



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª No. 2-18 FAX (092)8209563
Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad y fecha Popayán, seis (6) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

EXPEDIENTE: 19001 33 33 008 2015 00003 00
ACTOR: ANTONIO PALOMO JULICUE Y OTRA
DEMANDADO: LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL
MEDIO DE REPARACIÓN DIRECTA
CONTROL:

SENTENCIA No. 259

1.- ANTECEDENTES

1.1.- La Demanda (fls. 13-21 Cuaderno Principal)

Los señores ANTONIO PALOMO JULICUE Y BENILDA DÍAZ, por intermedio de apoderado judicial, instauraron demanda bajo el medio de control de reparación directa para obtener la declaración de responsabilidad administrativa y patrimonial de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, con ocasión de las lesiones que sufrió el señor ANTONIO PALOMO JULICUE, en hechos acaecidos el 3 de diciembre de 2012, a causa de un proyectil de arma de fuego que lo impactó mientras se encontraba en su casa de habitación en la vereda El Pedregal del municipio de Caloto, en enfrentamientos entre miembros de la fuerza pública y grupos armados al margen de la Ley.

1.2.- Las pretensiones.

Como consecuencia de tal declaración, se solicita a título de indemnización por concepto de PERJUICIOS MORALES la suma de 100 SMLMV para cada uno de los accionantes.

Por concepto de DAÑO A LA SALUD la suma de 200 SMLMV para ANTONIO PALOMO JULICUE, en calidad de afectado principal o lo máximo establecido por la jurisprudencia al momento del fallo definitivo.

Igualmente solicita PERJUICIOS MATERIALES para la víctima directa en la modalidad de DAÑO EMERGENTE, se ordene pagar a favor de ANTONIO PALOMO JULICUE la suma de 200 SMLMV. Y por LUCRO CESANTE, por el valor de los ingresos dejados de percibir por los accionantes calculados en la suma de \$2.947.500.

Por concepto de DAÑO EN EL PROYECTO DE VIDA O LESIÓN A LOS INTERESES O BIENES CONSTITUCIONALES, se debe a favor de cada uno de los demandantes la suma de 100 SMLMV para cada uno de los demandantes.

1.3.- Los supuestos fácticos.

Como fundamento fáctico de las pretensiones, la parte demandante en síntesis señaló que el 3 de diciembre de 2012 aproximadamente a las 6:00 de la tarde, resultó herido con arma de fuego en una de sus extremidades el señor ANTONIO PALOMO JULICUE, cuando se encontraba en su casa de habitación en la vereda "El Pedregal" del municipio de Caloto.

Resalta, que desde tempranas horas de la tarde las comunidades habían denunciado la presencia de efectivos de la Brigada Móvil No. 14 adscritas a la Tercera División del

Ejército Nacional, en inmediaciones de la escuela de los niños de la vereda donde se registraron los hechos.

La familia Palomo Julicue se desplazó forzosamente por temor a los combates entre el Ejército Nacional y grupos al margen de la Ley.

1.4.- La Oposición¹.

En término oportuno, la defensa de la entidad pública demandada se opone a la prosperidad de la demanda aduciendo que no existe responsabilidad por parte de su representada en los perjuicios sufridos por la parte accionante, argumentando que los hechos en que fundamenta la demanda, no constituyen una responsabilidad atribuible a la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional bajo ningún título de imputación.

Añadió que para que la responsabilidad de la administración sea declarada no es suficiente que exista un daño antijurídico, sino que es menester, que ese daño le sea imputable jurídicamente al Estado, y en el presente caso no se allegó prueba alguna que acredite dicha característica.

Propuso las excepciones de “Causal de exculpación – Hecho de un tercero”, “Falta de legitimación en la causa por activa”, “Inexistencia de las obligaciones” y la “Excepción genérica o innominada”

1.5.- Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

1.5.1.- Por parte del Ejército Nacional²

En los alegatos de conclusión, el mandatario judicial de la entidad señaló que de acuerdo con las pruebas del proceso, no es procedente derivar responsabilidad a la entidad, puesto que no está demostrado que el Ejército Nacional tuviera injerencia en los hechos acaecidos el 3 de diciembre de 2012, por tanto, aclara que aunque hubo daño, no se acreditó el nexo de causalidad, necesario para endilgar responsabilidad.

Resaltó que no se encuentra acreditado en el proceso el desplazamiento forzado al que hace referencia la parte accionante, y por tanto, no es procedente condenar a la entidad por este hecho.

Concluyó que no están acreditados los elementos de la responsabilidad administrativa, y por tanto, solicitó negar las pretensiones de la demanda.

La parte accionante no presentó alegatos de conclusión y la representante del Ministerio Público no presentó concepto en esta instancia.

2.- CONSIDERACIONES:

2.1.- Presupuestos procesales.

2.1.1.- Caducidad, procedibilidad del medio de control y competencia.

Como los hechos ocurrieron el 03 de diciembre de 2012, la parte demandante disponía hasta el 04 de diciembre de 2014 para instaurar la demanda, conforme lo prevé el artículo 164, numeral 2, literal i de la Ley 1437 de 2011. Se presentó solicitud de conciliación el 15 de mayo de 2013, se celebró la audiencia de conciliación el 27 de junio de 2013. Siendo que la demanda se instauró el 19 de diciembre de 2014, no se ha configurado el fenómeno de caducidad del medio de control de Reparación Directa.

¹ Folios 37 a 43 cuaderno principal
² Folios 152 a 155 cuaderno principal

Por la naturaleza del medio de control, la fecha de presentación de la demanda y el lugar de ocurrencia de los hechos, el Juzgado es competente para conocer de este asunto en primera instancia, conforme a lo previsto en los artículos 140, 155 numeral 6 y 156 numeral 6 de la Ley 1437 de 2011.

2.2.- Problema Jurídico principal.

Se debe determinar si la Nación- Ministerio de Defensa - Ejército Nacional es administrativa y patrimonialmente responsable por los presuntos perjuicios que sufrió la parte demandante derivados de las lesiones causadas al señor ANTONIO PALOMO JULICUE, el 03 de diciembre de 2012, en el municipio de Caloto; a causa de un fuego cruzado entre integrantes de un grupo armado ilegal y el Ejército Nacional; o si por el contrario, se demostró alguna causal eximente de responsabilidad como lo afirma la defensa del Ejército Nacional.

2.3.- Problemas jurídicos asociados

Como problemas jurídicos asociados se resolverán los siguientes:

(i) ¿Cuál es título de imputación bajo el cual debe resolverse la responsabilidad del Estado en el presente caso?

(ii) ¿Se encuentran configurados los elementos de la responsabilidad estatal en el asunto bajo análisis?

(iii) ¿Se acreditó el desplazamiento forzado a causa de los hechos ocurridos el 3 de diciembre de 2012?

(iv) ¿Se acreditaron los perjuicios solicitados en la demanda?

2.4.- Tesis

El Despacho NEGARÁ las pretensiones de la demanda, considerando que la lesión padecida por el señor Antonio Palomo Julicue, no es imputable a Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, puesto que no se acreditó que el accionante hubiera estado para el 3 de diciembre de 2012 en la vereda El Pedregal del municipio de Caloto, donde se presentó enfrentamiento entre el Ejército Nacional y miembros de grupos armados ilegales, y en consecuencia no hay lugar a imponer condena alguna al pago de los perjuicios reclamados.

2.5.- Razones de la tesis

Para explicar la tesis planteada se abordarán los siguientes temas: (i) Lo probado en el proceso, (ii) Marco Jurídico, (iii) Elementos de la Responsabilidad del Estado; y luego se hará el juicio de responsabilidad estatal.

PRIMERA.- Lo probado en el proceso

Sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos:

- Obra a folio 2 a 7 del cuaderno principal copia de la historia clínica del señor Antonio Palomo Julicue, por atenciones recibidas en el Hospital Francisco de Paula Santander, de la cual se resaltan las siguientes anotaciones:

Folio 2

"MOTIVO DE CONSULTA: REMITIDO. HERIDA POR ARMA DE FUEGO EN PIERNA DERECHA. ENFERMEDAD ACTUAL: CUADRO DE 17 HORAS DE HPAF EN PIERNA DERECHA AL QUEDAR EN MEDIO DE FUEGO COMBATES EN ÁREA DE CONFLICTO MILITAR, DESPUES DE LO CUAL DOLOR Y LIMITACIÓN FUNCIONAL, CONSULTA A NIVEL I EN DONDE VALORAN, INICIAN ANTIBIOTICOTERAPIA ENDOVENOSA Y REMITEN PARA VALORACIÓN POR ESPECIALISTA.

(...)

16. Extremidades: HERIDAS #2, POR PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO EN TERCIO MEDIO DE PIERNA DERECHA, EN CARAS ANTEROLATERAL Y ANTEROMEDIAL, MOVILIZA ARTEJOS, BUEN LLENADO CAPILAR. (...)"

Folio 4

"PACIENTE CON FRACTURA ABIERTA DE TIBIA, RECIBIO ANTIBIOTICO IV 4 DÍAS, SE REALIZARON LAVADOS QUIRÚRGICOS. SE DIO ORDEN PARA REALIZACIÓN DE REDUCCIÓN DE FORMA AMBULATORIA. SALIDA CON ANTIBIOTICO Y ANALGESIA."

- A folio 8 del expediente obra certificación expedida por el Personero del municipio de Caloto en el cual se señala:

"Que el señor ANTONIO PALOMO JULICUE, identificado con la cédula de ciudadanía número 6.653.755 expedida en Caloto Cauca, residente en la Vereda del (Sic) Pedregal, jurisdicción del Municipio de Caloto Cauca, resultado (Sic) herido en la pierna derecha por la detonación de artefacto explosivo lanzado por uno de los actores armados en fuego cruzado el día sábado ocho (8) de diciembre de 2012, en horas de la tarde.

Que el señor ANTONIO PALOMO JULICUE es víctima en el marco del conflicto armado interno por motivos ideológicos y políticos, sin que pueda determinarse el autor.

La víctima se encuentra registrada en el censo Municipal de víctimas. (...)"

- A folio 9 del cuaderno principal obra oficio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), en la que se certifica que la solicitud de medidas cautelares que presentaron 179 familias de las veredas El Vergel y El Pedregal de Cauca, fue adoptada el 13 de agosto de 2010, por lo tanto la Comisión solicitó al Gobierno de Colombia dentro de un plazo de 20 días que se garantice la seguridad, la vida, integridad, verdad, etc., de las familias de estas veredas afectadas por la violencia.
- A folio 59 obra copia de INSITOP para el 3 de diciembre de 2012, con el cual se acredita que el Batallón de Combate Terrestre 92 se encontraba en la vereda Pedregal, municipio de Caloto Cauca, desde el 1 al 3 de diciembre de 2012.
- A folio 96 del expediente obra copia de informe suscrito por la Brigada Móvil N° 14, por hechos acaecidos el 3 de diciembre de 2012, en la vereda Pedregal del municipio de Caloto, en el cual se señaló:

"OBERVACIONES PERMITOME INFORMAR ESE COMANDO X TROPAS FUERZA DE TAREA APOLO X BRIGADA MOVIL 14 EN CUMPLIMIENTO PLAN OPERACIONAL ARTEMIZA X BATALLÓN DE COMBATE TERRESTRE No. 92 X EN DESARROLLO ORDEN DE OPERACIONES "DIYAMBO"X PRIMER PELOTON COMPAÑÍA "A" INDICATIVO ACERO 1 X MANDO SS ROMERO TORRES DANIEL X ORGANIZADO (00-03-23)X EN COORDENADAS (...) VEREDA PEDREGAL X DIA - 03 17:25 Hrs DICIEMBRE 2012 X EFECTUAN MANIOBRAS DE ESTRATEGEMAS Y METODOS DE ENGAÑO (PACIENCIA OPERACIONAL) Y ACCIONES SORPRESIVAS (TAP) X REPORTA DISPAROS DE FUSIL - RAFAGAS DE AMETRALLADORA X POR PARTE DE INTEGRANTES SEXTO FRENTE ONT-FARC X POSTERIORMENTE UNIDAD CONTERA 1 MANDO CT. MOYA CARMONA ROBERTO ORGANIZADO A (1-3-24) X COORDENADAS (...) X SIENDO APROXIMADAMENTE 18:25 HORAS ES ATACADA POR FUEGO DE ARMAS LARGAS X REPELIENDO EL ATAQUE UNIDAD BRONCE 22 MANDO CP LEON CONTRERAS GABRIEL ORGANIZADO A (0-1-13) X SE REALIZAN MANIOBRAS OFENSIVAS FIN NEUTRALIZAR LOS TERRORISTAS DE LAS ONT FARC X TROPAS SIN NOVEDAD X CR. JHON HUGO MESA SILVA X CDTE BRIM 14X"

- Obra a folios 97 a 101 libro de anotaciones, allegado por el Ejército Nacional en el cual se indica respecto del 3 de diciembre de 2012:

"BRAVO SEIS REPORTA COMBATE POR PARTE DE LA COMPAÑÍA ACERO EN EL SECTOR DE PEDREGAL PARTE ALTA CONTRA LAS RAT DEL SEXTO FRENTE LOS CUALES ESTAN DISPARANDO A LAS TROPAS CON FUSIL AL PARECER AK 47 DE ACUERDO A LO QUE INFORMA EL CDTE DEL BATALLÓN."

- De folios 28 a 29 del cuaderno de pruebas se anexan copia íntegra del expediente de medidas cautelares MC 97-10 familias de las veredas El Vergel y El Pedregal, en medio magnético.
- Obra a folio 105 del cuaderno de principal oficio N° 2463 de 12 de diciembre de 2012, emanado del Jefe del Estado Mayor y Segundo Comandante de la Brigada Móvil N° 14, en el cual se señaló:

"... Si bien es cierto, que hubo personal militar en la Vereda (Sic) El Pedregal, y que este fue atacado por integrantes del sexto frente de las Ont-Farc, también lo es que no se presentó personal civil herido como puede evidenciarse en la constancia expedida por la Dra. LUZ ELENA VASQUEZ VALENCIA, Coordinadora Punto de Atención Caloto Empresa Social del Estado Norte 2 E.S.E., en la que manifiesta que el día 03 de diciembre de 2012 no fue recibido ni atendido en ese centro de salud ninguna persona civil herida proveniente del sector de la Vereda (Sic) El Pedregal.

(...)

Como se manifestó la presencia militar el día 03 de diciembre de 2012 en la vereda el (sic) Pedregal responde a una operación de control militar de área, pero en ningún momento se hizo presencia en las inmediaciones de la Escuela en mención."

- A folios 30 a 32 del cuaderno de pruebas obra respuesta a requerimiento en donde la Coordinación de Defensa Judicial, informa sobre el registro de los accionantes en el Registro Único de Víctimas, donde Benilda Díaz aparece registrada como víctima.
- A folios 55 a 56 del cuaderno de pruebas obra respuesta de la Fiscalía General de la Nación en el cual informaba que verificada la información registrada en el Sistema Penal Oral Acusatorio el día 12 de febrero del presente año no se reporta indagación alguna donde funja como víctima de lesiones personales y desplazamiento forzado.

SEGUNDA.- Marco Jurídico

El **artículo 2** de la Carta consagra los fines esenciales del Estado colombiano, entre ellos, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; así como asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Igualmente señala que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Por su parte, el **artículo 90** consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, ya sea por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

TERCERA.- Los elementos de la responsabilidad del Estado.

- El daño antijurídico.

El artículo 90 Superior establece la cláusula general de responsabilidad del Estado al señalar que responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Conforme a lo anterior, la Carta refiere dos elementos *sine qua non* para declarar responsable al Estado: (i) la existencia de un daño antijurídico y, (ii) que sea atribuible a la entidad pública bajo alguno de los títulos de imputación.

El daño antijurídico ha sido entendido doctrinaria y jurisprudencialmente como el detrimento que es causado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. El Consejo de Estado³, lo enmarca dentro de los más altos postulados propios de nuestro ordenamiento Constitucional de la siguiente manera:

"El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, "el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"; o la "lesión de un interés o con la alteración "in pejus" del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa"; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable", en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general.

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la "antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima". Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado "que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado le corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración".

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

Según lo expuesto, para que el daño sea catalogado como antijurídico en nada influye la conducta del agente o entidad causante del daño; la antijuridicidad de la lesión, deviene de la ausencia de título legal que imponga a quien padece el daño la obligación de soportarlo, un daño pues, será antijurídico, si quien lo sufre no estaba jurídicamente obligado a cargar con sus efectos nocivos, independientemente de que el mismo haya sido causado de manera lícita o ilícita, por una conducta diligente y cuidadosa o imprudente o descuidada; ora contrariando un deber de actuar, ora dando cumplimiento a un mandato legal.

En el asunto bajo estudio, el daño comprendido como el primer elemento en un juicio de responsabilidad, lo constituyen la lesión sufrida por el señor ANTONIO PALOMO JULICUE tal y como se demuestra con la copia de la historia clínica que reposa en el expediente, que señala que sufrió "Fractura oblicua de tibia, por herida con arma de fuego", surgiendo ese elemento esencial que da origen y sustento a la existencia de la institución de la responsabilidad extracontractual, pues sin duda alguna con las lesiones del accionante, devienen igualmente daños y lesiones emocionales, como la aflicción, la tristeza y la depresión lo que constituye un menoscabo para él y sus familiares.

Ahora bien, la existencia y verificación de ese daño antijurídico es un requisito indispensable más no suficiente para derivar la responsabilidad del Estado, pues tal como se expuso ut supra, el artículo 90 de la Carta impone al operador jurídico determinar si el mismo resulta imputable a una autoridad pública.

³CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero dos mil trece (2013). Radicación número: 68001-23-15-000-1996-12379-01(25334)

- Título de imputación aplicable en materia de responsabilidad estatal por las lesiones inferidas a un civil en desarrollo de una operación militar.

Conforme al artículo 90 constitucional al que venimos refiriendo, son dos los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado: el daño antijurídico y la imputación de éste al Estado, destacando que lo que se necesita para que surja responsabilidad patrimonial es que el daño antijurídico le sea imputable a aquel, independientemente si lo ha causado o no, pues una es la imputación y otro el nexo causal.

Es por ello que se ha acudido a fórmulas normativas que permitan relacionar un daño con un sujeto al que el derecho radica ese daño, al margen de que se haya incurrido en culpa en la producción del resultado, e incluso, al margen de que el responsable haya causado el resultado, como son la teoría del riesgo y el daño especial, entre otros factores de atribución de carácter objetivo.

El órgano de cierre de esta jurisdicción⁴ ha señalado que en los casos de atentados terroristas, se ha acudido bien al régimen subjetivo “Falla en el servicio” cuando en el proceso se demuestra que el ataque obedeció a una conducta omisiva de la administración; o bien, al régimen objetivo “Riesgo Excepcional”, cuando se prueba que los ciudadanos resultaron afectados por el ataque terrorista cuando éste se dirige contra una guarnición, comando, estación, campamento o un comandante de la Fuerza Pública y que ese daño no tienen que sufrirlo solo; y en otras ocasiones, ha definido que se está en presencia del régimen objetivo “Daño Especial” cuando el daño causado con el ataque terrorista, implica un desequilibrio de las cargas públicas de las que normalmente todos debemos soportar. En el fallo citado se expresó:

*“(…) en algunas ocasiones, la Sala ha declarado la responsabilidad del Estado con fundamento en el incumplimiento de un deber legal de protección; en otras, ha concluido que **si los daños causados contra ciudadanos inocentes son el resultado de un ataque terrorista dirigido contra un destacamento militar del gobierno, un centro de comunicaciones al servicio del mismo o un personaje representativo de la cúpula administrativa, éstos no tienen por qué soportar solos el daño causado**, mientras que en otras oportunidades ha señalado que, cuando a pesar de la legitimidad y legalidad de la actuación del Estado, resultan sacrificados algunos miembros de la colectividad, tal situación denota un claro desequilibrio en las cargas que no tienen el deber de soportar los administrados. Puede concluirse, entonces, que el denominado régimen de falla o falta en la prestación del servicio, como régimen genérico o común en materia de responsabilidad civil extracontractual del Estado y, tal como lo ha sostenido en forma reiterada esta Corporación, es el aplicable a situaciones de hecho caracterizadas por la violencia o fuerza de la conducta desplegada, cuyo contenido o finalidad es la de atentar o desestabilizar las instituciones políticas, la existencia misma del Estado, el régimen político que determina su estructura y sistema de gobierno o las políticas trazadas por las diferentes autoridades a quienes ello compete en ejercicio de las funciones legislativa o ejecutiva, siempre y cuando concurren los elementos estructurales de la responsabilidad civil extracontractual, es decir, el hecho, el daño y el nexo causal entre los dos anteriores, siempre que la conducta activa u omisiva resulte imputable a la autoridad pública y que la valoración de dicha conducta conlleve a concluir y a afirmar que ella no se ajusta a lo que es dable esperar y exigir del Estado Colombiano dentro del marco preciso de las circunstancias en que tal conducta tuvo lugar.”*

Y en sentencia de unificación del veinte (20) de junio de dos mil diecisiete (2017)⁵ por la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sala Plena indicó respecto del título de imputación en daños causados a civiles por atentados de terceros, en el marco del conflicto interno armado:

“18.55. El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado constituye una garantía constitucional para los ciudadanos y se suscita cuando se reúnen los

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejera ponente MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 52001-23-31-000-1998-00028-01(17925).

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena de la Sección Tercera. radicado: 250002326000199500595-01, demandante Rosa Elena Puerto Niño y otros, demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional. C. P. Ramiro Pazos Guerrero.

elementos requeridos por el artículo 90 de la Constitución -daño e imputación al poder público-, mientras que el principio de solidaridad surge como un mandato de optimización inherente al Estado social de derecho que exige de todas las autoridades públicas y de los asociados la promoción de acciones positivas en favor de quienes experimentan condiciones de desventaja o debilidad manifiesta, por lo cual el Estado debe desarrollar políticas públicas dirigidas a equilibrar los beneficios y cargas de todos los integrantes de la sociedad. **No obstante, la solidaridad no se erige, bajo ningún motivo, en fundamento autónomo de la responsabilidad estatal.**

(...)

18.57. Situación distinta, como lo sostiene un sector de la doctrina⁶, es que el principio de solidaridad puede ser un fundamento complementario -que no único- de la responsabilidad del Estado, ya que al tenor del artículo 95, numeral 9, de la Constitución Política se prohíja que todas las personas deben contribuir a los gastos del Estado a la sazón de premisas de justicia y equidad, pero, siempre bajo la condición que los presupuestos de la responsabilidad, al margen que se trate de un régimen subjetivo u objetivo, se configuren, esto es, que el daño sea imputable al Estado, por haber obrado ilícita o lícitamente, y en este último caso rompiendo el equilibrio de los ciudadanos frente a las cargas públicas.

18.58. Si bien el instituto de la reparación es una técnica judicial con la que se resarcen los daños antijurídicos de los asociados, siempre será necesario que exista una razón de atribución para imputarle responsabilidad al Estado por los daños padecidos por la víctima, y en el caso del título de imputación del daño especial, debe estar estructurado tanto un vínculo causal como un rompimiento del principio de igualdad, lo que determina su carácter especial y grave, y fundamenta per se la imputación; caso contrario, el juez estaría no solo desconociendo sus límites competenciales sino creando una nueva fuente de responsabilidad del Estado con base exclusivamente en el principio de solidaridad sin un juicio claro de imputación, so pretexto de brindar en sede judicial asistencia y auxilio social, lo cual es ajeno al ámbito de una sede donde se juzga exclusivamente la responsabilidad de una de las partes convocadas al litigio.

18.59. En ese orden, el juez administrativo solamente puede dilucidar si existe o no responsabilidad, pues carecería de competencia para restablecer el equilibrio de las cargas sociales de personas en circunstancias de debilidad manifiesta por daños causados por terceros, sin que estos puedan ser atribuidos al Estado, esto es, sin verificar la configuración de los elementos estructurales de la obligación de reparar y, particularmente, el de la imputación⁷. **Así, las cosas la solidaridad no puede ser el fundamento único y autosuficiente para atribuir la responsabilidad al Estado por los daños ocurridos en el marco de actos terroristas provenientes de terceros".** (Se destaca)

Específicamente, en un asunto similar, el Consejo de Estado⁸ ya había aplicado el título de imputación – Daño especial, estableciendo los elementos constitutivos de dicho título en los siguientes términos:

"De manera que en el caso concreto no quedó acreditado que el Estado haya sido omisivo, inactivo o negligente en sus acciones de cumplimiento de los deberes constitucionales y convencionales, por lo que no se configura la falla en el servicio, en razón a lo cual el **daño se imputa a título de daño especial**, como se dijo bajo los criterios de la solidaridad y la equidad. Ahora bien, con relación al hecho del tercero, la Sala reitera que se encuentra en un evento en que un miembro de la población civil sufrió daños a su integridad psicofísica como consecuencia de un enfrentamiento con grupos armados insurgentes, cuando el Ejército Nacional actuaba en defensa del orden nacional, fundamentos estos que activan los criterios del daño especial y desplazan la exoneración de la responsabilidad por el hecho del tercero."

⁶ Cfr. M'CAUSLAND, María Cecilia, op cit p 529.

⁷ En ese sentido, no es válido considerar a la solidaridad como cimiento primordial de la imputación de responsabilidad al Estado, cualquiera que sea el régimen en que ella deba fundarse: incluso el de daño especial. Si se concluyó, en algunos casos, que el daño no podía atribuirse al Estado a título de falla del servicio –por no encontrarse demostrada ni de riesgo excepcional –por resultar incierta y subjetiva (. . .) y se recurrió al daño especial a pesar de que no existía una relación de causalidad entre la acción del Estado y el perjuicio, no cabe duda de que la solidaridad fue considerada fundamento suficiente para declarar la responsabilidad del Estado por dicho perjuicio. Y la afirmación en el sentido de que, en tales casos, la solidaridad es el cimiento de la teoría del daño especial permite advertir que se hace una aplicación forzada de ella, sin tener en cuenta los elementos que permiten su configuración y especialmente, la existencia de tal relación de causalidad, que en los casos concretos se echa de menos". M'CAUSLAND, María Cecilia, op cit p 529.

⁸ Sentencia de 16 de mayo de 2016. Radicación Interna 30520.

Por lo tanto, cuando la entidad demandada no fue negligente, ni puso en riesgo en ningún momento a la comunidad; no se puede aplicar el título de falla en el servicio o de riesgo excepcional; pero aún así la afectación causada al demandante por un tercero en desarrollo de un ataque o combate contra la fuerza pública, rompe el equilibrio de las cargas públicas; entendiéndose que el daño causado al señor Palomo Julicue, no estaba obligado a soportar.

Hay que mencionar, además el control de convencionalidad que en estos casos se debe hacer, dado que el Consejo de Estado⁹ ha establecido que este tipo de control es obligatorio y oficioso¹⁰, el cual se entiende como el juicio de revisión de la adecuación del ordenamiento interno a la luz de los postulados convencionales, a cargo de las autoridades públicas en general y de los jueces ordinarios en particular, a fin de velar por la regularidad y armonía de las normas del derecho interno frente a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos al momento de su aplicación, acatando la interpretación que de las primeras ha efectuado la Corte Interamericana; es un instrumento para garantizar la efectividad de las disposiciones convencionales en el marco de las decisiones judiciales ordinarias y en general de parte de todos los órganos que integran de los Estados parte de la Convención¹¹.

Esto lleva a que adicional a las normas legales internas que nos rigen, el funcionario judicial debe remitirse a las normas constitucionales y de orden supraconstitucional, fundándose principalmente en la Convención Americana de Derechos Humanos y la doctrina desarrollada a partir de ella por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; reconociendo, en todo caso, las distintas formas en que este control se puede manifestar.

Así, en aplicación del derecho internacional humanitario, nos remitiremos al **“Principio de Distinción”** consagrado en el Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra de 1949, como quiera que el daño antijurídico acreditado tiene su génesis en el marco del conflicto armado interno que sufre nuestro país, frente a este principio en la Sentencia C-225 de 1995, se dice:

"28- Uno de las reglas esenciales del derecho internacional humanitario es el principio de distinción, según el cual las partes en conflicto deben diferenciar entre combatientes y no combatientes, puesto que estos últimos no pueden ser nunca un objetivo de la acción bélica. Y esto tiene una razón elemental de ser: si la guerra buscó debilitar militarmente al enemigo, no tiene por qué afectar o quienes no combaten, ya sea porque nunca han empuñado las armas (población civil), ya sea porque han dejado de combatir (enemigos desarmados), puesto que ellos no constituyen potencial militar. Por ello, el derecho de los conflictos armados considera que los ataques militares contra esas poblaciones son ilegítimos, tal y como lo señala el artículo 48 del protocolo I, aplicable en este aspecto a los conflictos internos, cuando establece que las partes "en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter

⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil trece (2013) Radicación número 25000-23-26-000-2012-00537-01(45092) Actor: TERESA DEL SOCORRO ISAZA DE ECHEVERRY Y OTROS. Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

¹⁰ Fundamento en los artículos 81 y 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter y 25. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso." de la Convención Americana de Derechos Humanos. Puede verse: BREWER-CARIÁS, Allan R; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Es preciso destacar que la caracterización del control de convencionalidad como un deber oficioso al cual debe proceder el Juez es una cuestión que se dejó en claro desde la sentencia de 24 de noviembre de 2006 en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs Perú.

¹¹ En la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso Gelman Vs Uruguay de 24 de febrero de 2011, se destacó que tal control correspondía a "todos sus órganos" claro está que se enfatiza en la labor del poder judicial en ello, más, es claro que no es la única autoridad sobre la cual reside tal obligación. "Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana." En este mismo fallo la Corte consideró la conexión entre el control de convencionalidad y la legitimidad democrática de las actuaciones de un Estado al estar sujeto a las interpretaciones que la Corte hace respecto del desarrollo y alcance de los Derechos Humanos contenidos en la Convención. La Corte señala esta idea de la siguiente manera: "La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad" (*supra* párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial."

civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares".

Según el principio de distinción, la población no combatiente del municipio de Caloto, no debe ser objetivo de acción bélica, por cuanto, se vulneraría una de las reglas esenciales del derecho internacional humanitario.

- Juicio de responsabilidad administrativa del Estado

De acuerdo a las pruebas que obran en el expediente, para esta agencia judicial se encuentra acreditado, que miembros del Ejército Nacional se encontraban desarrollando la operación ARTEMISA, según orden de operaciones DIYAMBO, en la vereda El Pedregal, del municipio de Caloto y el 3 de diciembre de 2012 fueron atacados por miembros de grupos al margen de la Ley, como pasa a verse:

.- Fueron allegados al proceso las anotaciones del libro de COB – BRIM 14, en el que se menciona que fueron atacados miembros de las unidades "CORCEL" y "BRAVO" (Brigada Móvil No.14 y Batallón de Combate Terrestre No. 92 respectivamente).

.- Obra Radiograma No. 0322, en el que se acredita que el 3 de diciembre de 2012 hubo un ataque en el sector del Pedregal, por parte del frente sexto de las FARC, contra la BRIM 14 y el BACOT No. 92, donde los primeros hicieron disparos indiscriminadamente en su contra.

Sin embargo, se considera, pese a la existencia de dicho enfrentamiento, no se acreditó que el señor Antonio Palomo Julicue hubiera resultado lesionado ese día, de acuerdo a los siguientes medios de prueba:

.- Obra certificación expedida por el Personero municipal, en el que se señala que el señor ANTONIO PALOMO JULICUE resultó lesionado en ataque perpetrado contra las fuerzas militares el día sábado, 8 de diciembre de 2012, debido a la detonación de artefacto explosivo, es decir, no coincide el día, ni la fecha en que resultó lesionado, con el enfrentamiento señalado en la certificación, ni el elemento que causó las lesiones.

.- Nótese que en el radiograma que allega el Ejército Nacional se acredita que para el 03 de diciembre de 2012 se presentó un ataque contra las fuerzas militares establecidas en la vereda El Pedregal, donde el sexto frente de las FARC abrió fuego en contra de los uniformados indiscriminadamente, estableciéndose que no se encontraron novedades.

.- Según la historia clínica del Hospital Francisco de Paula Santander, el señor Antonio Palomo Julicue resultó herido como consecuencia de ataque guerrillero, por proyectil de arma de fuego en pierna derecha, sin embargo, llama la atención del despacho, que solo consultó en dicha institución 17 horas después de presuntamente ocurridos los hechos, sin señalarse además la institución médica que lo remite.

.- Obra oficio emanado de la Coordinadora Punto de Atención de Caloto de la Empresa Social del Estado Norte E.S.E. en la que se afirma que el 03 de diciembre de 2012 no fue atendido, ni se recibió en esa institución personal civil herido proveniente del sector de El Pedregal.

No entiende esta juzgadora, la razón por la cual el señor Antonio Palomo Julicue consultó por su lesión en su pierna, solo 17 horas después de presuntamente ocurridos los hechos y en una institución médica más lejana a la Empresa Social del Estado que se encuentra en el municipio de Caloto, municipalidad donde se presentó el enfrentamiento.

Respecto de este punto, se colige que no se probó que el señor Antonio Palomo Julicue haya resultado herido en la fecha que se relacionó en la demanda y en virtud de enfrentamientos entre la fuerza pública y un grupo subversivo.

Asimismo, no se encuentra demostrado que los señores Antonio Palomo Julicue y Benilda Díaz estén registrados en el Registro Único de Víctimas por los hechos acaecidos el 3 de diciembre de 2012, por los delitos de desplazamiento forzado o lesiones personales.

Es decir, de los medios de prueba allegados al proceso, no es dable acreditar que el señor Antonio Palomo Julicue hubiera estado el 3 de diciembre de 2012 en la vereda El Pedregal del municipio de Caloto, así como tampoco, que hubiera resultado lesionado del enfrentamiento entre miembros del Ejército Nacional y grupo al margen de la Ley, acaecido ese día.

Concluye entonces esta juzgadora que no se encuentra demostrado el nexo causal entre el daño sufrido por el demandante y el actuar de la entidad demandada, por lo que resulta forzoso no endilgar responsabilidad, dado que en efecto se probó un daño antijurídico, pero aquel no es imputable al Estado, rompiéndose de esta forma el nexo causal entre el daño alegado y la actividad desplegada por los agentes del Estado como causa eficiente y determinante de aquel.

Se considera además, no se acreditó por la parte actora, el desplazamiento forzado al cual se hizo referencia en la demanda, razón por la cual, no es procedente tampoco derivar responsabilidad de la entidad por este hecho.

En conclusión el Despacho, declarará probada la excepción de “*AUSENCIA DE PRUEBA PARA DETERMINAR RESPONSABILIDAD ESTATAL*”, exonerando de responsabilidad a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, por no haberse demostrado que la lesión sufrida por Antonio Palomo Julicue fuera causada por miembros del Ejército Nacional.

3.- Agencias en derecho y costas del proceso

Conforme el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, salvo en los procesos en que se ventilen un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Bajo este lineamiento, es del caso condenar en costas a la parte actora con fundamento en el artículo 365 del C.G.P., cuya liquidación se hará por secretaria del Despacho, conforme lo establece el artículo 366 del C.G.P., como quiera que la acción contenciosa no prosperó.

Para fijar las agencias en derecho se tendrá en consideración los criterios objetivos de razonabilidad establecidos por el Tribunal Administrativo del Cauca¹², órgano que a su vez acogió lo señalado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, y para ello, se tasarán en el **0,5%** del valor del pago de las pretensiones, de acuerdo a lo dispuesto por el Numeral 3.1.2 del artículo 6 del Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 10 de diciembre de 2003, así como al numeral 3 del artículo 366 del CGP.

4.- Decisión

Por lo expuesto el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

¹² Sentencia de 21 de febrero de 2019, M.P. David Fernando Ramírez Fajardo, proceso con Radicado N° 2014-00446, Accionante María Luisa Fernández Solarte, Accionado Municipio de Silvia: "(...) Sin embargo, esta Corporación ha asumido la posición adoptada por la (Sic) el Honorable Consejo de Estado, cuando aduce que "no debe perderse de vista que en cualquier clase de decisiones jurídicas debe considerarse la razonabilidad de esta, que no solo se agota con la simple aplicación lógico-formal de la norma, sino que supone velar porque la decisión en el caso concreto consulte criterios de justicia material y no devenga en irrazonable, desproporcionada o, en suma, contraria a la constitución; se trata, entonces, de adoptar una decisión que satisfaga el criterio de aceptabilidad; y para lograr ello en buena medida contribuye la valoración de los principios constitucionales."¹² (...)"

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar probada la excepción de inexistencia de las obligaciones a indemnizar, propuesta por la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO.- Negar las pretensiones de la demanda.

TERCERO.- Condenar en costas a la parte demandante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, las cuales se liquidarán por secretaría.

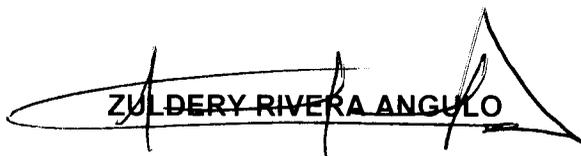
Se fijan las agencias en Derecho en la suma equivalente al 0,5% del monto reconocido como condena, las que serán tenidas en cuenta al momento de liquidar las costas.

CUARTO.- ARCHIVAR el expediente una vez esté ejecutoriada esta providencia. Por secretaría liquidense los gastos del proceso.

QUINTO.- NOTIFICAR esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 del CPACA.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

La Jueza,


ZULDERY RIVERA ANGULO