

DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS, INTERPUESTA POR EL LICENCIADO BALBINO RIVAS, EN REPRESENTACIÓN DE ANA ROSA CHONG WAN, ACTUANDO EN SU PROPIO NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE SUS MENORES HIJOS KELLY WU CHONG Y KAREN WU CHONG, SOLICITA SE CONDENE AL ESTADO PANAMEÑO, POR CONDUCTO DE LA POLICÍA NACIONAL, AL PAGO DE CINCO MILLONES DE BALBOAS (B/.5,000,000.000), EN CONCEPTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES.

**SALVAMENTO DE VOTO  
MAGISTRADO ABEL AUGUSTO ZAMORANO**

Con el respeto acostumbrado tengo a bien manifestar, que me encuentro en desacuerdo, con la decisión suscrita por la mayoría de la Sala en donde se decide que **NO SE ACCEDE** a las pretensiones contenidas en la demanda contencioso administrativa de indemnización, interpuesta por el licenciado **Balbino Rivas**, en representación de **Ana Rosa Chong Wan**, actuando en su propio nombre y en representación de sus menores hijas, **Kelly Wu Chong y Karen Wu Chong**, para que se condene al Estado Panameño, al pago de la suma de **cinco millones de balboas (B/.5,000,000.00)**, en concepto de daños y perjuicios causados por infracciones incurridas por la **Policía Nacional** con ocasión de la muerte de **Wen Ken Wu (usual) o Yong Jian Wu (legal)** y declara que el Estado panameño, **NO ES RESPONSABLE** a pagarle a la parte actora la suma reclamada.

Nuestra discrepancia del criterio de la mayoría obedece al hecho que estimamos que no se toman en consideración en la decisión adoptada, los elementos probatorios indiciarios que están contenidos en el expediente, que demuestran una falla en la prestación del servicio público de seguridad que debe brindar la Policía Nacional, a pesar de haber sido avisada de la comisión del ilícito en momento oportuno y la falla en el deber de seguridad y protección que le debe brindar la policía a la ciudadanía, ya que las medidas adoptadas por ésta (policía) no fueron suficientes, para evitar el daño que terminó en la muerte de **Wen Ken**

La sentencia indica que el daño no puede imputarse a la actuación de la administración, por lo cual no puede haber responsabilidad de la misma, en virtud de la inexistencia de un nexo causal y de que se configura como causa exonerativa de responsabilidad estatal el hecho de un tercero. No compartimos esa posición del resto de la Sala, porque a pesar de que quienes cometieron el delito de homicidio, en perjuicio del Señor **Wen Ken** son personas diferentes a miembros de la Policía Nacional, sí existió una falla presunta del servicio público de seguridad que debe brindar la Policía Nacional y que está contemplado en el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Panamá que señala lo siguiente:

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley. Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros, que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.”

En este sentido es importante también destacar los presupuestos que ha venido estableciendo la jurisprudencia y que guardan relación con los artículos 1644-A y 1645 del Código Civil, los cuales acreditan la responsabilidad extracontractual del Estado, tales son: 1. La falla del servicio público por irregularidad, ineficiencia o ausencia del mismo; 2. El daño o perjuicio y 3. La relación de causalidad directa entre la falla del servicio público y el daño y que explicamos.

**1. La falla del servicio público por irregularidad, ineficiencia o ausencia del mismo.**

El concepto de falla del servicio público, opera como fundamento del deber de reparar en aquellos casos en que los agentes estatales intervienen en la producción del daño por ineficacia, retardo u omisión en el cumplimiento de las funciones del cargo, lo cual se ha entendido que ocurre cuando: la víctima o la

seguridad ciudadana, el cumplimiento y la observancia de la Constitución Política de la República y demás leyes, así como el orden interno, por otro lado, dentro de los **principios generales** de ésta se encuentran proteger la vida, honra, bienes, demás derechos y libertades de quienes se encuentran bajo la jurisdicción del Estado, conservar, el orden público, así como prevenir y reprimir las faltas y los hechos delictivos, constituyen el fundamento de la seguridad pública cuya competencia corresponde primordialmente al Estado, que la mantendrá en todo el territorio nacional por intermedio de la Policía Nacional.

El artículo 7 señala que es misión principal de la Policía Nacional, salvaguardar la vida, honra, bienes, y demás derechos y libertades de quienes se encuentran bajo la jurisdicción del Estado; preservar el orden público interno, mantener la paz y la seguridad de los habitantes, así como ejecutar todas las misiones y funciones que le sean asignadas por el presidente de la República, de conformidad con la Constitución Política y la Ley, mediante el desempeño de las siguientes funciones, entre otras:

1. Garantizar el cumplimiento de la Constitución Política y demás leyes de la República.
2. Auxiliar y proteger a las personas y a los bienes.
3. Mantener y restablecer el orden público.
4. Prevenir y reprimir la comisión de hechos delictivos y faltas, perseguir y capturar a los transgresores de la Ley, así como proteger los recursos ecológicos.
5. Actuar de oficio, con diligencia y prontitud y eficiencia ante flagrantes infracciones a la Ley.

Este fundamento de atribución de responsabilidad ha sido constantemente utilizado en los casos de responsabilidad extracontractual del Estado, especialmente en los eventos en que se acredite que el Estado falló en la prestación del servicio público, bien porque no se prestó o se prestó de manera

deficiente, lo que consecuentemente genera un daño a la persona afectada y que debe ser reparado en su integridad por dicho daño.

La falla en el servicio es el fundamento de imputación diseñado por el sistema francés, en contraposición al régimen de la culpa, propio del Derecho Civil, según el cual consiste en el mal funcionamiento de los servicios que se encuentran en cabeza del Estado, ya sea porque éste no se prestó, puede ser también que se prestó tardíamente, defectuosamente o equivocadamente. Por lo cual, mientras la parte que demanda la responsabilidad estatal, tiene la carga de demostrar dicha falta, corresponde a la administración, acreditar que su actuación fue oportuna, prudente, diligente, eficaz y con pericia, es decir, que no hubo falla del servicio o, que no obstante, su adecuada y oportuna actuación, se presentó una causa extraña, que desbordó su diligencia y eficacia, a saber, la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho exclusivo y determinante de la víctima o, el hecho, también, exclusivo y determinante de un tercero.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las actuaciones de la administración, por su naturaleza, son esencialmente regladas, la falla del servicio ha sido considerada como la violación de una obligación a cargo del Estado, de manera que para lograr determinar cuál es el contenido obligacional al que está sujeto el Estado frente a un caso concreto, debe el juez referirse en primer término, a las normas que regulan la actividad pública causante del perjuicio, previendo, adicionalmente que la determinación de la obligación administrativa, no sólo está circunscrita a los casos en que la ley o el reglamento la consagran expresa y claramente, sino también en todos aquellos eventos en que de hecho la Administración asume un servicio o lo organiza, o cuando la actividad cumplida está implícita en las funciones del Estado <sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, sentencia de 30 de marzo de 1990, expediente: 3510.

Nótese igualmente, que la falla de la administración, se configura, no sólo en la mala prestación de los servicios a cargo del Estado sino, también, por la falta o ausencia de prestación, **es decir por omisión**, en el entendido que el Estado debe utilizar **todos los medios de que dispone para lograr la garantía y seguridad, real, de los bienes jurídicos y derechos de los administrados, y no conformarse con realizar una simple defensa formal de los mismos**. En relación con la responsabilidad del Estado por omisión, ha considerado la Sala que para la imputación de un daño antijurídico a la administración, es necesario que se acredite la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios y la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso, de manera que lo que aquí se realiza, es una imputación objetiva por desconocimiento de los deberes normativos, a título de falla <sup>3</sup>.

En términos generales, la falla del servicio surge a partir de la comprobación de que el daño se ha producido como consecuencia de una violación -conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual resulta de la labor de diagnóstico que adelanta el juez en relación con las falencias en las cuales incurrió la Administración y se constituye en un juicio de reproche que no puede pasarse por alto, porque, en todo caso, debe contemplarse en primer lugar, la aplicación del régimen de falla en el servicio, de manera que, siempre que se encuentre demostrada, habrá que llamar la atención sobre ella, aun cuando no haya sido alegada por el demandante, y así se cumplirá con los cometidos sociales del juicio de responsabilidad, cual es evitar que casos semejantes se

---

<sup>3</sup>En página web del Consejo de Estado de Colombia, sentencia de 15 de agosto de 2007, expediente: 25000-23-27-000-2002-00004-01/AG.

repitan o ejercer un llamado a las autoridades administrativas para que cumplan los cometidos del ente estatal <sup>4</sup>.

Por su parte la doctrina ha señalado, respecto de la responsabilidad de la Administración cuando se lesiona un derecho, lo siguiente:

*“Se entiende así que hayamos afirmado anteriormente que, en orden de determinar si la privación de un derecho constituye o no lesión (imputable a la Administración) **será siempre imprescindible <<mirar>> cuidadosamente cuál es la <<posición>> en que se encontraban respecto del derecho tanto quien dice haber sufrido su pérdida como la Administración contra la que se dirige la reclamación (que, con su conducta, habrá podido contribuir a su <<desaparición>>.”**”<sup>5</sup>*

Frente a este tema particular, en Colombia para que proceda la declaratoria de responsabilidad estatal, el Consejo de Estado, varias décadas atrás, ha señalado que se den los siguientes presupuestos:

- “a) Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta de que se trata no es la del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración.*
- b) Lo anterior implica que la administración ha actuado o dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano*
- c) Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho bien sea civil, administrativo, etc. con características*

<sup>4</sup> Colombia, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 31148. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. “Cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la “lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz”, se debe observar que está produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio, el cual según el precedente jurisprudencial constitucional: “La protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal “que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada (Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010)”.

<sup>5</sup> De Ahumada Ramos Francisco Javier. La Responsabilidad...

*generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.*  
*d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual, aún demostradas la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización..."*

De otro lado, la reiterada Jurisprudencia Colombiana del Consejo de Estado en sus últimos pronunciamientos en torno al tema ha dicho que *las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público. La simple calidad de funcionario público que ostente el autor del hecho no vincula necesariamente al Estado, pues dicho funcionario puede actuar dentro de su ámbito privado separado por completo de toda actividad pública. En doctrina que la Sala ha acogido en reiterada jurisprudencia, se señala que para que la conducta causante del daño, desplegada por un agente estatal, tenga vínculo con el servicio, se requiere que ésta se presente externamente como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público."*

El Consejo de Estado ha definido la prestación del Estado por falla en la prestación del servicio como aquella que se presenta cuando el servicio funciona mal, no funciona o funciona tardíamente. Esta es la noción que inicialmente acogió la corporación, pero que más tarde y con el fin de darle un encuadre más jurídico, modificó para adoptar la de la violación del contenido obligacional, aunque esto no ha sido óbice para que el Consejo siga aplicando la noción "descriptiva" del funcionamiento.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos igualmente ha señalado, respecto de la figura del Estado garante, lo siguiente:

*"IV. El Estado "garante"*

15. Claro está que el Estado debe proveer ciertas condiciones de vida y desarrollo a todas las personas que se hallan bajo su jurisdicción. Hacerlo así --particularmente, aunque no exclusivamente, en lo que corresponde a la

seguridad y la justicia-- constituye, inclusive, una "razón de ser" del Estado, y por lo tanto un punto de referencia para ponderar la justificación y eficacia del poder público. Ahora bien, esa obligación y la responsabilidad consecuente se extreman, adquieren una intensidad mucho más acentuada, son aún más exigibles, con todo lo que ello supone, cuando el sujeto titular de derechos queda a merced del Estado --por ejemplo, en una "institución total", donde todo se regula y supervisa-- y no puede, por sí mismo, ejercitar sus derechos e impedir el asedio de quienes los vulneran.<sup>7</sup>

En sentencia de 17 de septiembre de 1992. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, consejero ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández, exp.6546. Actor: Francisco Henry Schmielt R. señala:

...Los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, así como **todas las autoridades de la república, deben cumplir sus funciones, dentro del marco constitucional que dispone que ellas están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares. De modo que si en ejercicio de su actividad incumplen este primordial deber, y con ello causan un daño a un particular, surge la obligación indemnizatoria.**<sup>8</sup>

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ahonda sobre la consecuencia del mal funcionamiento del servicio público de seguridad cuando se produce una lesión de un derecho, como lo es la vida, así lo señala en el Caso de Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras, que establece:

"El cumplimiento del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1 de la CADH, no solo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere **que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), bajo su deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los**

<sup>7</sup> Caso Tibi Vs Ecuador Sentencia de 7 de septiembre de 2004, voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párrafo 15.

<sup>8</sup> Citada en El Diccionario Jurídico, Tomo III, Editorial Temis S.A. 2000. p. 100.



derechos de todas las personas bajo su jurisdicción. Esta protección activa del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal, y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía y sus fuerzas armadas."<sup>9</sup>

Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado con respecto al "derecho a la vida" y al "proyecto de vida" de una persona, lo siguiente:

" El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido" <sup>10</sup>

El "proyecto de vida" se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. <sup>11</sup>

Señala la sentencia que no le asiste la razón al demandante al considerar que no se dio una falta en la prestación del servicio público que la ley le atribuye a la Policía Nacional y que no hay la existencia de una relación de causalidad directa entre las acciones u omisiones alegadas por la recurrente y el hecho generador del daño sufrido como responsabilidad del Estado panameño, por conducto de la Policía Nacional.

Ahora bien en la sentencia suscrita por la mayoría de la Sala, se debió precisar cuál fue la contribución culposa de la Policía Nacional en la producción del daño y analizar el caudal probatorio indiciario contenido en el expediente, por lo cual se debió entrar a valorar las piezas de convicción incorporadas al proceso, para determinar si efectivamente existía dicha responsabilidad. En ese sentido

<sup>9</sup> Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 7 de junio de 2003, párrafo 110.

<sup>10</sup> Caso "Los Niños de la Calle" Villagrán Morales vs Guatemala, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Fondo, párrafo 144

<sup>11</sup> Caso Loayza Tamayo Vs Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Fondo, párrafo 148

somos del criterio que si se da la falla presunta del servicio en virtud de los siguientes aspectos que revelan una evidente falla en la prestación del servicio, imputable a la Policía Nacional. Veamos:

1. Se hace la denuncia oportunamente de que el Señor **Yong Jian Wu** fue secuestrado y que su automóvil fue abandonado frente al Hospital Santo Tomás, al encontrarse las grabaciones de las cámaras de seguridad del área, no se refleja ni cuando llegó el carro, ni quienes lo conducían, ni quienes se bajaron de él, con lo cual se imposibilitaba una investigación efectiva, debido a las deficiencias que presentaban las grabaciones realizadas por la Policía.
2. La hermana del secuestrado acude el día 10 de diciembre de 2010 a la Dirección de Investigación Judicial, indicando que el secuestrado **Yong Jian Wu** portaba un celular que contaba con el Sistema de Posicionamiento Global o GPS, que permitía conocer la ubicación aproximada de su portador, visible a foja 95 del expediente se encuentra el mapa que indicaba que el Señor Jian Wu se encontraba en el área del Trapichito de la Chorrera, lugar en el que fueron encontrados los restos óseos no sólo de éste 10 meses después de muerto sino de cuatro miembros más de la comunidad china de Panamá, con lo cual nos da indicios que la búsqueda realizada en el área que marcaba el GPS fue deficiente, por lo cual no se pudo dar con el paradero del Señor **Yong Jian Wu**.
3. De las escuchas telefónicas autorizadas, durante la entrega del dinero de la recompensa, el detective que acompañaba a los familiares del secuestrado se percata que son extranjeros de

origen dominicano quienes efectuaban las llamadas dando las instrucciones para la entrega del dinero del rescate.

4. Durante la entrega de los ochenta y tres mil balboas (B/.83,000.00) del rescate, en una operación supervisada y dirigida por la Policía Nacional, éstos no pueden rescatar a la víctima ni hacer arrestos, a pesar de tener varias unidades involucradas en el operativo, en este momento la víctima todavía se encontraba con vida y la Policía Nacional pierde de vista a los secuestradores, quienes se llevan todo el dinero marcado, el cual aparentemente no dejó rastros puesto que no pudo ser recuperado, así como tampoco el señor Yong Jian Wu. (informes de la policía visibles a fojas 30-36 del expediente).
5. En declaración indagatoria de Fermin Antonio Taveras visible a fojas 90 y 93 del expediente correspondiente se menciona que miembros de la Policía Nacional se encontraban involucrados en los secuestros de los cinco (5) miembros de la comunidad china, entre ellos Yong Jian Wu.

Es por esto que en el negocio jurídico en cuestión consideramos que existen indicios que nos permiten colegir que efectivamente existió una **falla presunta del servicio de seguridad que debió prestar la Policía Nacional**, al existir hechos con conexión y significación lógica de los medios de prueba aportados, además estos hechos omisivos ponen de presente, como se produjo la falla del servicio policivo de vigilancia y prevención, ya que al presentarse la falla en el servicio dado, se pudo constatar que las medidas especiales adoptadas por la policía, no fueron suficientes para evitar la muerte del Señor Yong Jian Wu, ni para recuperar el dinero dado en rescate.

Según DEVIS ECHANDÍA: "Indicio es todo hecho conocido o circunstancia de hecho conocido, del cual se infiere por sí solo o conjuntamente con otros la

existencia o inexistencia de otro hecho desconocido, mediante una operación lógica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos especiales”, definición de la cual infiere que el indicio requiere de los siguientes elementos para su existencia:

- a) La prueba del hecho indicador.
- b) Que el hecho probado tenga alguna significación probatoria respecto al hecho que se investiga, por existir alguna conexión lógica entre los dos.
- c) La significación lógica debe basarse en un análisis cuidadoso de los diferentes medios de prueba que conforman los hechos conocidos, pues de su relación o coordinación, depende la inferencia del hecho desconocido.

A fin de reforzar nuestra postura, extraemos jurisprudencia citada por el exmagistrado **Enrique Gil Botero**, elegido como representante en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el periodo 2016-2019, quien en su obra *Tesoro de Responsabilidad Extracontractual del Estado*, cita extractos de fallos en donde opera la falla presunta del servicio público de seguridad:

**“1795. Deber de Seguridad y protección. Régimen de falla del servicio. Requisitos. Si hay prueba de una amenaza previa a un ciudadano, el Estado tiene la obligación de protegerlo sin que se requiera una querrela formal.**

Cuando el Estado, en desarrollo de sus funciones incurre en la llamada “falta o falla del servicio”, o mejor falta o falla de la administración, tratase de simples actuaciones administrativas, omisiones, hechos y operaciones administrativas, se hace responsable de los daños causados al administrado. Esta es la fuente común y frecuente de la responsabilidad Estatal y requiere: a) una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio; b) lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano; c) un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc. d) una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización.”

**"1799. Deber de seguridad y protección. Falla del servicio policivo. Omisión. Cualquier solicitud, sin importar el medio por el cual se haga, debe ser suficiente para alertar a las autoridades sobre la protección que están obligadas a brindar.**

Para la Sala el fallo apelado deberá revocarse porque en este asunto se acreditó la existencia de los elementos que configuran la falla en el servicio por omisión en la prestación del servicio de policía. Así es, en especial de la prueba testimonial decretada puede concluirse que la actitud de la Policía Nacional frente al atentado que consumó un grupo de delincuentes, el 11 de abril de 1990, en la finca Riverandia, fue completa, irresponsable e injustificadamente omisiva, sin que sea válido alegar como atenuante, el hecho de que la solicitud de protección no había sido dirigida a la policía sino al ejército organismo al que se elevó por escrito una solicitud de protección.

Los argumentos expuestos permiten determinar la existencia de falla en el servicio por omisión, por cuanto de ellos se establece la conducta omisiva de la administración, y un perjuicio como consecuencia de esa conducta omisiva, perjuicio que consiste en la destrucción de la maquinaria y cosechas que habían en la finca Riverandia. También está claramente determinado un nexo de causalidad entre la conducta omisiva de la Policía Nacional y el perjuicio causado en la hacienda Riverandia".

**"1805. Deber de seguridad y protección. Falla en la oportuna prestación del servicio por parte de la Policía Nacional, a pesar de haber sido avisada de la comisión del ilícito en el momento en el cual se perpetraba.**

La responsabilidad patrimonial de la demandada por el daño antijurídico sufrido por el Señor Jorge Armando Páez Ubaté, con ocasión del hurto del cual fue víctima el 12 de septiembre de 1988, con ocasión del hurto del cual fue víctima el 12 de diciembre de 1988, aparece comprometida como consecuencia de la falla en la oportuna prestación del servicio por parte de la Policía Nacional, a pesar de haber sido avisada de la comisión del ilícito en el momento en el cual se perpetraba. "No hay en el proceso una explicación sobre la razón por la cual la Policía sólo se hizo presente en el lugar donde se cometía el ilícito, 2 horas después de haber recibido el aviso. (...) Si el aviso fue dado al CAI del mismo barrio en el cual se perpetraba el hurto, no hay justificación alguna para que la presencia de la Policía sólo se hubiera producido 2 horas después de recibirse el aviso. Esa actuación negligente y descuidada constituye un deber de seguridad y protección que no fue cumplido".

servicio, porque las autoridades de Policía están instituidas para proteger la vida y bienes de los asociados y tal protección sólo puede lograrse a través de una efectiva y oportuna actuación, la cual brilló por su ausencia en este caso, a pesar de la colaboración ciudadana con la cual se contó."<sup>12</sup>

## 2. El daño

Daño ha de entenderse como la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Sin embargo, el daño objeto de la reparación sólo es aquel que reviste la característica de ser antijurídico. En este sentido, el daño sólo adquirirá el carácter de antijurídico y en consecuencia será indemnizable, si cumple una serie de requisitos como lo son, el de ser (1) la certeza del daño; (2) el carácter personal, y (3) directo. El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual<sup>13</sup>. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto <sup>14-15</sup>, esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio <sup>16</sup>.

La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto, pero, si la existencia del daño es la singularidad de su certeza no se debe sin embargo confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su indemnización<sup>17</sup>. De igual forma, para que el daño se

<sup>12</sup> Gil Botero Enrique, Tesouro de Responsabilidad Extracontractual del Estado, página 489 y ss, Editorial Temis, Colombia).

<sup>13</sup> CHAPUS. "Responsabilité Publique et responsabilité privée", ob., cit., p.507.

<sup>14</sup> Colombia, Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

<sup>15</sup> Colombia, Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente 4333.

<sup>16</sup> Colombia, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 31148. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>17</sup> CHAPUS. "Responsabilité Publique et responsabilité privée", ob., cit., p.403. En el mismo sentido el profesor CHAPUS ha manifestado "lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y dimensión del perjuicio son la medida de la indemnización. Pero bien puede reconocer que la responsabilidad se compromete cuando la existencia del perjuicio se establece, sin importar las dudas que se tengan acerca de su extensión".

considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual <sup>18</sup>.

Se considera como tal, la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal [carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural], a la esfera de actividad de una persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades), o a la esfera patrimonial [bienes e intereses], que no es soportable por quien lo padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno <sup>19</sup>.

Así pues, daño antijurídico es aquél que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo <sup>20</sup>.

El daño antijurídico "comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual <sup>21</sup> y del Estado, impone considerar dos

<sup>18</sup> HENAO, Juan Carlos, El Daño- Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.131

<sup>19</sup> Puede verse citado en: Colombia, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 31148. Po. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>20</sup> Colombia, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 31148. Po. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

<sup>21</sup> PANTALEON, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. "[...] el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo". MARTIN REBOLLO, Luis. "La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas", en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279. Martín Rebollo se pregunta: "¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar pues de lesión"

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"<sup>22</sup> ; 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"<sup>23</sup> ; 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"<sup>24</sup> , en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos <sup>25</sup>; y, iii) porque no encuentra sustento en la

<sup>22</sup> LARENZ. "Derecho de obligaciones", citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

<sup>23</sup> SCONAMIGLIO, R. "Novissimo digesto italiano", citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

<sup>24</sup> PANTALEON, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", ob., cit., p.186. "[...] que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas".

<sup>25</sup> MILL, John Stuart, Sobre la libertad, 1ª reimp, Alianza, Madrid, 2001, pp.152 y 153. "Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? [...] el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus miembros de todo daño o vejación".



prevalencia, respeto o consideración del interés general<sup>26</sup>, o de la cooperación social<sup>27</sup> <sup>28</sup>.

En cuanto al daño antijurídico, "la jurisprudencia constitucional colombiana 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"<sup>29</sup>. 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 corresponde la

<sup>26</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción", próximo a publicación.

<sup>27</sup> RAWLS, John, Liberalismo político, 1ª ed, 1ª reimp, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.273. Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: "la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado [...] El otro elemento corresponde a "lo racional": se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas".

<sup>28</sup> Colombia, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 31148. Po. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>29</sup> Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: "El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación". Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM. No.4, 2000, p.168. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales "debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)"

salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración"<sup>30</sup><sup>31</sup>.

De igual manera, "la jurisprudencia constitucional colombiana considera que el daño antijurídico se encuadra en los "principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución"<sup>32</sup><sup>33</sup>.

Debe quedar claro que es un concepto que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un "Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos"<sup>34</sup>. Dicho daño tiene como características que sea

<sup>30</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: "El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico". Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que "no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales". Puede verse citado en: Colombia, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 31148. Po. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>31</sup> Colombia, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 31148. Po. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>32</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que "la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos", definiéndose como "violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere". DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298. Puede verse citado en: Colombia, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 31148. Po. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

<sup>33</sup> Colombia, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 31148. Po. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>34</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550. Agregándose: "Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede atentados de la fuerza pública".

cierto, presente o futuro, determinado o determinable<sup>35</sup>, anormal<sup>36</sup> y que se trate de una situación jurídicamente protegida<sup>37</sup>.

Al daño así concebido cabe agregar, siguiendo a García de Enterría, la distinción entre lesión y perjuicio, en el sentido que para que exista obligación de indemnizar debe haberse producido una lesión o daño antijurídico<sup>38</sup>:

**"...es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño, y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, estos es, si el mismo puede, o no calificarse como (sic) antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado..., y por tanto, releva el juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado.**

**....De manera tal que la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable, lo cual significó un giro copernicano en el fundamento de la responsabilidad estatal, la cual ya no reposa en la -calificación de la conducta de la Administración, sino la calificación del daño que ella causa-**

En síntesis, puede afirmarse que la labor analítica del juez en asuntos de esta naturaleza, **se reduce simple y llanamente a la constatación del daño como entidad**, que es un dato objetivo o de conocimiento dado por la experiencia; a la posición axial frente al mismo por parte del juez, lo que imprime el sello de antijurídico o jurídico, y una vez estructurado aquel -daño antijurídico-, coprogramáticamente mirar la posibilidad de imputación del mismo a una entidad

<sup>35</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

<sup>36</sup> "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

<sup>37</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

<sup>38</sup> Debe tenerse en cuenta que en el derecho español el concepto de lesión tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución de 1978, en tanto que en el derecho colombiano el daño antijurídico se consagra como elemento básico de la responsabilidad del Estado en el artículo 90 de la Carta Política [cuya redacción se vio influenciada por la Constitución de 1978].

de derecho público." (Enrique, Gil Botero, *Tesoro de Responsabilidad Extracontractual del Estado, Jurisprudencia 1991-2011*, Tomo I, Editorial Temis S.A., Colombia, página 11-12) (lo resaltado es nuestro).

En este punto es necesario advertir que el daño se encuentra ampliamente probado en el expediente de marras, visible a foja 38 en donde se indica que Yong Jian Wu, tuvo una muerte traumática (Herida por proyectil de arma de fuego), y visible a foja 23 consta certificado de defunción expedido por el Tribunal Electoral de Panamá.

Ahora bien, el **Señor Yong Jian Wu** (Q .E. P. D) no podrá verse resarcido por el daño causado en su contra, toda vez que falleció, por lo cual su esposa y sus hijos se encuentran legitimados activamente para solicitar una indemnización por daños y perjuicios. Es decir, el derecho a percibir dicha indemnización se transfiere a la persona que vive, que son su esposa e hijos. No es la muerte (consecuencia), sino el acto que la produce, el que origina la responsabilidad del culpable.

Bajo este aspecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 1644 del Código Civil la conducta generadora del daño antijurídico requiere de la culpa o negligencia, esto es, que el sujeto con su actuar o con la omisión, viole deberes preexistentes, máxime de los deberes especiales que en una situación en concreto establece el ordenamiento jurídico.<sup>39</sup>

### **3. Nexo Causal.**

El nexo causal es la vinculación o relación entre la falla presunta del servicio y el perjuicio o daño demostrado para lo cual debe existir un vínculo de tal naturaleza directo, que no se pueda suponer la existencia del daño sin la de la falla.

<sup>39</sup> SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. *El régimen probatorio en la responsabilidad médica* EDICIONALES DOCTRINA Y LEY LTDA., Bogotá, Colombia. Página 1

Ahora bien, el autor **Obdulio Velásquez Posada**, en su obra titulada, **Responsabilidad Civil Extracontractual**, ha señalado que "Como en todo tipo de responsabilidad civil extracontractual, ha de estar presente, debe existir una relación de causalidad entre la situación imputable al Estado y el daño causado, lo que indica que el daño debe ser efecto o resultado de aquel hecho."<sup>40</sup>

Es decir, la falla del servicio público surge a partir de la comprobación de que el daño se ha producido como consecuencia de una violación-conducta activa u omisiva-del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, en este caso de la Policía Nacional según la parte actora.

También lo plantea **Enrique Gil Botero**, quien en su obra **Tesaurus de Responsabilidad Extracontractual del Estado**, cita extractos de fallos en donde se explica el nexo de causalidad con el servicio público:

"449. De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Nacional el Estado responde patrimonialmente por los daños antijurídicos que le son imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas... Tal imputación se da cuando el servicio está a cargo de un ente o de un órgano adscrito o vinculado al Estado o cuando un agente suyo acarrea el daño antijurídico... En este último caso, para imputar responsabilidad por acción del agente es necesario tener en cuenta los nexos con el servicio, es decir, la relación agente-servicio a través de sus variantes temporales, instrumentales o especiales; además el grado de influencia que en la producción del daño tuvo el servicio... Existe nexo temporal cuando el agente está efectivamente en servicio y se causa un daño y nexo instrumental cuando ese perjuicio se causa con instrumento de propiedad o a cargo del ente público.

453. Tesis. Para establecer cuándo un hecho cometido por un agente estatal tiene vínculo con el servicio, la Sala formuló un test de conexidad, con fundamento en la doctrina extranjera, advirtiendo que: ello no quiere decir que siempre que el hecho ocurra dentro de cualquiera de aquellas especies o de ambas, necesariamente se vea comprometida la responsabilidad de la administración pero si

<sup>40</sup> Obdulio Velásquez Posada, en su obra titulada, **Responsabilidad Civil Extracontractual**, Segunda Edición, Editorial Temis Obras Jurídicas, página 151 2013.

resultara que el juez, en primer término, tendrá mejores elementos de juicio para inferir que existió una falla en el servicio. De igual manera se ha señalado que en las decisiones en las que se ha acudido al referido test (...) éste no conduce inexorablemente a una u otra conclusión, ya que deberán analizar, en cada caso, las circunstancias especiales que rodearon el hecho para poder determinar si el daño es atribuible o no atribuible al demandado, aportando únicamente hechos indicadores en relación con la conducta imputada (no con el nexo de causalidad), a partir de los cuales y en armonía con las demás pruebas se podrá solucionar la controversia.

454. Cabe precisar que, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Sala, las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público<sup>41</sup>. La simple calidad de funcionario público que ostente el autor del hecho no vincula necesariamente al Estado, pues dicho funcionario puede actuar dentro de su ámbito privado separado por completo de toda actividad pública. En doctrina que la Sala ha acogido en reiterada jurisprudencia, se señala que para que la conducta causante del daño, desplegada por un agente estatal, tenga vínculo con el servicio, se requiere que ésta se presente externamente como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público...

455. Elemento adicional que abunda en razones orientadas en la misma dirección de la línea argumentativa que se viene desarrollando, es el análisis de los elementos fácticos del presente caso a la luz del que ha dado en denominarse "test de conexidad entre la actividad enjuiciada y el servicio", prohijado en otras oportunidades por la jurisprudencia de esta Corporación, con el propósito de dilucidar, en cada supuesto, si procede la deducción de responsabilidad administrativa, al menos por cuanto tiene que ver con que la actividad censurada haya guardado relación el servicio público implicado en el caso concreto...

456. La Sala debe indicar que, 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 caso específico, como quiera

<sup>41</sup> En sentencia de 26 de septiembre de 2002, exp. 14.036, dijo la Sala: "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, o como que se dio en la vertiente del funcionamiento anormal de un servicio público".

que el vínculo instrumental, funcional u ocasional, por si mismo no compromete, la responsabilidad patrimonial del Estado.

Lo anterior, en la medida que el test de conexidad establecido en la providencia de 17 de julio de 1990, expediente 5998, tal y como se puntualizó en anterior oportunidad, 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 particular 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 antijurídico imputable al Estado".<sup>42</sup>**

Como se ha planteado con antelación la Policía Nacional está llamada a garantizar la paz, la seguridad ciudadana, el cumplimiento y la observancia de la Constitución Política de la República, como lo establece la Ley Orgánica de la Policía, lo cual implica cuidar y proteger la vida, honra, integridad física, derechos, libertades y bienes de los asociados, por tanto, debe evitar que casos semejantes se repitan.

Como pudo plantearse el párrafos precedentes, consideramos que en este caso concreto la actuación de la Policía no sólo fue ineficiente, sino que al haber tenido en su poder la ubicación satelital del GPS que marcaba el área del Trapichito de la Chorrera como última ubicación del Señor **Yong Jian Wu**, y al no ser esta área tan extensa, tal como se refleja en los mapas visibles a fojas 169 y 170 del expediente, debieron tomarse medidas más contundentes para dar con el paradero del éste y que de esta manera no se produjera la falla presunta en el servicio público de seguridad y protección que terminó con la muerte del ciudadano de origen asiático.

Ante estas circunstancias, somos del criterio que el Estado, a través de la Policía Nacional se encuentra llamado a responder patrimonialmente por los

<sup>42</sup> Enrique Gil Botero, **Tesoro de Responsabilidad Extracontractual del Estado - Jurisprudencia 1991-2011**. Tomo II. Edición...

daños y perjuicios causados a la demandante, en lo que corresponde al daño material y moral causado, cuyo monto debería ser determinado vía liquidación de condena en abstracto, por no contar en el presente expediente suficiente material probatorio para asignar la suma de cinco millones de balboas solicitada por ésta.

Por lo expuesto, no concordamos con lo postulado por la mayoría de la Sala en donde señala que no se encuentra acreditada la relación de causalidad directa entre la acción u omisión de la Administración y el daño generado, y que el hecho de que los agentes de la policía nacional no hayan sido los generadores directos del daño, sea una eximente absoluta de responsabilidad para el Estado, toda vez que se encuentra probado en la esfera penal que los delitos que terminaron con la vida de **Yong Jian Wu (q.e.p.d)**, a pesar de que obedecen únicamente a la actuación delictiva de sus secuestradores, quienes efectivamente cometieron el ilícito, no puede ser excluyente de la responsabilidad que tiene el Estado en el daño causado, a través de la actuación negligente de la policía Nacional al haber actuado con ineficiencia en la prestación del servicio público de seguridad y protección que le correspondía por mandato Constitucional.

Finalmente, es importante destacar que el nexo causal entre el daño y la falla presunta del servicio por parte de la Administración tiene cabida por cuanto que la inclusión del daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad patrimonial de la administración, no implica una objetivación de la responsabilidad; al existir los regímenes subjetivos (falla probada y falla presunta) que fueron explicados y que aplican al negocio jurídico en cuestión.

Así es expuesto en jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana que señala lo siguiente:

La Corte Constitucional Colombiana en sentencia número C-333 del primero de agosto de 1996, al decidir sobre la exequibilidad del artículo 50 de la ley 80 de 1993 concuerda con el profesor Juan Carlos Henao al definir daño antijurídico como "aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del estado" y anteriormente en la misma providencia expresó "no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad..."



sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones, puesto que en la actual práctica jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados. Así, en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros ésta se presume mientras que en algunos eventos de ruptura de igualdad de las cargas públicas la responsabilidad es objetiva. Con todo, esos regímenes quisieron ser englobados por el constituyente bajo la noción de daño antijurídico.<sup>43</sup>

Es decir que la consagración misma del daño antijurídico como supuesto de la responsabilidad estatal no está ni objetivizándola ni descartando de dicha responsabilidad la noción de falla del servicio, sino sólo ampliando su ámbito de aplicación, porque así esta puede darse no sólo cuando el daño provenga de la conducta irregular o ilegal de la administración (en sentido lato, cuando el servicio funcionó irregularmente o no funcionó), sino también cuando, prescindiendo de que la actuación haya sido regular o no, quien lo sufre no tenía la carga de soportarlo.

En virtud de todo lo explicado, reitero mi desacuerdo con la posición adoptada por la mayoría de la Sala, en donde **NO SE ACCEDE** a las pretensiones de la demandante, al considerar que se encuentran probados los presupuestos establecidos en nuestra legislación para que exista responsabilidad del Estado por falla presunta en la prestación del servicio público de seguridad y protección por parte de la Policía Nacional, y en razón de lo anterior, **SALVO EL VOTO**,

Atentamente,

**ABEL AUGUSTO ZAMORANO.**  
**MAGISTRADO**

**KATIA ROSAS**  
**SECRETARIA**

<sup>43</sup> Sentencia C-333 de la Corte Constitucional del 1 de Agosto de 1996. Revista JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Tomo XXV, número 298, pág. 1260.