental al debido proceso de la entidad demandada⁷.

De allí que la tendencia es verificar primero si en el caso concreto el daño que se produjo con el arma de dotación oficial obedeció a una falla del servicio, pues de no estar probada la falla, se orienta el análisis bajo el régimen objetivo fundado en el riesgo excepcional. Sobre la apreciación preferente de la falla encontramos pronunciamientos del siguiente orden:

- Sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 18349:

“[C]omo se acreditó que la parte demandante sufrió un daño antijurídico causado con armas oficiales y por servidores estatales en ejercicio de sus funciones, se procederá a establecer, en primer lugar, si la entidad demandada incurrió en falla del servicio y, en caso de que no haya quedado

⁶ Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 19289.

⁷ Así, por ejemplo, sentencia del 20 de noviembre de 2008, exp. 18349; sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 17318.

demostrada dicha falla, establecer si el daño le es imputable a título de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional”.

- Sentencia del 18 de junio de 2008, expediente 17516:

“Una vez verificadas las circunstancias en las que se produjo la muerte del señor Efraín Jesús Acevedo González, la Sala considera que se encuentra acreditada la responsabilidad del Estado por falla del servicio, en tanto se demostró la negligencia del soldado Carlos Alberto Gómez quien fue la persona que le entregó el arma a la víctima en el momento del accidente.

En efecto, se acreditó que la víctima se encontraba en una práctica de polígono para algunos periodistas y que al finalizarla, este junto con los demás soldados que estaban en ese momento se dispusieron a recoger las vainillas que se encontraban en la grama y a limpiar las armas, que el Capitán Acevedo le ordenó al soldado Gómez que le entregara una pistola Browning- calibre 22, y en el momento en el que se la iba a entregar accidentalmente se le disparó impactando en la humanidad de Efraín Acevedo ocasionándole la muerte.

Del recuento de los hechos probados, la Sala encuentra acreditado que el soldado incumplió con sus obligaciones: (i) al entregar el arma cargada cuando era su deber entregarla descargada, y (ii) al entregarla en forma imprudente con el cañón de la pistola en dirección hacia el fallecido, lo cual condujo a que al ser involuntariamente accionada se produjera un disparo que le causó la muerte a Acevedo.

Cabe precisar, que si bien no se demostró quién fue el que accionó el arma, esta circunstancia no influye en la acreditación de la responsabilidad de la administración por falla del servicio, pues se evidenció que el soldado incumplió con las normas que rigen el manejo de esta clase de armas al entregar una pistola sin revisarla

previamente para verificar que no estuviere cargada y además con el cañón apuntándole a la víctima.

(...)

Así las cosas, a pesar de que se demostró que el hecho ocurrió como consecuencia de un accidente, por cuanto se trataba de un arma cuyo sistema de disparo era muy sensible y que por tanto podía ser accionada con un simple roce, se logró acreditar que el soldado incumplió con las obligaciones que le correspondían en el manejo de esta clase de armas, en cuanto la entregó en forma incorrecta y no verificó que no estuviere cargada, encontrándose en condiciones de hacerlo, por cuanto se trataba de un soldado del Ejército que había recibido instrucciones para el adecuado manejo de estas pistolas, es decir, que no se trataba de una persona ajena a las instituciones militares y que por tanto no tendría la obligación de conocer esta clase de manejo de armas, sino que se trataba de un soldado que por su condición estaba preparado y tenía conocimiento para la realización de una actividad netamente militar como lo era la entrega de un arma, lo cual conduce a que se evidenció la imprudencia del soldado la cual resulta ser la causa del daño que a su vez resulta imputable a la demandada por haber sido causada por una autoridad pública con un arma de dotación oficial y en ejercicio de sus funciones”. (Se resalta).

- Sentencia del 13 de febrero de 2013, expediente 18.148⁸:

“[e]s clara la existencia de una falla en el servicio por parte de los miembros de la entidad demandada, ya que, tal como se dejó visto, incurrieron en una conducta en exceso imprudente y desproporcionada en el manejo de las armas de dotación oficial, actuación que produjo el resultado ya visto, lo que hace que el

8 Sección Tercera, Subsección A.

daño le sea imputable jurídicamente a la entidad, con la consecuente obligación de resarcir los perjuicios que de él se deriven.

Como ya se dijo, en el caso que ocupa la atención de la Sala se tiene que en la forma en que se detuvo el vehículo de transporte público, hubo un uso injustificado de la fuerza, ya que nunca los ocupantes del automotor significaron un peligro para los agentes de policía, pues se encontraban desarmados.

Así las cosas, como se desprende de la valoración probatoria, la actuación asumida por los policiales, quienes partieron de la convicción ligera y carente de prudencia de considerar que el vehículo de servicio público se encontraba ocupado por guerrilleros, se tradujo en una falla del servicio, que terminó con la muerte y las lesiones de las personas antes indicadas.

(...)

En efecto, los policiales reaccionaron de manera mecánica, nada profesional ante un evento que objetivamente ningún riesgo ofrecía para su seguridad.

Con fundamento en todo lo anterior, forzoso resulta concluir la responsabilidad patrimonial de la Policía Nacional por el hecho dañoso demandado, (...), a título de falla del servicio⁹. (Se resalta).

De otra parte, en eventos específicos como el que corresponde al de los **DAÑOS CAUSADOS CON ARMAS DE DOTACIÓN OFICIAL A SUJETOS PERSEGUIDOS POR LA ACCIÓN DEL ESTADO**, fundamentalmente se acude al régimen de falla probada del servicio pues se considera que, en principio, la represión del delito es legítima; *solo por*

excepción la responsabilidad se funda en el régimen objetivo¹⁰.

Efectivamente, los antecedentes jurisprudenciales donde se encuentra aplicado este criterio muestran claramente que se trata de casos en los cuales las acciones desplegadas por la Fuerza Pública para lograr la aprehensión del sujeto perseguido por alguna acción delictiva, lo que finalmente ha conllevado para este incluso la pérdida de la vida, son:

- Sentencia del 10 de abril de 1997, expediente 10138:

“El derecho a la vida no puede ser reivindicado según el destinatario, pues su respeto debe ser absoluto. Tal vez la única vulneración tolerable sea aquella que ocurre en ejercicio de las causales de justificación o de inculpabilidad que las normas penales consagran, a pesar de lo cual en algunas de esas ocasiones la no responsabilidad del agente no libera a su vez de responsabilidad al Estado.

(...)

La muerte injusta de un hombre no podrá considerarse más o menos admisible dependiendo de la personalidad, de la identidad, de la influencia o de la prestancia de ese hombre. La muerte injusta de una persona con antecedentes delictivos, continúa siendo injusta a pesar de los antecedentes que registre. Y lo será tan injusta, tan insoportable y tan repudiable como la del hombre bondadoso de irreprochable conducta”.

- Sentencia del 23 de junio de 2011, expediente 21055¹¹:

“Lo que puede colegirse del plenario es que los agentes hicieron uso desmedido de su armamento de dotación oficial, en primer lugar, por el hecho de haber detonado en cuatro

⁹ Nota original de la sentencia citada: “En ese mismo sentido consultar, entre otras providencias de la Sección Tercera, las siguientes: sentencia del 23 de abril de 2008, expediente 16.525, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de 9 de junio de 2010, expediente 18.677, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez”.

¹⁰ Sentencias de 18 de febrero de 1999, exp. 10517; 18 de diciembre de 1997, exp. 11831; 29 de octubre de 1998, exp. 10910.

¹¹ Sección Tercera, Subsección A.

oportunidades sus armas para controlar un solo sujeto y con la finalidad de propender a su captura (...) número de detonaciones que no se justifica para un procedimiento policial en el que se reprime la conducta de un solo sujeto que se encontraba huyendo y que, como se afirmó en precedencia, no ejercía contra los agentes agresión inminente, máxime si se tiene en cuenta que la utilización de armas de fuego debe emplearse como último recurso de represión y que de los medios de fuerza o coercitivos utilizados para tal fin, deben ser aquellos que causen el menor daño para la integridad de las personas, de conformidad con los parámetros previstos en el Código Nacional de Policía (...).

(...)

En segundo lugar, el agente agresor accionó su arma de dotación tomando como blanco de ataque un área de impacto en el cuerpo que resultaba letal, esto es, cavidad craneal, actuar de la autoridad con el cual lejos de propender por el cumplimiento de un deber propio de las funciones de policía, lo que produjo fue una lesión a la vida e integridad de una persona.

Por todo lo anterior, ante el hecho de que en el proceso la parte demandada no haya probado que la conducta de los agentes se justificó al tratar de defenderse de una agresión actual o inminente por parte del occiso, no podrá configurarse la existencia de la culpa exclusiva de la víctima para exonerar de responsabilidad a la demandada ni podrá inferirse a partir de allí, una supuesta participación de la víctima en la producción del daño que determine una posible "concausa", como así lo definió el Tribunal para negar la indemnización plena a cargo de la entidad enjuiciada.

Lo que resulta incuestionable en el caso concreto y que a la postre fue la causa directa y eficiente del daño, es el proceder de los agentes de policía, el cual a juicio de la Sala, luego de

valorar los medios de convicción practicados en el proceso, fue irregular, en el entendido de que estos hicieron un uso desmedido de las armas de dotación, en una actuación que en criterio de la Sala fue precipitada y desproporcionada, (...), denotándose una falla en la prestación del servicio, la cual resulta imputable a la demandada, quien deberá indemnizar los perjuicios causados de manera plena a los actores". (Se resalta y subraya).

En la hipótesis que se viene considerando se tiene entonces que de no llegar a comprobarse el exceso en el uso de la fuerza, ni su uso ilegítimo, entra a operar el régimen de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional que suele regir en los eventos de uso de las armas de dotación oficial, según se puede apreciar en providencias como las que a continuación se reseñan:

- Sentencia del 20 de noviembre de 2008, exp. 18349:

*"[E]n el sub lite, a pesar de que no quedaron esclarecidas las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que falleció el señor Higueta Guzmán y por ende **no se demostró la falla del servicio alegada por la parte demandante, sí se acreditó que este falleció como consecuencia de unos disparos propinados por miembros del Ejército Nacional y con armas de dotación oficial, razón por la cual el régimen aplicable es el de riesgo excepcional.***

*Cabe precisar que la Sala ha reiterado que **las autoridades, en ejercicio de sus funciones, deben velar por los derechos fundamentales de las personas a la vida e integridad personal**¹²,*

¹² Nota original de la sentencia citada: "Sobre este tema pueden consultarse sentencias de 21 de agosto de 1981, exp. 2750; de 6 de diciembre de 1988, exp. 5187; de 25 de marzo de 1993, exp. 8000; de 16 de abril de 1993, exp. 10.203; de 4 de noviembre de 1993, exp. 8335; de 11 de noviembre de 1993, exp. 8684; de 2 de junio de 1994, exp. 8784; de 8 de julio de 1994, exp. 9244; de 5 Septiembre de 1994, exp. 9520; de 10 de marzo de 1995, exp. 9990; de 30 de marzo de 1995, exp. 10306; de 21 de abril de 1995, exp. 1054; de 11 de septiembre de 1997, exp. 11.600; de 2 de diciembre de 1996, exp. 11.798, de 28 de enero de 1999, exp.: 12.623

puesto que tienen el deber constitucional de proteger a los ciudadanos, obligación que está ligada con las garantías propias de todo Estado de Derecho". (Se resalta).

Pudiera entonces concluirse que la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad fundada en el riesgo excepcional viene a darse realmente con criterio residual para aquellos casos en los cuales el daño causado con el arma de dotación oficial o destinada al servicio no resulte imputable a falla alguna en la actuación de la fuerza pública sino que se circunscriba a un mero evento accidental en razón del cual se concreta el riesgo excepcional a cargo del Estado¹³.

1.2. El nexo con el servicio como requisito de imputación del daño

De suma importancia resulta la exigencia que judicialmente se hace en estos casos a la parte actora, en cuanto le corresponde comprobar que el daño ocasionado se produjo en desarrollo o con ocasión de las actividades propias del servicio de la fuerza pública.

Ese nexo con el servicio no surge únicamente de la calidad oficial del arma con la cual se causa el daño, pues bien puede ocurrir que aún sin que el arma sea de dotación oficial en todo caso el hecho comprometa la responsabilidad estatal, al considerarse que por las circunstancias en que este se produjo sea atribuible a la Administración su guarda, ya porque tal instrumento sea de propiedad del Estado –guarda jurídica–, o porque en razón de cualquiera otra precisa circunstancia la tenga bajo su tenencia, uso o vigilancia –guarda material–¹⁴.

De allí que con miras a una adecuada defensa jurídica debe tenerse en cuenta que tanto para la aplicación del régimen objetivo fundado en el riesgo excepcional, como del régimen subjetivo fundado en la falla probada del servicio, el daño debe ser causado con arma de dotación oficial o destinada al servicio oficial y en todo caso bajo la guarda del Estado, pues de lo que se trata finalmente es de justificar la imputación del daño a la Administración.

Por lo tanto, en estos casos resulta determinante la valoración probatoria sobre la destinación del arma al servicio oficial, calidad que la jurisprudencia suele establecer a partir de la presunción según la cual cuando el arma fue accionada encontrándose el Agente en tiempo de servicio, se asume que el arma es de dotación oficial, salvo que la Entidad demandada demuestre lo contrario; de no ser así se debe establecer que aún por fuera del servicio el arma se encontraba bajo la guarda de la Entidad, circunstancias que usualmente se establecen por el juez de manera indiciaria.

- Sentencia del 16 de septiembre de 1999, expediente 10.922

"Es necesario que aparezca debidamente acreditado en el proceso, a través de cualquier medio probatorio: confesión, testimonios, documentos, una certificación de la entidad oficial no desvirtuada por la parte demandante¹⁵, etc., incluida la prueba indiciaria, que el arma con la cual se produjo el hecho era de dotación oficial¹⁶ o estaba bajo la guarda de la entidad demandada, concepto en el que se comprenden también los eventos en que se autoriza al funcionario a portar el arma de dotación por fuera del servicio, como lo dijo la Sala:

y de 17 de mayo de 2001, exp. 12.956."

13 Téngase en cuenta por ejemplo el caso resuelto en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13474.

14 Sentencias de 18 de marzo de 2004, exp. 14003; 22 de abril de 2004, exp. 15088; marzo 30 de 2006, exp. 15441; septiembre 2 de 2009, exp. 17827.

15 Nota original de la sentencia citada: "Ver por ejemplo sentencia del 2 de febrero de 1995, C.P. Daniel Suárez Hernández, exp. 9846, actor: Luis Felipe Baquero Cantor y otro".

16 Nota original de la sentencia citada: "Al respecto ver sentencia del 12 de diciembre de 1996, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, exp. 11.221, actor: Ruperto González Bolaños".

Cuando la institución acepta que sus servidores, por fuera de las horas de servicio, porten el arma de las que se les dota para su defensa, pero primordialmente para la de los ciudadanos, cuya vida, honra y bienes están encargados de proteger, asume los riesgos que pueden resultar de tal uso, de manera que si él no se hace para los fines mencionados y, por el contrario, se aparta de ellos y causa un perjuicio, la misma institución deberá responder por la actuación dañina de sus funcionarios, pues en tales casos será evidente que el servicio falla”¹⁷.

Esto significa que no hay lugar a presumir que el arma con la que se produjo el hecho es de dotación oficial o estaba bajo la guarda de la entidad demandada. Este aspecto debe estar debidamente acreditado en el proceso. Se precisa así la posición jurisprudencial adoptada en sentencia del 17 de agosto de 1993, en la cual se afirmó lo siguiente:

“...Se puede en esto sentar la siguiente presunción: Cuando un miembro de un organismo armado hiere o mata a alguien con un arma de fuego se presume que ésta es de dotación oficial. Por lo tanto, correrá a cargo de la entidad destruir la presunción, demostrando que el arma era particular y que estaba amparada o no con salvoconducto”¹⁸.

Considera la Sala que para los efectos de la presunción en comento es necesario distinguir el porte de arma de fuego por un agente del Estado en horas del servicio y por fuera del mismo. En el primer supuesto se presume que el arma que porta el funcionario es de dotación oficial, pero en el segundo evento deberá acreditarse

¹⁷ Nota original de la sentencia citada: “Sentencia del 6 de septiembre de 1990, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo, exp. 5776, actor: Eustorgio Suárez González”.

¹⁸ Nota original de la sentencia citada: “C.P. Carlos Betancur Jaramillo, expediente: 7717, actor: María Hosana Cerinza de Molívia. En el mismo sentido sentencia del 21 de abril de 1994, M.P. Juan de Dios Montes Hernández, actor: María Gómez de Tórrez”.

a través de cualquier medio probatorio, según se indicó antes, que la entidad administrativa es propietaria del arma o que sin serlo la tenía bajo su guarda.

Se aclara además que no por el hecho de que el Estado, en tanto ostenta el monopolio de la fuerza, autorice el porte de armas de defensa personal, se hace guardián de tales objetos y por lo tanto, con la simple autorización no asume directamente los riesgos que se derivan del uso del arma, pues estos corren a cargo de la persona autorizada. La responsabilidad de la entidad pública en este caso podría derivarse de la falla del servicio en que haya podido incurrir por la concesión de la licencia para la tenencia o porte de las mismas, a personas que no reúnen las condiciones de idoneidad que exige la ley (Decreto 2535 de 1993).

En el caso concreto no está probado que el arma con la que se causó el daño era de dotación oficial. Por el contrario, obran en el proceso pruebas que demuestran que el homicidio del señor Pedro Fernando Rojas Delgado se causó con el arma de defensa personal del agente Jorge Alberto Cubillos Palacios.

(...)

En este orden de ideas se concluye que el caso concreto deberá analizarse bajo el régimen de falla probada del servicio, pues la presunción de responsabilidad por la guarda de objetos peligrosos no puede aplicarse dado que no está probado que el arma con la que se produjo el daño fuera de dotación oficial o estuviera destinada al servicio público”. (Se resalta y subraya).

- Sentencia del 15 de marzo de 2001, expediente 11222:

“[C]omo los actores no han logrado demostrar que el artefacto explosivo que mató a los menores

era de dotación oficial del Ejército Nacional acantonado en esa región, sus pretensiones indemnizatorias no pueden prosperar, por lo que la Sala confirmará las sentencias que negaron las peticiones de las demandas y revocará la que accedió a las mismas". (Se resalta).

- Sentencia de agosto 31 de 2006, expediente 15238:

"De manera que los elementos de juicio, legalmente acopiados en este proceso, no permiten establecer con certeza que la granada fuera de propiedad de las fuerzas militares. Si bien es cierto que ese tipo de armamento es de uso exclusivo de las fuerzas militares en virtud del poder monopolizador de la coerción material en cabeza del Estado (art. 216 Superior) –conforme al cual la seguridad individual y colectiva de los asociados se le confía únicamente a este (art. 2 C.P.) como rasgo esencial del poder público en un Estado de Derecho (Hauriou)– no es procedente "presumir la propiedad del arma", toda vez que –ha dicho la Sala– aunque esas armas sean de uso exclusivo de las fuerzas armadas, la realidad del país indica que "también están en manos de grupos subversivos". En términos de la jurisprudencia si las pruebas recopiladas no permiten, como sucede en el sub lite, acreditar que la granada fuera de dotación oficial no es posible deducir responsabilidad alguna de la Administración". (Se resalta).

- Sentencia del 8 de junio de 2011, expediente 20703:

"[E]n relación con el argumento del apelante, según el cual el arma que portaba el agente López Góez debía presumirse que era de dotación oficial pues no existía prueba que demostrara que era de uso personal, es necesario precisar que esta presunción aplica cuando el agente está de servicio, de allí que si se encuentra debidamente probado que este no estaba de servicio –como ocurre en el presente caso– no se presume que

el arma era de dotación oficial sino que deberá demostrarse, a través de los distintos medios probatorios, tal condición". (Se resalta).

- Sentencia del 23 de mayo de 2012, expediente 20051¹⁹:

"[A]unque la jurisprudencia ha aceptado que en algunos casos puede presumirse que el arma es de dotación oficial y entonces corresponde a la entidad demandada probar lo contrario, también se ha aclarado en otras oportunidades que para imputarle al Estado un daño antijurídico causado con armas, municiones de guerra, explosivos u otros elementos que por su propia naturaleza o funcionamiento representen un peligro para la comunidad, debe encontrarse probado que ellos son de dotación oficial. Sin embargo, se presumirá que lo son, cuando aparezca probado que al momento del insuceso, ellos estaban bajo la guarda de la entidad demandada o que el agente que los utilizó para cometer el hecho estaba en el servicio.

(...)

De acuerdo con lo anterior, no está debidamente acreditado que el arma utilizada fuera de dotación y mucho menos que por una falla del servicio atribuible a la entidad, el artefacto explosivo estuviera en posesión del exsoldado, de manera que no es posible la imputación a la entidad, ya que nada se probó acerca de la forma en que la granada llegó a manos del joven Lozano, y tampoco su procedencia". (Se resalta).

1.3. Daños imputables a la 'Falta o Culpa Personal del Agente'

El tema que se acaba de referir necesariamente conduce el análisis de la responsabilidad estatal al terreno de lo que jurisprudencialmente se conoce como 'la culpa personal del Agente', esto es aquella

19 Sección Tercera, Subsección C.

actuación desligada del servicio y que por lo tanto no compromete la responsabilidad de la Administración, así el Agente que con su actuación da lugar al daño esté vinculado al servicio.

“[L]o relevante es que en el momento de los hechos, el señor Lozano estaba evadido del Ejército, y por tanto, sus actuaciones no están relacionadas con el servicio, ni son por causa o con ocasión del mismo, sino que se encuadran dentro de la categoría de actos personales del agente, que no tienen la capacidad de vincular a la administración, es decir, que la conducta dañosa no tiene relación con el servicio y en consecuencia, no puede ser atribuida responsabilidad al Estado.

De esta manera, solo cuando las actuaciones del funcionario tienen relación con el servicio público o cuando se actúa prevalido de la condición de autoridad pública o invocando tal calidad, procede dicha imputación, sin que se satisfaga el requisito con la sola prueba de la calidad de funcionario”²⁰. (Se resalta).

La imputación del daño entonces requiere que los hechos que hayan dado lugar al mismo correspondan al desarrollo del servicio a cargo del Estado; en este caso las actividades, funciones y deberes atribuidos y por tanto exigibles a la Fuerza Pública.

De allí que tradicionalmente la jurisprudencia acudió de manera general a la utilización del denominado “test de conexidad”²¹, para luego señalar que no necesariamente la verificación objetiva de tales elementos hacía imputable el daño al Estado, sino que resulta necesario verificar en cada caso los hechos y circunstancias que dieron lugar al daño

20 Expediente 20051.

21 En este sentido se destaca la sentencia del 17 de julio de 1990, expediente 5998. Consultar igualmente las siguientes sentencias: 6 de octubre de 1994, exp. 8200; 3 de abril de 1997, exp. 12303; 6 de noviembre de 1997, exp. 11091; 10 de marzo de 1997, exp. 11684; 30 de julio de 1998, exp. 10981; 16 de septiembre de 1999, exp. 10922.

para establecer certeramente el correspondiente nexo con el servicio²².

Por manera que si en la producción de los hechos que dieron lugar al daño el Agente del Estado actuó sin ligamen alguno, manifiesto y explícitamente materializado, con el funcionamiento o cumplimiento del servicio a su cargo, se considera que el daño se circunscribe al ámbito privado del sujeto y por ende en modo alguno compromete la responsabilidad de la administración²³.

La fundamentación y aplicación de estos lineamientos jurisprudenciales se concreta fundamentalmente en consideraciones como las que se destacan de los siguientes fallos:

- Sentencia de 10 de junio de 2009, expediente 34.348.

“[P]recisa la Sala que el nexo con el servicio que debe presentar una actuación para comprometer la responsabilidad de la administración pública, no se desprende exclusivamente del horario en el que se encontraba el agente estatal, ni de los implementos usados por aquel, ni de las funciones que tenía asignadas en ese momento, sino principalmente de las características de la acción u omisión que desarrolló el funcionario respectivo y por la cual causó un daño, que debe tener una relación directa con el servicio público prestado”. (Se resalta).

- Sentencia del 9 de mayo de 2011, expediente 19.976²⁴.

22 Sobre este punto son relevantes los expedientes 13.303 del 14 de junio de 2001; 17426 del 25 de febrero de 2009.

23 Sentencia de 5 de diciembre de 2005, exp. 15914.

24 Sección Tercera – Subsección C.

si en la producción de los hechos que dieron lugar al daño el Agente del Estado actuó sin ligamen alguno, manifiesto y explícitamente materializado, con el funcionamiento o cumplimiento del servicio a su cargo, se considera que el daño se circunscribe al ámbito privado del sujeto y por ende en modo alguno compromete la responsabilidad de la administración

“[L]as actuaciones de los agentes del Estado solo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando aquellas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público²⁵, de modo que la simple calidad de funcionario público que funja el autor del hecho o el uso de algún instrumento del servicio –como el arma de dotación oficial– no vincula al Estado, comoquiera que el servidor público pudo haber obrado dentro de su ámbito privado, desligado por completo del desempeño de actividad alguna conectada con la función normativamente asignada a la entidad demandada (...)”.

- Sentencia del 8 de junio de 2011, expediente 20703²⁶:

“De la valoración del acervo probatorio se concluye, con absoluta claridad, que el agente Fabián de Jesús López Góez, al momento de ocurrencia de los hechos no se hallaba en misión oficial, ni en prestación del servicio, lo que permite afirmar que en el presente caso se configuró una ausencia de imputación del daño debido a la culpa personal del agente.

La anterior aseveración encuentra sustento en que la conducta irregular del agente constituyó la causa determinante y adecuada del daño, toda vez que al momento de la ocurrencia de los hechos el señor López Góez realizaba actividades que no tenían vinculación alguna con el servicio, era por completo ajeno al mismo, y actuaba simple y

²⁵ Nota original de la sentencia citada: “En ese orden de ideas, en sentencia de 26 de septiembre de 2002 –expediente 14.036–, la Sala expresó lo siguiente: “Para determinar cuándo el hecho tiene o no vínculo con el servicio se debe examinar la situación concreta para establecer si el funcionario actuó frente a la víctima prevalido de su condición de autoridad pública, es decir, que lo que importa examinar no es la intencionalidad del sujeto, su motivación interna sino la exteriorización de su comportamiento. En otros términos lo que importa para atribuir al Estado, por ejemplo, el hecho de un policía que agrede a una persona es establecer ‘si a los ojos de la víctima aquel comportamiento lesivo del policía nacional aparecía como derivado de un poder público, siquiera en la vertiente del funcionamiento anormal de un servicio público’”.

²⁶ Sección Tercera, Subsección C. En los mismos términos ver Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 20718.

llanamente como persona privada, desprovisto de la condición y calidad del servicio”.

(...)

Así las cosas, para establecer los límites entre el nexo con el servicio y la culpa personal del agente, se deben analizar y valorar las particularidades de cada supuesto concreto, comoquiera que el vínculo instrumental, funcional u ocasional, por sí mismo no compromete, la responsabilidad patrimonial del Estado.

Lo anterior, en la medida en que el test de conexidad establecido en la providencia del 17 de julio de 1990, expediente 5998, tal y como se puntualizó en anterior oportunidad²⁷, no conduce inexorablemente a dar por acreditada la obligación de reparación en cabeza de la administración pública, habrá que examinar en cada caso concreto la especificidad de las circunstancias en que se materializan los hechos”.

(...)

Como se aprecia, en cada asunto específico se requiere estudiar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los acontecimientos puesto que, a partir de ellas será que se define en qué casos se está en presencia de una culpa personal del agente o ante a un daño imputable al Estado.

En el caso sub exámine, le asiste razón al a quo, al destacar que el daño tuvo origen en el ámbito privado, personal, aislado por completo del servicio, puesto que, de manera independiente a la condición de agente de la policía, es claro que Fabián de Jesús López Góez, al momento de los hechos estaba fuera de la Escuela de Policía, no medió la prestación o la intencionalidad del servicio público, se encontraba vestido de civil, y le

²⁷ Nota original de la sentencia citada: “Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1º de octubre de 2008, expediente 17.896”.

ocasionó la muerte a John Fredy Duque Noreña, todo ello sin que existiera ningún tipo de nexo o vínculo con el servicio.

De manera adicional, no se vislumbra el ánimo o la intención de que el resultado haya sido producto del servicio, sino que por el contrario, lo que se tiene por sentado es que la generación del daño tiene su origen y causa en un motivo personal de Fabián de Jesús López Góez. Por lo tanto, desde ningún ángulo puede atribuirse el daño en cabeza de la administración pública, como quiera que éste tiene su génesis en la culpa personal del agente". (Se resalta).

- Sentencia del 29 de febrero de 2012, expediente 23.412²⁸. Resulta relevante que en este caso aunque el arma sí era de dotación oficial, el Agente no actuó en nexo con el servicio y tampoco se probó falla de la entidad en el uso del arma de dotación oficial por parte de este.

"[E]n el presente caso no es posible la declaratoria de responsabilidad de la administración, toda vez que el agente Bohórquez Perdomo hirió con su arma de dotación oficial al joven Álvaro González Moreno, causándole la muerte de forma totalmente ajena al servicio que como agente del DAS desempeñaba.

24. Además, no se acreditó de forma alguna, que la administración hubiere incurrido en falla del servicio alguno o haya cohonestado, permitido o patrocinado –cuando menos de forma remota– el comportamiento de su detective, por lo cual, no resulta acertado pretender imponer una obligación reparatoria al patrimonio público, como consecuencia de un hecho nitidamente personal de un agente estatal, quien por fuera del servicio, cometió un delito contra un tercero, a título propio, por el cual precisamente fue investigado y

retirado inmediatamente de su cargo con causal de insubsistencia.

25. Ahora bien, si en gracia de discusión se entendiera que el DAS incurrió en una falla en el deber de custodia sobre las armas de dotación, especialmente sobre aquella que otorgó al agente Bohórquez Perdomo, lo cierto es que tal omisión no resultó probada por cuanto la parte demandante no se ocupó de acreditar el desconocimiento de manuales de comportamiento, o disposiciones específicas de imperativo cumplimiento, sobre la entrega de armamento al momento de salir de las instalaciones del DAS, con el fin de disfrutar del descanso diario.

26. Con fundamento en el supuesto fáctico y jurídico expuesto, esta Sala confirmará la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pues no se probó que el daño causado con la muerte de Álvaro González Moreno por José Robinson Bohórquez Perdomo, tuviera nexo con alguna función de la administración, sino que por el contrario quedó demostrado que se configuró el hecho exclusivo y personal del agente." (Se resalta).

1.4. La actuación en Legítima Defensa

Jurisprudencialmente se viene sosteniendo que los daños causados bajo la legítima defensa rompen el nexo causal al considerarse que se trata de eventos en los cuales el uso de las armas por parte de la fuerza pública se encuentra justificado por la acción imprudente de la víctima; por tanto se entiende que el hecho de la víctima así caracterizado constituye la causa de su propio daño.

En el desarrollo conceptual que ha dado lugar a la aplicación y aceptación de este criterio exceptivo en los juicios de responsabilidad se ha hecho la distinción entre la legítima defensa objetiva y la legítima defensa putativa, toda vez que no siempre se encuentra justificada la actuación de los agentes del Estado.

28 Sección Tercera – Subsección B.

De este modo, se ha dicho que habrá legítima defensa objetiva cuando los agentes de la fuerza pública accionan sus armas de dotación para enfrentar una agresión ilegítima, grave, actual e inminente proveniente de quien resulta ser la víctima del daño²⁹.

Por su parte, la legítima defensa putativa tiene lugar cuando los agentes actúan con la convicción 'errada e invencible' de encontrarse amparados en la justificación antes anotada, es decir, en la existencia de una agresión real e inminente por parte del sujeto afectado, caso en el cual al tratarse de un ataque apenas aparente, la acción defensiva puede comprometer la responsabilidad del Estado³⁰.

De allí que en estricto rigor jurídico y para efectos de la configuración de la responsabilidad estatal, estos supuestos de legítima defensa objetiva y legítima defensa putativa corresponden y se concretan finalmente en la procedencia del Hecho de la Víctima como una causal de exoneración que impide la imputación del daño al Estado.

Por consiguiente, si se prueba la actuación del Agente al amparo de la legítima defensa objetiva se concluye que el daño fue causado por el hecho exclusivo y excluyente de la propia víctima. Si la conducta de la víctima no tuvo plena incidencia en la producción del daño y la entidad ha invocado la legítima defensa objetiva como justificante de su actuación, se determinará que esa legítima defensa fue apenas putativa y por lo tanto al no acreditarse los elementos necesarios para otorgar efectos liberatorios al hecho de la víctima, la declaratoria de responsabilidad se impone completamente a cargo del Estado.

En ese orden de ideas, si bajo el contexto de la alegada legítima defensa que resulta ser putativa se establece que en todo caso el hecho de la víctima sí se presentó como una causa eficiente pero concurrente con la actuación del Estado, la responsabilidad por el daño sufrido igualmente se declara pero con el beneficio de la reducción de la indemnización por compensación de culpas en aplicación del artículo 2357 del Código Civil.

Los señalamientos precedentes rigen tanto por régimen subjetivo fundado en la falla del servicio como por el régimen objetivo fundado en el riesgo excepcional, aun cuando cabe aclarar que en principio al invocar la entidad demandada la legítima defensa, el caso se estudia a partir de la teoría del riesgo excepcional, al considerarse que el accionar del arma se encuentra autorizado para la propia defensa o la defensa de los demás ciudadanos, lo cual legitimaría la acción del Estado³¹.

En la **sentencia del 14 de julio de 2004, expediente 14834**, precisamente se reprochó la actuación de los agentes del Estado y se declaró la responsabilidad con fundamento objetivo, al no haberse acreditado por la demandada la actuación de la víctima que al parecer había justificado el uso de las armas por sus agentes:

“Se concluye, entonces, que la muerte del señor Hernández López fue causada con arma de dotación oficial, disparada por miembros de la fuerza pública que se encontraban prestando servicio de vigilancia en la embajada de los Estados Unidos en la ciudad de Bogotá. El daño por el cual se demanda es imputable a la administración, lo cual es suficiente para declarar la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

La parte demandada alegó en el curso del proceso que el incidente se debió a la conducta imprudente del conductor del vehículo, en cuanto

29 Ver por ejemplo sentencias del 15 de marzo de 1996, exp. 9.050; 18 de mayo de 1996, exp. 10.365; 21 de noviembre de 1996, exp. 9.531; 12 de diciembre de 1996, exp. 9.791; 31 de enero de 1997, exp. 9.853; 10 de marzo de 1997, exp. 11.134; 19 de febrero de 1999, exp. 10.459; 10 de agosto de 2005, exp. 15127; 3 de febrero de 2010, exp. 17834; 9 de junio de 2010, exp. 8466.

30 Ver por ejemplo las sentencias de 9 de junio de 2010, exp. 18466; 14 de julio de 2001, exp. 12696.

31 Sobre este punto es relevante la sentencia del 28 de abril de 2010, expediente 18.562.

parqueó en zona prohibida, atacó al agente de policía y la agente de tránsito que lo reconvinieron y huyó del lugar, desobedeciendo las órdenes de pare, impartidas por los miembros de la Policía y del Ejército, lo que configuraba la culpa exclusiva de un tercero o por lo menos la concurrencia de culpas, en los términos del artículo 2357 del Código Civil.

Para la Sala, la conducta de los miembros de la fuerza pública no tiene ninguna justificación. Es cierto que se trataba de una zona restringida para parquear, por lo que la ubicación del vehículo, en el que se desplazaba el occiso, en ese sitio, configuraba una infracción de tránsito; así mismo, la actitud grosera del conductor del vehículo, contra los agentes de policía y de tránsito, podía dar lugar a una medida correccional de policía; lo mismo se podría decir de la conducta asumida por el conductor, al huir del lugar, sin que acatará las órdenes de pare, tanto de agentes de policía como de soldados. También es claro es claro (sic) que se trataba de una zona de riesgo de atentados dinamiteros y que para su prevención era adecuado prohibir el estacionamiento de automotores en ese sitio.

Sin embargo, en lo que tiene que ver con el caso concreto, se trata de dos situaciones diferentes. De ninguna manera puede llegarse a la conclusión de que toda infracción de tránsito que se presentara en ese lugar, autorizaba, a quienes prestaban servicio de vigilancia en él, a utilizar sus armas de dotación. En efecto, de las pruebas que obran en el proceso, no puede acreditarse ninguna actitud de los ocupantes del vehículo que llevara a inferir que iban a realizar un atentado contra la embajada, y que autorizara a los miembros de la fuerza pública para hacer uso de sus armas (...).

De lo anterior se concluye que no se probó la causal de exoneración alegada por la demandada, cuando le correspondía la carga de hacerlo ...”.

La legítima defensa objetiva se encontró acreditada en el caso resuelto por la **Sentencia del 28 de abril de 2010, expediente 19160:**

“[P]ara la Sala, es claro que los policías actuaron en legítima defensa al responder el ataque real, cierto y contundente de una persona armada, respuesta que no resultó excesiva o desproporcionada, sino por el contrario fue una respuesta oportuna y adecuada.

Así las cosas, se concluye que, en criterio de la Sala, el origen en la producción de los daños cuya indemnización se pretende fue la agresión armada de las víctimas. En efecto, si se observa con detenimiento la situación, es posible concluir que la única causa de la confrontación armada fue el ataque a los policías por parte del señor Abdullaly Pérez (...).

Entonces, si la causa única y determinante de la muerte y de las lesiones fue su propio ataque, es lógico concluir que, en el caso concreto, se presentó, respecto de estos, un hecho exclusivo de las víctimas, por lo que la Sala confirmará la decisión del a quo en cuanto negó las pretensiones formuladas por sus familiares, comoquiera que dicha situación no permite imputar responsabilidad a la entidad demandada ...”. (Se resalta).

Así mismo, en el asunto estudiado en **sentencia del 28 de abril de 2010, expediente 18.562:**

“Así las cosas, el acervo probatorio obrante en el expediente no deja a la Sala duda alguna en torno a que si bien es cierto que entre la actuación desplegada por los agentes de la Policía Nacional que intervinieron en los hechos de marras y el daño irrogado al mencionado actor existe relación de causalidad ... no es menos cierto que tales daños no resultan jurídicamente

imputables a la Administración actuante, toda vez que el proceder asumido por el actor reúne los elementos necesarios para entender configurada la eximente de responsabilidad consistente en el hecho exclusivo y determinante de la víctima, la cual excluye la imputabilidad del daño a la entidad demandada ...: la imprevisibilidad, la irresistibilidad y la exterioridad jurídica del hecho dañoso para la autoridad accionada.

En cuanto al elemento de la imprevisibilidad, de las pruebas que reposan en el expediente se concluye que el proceder del señor Henry Velásquez Castro constituyó un evento súbito y repentino para los agentes de Policía, a quienes no resultaría jurídicamente admisible exigirles lo imposible, esto es anticiparse al designio, personal e intempestivo, de la víctima, quien encontrándose bajo el influjo del alcohol optó por disparar el arma de fuego que portaba; en relación con este punto, resulta necesario precisar que aunque no se probó que tales disparos hubieran estado dirigidos contra los agentes de Policía, lo cierto es que los mismos generaron por sí mismos un peligro inminente tanto para los uniformados como para los ciudadanos que se encontraban cerca al lugar, lo cual provocó la reacción inmediata, proporcional y necesaria por parte de los agentes de la Fuerza Pública, con las consecuencias ya conocidas.

En torno al elemento consistente en la irresistibilidad, a juicio de la Sala el mismo también se encuentra presente en el caso objeto de estudio, habida consideración de la inminencia del actuar agresivo e intempestivo por parte del señor Velásquez Castro y de la gravedad de las repercusiones que este podría haber tenido respecto de la integridad física y de la vida misma de los Policías y/o civiles que hubieren podido resultar agredidos.

(...)

Lo expuesto fuerza concluir que se encuentra plenamente acreditada la configuración de la eximente de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima, circunstancia que impide estructurar la imputación jurídica del daño causado en contra de la entidad pública demandada, elemento indispensable para poder deducir responsabilidad extracontractual respecto del Estado”.

De igual manera, en la **Sentencia del 25 de abril de 2012, expediente 23.013**³² se encontró plenamente justificada la actuación de los agentes como respuesta legítima frente a la actuación de la víctima.

“Por consiguiente, la Subsección decidirá en el presente caso, que la conducta de la víctima fue decisiva, determinante y exclusiva en la producción del daño, motivo por el cual eximirá de responsabilidad a la entidad demandada. En efecto, obran en el proceso pruebas suficientes sobre la culpa exclusiva y determinante de la víctima, por cuanto la conducta desarrollada por esta influyó decididamente en la producción del resultado dañoso, configurándose por tanto, una causal excluyente de responsabilidad, tal y como lo había resuelto el a quo.

Es así como, la insistente detonación de proyectiles por parte del señor Rodrigo dentro de su casa, la negativa a colaborar con los uniformados cuando estos solicitaron explicaciones sobre los disparos, la oposición a la solicitud de los policías de permitir el ingreso para verificar la situación dentro de la casa, el estado de embriaguez avanzado que se reflejaba en la agresividad de la víctima, la existencia misma del arma y su descarga en contra de la humanidad de los uniformados, provocaron la reacción de los policiales que finalmente accionaron sus armas en legítima

32 Sección Tercera, Subsección C.

*defensa objetiva*³³ al responder el ataque sin que el mismo hubiera resultado en una conducta desproporcionada o excesiva por cuanto fue la respuesta a una agresión cierta, grave e inminente". (Se resalta).

Por el contrario en la **Sentencia de 11 de agosto de 2011, expediente 19289**, se atribuyó a la entidad demandada la responsabilidad por el daño causado al no encontrarse probada la alegada actuación de la víctima que podría llegar a justificar el disparo del arma propinado en su contra por el Agente estatal.

"Todo lo considerado, pone en duda el fundamento probatorio de la causa extraña alegada por la demandada. Para que se acredite la culpa exclusiva de la víctima, es necesario demostrar que su comportamiento fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño. Y, conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, la prueba de esa eximente de responsabilidad corresponde a la demandada, quien no cumplió con esa carga.

En efecto, la supuesta agresión de Héctor Jaime Muñoz, contra los miembros de la patrulla de la Sijin, se fundamentó en que disparó el revólver que portaba, pero ninguno de los declarantes lo observó de manera directa y la prueba que podría acreditarlo, presenta graves deficiencias en la cadena de custodia.

(...)

Como se indica en la jurisprudencia citada, en el contexto de un procedimiento estatal, el uso de las armas por parte de la fuerza pública debe ser la razón última, y esta no se encuentra acreditada en el proceso. No está probado que Muñoz Bermúdez disparó a los agentes de la policía y que estos tuvieron que hacer uso de sus armas,

33 Nota original de la sentencia citada: "Ver Consejo de Estado; Sección Tercera; expedientes 18466 del 9 de junio de 2010; 12696 del 14 de julio de 2001; 15127 del 10 de agosto de 2005; 17834 del 3 de febrero de 2010".

por lo tanto no está probada la legítima defensa alegada por la demandada.

Si bien la víctima se bajó del vehículo con el arma a la vista, lo que configuraría una imprudencia y a lo sumo configuraría una legítima defensa putativa, tampoco eximiría de responsabilidad a la administración (...).

[L]a causal de legítima defensa putativa³⁴, subjetiva o pensada, no da lugar a una exoneración de la demandada, como sí lo sería, efectivamente, en el caso de la causal de justificación de la legítima defensa objetiva, pues su constatación acredita el actuar injusto de la víctima ...". (Se resalta y subraya).

De otra parte, la aplicación jurisprudencial del criterio según el cual en caso de no comprobarse la participación de la víctima con carácter exclusivo y determinante para la producción del daño hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado aplicando la reducción de la indemnización por los perjuicios sufridos por la víctima, se puede constatar en pronunciamientos recientes.

- Sentencia del 9 de mayo de 2011, expediente 19.976³⁵:

"[E]l acervo probatorio relacionado da cuenta de que en la noche del 7 de enero de 1993, en la ciudad de Cúcuta, el señor Valentín José Oliveros Cuéllar sufrió lesiones como consecuencia de disparos que le propinaron agentes de Policía, mientras éstos se encontraban en servicio activo y

34 Nota original de la sentencia citada: "Hay legítima defensa putativa, cuando el agente, obrando bajo la influencia de un error de hecho, reacciona, con medios que serían idóneos para repeler un peligro que, equivocadamente, se pensó que existía. Es aquella, que "tiene origen en un error de hecho y en la cual el medio se proporcional peligro imaginario" [Peco, "Proyecto de Código Penal", pág. 69].

"La defensa putativa, como lo indica la palabra, es la creencia en que nos hallamos de ser atacados y que, subjetivamente nos hace pensar que es necesaria la defensa [Jiménez de Asúa, "La ley y el delito", pág. 378]. En SISCO, Luis P., La defensa justa (Estudio doctrinario, legal y jurisprudencial sobre la legítima defensa), Buenos Aires, El Ateneo, 1949, p. 317".

35 Sección Tercera, Subsección C.

utilizando para ello el arma de fuego que les había sido suministrada como parte de su dotación.

(...)

Así las cosas, el acervo probatorio obrante en el expediente no deja a la Sala duda alguna en torno a que la actuación desplegada por los agentes de la Policía Nacional que intervinieron en los hechos ... Sin embargo, no es menos cierto que los mismos **no resultan desde el punto de vista jurídico exclusivamente imputables a la Administración actuante**, como lo alega el apoderado de la parte demandante, toda vez que el proceder asumido por el actor fue abiertamente imprudente, agresivo e irresponsable como atinadamente lo resaltó el a quo al afirmar que "... el afectado se sometió a un riesgo extraordinario que causó la reacción dada, más en un Barrio de Orden Público...".

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

En cuanto al elemento de la imprevisibilidad, ... **no se probó que tales disparos hubieran estado dirigidos contra los agentes de Policía, ni que generaron por sí mismos un peligro inminente tanto para los uniformados como para los ciudadanos que se encontraban cerca al lugar, pero éste actuar sí provocó la reacción inmediata, desproporcionada e innecesaria desplegada por los agentes de la Fuerza Pública, con las consecuencias ya conocidas.**

Lo expuesto fuerza a concluir que **no se encuentra plenamente acreditada la configuración de la**

eximente de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima al no estructurarse la concurrencia de sus elementos, circunstancia que permite realizar la imputación jurídica del daño causado por la entidad pública demandada, ... aunque, eso sí, su reparación estará rebajada en proporción a la participación de la víctima (...).

Por lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia apelada, esto es la proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Descongestión de Santander, Norte de Santander y Cesar el 29 de septiembre del 2001, **en cuanto disminuyó en un 50% la condena impuesta a la entidad demandada, en virtud de la participación directa de la víctima en el hecho dañoso y, en consecuencia, analizará el monto de los perjuicios solicitados en la demanda sobre la base de dicha disminución de la condena**". (Se resalta).

- Sentencia del 30 de julio de 2008, expediente 17.066.

"En el caso concreto **la participación de la víctima radicó básicamente en el hecho de que encontrándose en estado de alicoramiento, insistió en volver en dos oportunidades a la garita, agredió física y verbalmente a Pinto Palomino e incluso lo amenazó de muerte, comportamiento que incitó al soldado de la Fuerza Aérea para que le disparara.**

Pero frente a esta reacción del uniformado, vale la pena destacar que los miembros de la Fuerza Pública, precisamente por las funciones a su cargo que implican la defensa del territorio nacional y el mantenimiento del orden público interno, deben contar con una formación y un entrenamiento adecuados para el manejo de las armas que les permita concientizarse de su peligrosidad y de la precaución que deben observar cuando las portan, la cual sin lugar a dudas deben extremar cuando

se están desarrollando labores de centinela, en donde si bien la vigilancia juega un papel importante en la medida en que la seguridad de las instalaciones y el personal militar puede verse amenazada en mayor grado, debe extremarse el cuidado y las reacciones, para los uniformados que se encuentren prestando el servicio y hayan recibido la instrucción sobre su uso.

(...)

En el proceso está demostrado que las lesiones causadas al señor William Orlando Franco Crespo fueron el resultado de una conducta irregular, ligera y abusiva asumida por **el soldado José Alejandro Pinto Palomino, quien con su actuar transgredió los reglamentos propios de la actividad que estaba desarrollando** al no observar la más mínima reflexión, cuidado y diligencia antes de disparar, deber que era imperativo; lo cierto es que el soldado Pinto Palomino se impacientó, con el **actuar alicorado y agresivo de la víctima** y ante esta circunstancia accionó imprudente y precipitadamente su arma, actuación esta que compromete la responsabilidad de la entidad pública demandada.

En cuanto a la decisión del Tribunal de considerar que **el daño es imputable a la víctima en idéntica proporción porque contribuyó eficazmente en su producción, toda vez que se expuso en forma imprudente a un riesgo**, esta Sala confirmará la misma, advirtiendo que cuando está demostrado que en la producción del daño concurrieron en forma eficiente y en idéntica proporción el hecho de la víctima y la actuación del Estado, resulta preciso declarar la concurrencia de culpas”.

- Sentencia del 14 de mayo de 2012, expediente 23.710³⁶:

“[S]e encuentra que los agentes de la Policía Nacional, el día de los hechos, respondieron a una

llamada de auxilio ante la situación que se estaba presentando en la Urbanización Tierra Linda del Municipio de Los Patios, Norte de Santander, consistente en el comportamiento agresivo que el señor Jesús María Prado Álvarez, en estado comprobado de alicoramiento, estaba presentando contra la señora Ludy Cecilia Durán Rojas, quien era su compañera sentimental, conducta que se materializó con los golpes que recibió de parte del hoy occiso y la amenaza que con un objeto cortopunzante el referido señor Prado Álvarez hizo contra su compañera.

De igual forma, en el momento en el cual la patrulla hizo su arribo, fue recibida con objetos contundentes arrojados por el citado sospechoso, quien al observar que los agentes se bajaron del automóvil emprendió su huida. No obstante, el agente Vega Quintero y el patrullero Reinoso Rubio lograron su aprehensión y mientras iban conduciendo al sospechoso a la patrulla, el hoy occiso trató de arrebatarse el arma que portaba el agente Vega Quintero, lo cual generó un forcejeo que llevó a los dos hombres al piso y, estando allí se produjo el accionar del arma de fuego dotación oficial.

Como se observa, **el comportamiento que asumió el señor Prado Álvarez –sin causa o actuación comprobada por parte de los agentes para que se hubiese generado tal reacción– contribuyó de manera cierta y eficaz a la producción del hecho dañino**, puesto que de no haberse presentado tal conducta, el resultado seguramente hubiese sido distinto.

Así las cosas, para la Sala no hay duda de que **en el presente caso en la producción del hecho dañino la actuación de la víctima fue determinante**, puesto que sin justificación alguna y de manera irresponsable e imprudente se puso a sí mismo en peligro al tratar de eludir la actuación de la Policía Nacional y pretender arrebatarse el arma al agente

36 Sección Tercera, Subsección A.

que lo venía conduciendo, produciéndose con ello una riña que **–junto con las deficiencias que en el mismo procedimiento pueden imputársele a la Administración, reconocidas por el Tribunal a quo–, produjo el desenlace fatal cuya reparación se está discutiendo en este proceso.**

(...)

*[M]otivo por el cual debe concluirse que en el presente asunto se cumplieron los presupuestos previstos por la ley y la jurisprudencia **para disminuir el monto de la indemnización, en la proporción que se indicó en la sentencia de primera instancia, al presentarse una concurrencia de culpas***. (Se resalta).

Finalmente, no debe perderse de vista que como se advirtiera en párrafos anteriores, la valoración de la legítima defensa también puede dar lugar a la fundamentación de la responsabilidad estatal en la falla del servicio, en tanto que al no encontrarse justificación para el uso de las armas en el caso concreto queda en evidencia una actuación excesiva de los Agentes que deslegitima la acción del Estado:

- Sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 20176³⁷:

“[E]l señor Toro Berrío se encontraba en el parque del municipio de Sabaneta actuando de forma irracional y desequilibrada, cuando fue abordado por tres agentes de policía, quienes pretendían que entregara un arma cortopunzante –machete– con el cual amedrentaba a los transeúntes. Ante la reclamación, el enfermo mental reaccionó de forma violenta y atacó con una piedra a uno de los policiales, quien respondió disparando su arma de dotación para defenderse de la agresión.

(...)

Si bien es cierto que está acreditado que el señor Toro Berrío se encontraba armado con un machete,

*no ocurre lo mismo respecto a si este se utilizó para agredir al agente de la policía, en cambio, en lo que sí no hay dudas, es que **el ataque consistió en lanzar una piedra, agresión que no se puede considerar concomitante o simultánea con la respuesta policial armada que fue exagerada y posterior.***

*Adicional a lo anterior, se demostró que para contener la actuación irracional del señor Toro Berrío acudieron tres agentes de policía, quienes en número, experiencia y raciocinio lo superaban, por lo tanto, **estaban capacitados o debían estarlo para desplegar medidas de control más eficaces que evitaran el fatal desenlace y un sacrificio inútil, pues el respeto al derecho a la vida debe ser absoluto e incondicional como lo ha expresado esta Corporación (...).***

*Efectuadas las anteriores consideraciones, y en atención a los medios probatorios señalados, para la Sala es evidente que en el caso concreto se **incurrió en una falla del servicio por exceso de la fuerza pública...**, comoquiera que el resultado fue desproporcionado en relación con la inminencia de la circunstancia”. (Se resalta).*

- Sentencia del 28 de abril de 2010, expediente 18949:

*“[E]l mencionado ciudadano se encontraba en el lugar del enfrentamiento por ocurrir el mismo en el lugar de su residencia, esto es, en una finca en la que vivía con su nieta ubicada en la vereda de Balsamina perteneciente al municipio de San Calixto - Norte de Santander, de manera que su presencia en ese momento era inevitable por tratarse de su casa de habitación y de ella no puede derivarse su calidad de insurgente, **ni permite justificar la acción desmedida de la fuerza pública de proceder, con sus armas de dotación oficial, a quitarle la vida.***

[L]a Sala no comparte la decisión proferida en primera instancia en relación con la configuración

de la causal eximente de responsabilidad, relacionada con la culpa exclusiva de la víctima, comoquiera que en el proceso no se acreditó que el señor ELBERTO CARRASCAL PINZON fuera en realidad miembro del grupo de insurgentes y, mucho menos, que tuviera una participación activa en el enfrentamiento que se presentó entre las tropas del Ejército que adelantaban operaciones en la zona y el grupo insurgente que allí se encontraba”.

(...)

El solo hecho de estar presuntamente relacionado con la conducta delictiva de un grupo insurgente de las FARC, circunstancia que en el proceso, se reitera, no fue acreditada, tampoco constituye un evento que por sí solo configure la causal eximente de responsabilidad, por ser

el daño imputable a la conducta exclusiva de la víctima, toda vez que a la entidad demandada le correspondía demostrar que en las circunstancias específicas en las que se desarrollaron los hechos, se actuó en legítima defensa, con la finalidad de proteger la integridad y la vida de las tropas o de las demás personas que puedan estar en peligro”. (Se resalta).

Lo que se ha venido exponiendo permite seguir advirtiendo la trascendencia que para la defensa del Estado comporta la alegación de circunstancias constitutivas de legítima defensa y por ende de la efectividad que puede llegar a tener el hecho de la víctima que de tal actuación se deriva y que impide la atribución de responsabilidad patrimonial a la entidad demandada, o al menos evita que se produzca a su cargo una condena total al pago de los correspondientes perjuicios.

2. Responsabilidad del Estado por daños sufridos por miembros de la fuerza pública

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 216 de la Constitución Política, la fuerza pública está integrada por la Policía Nacional y por las Fuerzas Militares (Ejército, Armada y Fuerza Aérea, art. 217 constitucional). Por su parte, el servicio militar obligatorio, el artículo 13 de la Ley 48 de 1993 prescribe que este puede prestarse en las siguientes modalidades: soldado regular, soldado bachiller, auxiliar de policía bachiller y soldado campesino; así mismo, tal servicio puede ser prestado en condición de auxiliar del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC)³⁸.

³⁸ Ley 65 de 1993. Artículo 50. Los bachilleres podrán cumplir su servicio militar obligatorio en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, distribuidos en los diferentes centros de reclusión, previo convenio entre los Ministerios de Defensa Nacional y de Justicia y del Derecho, después de haber realizado el respectivo curso de preparación en la Escuela Penitenciaria Nacional. Los bachilleres que hayan cumplido este servicio a satisfacción, podrán seguir la carrera en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional.

Por lo tanto, para efectos de la atribución de la responsabilidad estatal jurisprudencialmente se distingue entre los daños sufridos por el personal vinculado a las fuerzas militares en cumplimiento del servicio obligatorio o conscripción, de los daños sufridos por quienes voluntariamente ingresan a la carrera militar como opción profesional³⁹, siendo entonces necesario verificar en cada una de estas categorías cuál o cuáles los regímenes de responsabilidad aplicables, pues estos delimitan las respectivas posibilidades de defensa en cada una de estas categorías.

³⁹ Se debe tener en cuenta que cuando daños provienen de la inadecuada prestación del servicio de salud, o de cualquiera otra obligación de asistencia y protección que le sea exigible al Estado, el análisis de responsabilidad se fundamenta en el régimen subjetivo por falla del servicio. Al respecto, se encuentran entre otras las sentencias de octubre 18 de 1991, exp. 6667, agosto 10 de 2000, exp. 11845, agosto 10 de 2001 exp. 12947, 13 de noviembre de 2008, expediente 16.832.

2.1. Daños sufridos por quienes integran la fuerza pública en calidad de conscriptos para la prestación del servicio militar obligatorio

El surgimiento de la responsabilidad estatal por los perjuicios acaecidos a quienes cumplen con el mandato legal de prestar el servicio militar obligatorio justifica el reconocimiento de la correspondiente indemnización en tanto que, como lo ha considerado la jurisprudencia, la vinculación a la fuerza pública es claramente equiparable a la imposición de una carga pública, de un deber personal e individual que debe ser atendido para el beneficio general de la sociedad.

Es por tal razón que cuando estas personas en cumplimiento de esa carga pública sufren un daño se entiende que el Estado debe responsabilizarse de los perjuicios que dicha situación les acarrea porque pues tal daño se torna antijurídico, antijuridicidad que encuentra respaldo en cualquiera de los títulos de imputación dependiendo de las circunstancias específicas del caso.

De este modo, para la solución de los casos se ha dado aplicación tanto al régimen de responsabilidad subjetivo, como al régimen de responsabilidad objetivo. Así, en algunas ocasiones se ha considerado que el daño es generado por la ruptura del equilibrio en las cargas públicas y, por tanto, el título de imputación es el daño especial; en otros casos se ha dicho que el daño fue producto de la realización de un riesgo excepcional por la peligrosidad de la actividad desarrollada o el riesgo de la cosa (armas de dotación oficial); finalmente podrá decirse que el daño tiene su origen en una falla del servicio, resultando en general procedentes las posibilidades de exoneración por causa extraña de conformidad con los requisitos reiteradamente señalados para su reconocimiento⁴⁰.

⁴⁰ Sobre la aplicación de los distintos regímenes de responsabilidad ver por ejemplo las siguientes sentencias: 2 de marzo de 2000, exp. 11401; 3 de mayo de 2001, exp. 12.338; 25 de julio de 2002, exp. 14.001; 27 de noviembre de 2002, exp. 13090; 19 de agosto de 2004, expediente 15.971; 28 de abril de 2005, exp. 15.445; 10 de agosto de 2005, exp. 16.205; 30 de mayo de 2006, exp. 15.441; 3 de mayo de 2007, exp. 16200; 15 de

Conviene hacer mención de algunos precisos eventos en los cuales se aplica de preferencia el régimen subjetivo fundado en la falla del servicio.

- Falla por defecto en el arma de dotación asignada al conscripto. Sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 18717:

“En consecuencia, atendiendo los criterios jurisprudenciales señalados por la Sala y las pruebas que obran en el expediente, hay lugar a concluir la responsabilidad de la entidad demandada por la muerte del joven Hugo Hernán Londoño Henao dado que ocurrió mientras prestaba el servicio militar obligatorio y por una falla del servicio de la entidad demandada. En efecto, se demostró que el señor Londoño Henao falleció mientras prestaba el servicio como soldado bachiller y como consecuencia de un disparo con arma de dotación oficial que presentaba desperfectos por cuanto se disparaba automáticamente aunque estuviere en posición de seguro.

En este sentido, el Estado debe responder por incumplir con el deber de devolver a la víctima, quien ingresó al servicio militar en buen estado de salud, en condiciones similares a las que se encontraba. Pero además debe responder porque hubo falla en el servicio por los imperfectos que tenía el arma con la cual se ocasionó el disparo”. (Se resalta).

- Falla por inadecuado manejo de operativo. Sentencia del 30 de agosto de 2007, expediente 15724:

“[L]a Sala encuentra claramente demostrado el daño antijurídico invocado por la parte actora, consistente en la lesión padecida por el soldado voluntario Wilton Pérez Flórez, el 18 de marzo de 1995. De igual forma, se tiene certeza acerca de que la referida lesión se produjo a causa de una

octubre de 2008, exp. 18586; 30 de julio de 2008, exp. 18725; 23 de abril de 2009, exp. 17187; 3 de febrero de 2010, exp. 17543; 4 de febrero de 2010, exp. 17839.

herida por arma de fuego en la rodilla izquierda, que le fue propinada durante un enfrentamiento entre miembros de la Policía Nacional y del Ejército Nacional, en inmediaciones del Municipio de Codazzi (Cesar), aproximadamente a las 7:30 p.m. de ese mismo día.

La Sala considera igualmente demostrada la **imputación** jurídica del daño a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, en atención a que **se probó la anomalía del servicio de la parte demandada, consistente en un defectuoso proceder, respecto de la ejecución de una misión oficial encomendada.**

(...)

En efecto, **al momento de la ocurrencia del daño la víctima se encontraba prestando servicio militar voluntario y en desarrollo del mismo, recibió la orden de dirigirse, junto con otros compañeros, a verificar una situación anómala consistente en el desvío de unos vehículos de su ruta ordinaria hacia una trocha. Una vez en el lugar de los hechos y al momento de solicitar la detención de los referidos vehículos, los ocupantes de los mismos procedieron a disparar sus armas contra los primeros, quienes a su vez, repelieron el ataque.**

Los ocupantes de los vehículos eran agentes de la Policía Nacional, quienes también se encontraban en desarrollo de un operativo oficial, con miras a recuperar unas mercancías hurtadas a civiles al día anterior, por lo que, al encontrarse con el grupo de hombres armados del Ejército, **los confundieron con delincuentes y creyeron que pretendían recuperar las mercancías en mención, por lo que abrieron fuego contra el supuesto enemigo** (...)

Para la Sala es evidente **que la situación antedicha configura una falla del servicio por parte del Estado, en tanto que el hecho de que entren en confrontación armada dos**

grupos pertenecientes a la fuerza pública, bajo el entendido de estarse enfrentando con el enemigo, es una muestra de falta de previsión, coordinación y táctica militar y, constituye un palmario incumplimiento de sus obligaciones institucionales -artículos 217 y 218 Constitución Política- en tanto que dentro de sus deberes de defensa y protección de las instituciones y de la ciudadanía en general, no les está permitido abrir fuego indiscriminadamente, sin una previa verificación de quién es la contraparte y sobre todo, de si la acción armada es estrictamente necesaria, por cuanto el accionar las armas de dotación oficial en contra de personas debe ser la última opción, ante una inminente y actual agresión.

(...)

Es decir, está plenamente demostrado que **la causa adecuada del daño, entendida esta como aquella idónea o eficiente para la producción del mismo, está constituida por la falla del servicio en la cual incurrió tanto la Policía Nacional, como el Ejército Nacional cuando se enfrentaron entre sí, con un total desconocimiento de la proporción, la prudencia, la previsión y la táctica militar.**

(...)

En conclusión y **bajo la premisa de que la parte demandada no acreditó el haber obrado con diligencia, prudencia y cuidado y, porque no probó la presencia de una causal excluyente de responsabilidad alguna, la Sala confirmará la declaratoria de responsabilidad a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional ...”.**

- Falla por asignación de labores de inteligencia. Sentencia del 25 de febrero de 2009, expediente 15793:

“Para la Sala, la responsabilidad de la Administración se encuentra comprometida a título de falla en la prestación del servicio,

en tanto los soldados reclutados en calidad de conscriptos deben recibir instrucción para realizar actividades de bienestar social en beneficio de la comunidad y tareas para la preservación del medio ambiente y la conservación ecológica⁴¹, de suerte que a estas actividades deben ser destinados los jóvenes que prestan el servicio militar obligatorio en cualquiera de sus modalidades, por ende, someterlo a desarrollar tareas de inteligencia táctica de combate, tendientes a identificar a los adversarios o potenciales adversarios, su capacidad de ataque y centros de arremetida o cualquier otra forma de exponerlos al fuego del adversario constituye una falla en el servicio por la inobservancia de una obligación legal que implica el surgimiento de la responsabilidad de la administración determinado en el incumplimiento del contenido obligacional de protección que tiene el Estado en relación con los conscriptos.” (Se resalta).

- Falla por asignación de armas para prestar servicio militar obligatorio como guardián del INPEC. Sentencia del 28 de abril de 2010, expediente 17992:

“Para la Sala es claro que la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional e Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), se ve comprometida en el caso bajo análisis, pues en el momento en el cual el mencionado joven fue incorporado a las filas del Ejército Nacional, para cumplir con su obligación de definir su situación militar, este únicamente tenía el deber de soportar aquellas limitaciones o inconvenientes inherentes a la prestación del servicio militar obligatorio, como la restricción a los derechos fundamentales de locomoción, libertad, etc., pero como durante la ejecución de su deber constitucional, le sobrevino una vulneración a derechos que tienen protección jurídica, como lo

41 Nota original de la sentencia citada: “Parágrafo 2º del artículo 13 de la Ley 48 de 1993. Cfr. Num. 3”.

son la integridad personal, la salud –la cual era óptima antes de su ingreso al Ejército Nacional, entidad que lo asignó al INPEC- y la vida, ella es causa de imputación al Estado del daño por él padecido, por cuanto en este caso, el mencionado conscripto no compartió ni asumió ese tipo de riesgos con el Estado.

(...)

*Además, las pruebas allegadas por la misma parte demandada, dan cuenta de que **accidentes por el uso de armas de fuego, como el ocurrido el 18 de octubre de 1995, serían frecuentes entre los auxiliares bachilleres que prestaban su servicio militar obligatorio como auxiliares del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, por lo cual, a partir de 1996, se prohibió que a los auxiliares bachilleres les fueran encomendadas misiones que implicaran el uso de elementos peligrosos como las armas de fuego o los vehículos automotores (...)**”.*

- Falla del servicio por el uso de armas de dotación oficial en legítima defensa no comprobada. Sentencia del 15 de septiembre de 2011, expediente 20196⁴².

“la parte demandada aceptó la autoría de las lesiones causadas a Cáceres Pava, por parte de uno de sus agentes como un hecho cumplido en ejercicio de las funciones que le resultaban propias, pero que explicó también como consecuencia de un acto de legítima defensa.

(...)

*Las circunstancias que se dejan vistas desfiguran la legítima defensa aducida por la demandada, en tanto se tiene probado que **al momento de ser alcanzado por las balas del Centinela, el Soldado Cáceres Pava no se encontraba en posición de agresión en contra de este, ni de la compañía militar, todo lo cual pone de presente una***

42 Sección Tercera, Subsección A.

conducta que no se corresponde con el objetivo de la Fuerza Pública de proteger a las personas en su integridad personal, debiendo hacer uso de las armas de dotación como última ratio y no como fácil expediente para resolver todo incidente que se presente, por lo que, evidenciada esta conclusión, ha de entenderse que se impone en este caso concretar en cabeza de la demandada la responsabilidad por las lesiones causadas a Cáceres Pava, por ser producto de un hecho contrario al buen servicio, circunstancia que obliga a revocar la sentencia de primera instancia.

Valga aclarar que no hay lugar a declarar concurrencia de culpa emanada de la conducta del señor Jairo Cáceres Pava, en tanto, el mero hecho de evadirse de la base y regresar en horas de la noche –al que la providencia impugnada concedió especial trascendencia–, si bien constituye un acto que atenta contra la disciplina militar, no puede ser tenido como una conducta determinante del daño causado, máxime cuando –como ya se dijo– no se encuentra acreditado que portaba arma de fuego alguno o que hubiera intentado agredir al Centinela o a sus compañeros.” (Se resalta).

Finalmente se debe tener en cuenta que la invocación del hecho exclusivo de la víctima como causal de exoneración no resulta aceptable cuando se trata de suicidio o lesiones autoinfligidas, a menos que se demuestre que en el caso concreto el Estado incumplió los deberes de atención, cuidado y protección que le eran en ese evento específico exigibles.⁴³

En síntesis será en cada caso concreto con apoyo en el principio *iura novit curia* que podrá establecerse el régimen de responsabilidad aplicable con sus consecuentes posibilidades exoneratorias. Pero, fundamentalmente es la comprobación de la

⁴³ Al respecto ver las sentencias de noviembre 30 de 2000, exp. 13.329; 2 de septiembre de 2009, exp. 17521; 25 de noviembre de 2009, exp. 17401.

ocurrencia del daño antijurídico la que resulta en todo caso determinante de la responsabilidad estatal.

2.2. Responsabilidad por daños padecidos por miembros voluntarios de la fuerza pública

Toda vez que se ha entendido que la actividad profesional militar comporta la asunción de ciertos riesgos para la vida y la integridad personal de quienes voluntariamente deciden integrar los distintos estamentos de la Fuerza Pública, jurisprudencialmente se ha considerado que de manera excepcional la responsabilidad del Estado podría verse comprometida por los daños padecidos en desarrollo o con ocasión de esa actividad militar profesional.⁴⁴

La excepción radica entonces fundamentalmente en dos eventos; cuando la lesión o muerte se origine en una falla del servicio o, cuando se derive de la realización de un riesgo mayor –anormal, grave y excepcional– al que de ordinario se hallaba sometido el Agente.⁴⁵

Por lo tanto, en algunos casos la responsabilidad del Estado se establece como consecuencia de la comprobación de una falla del servicio y en otros casos se ha determinado con sujeción al régimen objetivo fundado en el riesgo excepcional dado que generalmente los daños se presentan con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas como lo es el uso de armas de dotación oficial principalmente.

De allí que la invocación de la falla del servicio como fundamento de la demanda no impide al juzgador estudiar el asunto bajo los parámetros del régimen objetivo fundado en el riesgo excepcional.⁴⁶

Así, en **sentencia del 14 de marzo de 2008, expediente 14338**, se aplicó el régimen objetivo de

⁴⁴ Así por ejemplo, sentencia de febrero 4 de 2010, exp. 17836.

⁴⁵ Entre otras, sentencias de noviembre 15 de 1995, exp. 10286; diciembre 12 de 1996, exp. 10437; abril 3 de 1997, exp. 11187; mayo 3 de 2001, exp. 12338; marzo 8 de 2007, exp. 15459.

⁴⁶ En tal sentido, sentencia del 27 de noviembre de 2002, expediente 13090 y sentencia del 18 de mayo de 2004, expediente 14338.

responsabilidad al considerarse que el armamento asignado al uso de un agente de la Policía Nacional, resultaba en exceso riesgoso. El análisis efectuado en dicha ocasión fue el siguiente:

“En el proceso están suficientemente demostradas: la actividad de riesgo ligada entre un instrumento peligroso, como es una subametralladora Uzzi (arma de dotación oficial) con dos Agentes del Estado: la víctima directa Rafael Antonio Artunduaga Bermúdez y el que tenía a su cargo el uso de esa arma, Juan Rossi Pérez; y las circunstancias de tiempo y lugar de ocurrencia del hecho dañino.

Los medios probatorios que se enlistaron antes son demostrativos de que el día 9 de julio de 1992, en la Estación de Policía Seres de Cali, el agente Rafael Antonio Artunduaga Bermúdez fue herido a causa del disparo de una subametralladora Uzzi, cuando se encontraba en servicio; el instrumento mediante el cual se produjo la lesión es cosa peligrosa en su estructura, y la percusión es actividad peligrosa. Las pruebas son indicadoras de que el hecho se produjo en forma desligada al riesgo que asumió dicho Agente cuando ingresó a esa profesión de Policía.”.

En el caso estudiado en la **sentencia del 10 de abril de 1997, expediente 10954**, se imputó responsabilidad a título de falla del servicio al encontrarse que la muerte del soldado se debió a la infracción de la reglamentación sobre entrega de armamento.

“Para la Sala no existe duda alguna con respecto a la existencia de la falla del servicio en el hecho que culminó con la muerte del soldado VÁSQUEZ GÓMEZ.

(...) obran en el expediente pruebas suficientes de que por el desacato del reglamento de medidas de seguridad, que prohibía a los suboficiales entregar sus armas a los soldados, culminó con la desafortunada lesión y posterior

muerte de quien figura como víctima en este proceso.” (Se resalta).

En el caso resuelto mediante **sentencia del 19 de agosto de 2004, expediente 15.791**, se consideró que las lesiones que le fueron causadas a un agente de la Policía con el arma de otro de sus compañeros ocurrió por una falla del servicio consistente en la desatención de las instrucciones que deben seguirse cuando se presta la labor de centinela, lo cual sirvió para que se considerara además que el daño sufrido por dicha causa no podía tenerse como uno de los riesgos propios de la actividad policial.

*“En el sublite, las explicaciones dadas por el agente de la Policía VALENCIA MONTENEGRO, que estaba en el lugar y hora de ocurrencia de los hechos, son claras, contestes y coherentes con las demás pruebas que obran en el expediente; él manifestó en su declaración que para poder desplazarse por las instalaciones en las que prestaban el servicio de vigilancia nocturna **debían utilizar un santo y seña -mecanismo que sirve usualmente para identificarse en situaciones en las que resulta indispensable la certeza de que quien se acerca pertenece a la institución-**, y esta obligación fue omitida por el soldado VERA ORTIZ, pues se asustó cuando escuchó un ruido y el perro ladró, y sin asegurarse de lo que ocurría, **simplemente optó por disparar, hiriendo de esta forma a un compañero suyo.***

(...)

En el proceso está demostrado que las lesiones causadas al soldado JAIME ARTURO PEÑA MUÑOZ fueron el resultado de una conducta irregular, ligera e irreflexiva asumida por el también soldado FREDDY ORTIZ VERA, quien con su actuar transgredió los reglamentos propios de la actividad que estaba desarrollando al no solicitar el santo y seña para identificar a quien estuviera cerca antes de disparar, deber que era imperativo para poder desplazarse dentro del

área donde prestaban el servicio de centinelas, tal y como lo sostuvo el compañero de aquellos en su declaración; lo cierto es que el soldado ORTIZ VERA se asustó cuando escuchó un ruido y ante esta circunstancia accionó imprudente y precipitadamente su arma, sin cerciorarse de lo que pasaba, sin pedir con voz alta el santo y seña antes de disparar, **precisamente para verificar que no se tratara de otro miembro de la institución**, actuación esta que compromete la responsabilidad de la entidad pública demandada.

De acuerdo con lo expuesto, surge con claridad que el daño antijurídico por el cual se reclama la indemnización de perjuicios en la demanda fue ocasionado por una falla del servicio, lo que permite deducir la responsabilidad patrimonial de la Policía Nacional, sin que sea de recibo la afirmación de la entidad demandada en el sentido de que las lesiones padecidas por el agente son propias del riesgo a que están sometidos los agentes estatales miembros de la Fuerza Pública a quienes se les ha encomendado la protección de la honra, vida y bienes de los ciudadanos colombianos, toda vez que aquellas no fueron producto de las funciones inherentes a su calidad de policía, no hacen parte de los riesgos propios de tal actividad, pues dichas lesiones, tal y como se explicó atrás, fueron el resultado de un funcionamiento anormal del servicio.” (Se resalta).

La falla del servicio también sirvió como título de imputación en el caso fallado en **sentencia del 8 de marzo de 2007, expediente 15459**, al encontrarse probado el defectuoso estado del arma de dotación oficial con la cual resultó lesionado un infante de marina.

“Así pues, está acreditado que las lesiones físicas que se causó el infante de marina fueron consecuencia del mal estado en que se encontraba su arma de dotación oficial, es decir, están acreditados los elementos de

responsabilidad extracontractual del Estado, como quiera que el daño antijurídico irrogado a los actores devino de un hecho de la Administración, el cual es constitutivo de una falla en el servicio, de tal manera que correspondía a la entidad pública demandada demostrar que tal falla no se configuró, entre otros por razón de su proceder cuidadoso y diligente o invocar y acreditar la ocurrencia de una causa extraña que excluya o atenúe la responsabilidad que, inexorablemente, surge en su contra, como consecuencia de la situación fáctica descrita anteriormente.

*En relación con este punto, la entidad demandada alegó como causa extraña la culpa exclusiva de la víctima, por cuanto el mantenimiento y control de las armas de dotación corresponde a quienes les han sido asignadas y porque el lesionado no informó acerca de la deficiencia que presentaba su arma en el seguro; sin embargo, **no obra en el plenario prueba alguna que permita establecer, con claridad, que el infante de marina hubiere tenido pleno conocimiento acerca de la avería o el defectuoso funcionamiento que presentaba el seguro del arma y, por tanto, mal podría imputársele alguna clase de omisión, puesto que -se reitera- en nada se probó que aquel conocía el mal estado del fusil que se le había asignado.***

*En efecto, se probó que el fusil que la demandada entregó al actor y a través del cual este se lesionó, presentaba deficiencias en el seguro, pero no se acreditó que esta persona tuviese pleno conocimiento de tal circunstancia, ya que no puede entrar a deducirse -como lo hizo el Tribunal de instancia- que, ante la deficiencia o el defecto en una parte del arma, debía el lesionado conocerla, pues **se trata de cuestiones técnicas relacionadas con el funcionamiento de la misma que le conciernen a personas con conocimientos idóneos y más especializados respecto de los cuales no se probó tampoco que los tuviere el***

integrante de la Armada Nacional que resultó lesionado.” (Se resalta).

Se sigue de lo anterior, que no encontrándose probada la falla del servicio, se aplica el régimen objetivo fundado en el riesgo excepcional.

Así, en el caso correspondiente a la **sentencia del 27 de noviembre de 2002, expediente 13090**, en el cual resultó ahogado un Subteniente del Ejército Nacional, al considerarse que tal circunstancia no correspondía a los riesgos propios del servicio.

“En conclusión la Sala encuentra que los ataques de la demanda por irregularidad no se demostraron. Pero como la demanda también adujo contra la Nación, respecto del hecho demandado, otro título jurídico de responsabilidad extracontractual como es el de riesgo, debe estudiarse. Y cabe destacar que en el evento hipotético de que la demanda no hubiese indicado como régimen jurídico aplicable el de riesgo, había lugar también a estudiar el caso bajo este régimen en virtud de la aplicación del principio iura novit curia, porque si bien se concluyó que las fallas endilgadas en la demanda no se comprobaron, de todas maneras los hechos de la demanda se vinculan, por otro aspecto, con el ejercicio de una actividad peligrosa.

(...) en este juicio los hechos aducidos en la demanda indican que el RIESGO que se imputó a la Nación NO SE CONCRETÓ EN LA ACTIVIDAD MILITAR DE COMBATE O DE DEFENSA que asumió a voluntad del Subteniente Germán Mesa Correa. En casos similares a este por los riesgos que soportó el militar de profesión diversos a los de combate y defensa del Estado, el Consejo de Estado ha estudiado la responsabilidad patrimonial con aplicación al régimen de riesgo.

(...)

Particularmente se probó que el 27 de noviembre de 1992 a las 19:45 horas, aproximadamente, la

Compañía ‘Cóndor’ del Batallón N° 2 de Fuerzas Especiales Rurales ‘Francisco Vicente Almeida’, al mando del TE. Zapateiro Altamiranda Eduardo, y cuando efectuaba un movimiento de infiltración por el río Guamuez a la altura de la vereda Villa Victoria jurisdicción del Municipio de Puerto Asís Putumayo, el bote en que viajaba un destacamento naufragó al colisionar contra un tronco que arrastraba la corriente, hecho en el cual falleció ahogado el Subteniente Mesa Correa Germán, en misión del servicio (documento público, fol. 33 c. ppal. y fol. 22 c. 2).

(...) el Subteniente Correa falleció en misión del servicio por el naufragio del bote en que se desplazaba la Compañía militar de la que hacía parte (“El Cóndor”), hecho que significa que la ocurrencia de la muerte se produjo con vinculación a la concreción del riesgo del ejercicio de una actividad peligrosa, como es la movilización en un bote. Y no hay duda que ese riesgo fue creado por el Estado y se concretó en el ejercicio de sus propias actividades, porque se realizó para las actividades de infiltración por el río Guamuez para realizar conducta de Estado, como es la de vigilar.” (Se resalta y subraya).

Consideraciones similares se hicieron aún tratándose de un infante de marina que también desapareció al naufragar la lancha en la cual se transportaban para cumplir con una misión de servicio de orden público, sin que fuera aceptado el hecho del naufragio como constitutivo de fuerza mayor; así, en la **sentencia del 4 de febrero de 2010, expediente 18371**, el análisis que motivó la declaratoria de responsabilidad estatal con fundamento en el riesgo excepcional se hizo en estos términos:

“[L]a Sala encuentra suficientemente acreditado el hecho del desaparecimiento del Infante de Marina Voluntario CARLOS JAÍR SINISTERRA ARROYO, así como que dicha circunstancia se produjo cuando este se encontraba en servicio activo, bajo el

mando del Batallón de Fusileros de Infantería de Marina No. 6 con sede en Juradó, Chocó.

Sostuvo el apoderado de la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional que lo ocurrido al infante de marina constituía un riesgo propio del servicio, pues, a su juicio, para un infante de marina tales riesgos se concretan en **“morir o desaparecer en el mar”**, y que estos además debían ser asumidos por SINISTERRA ARROYO en atención a su condición de Voluntario o profesional; en todo caso, alega que el naufragio de la lancha que lo transportaba no obedeció a “fallas en la operación fluvial (sic)”, sino **“al fenómeno natural, irresistible e impredecible, de alto oleaje o del mar picado”** que configura un evento de fuerza mayor que exonera de responsabilidad cualquiera que sea el régimen de responsabilidad que se aplique.

Respecto de tal argumentación bueno es precisar que es cierto que en criterio de la Sala ha de atribuirse consecuencias jurídicas diversas en tratándose del personal vinculado a las fuerzas militares en cumplimiento del servicio obligatorio o conscripción, de aquel que voluntariamente ingresa a la carrera militar como opción profesional, evento este último en el cual se ha sostenido de manera general que el Estado compromete su responsabilidad bien cuando incurre en una falla del servicio o bien cuando el daño se origina en un riesgo excepcional, anormal.

(...)en punto del riesgo propio del servicio que se predica de los integrantes de la Fuerza Pública vinculados a la institución de manera voluntaria es menester precisar que **los daños que tales funcionarios deben soportar son aquellos que resulten de la materialización o concreción del riesgo asumido**; por ende, también corresponde advertir que **no todos los integrantes de la Fuerza Pública asumen los mismos riesgos** y que por esa razón, a efectos de determinar en un evento concreto ese ‘riesgo profesional’, necesariamente

ha de tenerse en cuenta la naturaleza de las funciones, la de las actividades y la de la misión que al momento de los hechos le correspondía ejecutar, de conformidad con la labor escogida y la institución a la cual se vinculó.

Para el caso específico de la ARMADA NACIONAL ha de considerarse que esta institución cuenta con diferentes unidades: Fuerza Naval del Caribe, Fuerza Naval del Pacífico, Fuerza Naval del Sur, Comando de Infantería de Marina, Comando de Aviación Naval, Comando de Guardacostas y Comando Específico de San Andrés y Providencia, cada una de estas Fuerzas y Comandos destinadas a diferentes y especiales labores; CARLOS JAÍR SINISTERRA ARROYO laboraba como Infante de Marina, es decir que pertenecía al Comando de Infantería de Marina a cuyo cargo se encuentra el desarrollo de operaciones terrestres dentro de la jurisdicción asignada a la Armada Nacional; tanto así que para el momento en el cual ocurrieron los hechos que originaron la presente demanda, SINISTERRA ARROYO estaba asignado al Batallón de Fusileros No. 6 en comisión de servicios para el control del orden público en el área de Juradó, Chocó.

A propósito de las actividades asignadas a los Infantes de Marina en circunstancias o regiones de orden público, refiere el mismo apelante en su alegato que estas consisten en **“la lucha contraguerrilla”** siendo su **“preparación”** encaminada a la realización de esas tareas; precisamente resulta concordante con tal planteamiento lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 444 de 1975⁴⁷ -Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de prestaciones

47 Nota original de la sentencia citada: *“El soldado, grumete o dragoneante en servicio activo que desapareciere en combate con el enemigo, en naufragio de la embarcación en que navegaba, en accidente aéreo o en cualquier otra circunstancia, sin que se vuelva a tener noticia de él durante 30 días, se le tendrá como provisionalmente desaparecido, previa comprobación de la autoridad respectiva, mediante la investigación correspondiente (...)”*.

sociales para el personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares-, de cuyo contenido se infiere que mientras los soldados corren el riesgo de desaparecer en combates con el enemigo, los grumetes –aprendices de marinero– corren el mismo riesgo por el “naufragio de la embarcación” en la que navegaban.

Significa lo anterior que en la medida en que las labores y actividades que realizan los miembros de la Fuerza Pública, incluso dentro de una misma unidad, puedan llegar a ser materialmente diferenciables en atención a las particulares condiciones y características propias de su formación, entrenamiento y propósitos, tales distinciones necesariamente deben ser consideradas y valoradas en cada caso particular a efectos de garantizar una adecuada determinación de los riesgos propios de esa específica labor o servicio y, por ende, de asegurar debidamente la asignación de los efectos jurídicos a que haya lugar respecto de la configuración de la responsabilidad estatal.

Así las cosas, en el caso que aquí se estudia no es posible acoger el señalamiento del apelante cuando afirma que CARLOS JAÍR SINISTERRA ARROYO había asumido voluntariamente el riesgo de “morir en el mar”, pues, se reitera, dicho Infante estaba en servicio activo en una unidad armada en tierra con misiones específicas de control de orden público –contra guerrilla– y ocurre que para el momento de los hechos no estaba ejecutando alguna actividad propia de tal misión, pues su desplazamiento en la lancha tenía un propósito distinto, cual era adentrarse en el mar para abordar otra embarcación; es decir que dicha actividad se encontraba por fuera DE (sic) la especialidad en la cual se desempeñaba y para la cual se formó. Por manera que en este específico caso, no es posible atribuir el desaparecimiento de la víctima a la materialización de un riesgo propio del servicio al cual él se vinculó de manera voluntaria.”. (Se subraya).

En la **sentencia del 30 de marzo de 2006, expediente 15441**, tampoco se encontró probada la falla del servicio alegada por el demandante y sin embargo la responsabilidad estatal fue declarada con fundamento en el riesgo excepcional que, se consideró, implicó para el agente de la Policía la explosión de una granada de fragmentación que hacía parte del armamento oficial asignado, hecho que le causó la muerte.

“En el caso sub examine, la Sala encuentra que la parte actora no fundamentó la falla del servicio que alegó en la demanda, pues simplemente se limitó a manifestar que la víctima había muerto cuando hizo explosión una granada que le había sido entregada como armamento de dotación oficial. Sin embargo, en la oportunidad procesal para alegar de conclusión, el demandante hizo consistir la falla en el hecho de que una de las granadas de fragmentación que había sido entregada a la víctima, no tenía una cinta de seguridad, y que por ello fue que se generó la explosión.

(...)

Lo anterior permite concluir que la cinta de seguridad a que hace alusión la parte demandante, era una medida de seguridad adicional que voluntariamente colocaba el personal, pero que no venía con la granada entregada como dotación por la institución policial.

(...)

En el sub lite, la muerte de la víctima no ocurrió en circunstancias propias de las actividades normales de los agentes estatales miembros de la Fuerza Pública, a quienes se les ha encomendado la protección de la honra, vida y bienes de los ciudadanos colombianos, como por ejemplo el de ser heridos en combates con grupos armados al margen de la ley, en enfrentamientos con la delincuencia común,

o morir en medio de un operativo organizado como parte de las funciones a cargo de los uniformados, inherentes a su condición.

*Simplemente, del escaso acervo probatorio que se allegó al proceso, se tiene que **la muerte del agente HÉCTOR JAIME GONZÁLEZ VALLEJO fue a causa de la explosión de una granada de dotación oficial, en momentos en que este se disponía a entregar su turno de centinela** en una de las estaciones de policía en la Unidad del Plan Energético Florida II del Departamento de Policía del Cauca.*

Por lo tanto, el estudio del caso se hace bajo un régimen de responsabilidad objetiva derivado del ejercicio de una actividad peligrosa (uso de armas) que origina un riesgo de naturaleza grave y anormal, en donde le corresponde a la parte demandante demostrar, como lo hizo, la existencia del daño (muerte de HÉCTOR JAIME GONZÁLEZ VALLEJO) y la relación causal entre éste y la actividad administrativa generadora del riesgo (nexo instrumental - arma de dotación oficial). ” (Se resalta y subraya).

El título de riesgo excepcional fue aplicado directamente en **sentencia del 26 de mayo de 2010, expediente 18950**, al considerarse que las lesiones sufridas por un miembro de la Fuerza Pública por otro de sus compañeros con arma de dotación oficial, no hacía parte del riesgo propio de su actividad.

*“En el sub lite, a partir del acervo probatorio relacionado anteriormente puede concluirse **que las lesiones ocasionadas al señor Mosquera Forero no ocurrieron en circunstancias propias de las actividades normales de los agentes estatales miembros de la Fuerza Pública, a quienes se les ha encomendado la protección de la honra, vida, bienes, derechos y demás libertades de los ciudadanos colombianos, como por ejemplo el de ser heridos en combates con grupos armados al margen de la ley, en enfrentamientos***

*contra la delincuencia común, o morir en medio de un operativo organizado como parte de las funciones a cargo de los uniformados, inherentes a su condición, sino que, simplemente, del acervo probatorio que se allegó al proceso se tiene **que las lesiones ocasionadas al agente Mosquera Forero fueron causadas por un agente de Policía con su respectiva arma de dotación oficial, supuestamente porque el bus en que se movilizaba aquel no atendió la orden que le fue impartida por los centinelas para que se detuviese, cuando este llegaba a la Escuela de Suboficiales de la Policía Nacional de Sibaté, luego de disfrutar de un período de franquicia.** (Se resalta y subraya).*

Esta línea de criterio se corrobora con el pronunciamiento jurisprudencial más reciente resuelto por el Consejo de Estado⁴⁸ en **sentencia del 13 de junio de 2013, expediente 25712**, en el cual se consideró que la muerte sufrida por un Suboficial era imputable al Estado a **título de riesgo excepcional**, toda vez que el hecho ocurrió por el siniestro de la aeronave en la cual la víctima se transportaba junto con otros compañeros para cumplir un operativo militar en zona de orden público y por tanto el daño fue originado por la realización de un riesgo distinto al asumido para el ejercicio de las funciones del Suboficial, pues dentro de estas no estaba la de maniobrar ni conducir la aeronave.

Corolario de lo anterior, cuando el daño sufrido en servicio es causado con arma de dotación oficial se aplican los mismos criterios que rigen para ese supuesto general, tratado en la primera parte de este documento. Por tanto se exige al demandante prueba del nexo con el servicio, por lo menos de carácter instrumental, pues de no estar acreditada esa necesaria relación con el servicio, no procede la imputación del daño al Estado.

48 Sección Tercera, Subsección A.

2.3. Incidencia de la indemnización *a forfait* en la obligación resarcitoria a cargo del Estado

Al considerarse que la actividad profesional militar comporta riesgos frente a los cuales pueden ser reconocidas prestaciones sociales de origen laboral, al igual que se encuentran establecidas prestaciones económicas a favor de quienes prestan el servicio militar obligatorio, se presenta una particularidad específica de esta tipología referida a la solución dada por la jurisprudencia respecto de la incidencia que podrían tener tales reconocimientos prestacionales, conocidas como indemnizaciones *a forfait* en cuanto a la procedencia de las indemnizaciones resarcitorias reconocidas por la concreción de los riesgos profesionales.

A este respecto se encuentra que de conformidad con los criterios jurisprudenciales elaborados sobre la materia⁴⁹ no se presenta incompatibilidad alguna ni hay lugar a compensaciones o descuentos entre los reconocimientos económicos de origen laboral o legal y las indemnizaciones que se originan en la declaratoria de responsabilidad estatal, pues se considera que cada uno de estos beneficios patrimoniales proviene de causas jurídicas distintas, dando así preeminencia al principio de reparación integral del daño.

En todo caso, resulta pertinente advertir que en ciertas ocasiones la jurisprudencia tuvo en cuenta para la aplicación de este criterio la clase de riesgo que dio lugar al daño; así únicamente se reconocía la indemnización del daño si este se presentaba como consecuencia de la realización de un riesgo diferente al riesgo propio del servicio.

Lo cierto es que el criterio vigente viene siendo el de la procedencia de la indemnización plena del daño.

- Sentencia del 19 de agosto de 2004, expediente 15791:

"[T]ampoco comparte la Sala el argumento de la demandada en cuanto al enriquecimiento sin causa que generaría una condena en este proceso ya que la Policía Nacional "...estaría pagando dos veces la misma causa, se repite, pues aquel ya recibió los salarios por el tiempo de lucro cesante consolidado que determinó el despacho y aun sigue recibiendo sus salarios y puede solicitar si lo desea su pensión por invalidez...", pues tal y como lo ha sostenido la Corporación, las fuentes y causas de la indemnización laboral y la derivada de un proceso de responsabilidad extracontractual del Estado, son bien diferentes y, por lo tanto, no hay lugar ni a exclusión ni a descuento."

- Sentencia del 26 de mayo de 2010, expediente 18950:

"En relación con el lucro cesante reclamado por los demandantes y que fue negado por el Tribunal de primera instancia por considerar que estos conceptos fueron reconocidos dentro de la esfera de la responsabilidad derivada del vínculo laboral con la entidad demandada, reitera la Sala que, cuando se reconocen a favor del lesionado o de sus familiares los derechos laborales de carácter patrimonial, dichas sumas de dinero emanan de una relación jurídica de la cual se deriva una responsabilidad distinta a la que aquí se reclama y cuyo origen es la vinculación laboral, razón por la cual no existe justificación alguna para ordenar el descuento del valor de las prestaciones reconocidas al actor del monto de la indemnización que se llegare a reconocer por el ejercicio de la acción de reparación directa de conformidad con las razones anteriormente expuestas." (Se resalta).

⁴⁹ Sobre esta posición jurisprudencial y sus variaciones pueden consultarse las siguientes sentencias: 15 de febrero de 1996, exp. 10.033; 20 de febrero de 1997, exp. 11756; 25 de julio de 2002, exp. 14001; 27 de noviembre de 2002, exp. 13090; 19 de agosto de 2004, exp. 15791; 3 de mayo de 2007, exp. 16200; 30 de agosto de 2007, Exp.15724; 25 de febrero de 2009, Exp.15793; 28 de abril de 2010, exp. 17992.

3 ■ Aspectos comunes de especial relevancia para la formulación de la estrategia de defensa

Tanto en los casos en los cuales es un particular el que resulta afectado por el accionar de las armas, como cuando lo es un miembro de la fuerza pública sea en condición obligatoria o voluntaria, desde el punto de vista de la configuración de la responsabilidad estatal, la indemnización de perjuicios derivados de la lesión a la integridad personal de la víctima y los medios de prueba utilizados para valoración de los hechos, se identifican algunos precisos aspectos que operan de manera general a las distintas categorías que se han venido comentando y que por su trascendencia para la defensa judicial conviene mencionar.

3.1. Daños imputables al hecho de un tercero

Aun cuando de manera general se acepta que el hecho de un tercero como generador de la acción lesiva con arma de fuego, puede tener efectos liberatorios para la responsabilidad estatal en cualquiera de los regímenes aplicados para esta clase de eventos, lo cierto es que constituye una carga

procesal de la entidad demandada la acreditación de su ocurrencia que para el caso concreto y en condiciones de imprevisibilidad e irresistibilidad para la Administración.

- Sentencia del 11 de noviembre de 2009. Expediente 17927⁵⁰:

“Ahora bien, la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, señaló que el daño en comento no le podía ser atribuido en atención a que fue el señor Luis Gonzalo Rendón Rendón quien accionó su arma de fuego de forma indiscriminada en contra de sus agentes. Al respecto, considera la Sala que no es posible dar por acreditada la causal excluyente de responsabilidad denominada hecho exclusivo

⁵⁰ Aunque el hecho de tercero fue invocado por la entidad demandada en su defensa, tampoco fue aceptada en otros casos su procedencia al considerarse que el hecho de tercero no reunía las condiciones necesarias para su consideración como causa eficiente del daño: sentencias del 15 de octubre de 2008, exp. 18586; 23 de abril de 2009, exp. 17187; 3 de febrero de 2010, exp. 17543.

y excluyente de un tercero, en tanto que si bien se probó que el señor Rendón accionó un arma de fuego en contra de los agentes de la Policía Nacional, no se acreditó que el disparo que lesionó a los señores Elizabeth Pérez Sosa y José Rubiel Rincón Cuéllar, hubiere provenído de dicha arma; por el contrario, sí se probó que el sujeto aludido disparó en dirección de los uniformados, desde el vehículo en el cual huía, mientras este se encontraba aún en movimiento y que las heridas de los actores sucedieron una vez el vehículo ya había sido detenido por la patrulla de la Policía Nacional y sus ocupantes habían sido asegurados por los uniformados.

En conclusión, dado que está acreditado que las lesiones sufridas por los señores Elizabeth Pérez Sosa y José Rubiel Rincón Cuéllar el 13 de febrero de 1993, fueron causadas con un disparo percutido por un arma de fuego, accionada por un agente de la Policía Nacional en cumplimiento de los deberes propios de su cargo, sin que medie causal excluyente de responsabilidad alguna, la Sala confirmará en este punto la sentencia impugnada y, en consecuencia, declarará la responsabilidad de la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional.”.

- Sentencia del 13 de febrero de 2013, expediente 18148⁵¹.

“La entidad demandada solicita se le exonere de responsabilidad porque se configuró la causal eximente de responsabilidad consistente en el hecho del tercero.

(...)

Para que el hecho del tercero constituya causa extraña y excluya la responsabilidad de la entidad demandada no se requiere ni que aparezca plenamente identificado en el proceso ni que el tercero hubiere actuado con culpa, porque la

relación causal es un aspecto de carácter objetivo. Lo determinante en todo caso es establecer que el hecho del tercero fue imprevisible e irresistible para la entidad demandada, y que su actuación no tuvo ningún vínculo con el servicio, amén de haber constituido la causa exclusiva del daño.

Aplicando los anteriores planteamientos al caso que ocupa la atención de la Sala se encuentra que de las pruebas que reposan en el expediente se establece, con toda claridad, que el conductor del vehículo público escogió como ruta para llegar al hospital local de la población de Medina, la vía que pasa por el frente de la Estación de Policía y que con el fin de acceder libremente a dicha vía, le solicitó a su colaborador retirar la valla que obstruía el libre acceso a la misma.

*También se encuentra establecido que el daño por el que se demanda en los procesos acumulados corresponde a las muertes y lesiones de varios de los ocupantes del vehículo público y que **este daño fue producido por la conducta desplegada por los policiales al disparar en forma irreflexiva e indiscriminada contra el automotor, de ahí que no puede aseverarse que, como lo sostiene la demandada, hubiere sido la conducta asumida por el conductor del vehículo la causa eficiente del daño y, tampoco aceptarse que hubiera contribuido de manera efectiva en la causación del daño por el que ahora se reclama.**” (Se resalta).*

Aunque suele ser poco frecuente que la mencionada causal de exoneración opere con efectos liberatorios, pueden referirse los siguientes casos en los cuales el Estado obtuvo pronunciamientos judiciales favorables con apoyo en esta.

Es el caso de la **sentencia del 3 de mayo de 2007, expediente 16200**, se denegaron las pretensiones al no encontrarse probado que en los hechos que ocasionaron la muerte del soldado tuvo participación algún agente del Estado, sino que tal hecho resultaba exclusivamente atribuible a un tercero.

51 Sección Tercera, Subsección C.

“Sin embargo, tal y como quedó explicado, si bien se probó el daño antijurídico, no se acreditó la falla del servicio alegada, mientras que de otro lado, se advierte que, conforme a la escasa información sobre la ocurrencia de los hechos, se deduce que los mismos obedecieron al hecho exclusivo y determinante de un tercero, en la medida en que las graves lesiones sufridas por el soldado voluntario RINCÓN ROJAS obedecieron a la activación de un artefacto explosivo aparentemente instalado y camuflado por miembros del grupo subversivo autodenominado FARC, circunstancia que, de cualquier forma, rompe el nexo causal entre la actuación de la entidad demandada y el daño antijurídico.

(...)

En las condiciones anotadas, imposible resulta deducir la responsabilidad patrimonial de la Nación -Ministerio de Defensa Nacional, razón por la cual, la sentencia de primera instancia será confirmada.” (Se resalta).

La ausencia de responsabilidad estatal también se determinó en la **sentencia del 26 de mayo de 2010, expediente 18903**, debido a que no se demostró la participación de agente alguno del Estado en los hechos por los cuales resultó lesionado un miembro de la Policía.

“Sobre la forma en que ocurrieron los hechos en que resultó herido el agente de la Policía JHON JAIRO SEPÚLVEDA únicamente se cuenta con la prueba testimonial atrás referida, la cual no otorga certeza a la Sala acerca de la participación en ellos de algún miembro del Ejército Nacional.

(...)

Tampoco se encuentra prueba técnica indicativa de que la lesión propinada al demandante haya provenido de un arma de dotación oficial, menos aún accionada por

personal del Ejército Nacional o de cualquier otro miembro de la Fuerza Pública o funcionario estatal, pese a que los testigos señalaron que en el vehículo en el cual se transportaban fue inspeccionado por las autoridades y que estas, -según su dicho miembros de la SIJIN-, habrían encontrado vainillas correspondientes a fusiles de uso privativo de las Fuerzas Militares, además que, según consta en la historia clínica remitida por el Hospital de la Policía Nacional al Agente SEPÚLVEDA GÓMEZ, le fue extraído el proyectil causante de la lesión sufrida.

(...)

Por manera que, al igual que lo estimó el Tribunal a quo, la Sala no encuentra probada la alegada falla del servicio que la parte actora endilga a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, toda vez que, según acaba de verse, la parte actora no acreditó que la lesión por cuya indemnización se reclama hubiere sido causada por la actuación de dicha entidad.” (Se resalta).

Ahora bien, se debe tener en cuenta que si el hecho del tercero se presenta como concurrente con la actuación de los Agentes de la Administración, la consecuencia jurídica que viene dando la jurisprudencia a tal situación es que la Entidad no se exonera de responsabilidad y tampoco hay lugar a reducción de indemnización por concurrencia de causas, sino que en tal hipótesis tiene lugar la declaratoria de la responsabilidad solidaria entre la Administración y el tercero, caso en el cual la entidad está llamada a cumplir con la totalidad de la condena impuesta conservando la posibilidad de subrogarse frente a tercero, a fin de obtener el reembolso del porcentaje que de conformidad con su participación en la producción del daño que le corresponda asumir.

Así, en sentencia del 18 de mayo de 1992⁵², el Consejo de Estado estableció claramente esa precisión:

52 Sección Tercera, Expediente 2466.

*“En el sentido, cuando se da concurrencia de culpas no se puede dividir la obligación indemnizatoria y menos por la vía de la compensación, como se hizo en el caso concreto al condenar solo con un 50%. En otras palabras, **cuando concurre el hecho de tercero con la falla de la administración se da la concurrencia de sujetos responsables y por eso se habla de solidaridad entre estos. Pero cuando el hecho de terceros es exclusivo y determinante será causal de exculpación, porque por sí solo fue el productor del daño.***

(...)

Cuando la culpa de la víctima sea exclusiva o cuando el hecho de tercero tenga esa misma nota no podrá hablarse de responsabilidad de la entidad pública, porque no existirá la relación de causalidad entre un hecho de esta y el perjuicio.

Tan clara es la diferencia entre los fenómenos enunciados que el mismo Código Civil los trata en dos formas diferentes. Mientras la concurrencia con efectos de solidaridad (presencia de más de un sujeto responsable) está regulada en el artículo 2344 del C.C., la compensación, con efectos morigeradores de la condena, está contemplada en el artículo 2357 en los siguientes e inequívocos términos: la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.” (Se resalta).

Igualmente ilustrativa sobre este punto resulta la sentencia proferida el 22 de junio de 2001:

“El concurso de conductas eficientes en la producción de un daño, provenientes de personas distintas a la víctima directa, genera obligación solidaria y, por lo tanto, el dañado puede exigir la obligación de indemnización a cualquiera de las personas que participaron en la producción del daño (arts. 2.344 y 1568 Código Civil). Por consiguiente, cuando la conducta del tercero no es única ni exclusiva sino coparticipada en forma eficiente y adecuada con la del demandado

*(s), el afectado puede pedir la declaratoria de responsabilidad de uno o de todos los deudores solidarios (art. 1571 ibídem). Esta es la situación por la cual la coparticipación del tercero no es constitutiva de exonerante de responsabilidad; para que la conducta del tercero fuera exonerante se requeriría su exclusividad y, además, que fuera determinante en la producción del daño”.*⁵³. (Subrayas del texto original).

No obstante, respecto del mencionado criterio jurisprudencial corresponde advertir que la aplicación de la solidaridad por la producción concurrente del daño entre la entidad pública y la Administración, podría llegar a tener un importante replanteamiento en razón a la disposición contenida en el inciso final del artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 –Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- al regular la procedencia de la Acción de Reparación Directa como Medio de Control Judicial.

Artículo 140.- Reparación Directa

(...)

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.

Cabría entonces considerar que con la entrada en vigencia de este precepto normativo podría aducirse por la entidad pública demandada la ruptura de la solidaridad para efectos de la indemnización de perjuicios que venía fundándose sin más en el artículo 2344 del Código Civil, a fin de evitar que se profiera en su contra una condena por la totalidad de la reparación que el juez en el caso específico disponga, y por tanto cobrarían una notoria relevancia los argumentos de defensa tendientes a

53 Nota original de la sentencia citada: “Expediente 13233.”.

demostrar no solo la exclusión de la responsabilidad estatal por la atribución exclusiva del daño al tercero, sino también y en forma alternativa la comprobación de su participación en un porcentaje mayor al de la Administración.

3.2. Ineficacia de la defensa mediante el llamamiento en garantía

El llamamiento en garantía del Agente no debe considerarse un medio de defensa, puesto que el propósito de este instrumento procesal es evitar a la entidad demandada la posterior formulación de una demanda de repetición al obtener en el proceso de reparación directa la declaratoria de responsabilidad del Agente llamado en garantía. De allí que aunque se obtenga tal pronunciamiento lo cierto es que este no exonera de responsabilidad a la Entidad, la cual es en todo caso condenada al pago de los correspondientes perjuicios.⁵⁴

Es por tal razón que la Ley 678 de 2001 en el párrafo del artículo 19⁵⁵ señaló expresamente que el llamamiento en garantía al agente no puede efectuarse si dentro de la contestación de la demanda propuso excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor.

3.3. Indemnización de perjuicios morales por lesiones

Tradicionalmente la jurisprudencia ha presumido el daño moral causado por las lesiones sufridas por la víctima y también por los familiares cercanos de quien padece la lesión. En desarrollo de tal presunción también se ha establecido que la levedad o gravedad de la lesión se toman en cuenta para determinar la intensidad del perjuicio moral y tasarlo.

54 Ver en este sentido sentencia del 14 de julio de 2004, exp. 14834; sentencia del 14 de mayo de 2012, Sección Tercera, Subsección A, exp. 23710.

55 Norma declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C- 965 del 21 de octubre de 2004.

De allí que, a mayor gravedad de la lesión más cercana será la cuantía de la condena al límite máximo señalado por la jurisprudencia en caso de muerte, esto es, 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como podría ser el caso de la categoría denominada como "*lesiones gravísimas*" calificando como tales los eventos de "*mutilaciones, pérdida de órganos o cuadraplejía.*"⁵⁶

- Sentencia del 30 de julio de 2008, expediente 17066:

"El reconocimiento de perjuicios morales derivados de las lesiones corporales padecidas según ha dicho la Sala⁵⁷, impone distinguir entre lesiones graves o leves.

En el primer caso, lesiones graves, se ha sostenido:

- *respecto a la víctima, que con la demostración del daño antijurídico por lesión grave tiene derecho a la indemnización de perjuicio moral.*

- *en lo que atañe a las víctimas indirectas –en este caso, padres, hermanos y damnificado– que tienen derecho a la indemnización del perjuicio causado por lesión grave de su pariente o de quien recibe el trato de pariente siempre y cuando demuestren, en primer término, la lesión grave y, en segundo lugar, el parentesco o vínculo de afecto. La jurisprudencia infiere de estos dos hechos, demostrados plenamente, que los actores padecieron dolor moral ().*

En el segundo caso, es decir, indemnización por perjuicios morales ocasionados por lesiones "leves", deben distinguirse las siguientes situaciones:

para la víctima directa: una vez prueba el daño antijurídico por lesión leve, es claro, que tiene derecho a la indemnización por perjuicio moral; es de la naturaleza de los seres humanos que cuando sufren directamente el impacto de una

56 Sentencia del 11 de noviembre de 2009, exp. 17927.

57 Nota original de la sentencia citada: "Consejo de Estado. S.C.A. Sección Tercera, sentencia de marzo 1º de 2008 C.P. María Elena Giraldo."

lesión física leve que fue producida con arma, tuvo que padecer congoja y tristeza pues su psiquis se afectó desde el ataque, así el resultado no haya sido de magnitud grave; pero:

• *para las víctimas indirectas –como en este caso padres, hermanos y damnificados– es necesario demostrar la lesión leve, el parentesco o el vínculo de afecto (que se es damnificado) y además que aquella lesión les produjo dolor moral; en este tipo de lesión, leve, la jurisprudencia no infiere padecimiento moral de los dos hechos primeramente mencionados.”* (Se resalta).

es muy importante en la estrategia de defensa verificar el tipo de lesión, pues si la misma no es calificable como grave, es posible enervar la pretensión de daño moral formulada por las víctimas indirectas respecto del perjuicio causado por la lesión leve.

Por lo tanto es muy importante en la estrategia de defensa verificar el tipo de lesión, pues si la misma no es calificable como grave, es posible enervar la pretensión de daño moral formulada por las víctimas indirectas respecto del perjuicio causado por la lesión leve.

De igual manera, a propósito de la procedencia de la indemnización de los perjuicios morales, es fundamental para la defensa tener en cuenta que en todo caso siempre es posible actuar probatoriamente para

desvirtuar la presunción que aplica el juez para dar como probado ese daño, pues tal presunción surge de la regla de la experiencia basada en afecto que viene dado por el parentesco. Los siguientes pronunciamientos dan cuenta de esta clara posibilidad de defensa:

“Atendiendo la jurisprudencia de esta Corporación y dejando en claro que la entidad demandada no demostró que las relaciones filiales y fraternales entre la víctima y sus hermanos estaban notoriamente debilitadas o eran inamistosas,

*se modificará la sentencia apelada aumentando a quinientos gramos de oro el monto de los perjuicios morales para cada uno de los hermanos.”*⁵⁸ (Se resalta).

Por lo tanto es fundamental aportar argumentos y pruebas tendientes a desvirtuar la presunción de causación del daño moral y su intensidad para los familiares cercanos de la víctima.

Debe verificarse igualmente que el demandante acreditó debidamente el vínculo familiar alegado pues es a partir del parentesco que el juez aplica la regla de experiencia que le permite presumir esa afectación.

3.4. Eficacia probatoria de la prueba trasladada

Uno de los medios probatorios más utilizados en los procesos es el de la prueba trasladada de los procesos disciplinarios y administrativos y penales tramitados por los mismos hechos que son objeto de las demandas de reparación directa. Se otorga valor probatorio a las pruebas recaudadas en tales procesos siempre que el traslado reúna los requisitos formales previstos en la ley y se cumplan las condiciones reiteradamente señaladas por la jurisprudencia de manera general para esta modalidad probatoria.

Así mismo, se reconoce efecto de cosa juzgada a la sentencia penal condenatoria, en cuanto corresponde a la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del agente estatal.⁵⁹

- Sentencia del 9 de mayo de 2011, expediente 19.976.

“[T]eniendo en cuenta el precedente jurisprudencial de esta Sala, la prueba trasladada será valorada, entendiendo que fue solicitada por las dos partes en el proceso, de manera que no se requiere para su perfeccionamiento

⁵⁸ Sentencia de abril 10 de 1997, expediente 10.954.

⁵⁹ Sentencia de noviembre 30 de 2000, exp. 13.329; Sentencia de mayo 3 de 2001, exp. 12338; Sentencia de octubre 15 de 2008, exp. 18586; Sentencia de febrero 4 de 2010, exp. 18371.

su ratificación en la instancia contencioso administrativa, de lo contrario se estaría desconociendo el principio de lealtad procesal ⁶⁰. (Se resalta).

- Sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 20.718.

“La Sala advierte que al expediente fueron adjuntadas copias auténticas de los procesos penal y disciplinario, adelantados contra Gustavo Antonio García Blandón, por los hechos descritos en la demanda, poniendo de presente que los medios de prueba en ellos aportados son valorables, como quiera que la prueba trasladada fue solicitada por ambas partes, motivo por el que será apreciable sin limitación alguna, en armonía con el principio de lealtad procesal. Precizando que no se examinará ni valorará la indagatoria ni la versión libre rendidas por el procesado, en atención a la naturaleza de estos actos o medios que conllevan desde luego, la ausencia de la formalidad del juramento.” (Se resalta).

- Sentencia del 18 de junio de 2008, expediente 18516:

“Se advierte además, en relación con las pruebas trasladadas que hacen parte del expediente del proceso penal..., que fueron enviadas al expediente ... Tales pruebas fueron decretadas de oficio en los términos del artículo 169 del Código

Contencioso Administrativo, y de ellas sólo serán tenidas en cuenta las documentales dado que en relación con las mismas se ha surtido el principio de contradicción, como quiera que han estado a disposición de las partes, sin que les hayan merecido réplica alguna. No sucede lo propio con las testimoniales, dado que su traslado no fue pedido por ambas partes, ni fueron ratificadas en este proceso, y a pesar de que fueron practicadas por la aquí demandada, no fueron solicitadas por el actor.

(...)

Vale destacar, que la parte demandada no acreditó alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, y si bien afirmó a lo largo del proceso que hubo culpa exclusiva de la víctima, no logró demostrar tal circunstancia. En efecto, la demandada cimentó su defensa en los testimonios obrantes en las pruebas trasladadas del proceso penal, las cuales, como arriba se señaló, no pueden oponerse a la parte actora, por cuanto no ha tenido la oportunidad de controvertirlos.” (Se resalta y subraya).

Como quiera que sobre las condiciones de eficacia probatoria de las pruebas trasladadas existe reiterada, consistente y vigente jurisprudencia, resulta necesario acudir a su permanente consulta in extenso sobre este punto.⁶¹.

⁶⁰ Nota original de la sentencia citada: “Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de mayo de 2002, exp. 13476.”.

⁶¹ Se sugiere la consulta de la sentencia del 13 de febrero de 2013, expediente 18148. Sección Tercera Subsección C, en la cual se recogen con suficiente amplitud los criterios aplicados en esta materia probatoria.

4. Conclusiones

A partir de los señalamientos precedentes, es posible identificar ciertos **aspectos que podrían contribuir en la formulación de estrategias de defensa** y, que por tanto, en esa medida, es recomendable su observancia.

- a) El primero de ellos es que sin lugar a dudas debiera descartarse la defensa genérica frente a las pretensiones de la demanda, para en cambio proponer argumentos exceptivos de fondo enfocados a controvertir los elementos fácticos del caso, para lo cual habrá de identificarse el supuesto específico respecto del cual la parte demandante busca configurar la responsabilidad estatal a efectos de desvirtuar su procedencia bajo cualquiera de los regímenes de responsabilidad con fundamento en los cuales la jurisprudencia ha resuelto la respectiva hipótesis o tipología.

La defensa debe enfocarse entonces en demostrar que en el caso específico el daño cuya indemnización se pretende no constituye un daño antijurídico, es

decir, no se corresponde con un daño que no se estaba en la obligación de soportar, pues finalmente este resulta ser el elemento determinante para la imputación de responsabilidad al Estado.

- b) En todos los casos debe verificarse que los hechos que fundamentan las pretensiones indemnizatorias se circunscriban al ámbito funcional del servicio a cargo de los distintos estamentos de la fuerza pública; esto es, que los hechos generadores del daño se hayan presentado durante el servicio y por causa y razón del mismo, o en desarrollo de las actividades propias del mismo.
- c) En todos los casos debe verificarse que el arma que instrumentalizó el daño califica como arma de dotación oficial; en consecuencia, si la fundamentación de la demanda radica en la imputación del daño únicamente a partir del supuesto según el cual cuando este se produjo los agentes se encontraban en servicio, lo que

corresponde probatoriamente es desvirtuar la presunción aplicada por la jurisprudencia en tal sentido.

- d) **La defensa** debe advertir la carga probatoria que le corresponde al demandante en cuanto a la condición oficial del arma, al igual que ocurre con la comprobación del nexo con el servicio, claro está sin llegar al punto de la abstención probatoria porque no se puede perder de vista que tales aspectos suelen ser determinados por el juez con apoyo en la prueba indiciaria como resultado de la sana crítica de los distintos medios de prueba obrantes en el proceso.
- e) Aunque se admite que la invocación por el demandante de la falla del servicio en relación con el daño sufrido por quien de manera voluntaria se vincula a la fuerza pública, se debe tener en cuenta que no se descarta el estudio la responsabilidad estatal en el caso concreto bajo un régimen objetivo de riesgo excepcional cuando los elementos del mismo se encuentran configurados y acreditados.
- f) No puede perderse de vista que entratándose de daños sufridos por los conscriptos, el daño antijurídico puede establecerse a partir de la verificación de cualquier título de imputación y, por lo tanto, se insiste, particularmente en estos eventos la defensa debe aportar argumentos y pruebas que permitan desvirtuar los elementos constitutivos de la responsabilidad estatal respecto de cada uno de los regímenes y fundamentos de responsabilidad aplicables.
- g) La intervención de la víctima o de un tercero en la producción del daño no configura *per se* una causa extraña, como tampoco tiene tan efecto inmediato la alegación de la legítima defensa.
- i) los requisitos para su configuración constituyen carga probatoria de la entidad demandada;
- ii) las condiciones requeridas para que tengan efecto liberatorio de responsabilidad son muy precisos y deben presentarse en forma concurrente;
- iii) la valoración judicial sobre su cumplimiento es bastante rigurosa;
- iv) cuando el análisis efectuado por el juez lo lleva a considerar que fue precisamente la falta de diligencia de la administración la que dio lugar a esa intervención del tercero o a la actuación de la víctima ocurre que el asunto que en principio sólo daría lugar a la imputación de responsabilidad por riesgo excepcional, quedaría asentado en el terreno de la responsabilidad subjetiva al encontrarse probada una falla del servicio.

Por consiguiente, es conveniente efectuar una revisión cuidadosa de la situación fáctica que dio lugar a la pretensión de responsabilidad que determine la procedencia de la alegación de esos medios de defensa.

- h) En todo caso **la defensa debe considerar la formulación de argumentos y pruebas** que recaigan no solo sobre la pretensión básica de la declaratoria de responsabilidad, sino que además debe dirigirse de manera igualmente detallada respecto de las pretensiones puramente indemnizatorias, a fin de controvertir la existencia de los daños materiales e inmateriales, así como la cuantía de los perjuicios y la aplicación de las reglas de experiencia y presunciones que jurisprudencialmente sirven de base para su tasación.

Así mismo **deben solicitarse las reducciones y el señalamiento de porcentajes que de conformidad con la ley resulten procedentes cuando el hecho de la víctima o del tercero**, según sea el caso, hayan concurrido a la producción del daño, teniendo en cuenta además para efectos de la defensa que

Sobre la utilización de estas **estrategias de defensa jurídica** se debe tener en cuenta lo siguiente:

como lo tiene establecido la jurisprudencia las sumas recibidas por los integrantes de la fuerza pública que mueren con ocasión del servicio –indemnización a

forfait– no son excluyentes ni incompatibles con las indemnizaciones pretendidas como consecuencia de la responsabilidad estatal.



www.imprenta.gov.co
PBX (0571) 457 80 00
Carrera 66 No. 24 - 09
Bogotá, D. C., Colombia

