

**PRUEBAS - Recorte de prensa. Valoración probatoria / RECORTES DE PRENSA O PERIODICOS - Valor probatorio / RECORTES DE PRENSA O PERIODICOS - Prueba documental / RECORTES DE PRENSA O PERIODICOS - Pueden constituirse en un indicio contingente**

Si bien las informaciones de prensa no pueden ser valoradas probatoriamente para dar fe de los hechos, si exigen del juez no apartarse de la realidad (sic) o contexto que estas reflejan, más aún cuando estas permiten evidenciar un hecho notorio como el que era constituido por la violencia sindical que existía en dicha época (...). Sin duda, era necesario dilucidar qué valor probatorio le otorgó la Sala a las informaciones de prensa allegadas al proceso, ya que el principal problema para su valoración es la necesidad de cuestionar la veracidad que pueda ofrecer de la ocurrencia de los hechos. Más aún cuando el elemento determinante radica en una “denuncia pública” que la organización sindical y que llevó a los medios de comunicación, no por restarle entidad de verdad, sino por considerar racionalmente su valor probatorio como prueba de una realidad de la que el juez no puede ausentarse, ni puede obviar en atención a reglas procesales excesivamente rígidas. Tanto es así, que la Sala debió ratificar la calidad de indicio contingente que ofrecían los recortes e informaciones de prensa, para que así sea valorado racional, ponderada y conjuntamente dentro del acervo probatorio.

**DEBER DE PROTECCION ESPECIAL O VIGILANCIA - Deber de protección de actores políticos dentro del conflicto armado. Muerte de político / DEBER DE PROTECCION ESPECIAL O VIGILANCIA - Principio democrático / DEBER DE PROTECCION ESPECIAL O VIGILANCIA - Derecho a la seguridad personal / DEBER DE PROTECCION ESPECIAL O VIGILANCIA - Clases de riesgos que se exigen para protección debida**

Actores como los abogados, y específicamente aquellos que ejercen la profesión en la defensa técnica u oficiosa de determinados delitos relacionados con el conflicto armado (...) les es aplicable el principio democrático de manera que puedan ejercer su profesión libremente, en igualdad de condiciones y en el marco del respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos a todos los ciudadanos (...) la aplicación del principio democrático se manifiesta, concretamente, en la tutela del derecho a la seguridad personal, que como garantía constitucional permite el desdoblamiento del ejercicio del derecho a la vida (...) el precedente jurisprudencial constitucional se plantea la necesidad de delimitar frente a qué tipo de riesgos se exige que las autoridades públicas ejerzan la protección debida.

**NOTA DE RELATORIA:** Respecto del principio democrático puede consultarse: Sentencia C-089 de 3 de marzo de 1994; C-1110 del 24 de agosto de 2000; C - 252 de 16 de abril de 2010. En cuanto al derecho a la seguridad personal puede consultarse las sentencias: T-102 de 1993; T-981 de 2001; T-496 de 2008.

**DAÑO ANTIJURIDICO - Elementos**

Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida. De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución.

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

**NOTA DE RELATORIA:** Con relación al daño antijurídico ver también: Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996 y C-832 de 2001. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, exp. 2001-01541 (AG); sentencia de 2 de junio de 2005, exp. 1999-02382 (AG); sentencia de 14 de septiembre de 2000, exp.12166 y sentencia de 9 de febrero de 1995; exp. 9550.

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Cláusula general de competencias**

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el particular ver también: Corte Constitucional, sentencias C-037 de 2003 y C-864 de 2004.

**DAÑO ANTIJURIDICO - Imputación / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Muerte de político / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Principio de imputabilidad / PRINCIPIO DE IMPUTABILIDAD - Noción / IMPUTACION - Ámbito fáctico. Imputación jurídica / IMPUTACION OBJETIVA - Título autónomo de responsabilidad del estado / IMPUTACION OBJETIVA - Noción**

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). (...) resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. (...) todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. (...). Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a

dudas a un ejercicio de la ponderación que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”. (...) la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico).

#### **RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Falla del servicio**

Para endilgar la responsabilidad patrimonial al Estado por falla del servicio de protección, no es necesario el previo, expreso y formal requerimiento por parte del amenazado o afectado con un atentado.

#### **PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA - Alcance. Aplicación no modifica causa petendi / CAUSA PETENDI - Inmodificabilidad**

En aplicación del principio del *iura novit curia* se analiza el caso adecuando los supuestos fácticos al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado que se ajuste debidamente, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa petendi, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, ni que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria. Así que es posible analizar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo un título de imputación diferente a aquel invocado en la demanda, en aplicación al principio *iura novit curia*, que implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la *causa petendi*, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión.

#### **RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Falla del servicio como título de imputación / FALLA DEL SERVICIO - Criterios para su valoración**

La Sub-sección C (...) planteó cinco criterios para valorar la falla del servicio con base en la cual cabe endilgar la responsabilidad patrimonial al Estado: i) que con anterioridad y posterioridad a la ocurrencia de los hechos había “conocimiento generalizado” de la situación de orden público de una zona, que afectaba a organizaciones y a las personas relacionadas con éstas; ii) que se tenía conocimiento de “circunstancias particulares” respecto de un grupo vulnerable; iii) que existía una situación de “riesgo constante”; iv) que había conocimiento del peligro al que estaba sometida la víctima debido a la actividad profesional que ejercía, y; vi) que no se desplegaron las acciones necesarias para precaver el daño.

**NOTA DE RELATORIA:** Ver la sentencias de 31 de enero de 2011, exp.17842 y 27 de noviembre de 2002, exp.13774.

#### **HECHOS INDICADORES - Existencia y convergencia / INDICIO - Noción. Estructura**

En este tipo de asuntos el juez debe orientarse con base en la prueba indiciaria (...), los indicios son medios de prueba indirectos y no representativos (...) En la prueba indiciaria el juez tiene ante sí unos hechos probados a partir de los cuales

establece otros hechos, a través de la aplicación de reglas de la experiencia, o principios técnicos o científicos.

**INDICIO - Elementos / INDICIO - Elementos. Hecho conocido o indicador / HECHO CONOCIDO O INDICADOR - Debe estar plenamente demostrado. Que tenga certeza jurídica / INDICIO - Hecho desconocido. Se pretende demostrar / INDICIO - Elementos. Regla de la experiencia e inferencia lógica / INDICIO - Elementos. Demostrar su existencia / INDICIO - Elemento de existencia. El juzgador es quien lo declara y lo construye en cada caso concreto / PRUEBA INDICIARIA - Existencia**

El indicio está integrado por los siguientes elementos: i) Los hechos indicadores, o indicantes: (...) ii) Una regla de experiencia, de la técnica o de la lógica o de la ciencia, (...) iii) Una inferencia mental (...) iv) El hecho que aparece indicado.

**NOTA DE RELATORIA:** Con relación al hecho desconocido y su valoración probatoria ver sentencias: 3 de octubre de 2007, exp.19286; 2 de mayo de 2007, exp.15700 y de 10 de junio de 2009, exp.17321.

#### **INDICIO - Clases. Necesarios y contingentes**

La doctrina ha clasificado los indicios en necesarios y contingentes, entendiendo como necesarios, aquellos que de manera infalible muestran la existencia o inexistencia de un hecho que se pretende demostrar, o revelan en forma cierta la existencia de una constante relación de causalidad entre el hecho que se conoce y aquel que se quiere demostrar y son, por lo tanto, sólo aquellos que se presentan en relación con ciertas leyes físicas, y como contingentes, los que revelan de modo más o menos probable cierta causa o cierto efecto.

**RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Muerte de político. Deber de indemnizar / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Omisión en el deber de protección especial y vigilancia / DAÑO ANTIJURIDICO - Configuración. Omisión al deber de protección de la seguridad personal. Conflicto armado interno**

La Sala, sin duda, del examen conjunto, armónico y coherente, y en aplicación del principio de la sana crítica, de los medios probatorios allegados al proceso logra establecer que el daño antijurídico causado al político Feisal Mustafá Barbosa es atribuible [fáctica y jurídicamente] a las entidades demandadas, al concretarse indiciariamente los elementos necesarios para establecer la omisión en la protección de la seguridad personal debida, adecuada y necesaria del político Mustafá Barbosa, teniendo en cuenta las circunstancias excepcionales en las que se encontraba su vida y el ejercicio de su actividad profesional en el área del municipio de Sucre (Santander), cuando se encontraba en el ejercicio de su actividad política (...) el atentado del que fue objeto el político Feisal Mustafá Barbosa y las circunstancias que rodearon el caso no precisaban de un requerimiento previo, ya que se infiere con un raciocinio lógico y ponderado, derivado de todos los hechos indicadores anteriores, que la amenaza (...) debía ser aprehensible en su conocimiento por las autoridades, especialmente con la información que se tenía por las autoridades policiales y militares de que el área en el que desarrolló el mencionado político su carrera política, estaba huérfano de presencia de cualquiera de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, y expuesto a las acciones de diversos grupos armados insurgentes, como lo

revelaron los propios pobladores del corregimiento donde se produjo el secuestro del político Mustafá Barbosa.

**RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Deber positivo. Posición de garante / POSICION DE GARANTE - Deber jurídico de evitar el hecho dañoso. Acción de actores no estatales / POSICION DE GARANTE - Elementos para la estructuración de la responsabilidad**

El Estado debía cumplir con su deber positivo, derivado de su posición de garante, de proteger, o por lo menos de ejercer alguna medida de protección encaminada a desarticular, o por lo menos a advertir al político (...) de la amenaza y riesgo constante que existía para su vida, por la existencia de organizaciones y actividades por fuera de la ley que se orquestaban para cercenar el libre ejercicio de la actividad profesional (...) cuando a la Administración Pública se le ha impuesto el deber jurídico de evitar un resultado dañoso, aquella asume la posición de garante en relación con la víctima, razón por la cual de llegarse a concretar el daño, éste resultará imputable a la Administración por el incumplimiento de dicho deber (...) no puede ofrecerse como única vía la aplicación de la posición de garante ya que cuando dicha violación se produce como consecuencia de la acción de “actores-no estatales”, se exige determinar que la situación fáctica existió y que respecto a ella se concretaron tres elementos: “i) los instrumentos de prevención utilizados; ii) la calidad de la respuesta y iii) la reacción del Estado ante tal conducta”, que en términos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se entiende como el estándar de diligencia exigible al Estado.

**HECHO DE UN TERCERO - Eximente de responsabilidad. Inoperancia de la eximente por acción del deber positivo de protección de seguridad personal**

Cabe señalar que en este tipo de eventos puede invocarse y operar como causal eximente de responsabilidad el hecho de un tercero, frente al cual era la demandada la que tenía la carga de probar que dicha causa fue exclusiva o única, y determinante, de tal forma que lleve a enervar la responsabilidad del Estado. Así mismo, se puede llegar a examinar el caso desde la perspectiva de la concurrencia causal entre el hecho de un tercero, el daño sufrido por el dirigente político Mustafá Barbosa y, el deber positivo de protección de la seguridad personal de la entidad demandada, sin embargo, el precedente de la Sala ha superado este fundamento atendiendo a la existencia de una obligación de seguridad, inherente al deber positivo de protección de la seguridad personal y asociada a la posición de garante que ostentaba el Estado, desde el conocimiento del peligro al que estaba sometida la víctima debido a la actividad profesional que ejercía (...) Cuando la imputación de la responsabilidad debe formularse a partir de la ocurrencia de un ataque de un grupo armado insurgente, en el marco del conflicto armado en el que se encuentra inmerso el país, el precedente de la Sala se orienta hacia el título de la falla “cuando el daño se produce como consecuencia de la omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia, es decir, cuando la imputación se refiere a la actuación falente o irregular de la Administración por su actuar omisivo, al no utilizar todos los medios que a su alcance tenía con conocimiento previo (previsible) para repeler, evitar o atenuar el hecho dañoso del tercero. Para determinar si la conducta del Estado fue anómala o irregular, por acción o por omisión, frente al hecho dañoso perpetrado por el tercero debe analizarse si para la Administración y para las autoridades era previsible que se desencadenara el acto insurgente. (...) No se trata, no obstante, de hacer radicar en el Estado una responsabilidad

ilimitada frente a cualquier acto o hecho de los particulares (hecho de un tercero), pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo que es achacable directamente al Estado como garante principal. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones positivas.

**RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Aplicación del bloque de constitucionalidad / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Violaciones a los derechos humanos y derecho internacional humanitario. Condena**

En aplicación del bloque ampliado de constitucionalidad para la tutela de los derechos humanos y el respeto del derecho internacional humanitario, se debe tener en cuenta que pudo producirse por parte del grupo armado insurgente ELN violaciones a los Convenios de Ginebra, especialmente el II y III, en sus artículos 43 y siguientes, debiéndose establecer si se produjo la comisión de conductas que vulneraran el trato digno y humano.

**LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Perjuicio moral / PERJUICIOS MORALES - muerte político. Presunción de dolor moral**

Se encuentra acreditado el parentesco con los registros civiles, lo que lleva a la Sala a tener por demostrado el perjuicio moral en cabeza de los demandantes con ocasión de la muerte del esposo, y padre, lo que aplicando las reglas de la experiencia hace presumir que la muerte en las circunstancias violentas en las que ocurrieron, hacen presumir que los parientes cercanos (que conforman su núcleo familiar) debieron afrontar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad.

**JUDICIAL O ARBITRIO IURIS - Ejercicio discrecional del juez para la tasación de perjuicios / PERJUICIOS MORALES - Tasación. Pauta jurisprudencial / PERJUICIOS MORALES - Tasación. Se fija en salarios mínimos legales mensuales vigentes**

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

**PERJUICIOS MORALES - Principios. Proporcionalidad / PERJUICIOS MORALES - Principios Idoneidad / PERJUICIOS MORALES - Principios. Necesidad / PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Aplicación**

El fundamento, por lo tanto, del test de proporcionalidad no es otro, según los precedentes anteriores, el cual, a su vez, comprende tres sub-principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto.

**NOTA DE RELATORIA:** Con relación a la determinación de los perjuicios morales, la posición actual de la Sala de la Sección Tercera sigue los planteamientos contenidos en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp.13232 y 15646. Sobre el Test de Proporcionalidad consultar: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009, exp. 1995-10351. Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002. Con relación a perjuicios morales, con reconocimiento pecuniario, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 29 de mayo de 1997, exp. 9536. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, fallos: 13 de abril de 2000, exp.11892; 19 de julio de 2001, exp.13086; 10 de mayo de 2001, exp. 13.475 y del 6 de abril de 2000.

#### **PERJUICIOS MATERIALES - Daño emergente. No procede su reconocimiento**

Por concepto de daño emergente (...) no habrá lugar a su reconocimiento ya que la factura que se allegó de los gastos funerales no acredita el pago efectivo de la obligación en ella incorporada, en tanto que el lote donde fue inhumado el político Mustafá Barbosa fue cedido, sin conocerse a qué título y qué valor se pagó por la señora María Consuelo Durán. Por lo tanto, no habrá lugar a reconocer a favor de los demandantes por concepto de daño emergente valor alguno.

#### **PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante**

Las certificaciones (...) no indican si la actividad económica desarrollada por la víctima, obedecía a un contrato de trabajo o contrato de prestación de servicio, ni tampoco el término de duración y si para la época de los hechos realmente estaba bajo alguna de las modalidades de contratación. Por lo anterior, se tomará como base para liquidar el lucro cesante el valor arrojado en el certificado de ingresos y retenciones pero dividido en 12, por cuanto se observa que tal suma fue devengada por la víctima en el año gravable de 1992.

#### **PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O PRINCIPIO DE RESTITUTIO IN INTEGRUM - Medidas no pecuniarias. Medidas de satisfacción / MEDIDAS DE SATISFACCION - Insuficiencia de la indemnización patrimonial. Gravedad del daño / PRINCIPIO DE INDEMNIDAD - Aplicación en la determinación de medidas de reparación / REPARACION INTEGRAL - Medidas no pecuniarias. Deber de informar al despacho judicial**

Sala en aplicación del principio de reparación integral, y a lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, ordenará medidas no pecuniarias, teniendo en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la "restitutio in integrum", máxime cuando existe la vulneración a un derecho humano, como se desprende la muerte del dirigente político Feisal Mustafá Barbosa. (...) Adicionalmente, y acogiendo el precedente de la Sala que incorpora a nuestro concepto de reparación integral las denominadas medidas de reparación no pecuniarias, se ordenará, con el objeto de responder al "principio de indemnidad" y a la "restitutio in integrum", y bajo el amparo del artículo 16 de la ley 446 de 1998, que se cumpla con las siguientes obligaciones que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión: (...). De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar

al despacho informes del cumplimiento de lo aquí ordenado como medidas de reparación no pecuniarias, dentro de los cuarenta y cinco días (45) siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 68001-23-15-000-1995-11029-01(21196)**

**Actor: MARIA CONSUELO DURAN GOMEZ Y OTROS**

**Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar el 31 de octubre de 2000, mediante la cual se dispuso desestimar las pretensiones de la demanda (fl.393 cp).

**ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

1 Fue presentada el 11 de septiembre de 1995 por María Consuelo Durán Gómez en nombre propio y en representación de sus hijos menores Sergio Andrés y Carlos Yamid Mustafa Durán; Iván Fernando y Luz Faride Mustafa Durán, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, con el objeto de que se declare patrimonialmente responsable de los perjuicios causados por la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional como consecuencia de la muerte de su esposo y padre Feisal Mustafa Barbosa, ocurrida el 11 de septiembre de 1993 en el municipio de Sucre (Santander), con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA: Que la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional es administrativamente responsable de la muerte del Doctor (Q.E.P.D.) FEISAL MUSTAFA BARBOSA, ocurrida el 11 de septiembre de 1993 en el municipio de Sucre, Departamento de Santander.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración anterior ordene a la parte demandada, LA NACION, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICIA NACIONAL apagar a favor de mis mandantes: MARIA CONSUELO DURAN GOMEZ, quien actúa en nombre propio y en nombre y representación de sus hijos menores SERGIO ANDRES Y (sic) CARLOS YAMID MUSTAFA DURAN E (sic) IVAN FERNANDO Y (sic) LUZ FARIDE MUSTAFA DURAN, por concepto de perjuicios morales subjetivos, la cantidad de un mil gramos de oro puro (1.000), para cada uno...

TERCERA: Que como consecuencia de la primera declaración y para reparar los daños causados a mis mandantes, MARIA CONSUELO DURAN GOMEZ, quien actúa en nombre propio y en nombre y representación de sus hijos menores SERGIO ANDRES Y (sic) CARLOS YAMID MUSTAFA DURAN; E (sic) IVAN FERNANDO Y (sic) LUZ FARIDE MUSTAFA DURAN quienes actúan en nombre propio, se condene a la NACION, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, POLICIA NACIONAL para que con cargo a su propio presupuesto, se les pague el valor a que asciendan la totalidad de los perjuicios materiales causados como daño emergente y el Lucro (sic) Cesante (sic) cierto y futuro en la cuantía que se demuestre dentro de la tramitación del presente proceso, o lo que resulte de la liquidación posterior a la sentencia genérica, si a ella hubiere lugar” (fls.58 y 59 c1).

2 Las anteriores pretensiones se fundamentan en los siguientes hechos presentados por el demandante,

“3o.- El Doctor (Q.E.P.D) FEISAL MUSTAFA DURAN, murió violentamente el 11 de septiembre de 1.993...

(...)

9o.- El Doctor FEISAL MUSTAFA BARBOSA, fué (sic) declarado objetivo militar de la guerrilla, como se desprende de las comunicaciones internas entre dichos frente subversivos, panfletos que aportó en esta demanda como aservo (sic) probatorio. Situación de violencia en el Departamento de Santander que las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, no evitaron ni tampoco les brindaron la debida protección personal ni familiar... Para el día de los hechos el doctor FEISAL MUSTAFA BARBOSA, se encontraba presediendo (sic) una reunión Política (sic), la cual se celebraba en un recinto cerrado, cuando de repente se presentaron unos sujetos interrumpiendo la misma y preguntando que quién era el doctor FEISAL MUSTAFA?. A renglón seguido el doctor FEISAL MUSTAFA BARBOSA, se paró, se identificó y los desconocidos se dirigieron a él y le digieron (sic) que los acompañara a una reunión con su Comandante. En ese instante, los señores que se encontraban en la reunión se opusieron a que se llevaran al doctor FEISAL MUSTAFA BARBOSA, creándose una situación de Orden Público, a tal punto, que más de 30 personas todas ellas civiles se hicieron alrededor del vehículo, que lo subversivos pretendían movilizarlo para efectos de impedir que se lo llevaran, esto duró más de 40 minutos y en todo momento no se hizo presente la Fuerza Pública, para repeler el plagio del doctor FEISAL MUSTAFA BARBOSA y capturar a los fascinosos (sic). Unos de los residentes del lugar, se subió al campanario de la Iglesia y empezó a tocar las campanas, en señal de auxilio para tratar de llamar la atención de la Ciudadanía (sic), ya que la Fuerza Pública, es decir, el Ejército Nacional y la Policía Nacional, no estaban presentes” (fls.62 y 63 c1).

**2. Actuación procesal en primera instancia.**

3 El Tribunal Administrativo de Santander por auto de 27 de noviembre de 1995 le concedió el término legal a la parte actora para corregir la demanda (fls.85 y 86 c1).

El apoderado de la parte actora, dentro de la oportunidad legal, presentó escrito con el que corregía la demanda en los términos y condiciones fijadas por el Tribunal en su auto de 27 de noviembre de 1995, quedando la demanda de la siguiente manera,

“1o.- En la demanda principal se aclarará La (sic) Pretensión (sic) TERCERA, la cual quedará así:

TERCERA: Que como consecuencia de la primera declaración y para reparar los daños causados a mis mandantes, MARIA CONSUELO DURAN GOMEZ, quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores SERGIO ANDRES Y (sic) CARLOS YAMID MUSTAFA DURAN; e IVAN FERNANDO Y (sic) LUZ FARIDE MUSTAFA DURAN quienes actúan en nombre propio, se condene a la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICIA NACIONAL para que con cargo a su propio presupuesto, se les pague el valor de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$500.000.000.00), suma a que ascienden los perjuicios materiales causados como daño emergente y lucro cesante cierto y futuro; o la que se demuestre dentro de la tramitación del presente proceso, o la que resulte de la liquidación posterior a la sentencia genérica, si a ella hubiere lugar.

(...)

... El ex-congresista (q.e.p.d.) Dr. FEISAL MUSTAFA BARBOSA, como cabeza de familia tenía una serie de obligaciones, tales como gastos de crianza, manutención, alimentación, vestuario, recreación, asistencia médica a toda su familia, gastos de educación de sus hijos los cuales se presentan aproximadamente así, para el momento de los hechos:

Para IVAN FERNANDO MUSTAFA DURAN, que estudiaba en la Universidad JAVERIANA DE BOGOTA, la matrícula ascendía aproximadamente a un millón doscientos mil pesos (\$1.200.000.00).

Para CARLOS YAMID MUSTAFA DURAN, que estudiaba en el Colegio San Pedro de Bucaramanga, cuya pensión ascendía a noventa mil pesos mensuales (\$90.000.00).

Para SERGIO ANDRES, que estudiaba en el Colegio San Pedrito de Bucaramanga, cuya pensión ascendía a ochenta mil pesos (\$80.000.00) mensuales.

... La familia Mustafa Durán, como núcleo familiar asumió los gastos funebres (sic) tales como la caja mortuoria, sala de velación, preservación asepsia y cosmética del cuerpo entre otros, gastos que se probarán con los datos que reporte la Funeraria San Pedro, los cuales se solicitarán por medio de oficio, igual que el valor de los gastos del Cementerio Jardines la Colina.

... El Dr. (q.e.p.d.) MUSTAFA BARBOSA, al momento de los hechos, tenía unos ingresos por su actividad profesional superiores a DIEZ MILLONES PESOS (\$10.000.000.00) a título de honorarios, originados en las asesorías contables tributarias que prestaba a diferentes entidades y personas, entre ellos al Dr. LEOPOLDO MEJIA NEIRA, HERNANDO SERRANO PINTO, a la COMPAÑÍA DEL DR. ALONSO REY SANMIGUEL, los cuales le cancelaban unos honorarios de DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.00) cada uno, además de otras asistencias contables que le reportaban un ingreso de CUATRO MILLONES DE PESOS adicionales (\$4.000.000.00)” (fls.87 y 88 c1).

Adicionalmente, se estimó razonadamente la demanda estableciendo que por daño emergente debía indemnizarse una suma de \$5.000.000.00 y por lucro cesante la suma de \$1.725.767.212,05 (fls.88 y 89 c1).

4 El Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda mediante providencia de 29 de enero de 1996 (fls.103 y 104 c1), notificándose al Ministerio de Defensa por conducto del señor Comandante de la Segunda División del Ejército (fl.106 c1).

5 La demandada, mediante apoderado contestó la demanda en la oportunidad legal, en escrito en el que manifestó,

“La muerte del reconocido líder político conservador Dr. FEISAL MUSTAFA BARBOSA tuvo ocurrencia el 11 de septiembre de 1.993 bajo las siguientes circunstancias:

En horas de la tarde de la fecha en cita, el doctor MUSTAFA BARBOSA fue secuestrado en el corregimiento Sabana, comprensión territorial del municipio de Sucre (Santander), por cuatro sujetos al parecer pertenecientes al autodenominado Ejército de Liberación Nacional E.L.N.; quienes los trasladaron hasta un sitio denominado La Gruta, donde le propinaron dos impactos de arma de fuego de corto alcance en la cabeza.

Con anterioridad a los hechos relatados, el doctor FEISAL MUSTAFA BARBOSA, ni el movimiento político que lideraba, ni ninguna personal (sic) natural o jurídica informó a las autoridades de policía del departamento, a la fuerza pública, a los organismos de seguridad del Estado o las autoridades judiciales, las amenazas que contra él se habían dirigido. De igual forma, tampoco informó a ninguna autoridad legítima sobre el desplazamiento que programaba ejecutar a la región en que fue secuestrado y posteriormente asesinado, ni solicitó (sic) protección o servicio de escoltas para desarrollar la actividad que pretendía ejecutar.

(...)

No era manifiesta, ni conocida por las autoridades, la especial o específica (sic) necesidad de protección que poseía el líder político conservador, como quiera que éstas desconocían la programación de sus actividades, así como su presencia en la región en que se prohujo (sic) su secuestro y posterior muerte” (fls.108 y 110 c1).

Así mismo, el apoderado de la demandada se opuso al decreto y práctica de la prueba testimonial solicitada por la parte actora, en la medida en que no se atiende a “las exigencias que para su decreto exige el art.219 del C.P.C., en la medida en que en el (sic) ellas la parte interesada no indica de manera clara y determinada el objeto de la prueba, para determinar el alcance, conducencia o pertinencia de la petición” (fl.111 c1).

6 Agotado el periodo probatorio, el cual se inició mediante auto de 2 de julio de 1996 (fls.120 a 123 c1), el 4 de diciembre de 1998 fue presentado el experticio rendido por los peritos designados, el cual fue objetado por el apoderado de la parte actora argumentando que debió tenerse en cuenta para la liquidación del lucro cesante las pruebas allegadas, específicamente las “certificaciones expedidas por LEOPOLDO MEJIA NEIRA, ERNESTO SERRANO PINTO Y (sic) ALONSO REY SANMIGUEL, ascienden a la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.00) mensuales” (fls.355 y 356 c1). Mediante providencia de 8 de febrero de 1999 el *a quo* ordenó a los peritos aclarar y complementar el dictamen (fl.358 c1). Los peritos aclararon y complementaron el experticio en memorial presentado el 12 de junio de 2000 (fls.361 a 366 c1).

7 Sin haberse convocado por el Tribunal la audiencia de conciliación, mediante auto de 14 de julio de 2000 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl.368 c1).

8 La demandada presentó sus alegatos de conclusión en la oportunidad legal, por escrito en el que reiteró lo manifestado en la contestación de la demanda, agregando,

“(…) 1. En ningún momento se demuestra dentro del plenario sobre solicitud alguna realizada por el Señor FEISAL MUSTAFA BARBOSA sobre requerimiento alguno para servicio de seguridad, escolta, o protección.

2. Aun así, se desconocía las labores y trabajos que estaba adelantando, se desconocía que se encontraba en la ciudad, por lo cual se hace imposible responsabilizar a la autoridad POLICIA NACIONAL cuando precisamente da a entender que su intención era de permanecer desapercibido.

3. Es claro de los hechos realizados, que los mismos fueron producto de la imprudencia del Doctor FEISAL MUSTAFA BARBOSA al no requerir de vigilancia, el no considerar que por su identidad y calidad política, ante la situación actual de nuestro país pudiera ser objeto de secuestro.

4. Los hechos configurados de secuestro, son ajenos al poder de la Policía cuando de los mismos se determina, que se desconocía su lugar de trabajo, labores o intención de permanecer en la ciudad sin escolta o seguridad.

(…)

10. También es claro (sic) la información, del abogado que demanda, que el Doctor MUSTAFA era considerado objetivo militar. Con mayor razón debieron haber informado, informar su trayecto, decir que iban a un municipio, presentarse o mandar alguna razón, pero prever la seguridad, para que fuera apoyado por parte de la policía, pero dicha omisión por parte de quienes acompañaban al Senador de él inclusive, lo que se busca en la actualidad es responsabilizar a alguien en este caso a la institución cuando son conscientes de la no observancia y omisión de información, que acarreo esta nefasta consecuencia” (fls.374 y 375 c1).

9 La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

### **3. Sentencia de primera instancia.**

10 La Sala de Descongestión de los Tribunales de Santander, Norte de Santander y César en su sentencia de 31 de octubre de 2000 desestimó las pretensiones de la demanda. En ese sentido, argumentó el *a quo*,

“(…) Así las cosas, para la Sala, no obstante su condición de ex congresista, el ser señalado por la insurgencia como enemigo y las amenazas que dicen los testigos haber conocido de labios de FEISAL MUSTAFA BARBOSA, mientras no obre prueba en el proceso de la solicitud de protección, y de que esta no se prestó, o se prestó en forma deficiente, debe concluirse que resultaba imposible para las autoridades conocer la situación que ameritaba disponer de escolta personal y planes especiales de seguridad en sus desplazamientos para quien posteriormente resultó secuestrado y asesinado.

(…)

Por ello, encuentra razonable aplicar la moderación de la tesis de la falla del servicio, fundada en la falla relativa del servicio, máximo en este tipo de situaciones en que el Estado no puede disponer de miembros de la fuerza pública para proteger a cada ciudadano, en este caso de alguien, que se

dedicaba a la actividad política, y sabía que era amenazado, pues así lo refieren los testimonios y se aprecia en documentos subversivos, como enemigo de ellos; si tenemos en cuenta lo anterior y el hecho de desplazarse a zonas alejadas de áreas urbanas y de la cabecera municipal sin destacamento de las fuerzas del Estado, imponen en primer término un alto grado de imprudencia por parte del afectado, quien conociendo su situación frente a la subversión, no solicitó protección especial o cuando menos dar aviso a las autoridades sobre sus desplazamientos. Sobre los supuestos anteriores es claro para la Sala que el riesgo innecesario al que se sometió el afectado y la imposibilidad del Estado de conocer la personal situación de Feisal Mustafá, y el hecho de que este no solicitara ningún tipo de protección; generan en primer término, la inexistencia de la responsabilidad estatal; ya que no existe título de imputación válido pues sí (sic) bien, es evidente que el daño sucedió, no existe prueba que vincule al estado en estos hechos, por el contrario hay prueba de que el homicidio lo cometió la guerrilla, es decir se configura la existencia del "HECHO DE UN TERCERO", así las cosas no se dan en el presente proceso los elementos necesarios para configurar la responsabilidad del Estado" (fls.391 y 392 cp).

11 La sentencia fue objeto de salvamento por uno de los magistrados que componen la Sala, en cuyos argumentos sostuvo,

"(...) Resulta inexcusable que en tantos kilómetros a la redonda del centro geográfico de ocurrencia del hecho, e inclusive, que en el casco urbano del Corregimiento en que éste tuvo ocurrencia, no hubiesen encontrado, no sólo el señor FEISAL MUSTAFÁ BARBOSA, sino, las varias decenas de personas que asistían a la reunión política interrumpida por el hecho luctuoso, la más mínima protección estatal. Relativizar en tales extremos la prestación del servicio conduce a excusar al Estado del ejercicio de su soberanía, a través de la debida presencia de las Fuerzas (sic) del orden, y justificar la existencia de Estados paralelos en los que la seguridad de los ciudadanos depende de la graciosa actitud de grupos armados que los oprimen, o del ejercicio de la fuerza por parte de la misma ciudadanía.

El abandono de la obligación de garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico la defensa de los derechos de quienes asistían a la reunión política, cobra especial relieve en el sub lite, no tan sólo por la amplia extensión del territorio que acusaba orfandad de fuerza pública, al decir de los testimonios, sino por cuanto en esta oportunidad, como en pocas, la población cercó a los secuestradores y merced a su número, persistencia y, según algunos testimonios, valentía, logró retrasar la perpetración del delito por un lapso que en las versiones y en la demanda, oscila cuarenta minutos y media hora. Frente a este hecho, así como frente al número de captores que lucían armamento, no puede menos, cualquier analista del cuadro circunstancial, que extrañar el mas (sic) mínimo apoyo de la fuerza pública, con la seguridad que muy otro habría sido el resultado si este se hubiera dado.

(...)

En estos términos, se puede concluir que conociendo el peligro, se expuso imprudentemente al mismo. Con todo, una vez materializado el riesgo del secuestro, éste se hizo posible merced a la ausencia de una fuerza pública mínima que hubiera apoyado la resistencia ciudadana al delito. Por todo ello, este magistrado atribuye la causalidad del hecho, en un cincuenta por ciento (50%) a culpa de la víctima y en otro cincuenta por ciento (50%) < la falta del servicio" (fls.394 a 396 cp).

#### **4. Recurso de Apelación.**

12 El 19 de febrero de 2001 la parte actora interpuso el recurso de apelación, sustentándolo en ese preciso momento, reiterando lo manifestado en la demanda, agregando,

“(…) Es claro que la entidad demandada teniendo la obligación constitucional y legal de salvaguardar por la vida e integridad personal de los habitantes del municipio de Sucre (Santander) y en especial del ex Congresista DR. **FEISAL MUSTAFA BARBOSA**, no lo hizo teniendo los recursos para ello, pues no se entiende por qué la Policía, no le brindó seguridad al Dr. **FEISAL MUSTAFA BARBOSA**, a sabiendas de que se estaba frente a una situación de riesgo excepcional por la posición intuitu (sic) persone (sic) del señor **MUSTAFA**, por su calidad de ex Congresista, ex Secretario de Gobierno Departamental hasta poco antes de su muerte en ejercicio del cual lo hicieron blanco de amenazas contra su vida, y las que siguió recibiendo con posterioridad a la dejación de su cargo, haciendo obligatoria e imperativa la actuación de la autoridad para prestarle especial protección” (fl.405 cp) (fl.176 cp)

13 Mediante auto de 14 de marzo de 2001 el *a quo* concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fl.425 cp).

#### **5. Actuación en segunda instancia.**

14 Por medio de providencia de 13 de septiembre de 2001 el despacho, de la época, admitió el recurso de apelación (fls.429 y 430 cp) y, mediante auto de 12 de octubre de 2001 se corrió traslado al Ministerio Público y a las partes para emitir el concepto de rigor y presentar los alegatos de conclusión (fl.432 cp).

15 La parte actora presentó sus alegatos de conclusión en la oportunidad legal, mediante escrito en el que reiteró lo sostenido en la demanda y la sustentación del recurso de apelación (fls.433 a 440 cp), agregando que “es evidente la responsabilidad del Estado que en la demanda se predica por falla del servicio en la medida en que fue la omisión del deber de la autoridad demandada de salvaguardar la vida e integridad de los ciudadanos, impuesta por la Constitución y la ley traducida en la pasividad de la autoridad, que nada hicieron para conjurar el peligro que se cernía sobre el funcionario público” (fls.437 cp).

16 La demandada presentó sus alegatos de conclusión en la oportunidad legal, mediante escrito en el que reiteró lo sostenido en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión presentados en la primera instancia (fls.441 a 443 cp).

17 El Ministerio Público guardó silencio.

### **CONSIDERACIONES**

#### **1. Competencia**

1 Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 31 de octubre de 2000, proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y César, mediante la cual se desestimaron las pretensiones de la demanda.

2 La Sala observa que es competente para resolver el asunto *sub judice*, teniendo en cuenta que la pretensión mayor, referida en la demanda a los perjuicios morales excedía la cuantía mínima exigida para que opere la doble instancia, en aplicación del decreto 597 de 1988.

3 El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por la parte actora en el recurso de apelación, específicamente en lo que tiene que ver con los presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio en la protección de Feisal Mustafá Barbosa.

## **2. Aspectos procesales previos.**

4 Al proceso se allegó el recorte de prensa del diario "Vanguardia Liberal" de 13 de septiembre de 1993 en cuya primera página tiene la siguiente noticia: "El ex - senador Feisal Mustafá Barbosa, fue asesinado en Sucre, Santander". En la página 2ª se informó del hecho con el siguiente titular: "Le cegaron la vida cuando preparaba campaña al Senado. Feisal murió haciendo política" (fl.18 c1), así como el recorte de prensa del diario "Vanguardia Liberal" de septiembre de 1993 del artículo titulado "Rechazan las sindicaciones del ELN", que se hizo sobre varios políticos entre los que se encontraba Feisal Mustafá Barbosa (fl.19 c1).

Y si bien las informaciones de prensa no pueden ser valoradas probatoriamente para dar fe de los hechos, si exigen del juez no apartarse de la realidad o contexto que estas reflejan, más aún cuando estas permiten evidenciar un hecho notorio como el que era constituido por la violencia sindical que existía en dicha época.

Era necesario, pues, pronunciarse respecto al valor probatorio que podía o no tener las informaciones de prensa, ya que el precedente de la Sala se orienta a no reconocer dicho valor. En ese sentido,

"Sin embargo, los reportes periodísticos allegados al expediente carecen por completo de valor probatorio, toda vez que se desconoce su autor y su contenido no ha sido ratificado y, adicionalmente, por tratarse de las informaciones publicadas en diarios no pueden ser consideradas dentro de un proceso como una prueba testimonial, como que adolecen de las ritualidades propias de este medio de prueba<sup>4</sup>: no fueron rendidas ante funcionario judicial, ni bajo la solemnidad del juramento, ni se dio la razón de su dicho (art. 227 CP.C).

Estos recortes de prensa tan sólo constituyen evidencia de la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido, por lo que no ostentan valor probatorio eficaz merced a que se limitan a dar cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial. De modo que el relato de los hechos no resulta probado a través de las publicaciones periodísticas a que se alude en la demanda, habida consideración que no configura medio probatorio alguno de lo debatido en el proceso, pues tan sólo constituyen la versión de quien escribe', que a su vez la recibió de otro desconocido para el proceso"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sentencias de 27 de junio de 1996, Exp. 9255; de 18 de septiembre de 1997, Exp.10230; de 25 de enero de 2001, Exp. 3122; de 16 de enero de 2001, Exp. ACU-1753; de 1 de marzo de 2006, Exp.16587.

Pese a lo anterior, la Sala en su precedente viene considerando que,

"... las informaciones publicadas en diarios no pueden ser considerada dentro de un proceso como una prueba testimonial porque carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio probatorio, en particular porque no son suministradas ante un funcionario judicial, no son rendidos bajo la solemnidad del juramento, ni el comunicador da cuenta de la razón de la ciencia de su dicho (art. 228 C P,C ), pues por el contrario, éste tiene el derecho a reservarse sus fuentes. Los artículos de prensa pueden ser apreciados como prueba documental y por lo tanto, dan certeza de la existencia de las informaciones, pero no de la veracidad de su contenido. Debe recordarse que el documento declarativo difiere de la prueba testimonial documentada. Por lo tanto, si bien el documento puede contener una declaración de tercero, el contenido del mismo no puede ser apreciado como un testimonio, es decir, la prueba documental en este caso da cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial"<sup>2</sup>.

A lo que se agrega,

"En cuanto a los recortes de prensa, la Sala ha manifestado en anteriores oportunidades, que las informaciones publicadas en diarios no pueden ser consideradas pruebas testimoniales porque carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio probatorio -artículo 228 del C.P.C.-, por lo que sólo pueden ser apreciadas como prueba documental de la existencia de la información y no de la veracidad de su contenido"<sup>3</sup>.

Y si bien no puede considerarse a la información de prensa con la entidad de la prueba testimonial, sino con el valor que puede tener la prueba documental, no puede reputarse su inconducencia, o su inutilidad, ya que en su precedente la Sala considera que,

"Le asiste razón al actor en argumentar que los ejemplares del diario 'El Tiempo' y de la revista 'Cambio' no resultan inconducentes, ya que por regla general la ley admite la prueba documental, y no la prohíbe respecto de los hechos que se alegan en este caso. Asunto distinto será el mérito o eficacia que el juez reconozca o niegue a dichos impresos. Así, se revocara la denegación de la prueba a que alude el actor respecto de los artículos del Diario y Revista indicados, por encuadrar como pruebas conforme al artículo 251 del Código de Procedimiento Civil y en su lugar se decretará la misma para que sea aportada por el solicitante de ella, dada la celeridad de este proceso"<sup>4</sup>.

Para llegarse a concluir, según el mismo precedente, que la información de prensa puede constituirse en un indicio contingente. En ese sentido, se ha pronunciado la Sala manifestando,

"En otras providencias ha señalado que la información periodística soto en el evento de que existan otras pruebas puede tomarse como un indicio

---

<sup>2</sup> Sentencia de 10 de noviembre de 2000, Exp. 18298.

<sup>3</sup> Sentencias de 15 de junio de 2000, Exp.13338; de 25 de enero de 2001, Exp. 11413; de 10 de noviembre de 2000, Exp. 18298; de 19 de agosto de 2009, Exp. 16363.

<sup>4</sup> Auto de 20 de mayo de 2003, Exp. Pl-059.

simplemente contingente y no necesario”<sup>5</sup>.

Sin duda, era necesario dilucidar qué valor probatorio le otorgó la Sala a las informaciones de prensa allegadas al proceso, ya que el principal problema para su valoración es la necesidad de cuestionar la veracidad que pueda ofrecer de la ocurrencia de los hechos. Más aún cuando el elemento determinante radica en una “denuncia pública” que la organización sindical y que llevó a los medios de comunicación, no por restarle entidad de verdad, sino por considerar racionalmente su valor probatorio como prueba de una realidad de la que el juez no puede ausentarse, ni puede obviar en atención a reglas procesales excesivamente rígidas. Tanto es así, que la Sala debió ratificar la calidad de indicio contingente que ofrecían los recortes e informaciones de prensa, para que así sea valorado racional, ponderada y conjuntamente dentro del acervo probatorio.

### 3. Los medios probatorios.

5 Al expediente fue allegado oportunamente y cumpliendo las exigencias legales para tener valor probatorio los siguientes elementos:

- Informativo o documento contentivo de propaganda del grupo armado insurgente “ELN”, de marzo de 1994 (fls.9 cara posterior y 11 c1).
- Varias cartas de condolencias de la Alcaldía Municipal de Contratación, del Director de Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Javeriana, de la Ministra de Relaciones Exteriores, de la Fundación Santillana para Iberoamérica, de la Presidencia de la República, del Directorio Nacional del Partido Conservador, de Carlos Lemos Simmonds, de la Cámara de Comercio de Barrancabermeja, de Álvaro Gómez Hurtado, de Jaime García Parra, de la Alcaldía de El Guacamayo (Santander), de la Alcaldía de Palmas del Socorro, de Ernesto Samper Pizano (fls.23 a 44 c1).
- Decreto 79 de 18 de septiembre de 1993, de la Alcaldía Municipal de Guadalupe (Santander) “POR MEDIO DEL CUAL SE RINDE HOMENAJE POSTUMO A LA MEMORIA DEL DOCTOR FEISAL MUSTAFA BARBOSA” (fl.37 c1).
- Decreto 0236 de 13 de septiembre de 1993, de la Gobernación de Santander, “Por el cual se rinde homenaje a la Memoria de un ilustre Santandereano” (fl.42 c1).
- Decreto 0630 de 13 de septiembre de 1993 “Por el cual se honra la memoria de un destacado dirigente político”, de la Alcaldía de Bucaramanga (fl.43 c1).
- Decreto 132 de 13 de septiembre de 1993, de la Alcaldía Mayor de Socorro, “Por medio del cual la Alcaldía Municipal decreta duelo en el Municipio de Socorro” (fl.45 c1).
- Constancia, de 17 de agosto de 1995, expedida por Leopoldo Mejía Neira según la cual el “Doctor **FEISAL MUSTAFA BARBOSA**... prestó sus servicios profesionales como mi **ASESOR TRIBUTARIO**, en el año de 1.991 y en el año de 1.993 en los meses de Marzo 11 hasta 11 de Septiembre de 1.993. Devengando como honorarios profesionales la suma de DOS MILLONES DE PESOS MCTE (\$2'000.000.00)” (fl.46 c1).
- Constancia, de 4 de septiembre de 1995, expedida por Ernesto Serrano Pinto según la cual se indicó que Feisal Mustafa Barbosa “PRESTO SUS SERVICIOS PROFESIONALES COMO MI ASESOR TRIBUTARIO EN EL AÑO DE 1991 Y EN EL AÑO DE 1993, LOS MESES DE 11 DE MARZO A 11 DE SEPTIEMBRE, DEVENGANDO COMO HONORARIOS PROFESIONALES LA SUMA DE DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.00)” (fl.47 c1).

---

<sup>5</sup> Sentencia de 30 de mayo de 2002, Exp. 1251-00.

- Certificación, de 19 de julio de 1995, expedida por Alonso Rey Sanmiguel según la cual se indicó que Feisal Mustafa Barbosa “durante todo el año de 1991 y el año de 1993 los meses de Marzo (sic) a Septiembre (sic) se desempeñaba como ASESOR TRIBUTARIO, de mi compañía y ganaba un promedio mensual de Dos Millones de Pesos Mcte (\$2.000.000.00)” (fl.48 c1).
- Copias auténticas de las cédulas de ciudadanía de Luz Faride Mustafá Durán y de Iván Fernando Mustafá Durán (fl.49 c1).
- Certificado de defunción de Feisal Mustafá Barbosa en el que se indicó que su deceso se produjo en el municipio de Sucre (Santander) el 11 de septiembre de 1993 (fl.50 c1).
- Copia auténtica del registro de matrimonio entre Feisal Mustafá Barbosa y María Consuelo Durán Gómez (fl.57 c1).
- Copia auténtica del registro de nacimiento de Iván Fernando Mustafá Durán, nacido el 29 de octubre de 1972 e hijo de Feisal Mustafá Barbosa y María Consuelo Durán Gómez (fl.52 c1).
- Certificado del Notario Tercero del Círculo de Bucaramanga, según el cual en el tomo de Registro Civil de Nacimiento correspondiente al año 1973 a folio 635502 se encuentra registrada Luz Faride Mustafá Durán, nacida el 8 de diciembre de 1973 e hija de Feisal Mustafá Barbosa y María Consuelo Durán Gómez (fl.53 c1).
- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Luz Faride Mustafá Durán (fls.175 y 176 c1).
- Certificado del Notario Séptimo del Círculo de Bucaramanga, según el cual en el Registro de Nacimientos correspondiente al año 1987 a folio 11799625 se encuentra registrado Sergio Andrés Mustafá Durán, nacido el 12 de agosto de 1987 e hijo de Feisal Mustafá Barbosa y María Consuelo Durán Gómez (fl.54 c1). Copia auténtica del registro de nacimiento (fls.217 y 218 c1).
- Certificado del Notario Tercero del Círculo de Bucaramanga, según el cual en el tomo de Registro Civil de Nacimiento correspondiente al año 1977 a folio 2981678 se encuentra registrado Carlos Yamid Mustafá Durán, nacido el 20 de septiembre de 1977 e hijo de Feisal Mustafá Barbosa y María Consuelo Durán Gómez (fl.55 c1).
- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Carlos Yamid Mustafá Durán (fls.177 y 178 c1).
- Informe de Psicología de la consulta realizada a Sergio Andrés Mustafá en el Colegio San Pedro Claver, en el que se formularon como observaciones,

“\* Presenta atención dispersa.

\* Se le recomendó apoyo pedagógico en la tarde.

\* No ha existido apoyo en la elaboración del duelo” (fls.56 y 57 c1).

- Certificado de ingresos y retenciones para el año gravable de 1992, donde se indica como ingresos de Feisal Mustafá Barbosa la suma de \$5.820.641.00 (fl.93 c1).
- Certificado de existencia y representación legal de Servicios Fúnebres San Pedro - García y Orejana Limitada (fls.94 a 97 c1).
- Formulario No.2 Declaración de Renta y Complementarios de personas naturales y sucesiones ilíquidas de Feisal Mustafa Barbosa (fl.98 c1).
- Copia auténtica del registro de nacimiento de Feisal Mustafa (fl.99 c1).
- Copia auténtica del registro de nacimiento de Consuelo Durán Gómez (fl.100 c1).
- Factura No. 234 expedida por Servicios Fúnebres San Pedro a cargo de Consuelo Durán Gómez de Mustafá por concepto de los funerales de Feisal Mustafá Barbosa por valor de \$967.880.00 (fl.101 c1).
- Oficio 0366 SIJIN DESAN, de 28 de marzo de 1996, del Jefe (e) de la SIJIN DESAN del Departamento de Policía de Santander (fls.113 y 114 c1).
- Testimonio rendido por Freddy Antonio Anaya (fls.153 y 154 c1).

- Testimonio rendido por Ángel de Jesús Becerra Ayala (fls.158 a 168 c1).
- Testimonio rendido por Martín Carvajal Camara (fls.172 y 173 c1).
- Testimonio rendido por Álvaro José Agon Martínez (fls.184 y 185 c1).
- Testimonio rendido por Héctor Sánchez Camacho (fls.187 y 188 c1).
- Testimonio rendido por Horacio Escobar Ríos (fls.192 y 193 c1).
- Testimonio rendido por Juan Carlos Marín Ortegón (fls.196 a 200 c1).
- Testimonio rendido por Gabriel Torra Acevedo (fls.203 a 205 c1).

- Certificación de la Sindicatura del Colegio San Pedro Claver, en el que se consignó,

“Que **SERGIO ANDRES MUSTAFA DURAN**, el día once (11) de septiembre de 1993 se encontraba estudiando en este plantel en el cursó Jardín B, pagando Matrícula..... 37.500.00” (fl.207 c1).

- Certificación de la Sindicatura del Colegio San Pedro Claver, en el que se consignó,

“Que **CARLOS YAMID MUSTAFA DURAN**, el día once (11) de septiembre de 1993 se encontraba estudiando en este plantel en el cursó Jardín B, pagando Matrícula..... 46.110.00” (fl.208 c1).

- Oficio SG-083, de 5 de agosto de 1996, del Secretario General de la Pontificia Universidad Javeriana, en el que se informó,

“La Oficina de Admisiones y Registro de la Universidad Javeriana me ha informado que el Sr. IVAN FERNANDO MUSTAFA DURAN no estaba matriculado en esta Universidad el día 11 de Septiembre de 1.993” (fl.209 c1).

- Oficio 3028-11029, de 8 de agosto de 1996, del Gerente de “Jardines la Colina” (fl.215 c1).

- Certificación del Decano Académico de la Pontificia Universidad Javeriana, de la Facultad de Ciencias Jurídicas, según la cual “mediante **Acta No. 1.302 DE Julio (sic) 27 de 1970**, consta el otorgamiento del Título de **DOCTOR EN CIENCIAS JURÍDICAS** y la entrega solemne del diploma al sr. **FEISAL MUSTAFA BARBOSA**” (fl.219 c1).

- Oficio 374951, de 13 de agosto de 1996, del Director de la Unidad del Registro Nacional de Abogados del Consejo Superior de la Judicatura, con el que se informó que se constató Mustafa Barbosa Feisal tuvo la tarjeta profesional número 5844 ordenada por el Tribunal de San Gil (fls.220, 304 y 305 c1).

- Oficio 3689/BR5-B3.375, de 15 de agosto de 1996, del Teniente Coronel Germán Galvis Corona, JEM Quinta Brigada (fl.237 c1).

- Oficio 157-96.A.GPF.DNO, de 16 de agosto de 1996, del Grupo de Patología Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Nor Oriente, con el que se remitió copia auténtica de la copia de necropsia (fl.238 c1). En ese sentido, se allegó el Protocolo de necropsia A-831-93, de 17 de septiembre de 1993 (fls.241 y 242 c1).

- Oficio 178-RM-DS, de 5 de agosto de 1996, del Registrador del Estado Civil, Delegación de Santander, por medio del cual se remitió copia auténtica del registro civil de defunción de Feisal Mustafa Barbosa (fls.245 y 246 c1).

- Oficio WB-240/96, de 24 de octubre de 1996, del Jefe de la Unidad de Archivo Administrativo del Senado de la República (fls.255 a 262 y 306 a 314 c1).

- Testimonio rendido por Flor Marina Gamba de Morantes (fls.291 y 292 c1).

- Oficio 002557/SIJIN-UINRE, de 10 de agosto de 1998, del Comandante del Departamento de Policía de Santander, por medio del cual se informó “que

revisados los archivos y libros radicadores (sic) de esta Unidad Policial, no se encontró antecedente sobre solicitud de protección elevada ante la Policía Nacional por el Doctor FEISAL MUSTAFA BARBOSA para él y su núcleo familiar durante los años 1989 a 1993... Posterior a la muerte del Doctor FEISAL MUSTAFA BARBOSA, se le asignó (sic) un servicio de protección permanente a la Doctora CONSUELO DE MUSTAFA por parte de la Policía Nacional, servicio que en la actualidad se presta con una unidad adscrita a la POVIJ" (fl.329 c1).

- Oficio 6085/DIVO2-BR1-CDO-702, de 6 de agosto de 1998, del Comandante de la Primera Brigada, en el que se informó "que para el año de 1.993 el municipio de Sucre (Santander del sur), no era área operacional de la Primera Brigada. Por consiguiente se desconoce cualquier aspecto relacionado con la información que se solicita. Con la disposición No. 006 del 30 de julio de 1.993, del comando de la Primera Brigada, de la cual se anexa fotocopia, y por medio de la cual se fijó (sic) jurisdicción a las Unidades Tácticas de la Primera Brigada, se demuestra que el municipio de Sucre (S.S), no era área para la fecha de los hechos (11 de septiembre de 1.993), de la Primera Brigada" (fls.331 a 334 c1).

- Dictamen pericial rendido por el perito designado y presentado el 4 de diciembre de 1998, en el que se consignó,

"(...) DATOS PARA CUANTIFICAR LOS PERJUICIOS

(...) 1.1. Edad de la Víctima (sic): El señor FEISAL MUSTAFA BARBOSA nació el 20 de marzo de 1.943 y falleció el 11 de septiembre de 1.993. En consecuencia, al momento de morir la víctima tenía cincuenta (50) años, cinco (5) meses y veintiún (21) días de edad. Es decir, seiscientos cinco punto siete (605.7) meses.

1.2. Esperanza de vida: Según la Resolución 0996 de marzo 29 de 1.990 expedida por la Superintendencia Bancaria (Tabla Colombiana de Mortalidad) el señor FEISAL MUSTAFA BARBOSA al momento de morir tenía una esperanza de vida de 26.87 años. Es decir, trescientos veintidós punto cuarenta y cuatro (322.44) meses.

(...)

1.3. Edad de los Beneficiarios (sic): Se tendrá en cuenta las edades de los jóvenes CARLOS YAMID y SERGIO ANDRES MUSTAFA DURAN:

1.3.1.- CARLOS YAMID: Nació el 20 de septiembre de 1.977. Al momento de fallecer su señor Padre (sic) contaba con quince (15) años, once (11) meses y veintiún (21) días, faltándole para cumplir los veinticinco (25) años de edad, nueve (9) años y nueve (9) días. Es decir, ciento ocho punto tres (108.3) meses.

1.3.2.- SERGIO ANDRES: Nació el día 12 de agosto de 1.987. Al momento de fallecer su señor Padre (sic) contaba con seis (6) años y veintinueve (29) días de edad, faltándole para cumplir los veinticinco (25) años de edad, dieciocho (18) años, once (11) meses y un (1) día. Es decir, doscientos veintisiete punto cero tres (227.03) meses.

(...)

Así las cosas, y en vista de que entre lo señalado como ingreso mensual por las certificaciones ya mencionadas y lo establecido por la Declaración de Renta de la Sucesión del señor FEISAL MUSTAFA BARBOSA efectuada por la demandante, Sra. CONSUELO DE MUSTAFA, existe una diferencia del mil doscientos (1.200%) por ciento, se tuvo en cuenta para determinar el ingreso mensual base para establecer la indemnización de perjuicios en la modalidad de lucro cesante los siguientes documentos:

1.4.1.- Certificado de ingresos y retenciones del año gravable 1.992, expedida por la Tesorería del Departamento de Santander.

1.4.2.- Declaración de renta del año gravable 1.992 rendida por el señor FEISAL MUSTAFA BARBOSA.

1.4.3.- Declaración de Renta (sic) de la sucesión del señor FEISAL MUSTAFA BARBOSA del año gravable 1.993 rendida por la señora CONSUELO DE MUSTAFA.

1.4.4.- Certificación expedida por la Contraloría de Santander el 17 de noviembre del año en curso, a solicitud de los peritos.

(...)

**TOTAL DAÑO EMERGENTE A FAVOR DE LA SEÑORA CONSUELO DURAN DE MUSTAFA:**

Cuatro Millones Quinientos Diecinueve Mil Doscientos Ochenta y Tres Pesos (\$4.503.017,00).

**2.2. LUCRO CESANTE:** Se tomará como base el ingreso mensual promedio del último año de vida de la víctima (septiembre de 1.992 a septiembre de 1.993), con fundamento en los documentos reseñados en el numeral 1.4 del presente dictamen pericial. En consecuencia, se determinó que en los últimos cuatro (4) meses del año 1.992 la víctima recibió un ingreso por salarios de tres millones novecientos setenta y cinco mil pesos (\$3.975.000,00) moneda corriente y en los ocho (8) meses del año 1.993 la víctima recibió un ingreso por salarios de cinco millones de pesos (\$5.000.000,00) moneda corriente, para un promedio mensual durante el último año de vida de la víctima de setecientos cuarenta y siete mil novecientos dieciséis pesos (\$747.916,00) moneda corriente” (fls.343 a 352 c1).

**3. Problema jurídico**

5 De lo anterior se puede plantear como problema jurídico: ¿cabe atribuir fáctica y jurídicamente la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas por el daño antijurídico ocasionado a los demandantes como consecuencia de la muerte violenta del político Feisal Mustafá Barbosa?

**4. El derecho a la seguridad personal de ciertos actores sociales en el marco del conflicto armado interno.**

6 Antes de abordar la determinación del daño antijurídico y el juicio de imputación, y teniendo en cuenta las particularidades del asunto, la Sala debe abordar el tratamiento de la situación de ciertos actores sociales, que como los abogados, hacen parte del sistema democrático y pueden ser objeto de protección reforzada [en el marco de la tutela del derecho a la seguridad personal], más cuando se acrediten, directa o indiciariamente, circunstancias que exceden la normalidad, o los peligros ordinarios bien sea por la ubicación del lugar en donde desempeña sus actividades, o por las condiciones del conflicto interno que se presentaban para la época de los hechos.

7 La premisa, en la que se sustenta la Sala, indica que a actores como los abogados, y específicamente aquellos que ejercen la profesión en la defensa técnica u oficiosa de determinados delitos relacionados con el conflicto armado [rebelión, sedición, etc.], les es aplicable el principio democrático de manera que puedan ejercer su profesión libremente, en igualdad de condiciones y en el marco del respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos a todos los ciudadanos. El precedente jurisprudencial constitucional sostiene,

“(…) En efecto, la Constitución no limita el principio democrático al campo político sino que lo extiende a múltiples esferas sociales. Consecuencia directa justamente del carácter expansivo de la democracia participativa.

Ya la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el principio democrático que prohija (sic) la Carta Política es a la vez universal y expansivo. Así “se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos

y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. El **principio democrático es expansivo** pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción”<sup>6”7</sup>

8 La aplicación del principio democrático se manifiesta, concretamente, en la tutela del derecho a la seguridad personal<sup>8</sup>, que como garantía constitucional permite el desdoblamiento del ejercicio del derecho a la vida, cuyo alcance ha sido fijado en el precedente jurisprudencial constitucional en los siguientes términos,

“Dentro del desarrollo que del derecho fundamental a la vida ha realizado la jurisprudencia constitucional, se destaca el estudio acerca del carácter vinculante (sic) que para el Estado se deduce de sus dos ámbitos de protección, esto es, que se trata de un derecho que debe respetarse y debe protegerse<sup>9</sup>. Conforme a lo anterior, por una parte, las autoridades públicas están obligadas a abstenerse de ejecutar actos que vulneren el derecho a la vida y, por la otra, a evitar que terceras personas por cualquier motivo lo desconozcan.

Este segundo ámbito de protección, se refiere entonces al deber que le asiste a las autoridades públicas de asegurar o garantizar el respeto del derecho a la vida por parte de terceros. Dicho deber no constituye una simple manifestación retórica de tipo formal, sino por el contrario, una declaración categórica e imperativa para el Estado, por virtud de la cual se le asigna una obligación positiva consistente en actuar con eficiencia y celeridad en su labor de defensa y cuidado de este derecho fundamental. Así las cosas, esta Corporación ha sostenido que: “el Estado debe responder a las demandas de atención de manera cierta y efectiva, pues ante la amenaza que se tiende sobre la existencia y tranquilidad de individuos o grupos que habitan zonas de confrontación o que desarrollan actividades de riesgo en los términos del conflicto, es inexcusable que el Estado pretenda cumplir con sus deberes limitándose a señalar su imposibilidad para prestar la ayuda requerida”<sup>10</sup>.

Dicha circunstancia condujo al reconocimiento por parte de esta Corporación de la *seguridad personal* como un derecho fundamental de todas las personas, y así lo

---

<sup>6</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-089 del 3 de marzo de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En el mismo sentido se puede consultar la Sentencia C-1110 del 24 de agosto de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-934 de 29 de septiembre de 2004. Exp.D-5132. Puede verse también sentencia C-252 de 16 de abril de 2010. Exp.R.E.152.

<sup>8</sup> “Al determinar el alcance del derecho a la seguridad personal en el orden constitucional colombiano, a la luz de los instrumentos internacionales reseñados, la Corte señaló: (i) El derecho a la seguridad personal está incorporado al ordenamiento jurídico colombiano en virtud de los artículos de la Constitución citados e interpretados a la luz de los instrumentos de derechos humanos ratificados por Colombia que crean obligaciones internacionales para el país (artículos 93 y 94 de la Constitución); (ii) Además de manifestarse como un derecho humano fundamental de todas las personas, el derecho a la seguridad personal adquiere especial importancia en el caso de ciertos sujetos que, dada su condición o su contexto, han recibido especial protección tanto por la Carta como por otras fuentes de derecho internacional vinculantes para Colombia; y (iii) El contenido específico del derecho a la seguridad personal es históricamente variable, y se ha de determinar de conformidad con el contexto socio - político y jurídico en el cual se vaya a aplicar”. Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 16 de mayo de 2008. Exp.T-1783291.

<sup>9</sup> Sentencia T-102 de 1993. (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

<sup>10</sup> Sentencia T-981 de 2001. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). (Subrayado por fuera del texto original)

estableció en la sentencia T-719 de 2003<sup>11</sup>, al derivar su existencia del principio de igualdad de las cargas públicas y del principio de justicia y equidad. En sus propias palabras, la Corte manifestó que:

“Con base en los mandatos constitucionales e internacionales indicados abajo, y el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la protección de la seguridad de las personas en nuestro ordenamiento, según se reseña más adelante, para la Sala resulta claro que la seguridad personal, en el contexto colombiano, es un derecho fundamental de los individuos. Con base en él, pueden exigir, en determinadas condiciones, medidas específicas de protección de parte de las autoridades, con el objetivo de prevenir la materialización de cierto tipo de riesgos extraordinarios contra su vida o integridad personal, que no tienen el deber jurídico de soportar, y que las autoridades pueden conjurar o mitigar. (...)

El derecho a la seguridad personal, en ese contexto, es aquel que faculta a las personas para recibir protección adecuada por parte de las autoridades, cuandoquiera que estén expuestas a riesgos excepcionales que no tienen el deber jurídico de tolerar, por rebasar éstos los niveles soportables de peligro implícitos en la vida en sociedad; en esa medida, el derecho a la seguridad constituye una manifestación del principio de igualdad ante las cargas públicas, materializa las finalidades más básicas asignadas a las autoridades por el Constituyente, garantiza la protección de los derechos fundamentales de los más vulnerables, discriminados y perseguidos, y manifiesta la primacía del principio de equidad”.

**9.** Por virtud de lo expuesto en la Constitución Política, es claro que la obligación positiva que asume el Estado de asegurar a todas las personas residentes en Colombia la preservación de sus derechos a la vida y a la integridad física, como manifestación expresa del derecho fundamental a la seguridad personal, no se encuentra dentro de la clasificación moderna de las obligaciones como una obligación de resultado sino de medio, por virtud de la cual son llamadas las distintas autoridades públicas a establecer las medidas de salvaguarda que dentro de los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad resulten pertinentes, a fin de evitar la lesión o amenaza de los citados derechos fundamentales.

(...)

**10.** Ahora bien, en cierto casos se exige como carga ciudadana fundada en el principio de solidaridad social (C.P. art. 95.2), que las personas asuman ciertos riesgos especiales, por fuera de los mínimos u ordinarios que se predicen para toda la comunidad. Dichos riesgos por lo general tienen su origen en dos tipos de contingencias, por una parte, en aquéllas que se derivan de la convivencia en sociedad, por ejemplo, cuando para asegurar la defensa de una población es indispensable instalar una estación de policía, que por la situación interna de conflicto armado que vive el país, puede exponer a determinados riesgos a los vecinos de dichas construcciones<sup>12</sup>; y por la otra, en aquéllas que subyacen a la

---

<sup>11</sup> M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>12</sup> Esta Corporación, en sentencia T-1206 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), en relación con la construcción de estaciones de policía en sectores en donde se expone en alto grado la población civil, manifestó que: “la convivencia en sociedad implica que las personas se expongan a determinadas contingencias. La presencia de tales contingencias, sin embargo, por sí misma no hace que las personas sean merecedoras de una protección especial por parte del juez de tutela. Sólo cuando el riesgo se torna desproporcionado, hasta el punto de constituir un peligro inminente, puede el juez de tutela conceder la protección solicitada.// Así, en el caso específico en que los vecinos a las estaciones y demás puestos de policía demanden cierta acción por parte de las autoridades para la protección de su vida e integridad personal frente a ataques de la guerrilla, la acción de tutela sólo será procedente cuando concurran las siguientes dos circunstancias: (1) que, dada la proyección en el presente de unas ciertas circunstancias históricas, la probabilidad actual de que ocurra el ataque sea alta y (2) que la situación específica del demandante o de las personas en nombre de quienes interpone la acción los coloque en una situación de riesgo excepcional que: a) sea difícil de evitar o su evasión suponga cargas que no tiene porqué asumir

prestación de los servicios públicos, ya sea en relación con las personas que se benefician de los mismos<sup>13</sup>, o frente a las personas encargadas de su prestación, es decir, los servidores públicos”<sup>14</sup>.

9 Teniendo en cuenta el alcance del derecho a la seguridad personal, cuyo sustento se encuentra en los artículos 93 y 94 de la Carta Política<sup>15</sup>, en lo consagrado en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948<sup>16</sup>, en el artículo 7.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>17</sup> [Pacto de San José] y en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>18</sup>, en el precedente jurisprudencial constitucional se plantea la necesidad de delimitar frente a qué tipo de riesgos se exige que las autoridades públicas ejerzan la protección debida. En ese sentido el precedente indica,

“Se tiene, en primer lugar, que dichos riesgos deben ser *extraordinarios*. Esto quiere decir que existe un nivel de riesgo *ordinario*, social y jurídicamente soportable, por estar implícito en la vida cotidiana dentro de cualquier sociedad. (...) (L)as personas no pueden exigir al Estado un nivel especial de protección frente a este tipo de riesgos elementales: soportarlos constituye una carga derivada de la condición misma de integrante de una comunidad de seres humanos, que se impone a todos los miembros de la sociedad por igual.

“Ahora bien, en la medida en que la intensidad de dichos riesgos se incrementa, es decir, cuando se tornen *extraordinarios* y reúnen las demás características señaladas en esta providencia, las personas tendrán derecho a solicitar la intervención protectora (sic) de las autoridades para mitigarlos o evitar que se materialicen, cuando ello sea posible; tal intervención estatal podrá invocarse con distintos títulos, es decir, en virtud de distintos derechos fundamentales –la vida, la integridad personal o la seguridad personal –, dependiendo del nivel de intensidad del riesgo en cuestión y de sus características.

---

*personalmente y; b) que las autoridades estén en capacidad de minimizar (dicho riesgo) sin sacrificar bienes jurídicos de igual o superior importancia constitucional”.*

<sup>13</sup> Así, a manera de ejemplo, lo reconoció el Consejo de Estado, en tratándose de los daños a los vehículos de servicio público o a las personas que acceden al mismo frente a la comisión de actos terroristas. En sentencia del 16 de junio, expediente No. 9392, dicha Corporación manifestó: “*En relación con los actos terroristas contra vehículos de servicio público, la sala ha señalado que solamente en estados especiales de agitación, en los cuales dichos actos son normalmente previsibles, las autoridades tienen la obligación de tomar medidas especiales de protección sobre dichos vehículos; y su omisión, en tales casos, puede constituir falla del servicio que comprometa la responsabilidad de la administración. Pero cuando no se presentan dichas circunstancias especiales, no puede imponerse a las autoridades la obligación de escoltar cada vehículo de servicio público (sic), pues ellas carecen de medios y de personal para tal efecto; y menos deducirse falla del servicio por omisión cada vez que ocurran actos terroristas en tales circunstancias*”. (Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo).

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-686 de 30 de junio de 2005. Exp. T-795791

<sup>15</sup> Puede verse Corte Constitucional. Sentencias T-713 de 2003; T-496 de 2008.

<sup>16</sup> Aceptada como costumbre internacional desde la Proclamación de Teherán del 13 de mayo de 1968.

<sup>17</sup> Incorporada al ordenamiento jurídico colombiano por medio de la ley 16 de 1972.

<sup>18</sup> Incorporada al ordenamiento jurídico colombiano por medio de la ley 74 de 1968. En la perspectiva del precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “Al determinar el alcance del derecho a la seguridad personal en el orden constitucional colombiano, a la luz de los instrumentos internacionales reseñados, la Corte señaló: (i) El derecho a la seguridad personal está incorporado al ordenamiento jurídico colombiano en virtud de los artículos de la Constitución citados e interpretados a la luz de los instrumentos de derechos humanos ratificados por Colombia que crean obligaciones internacionales para el país (artículos 93 y 94 de la Constitución); (ii) Además de manifestarse como un derecho humano fundamental de todas las personas, el derecho a la seguridad personal adquiere especial importancia en el caso de ciertos sujetos que, dada su condición o su contexto, han recibido especial protección tanto por la Carta como por otras fuentes de derecho internacional vinculantes para Colombia; y (iii) El contenido específico del derecho a la seguridad personal es históricamente variable, y se ha de determinar de conformidad con el contexto socio - político y jurídico en el cual se vaya a aplicar”. Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 16 de mayo de 2008. Exp.1783291.

De tal manera que el derecho a la seguridad personal sí comprende un nivel de protección básico de las personas contra ciertos riesgos o peligros que, al responder a determinados atributos, “no resultan legítimos ni soportables dentro de la convivencia en sociedad, de acuerdo con la Constitución y los tratados internacionales; se trata de riesgos *extraordinarios* cuya imposición misma lesiona la igualdad en la que deben estar las personas frente a la carga de vivir en sociedad.

Con el propósito de delimitar objetivamente el campo de aplicación del derecho a la seguridad personal en el ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia de esta Corte estableció una sencilla escala de riesgos, tomando en cuenta dos variables: (i) los niveles de tolerabilidad jurídica del riesgo por los ciudadanos en virtud del principio de igualdad ante las cargas públicas; y (ii) los títulos jurídicos con base en los cuales se puede invocar la intervención protectora de las autoridades.

Bajo tales parámetros estableció cinco *niveles de riesgo*: (i) un nivel de riesgo mínimo<sup>19</sup>; (ii) un nivel de riesgo ordinario, soportado por igual por quienes viven en sociedad<sup>20</sup>; (iii) un nivel de riesgo extraordinario, que las personas no están obligadas a soportar; (iv) un nivel de riesgo extremo que amenaza la vida o la integridad personal<sup>21</sup>; y (v) un nivel de riesgo consumado<sup>22</sup>.

A partir de tal caracterización estimó la Corte que “el derecho fundamental a la seguridad personal opera para proteger a las personas de los riesgos que se ubican en el nivel de los *riesgos extraordinarios*, que el individuo no tiene el deber jurídico de soportar”. A fin de establecer si un riesgo puesto en conocimiento de las autoridades tiene una intensidad suficiente como para ser extraordinario, el funcionario competente debe analizar si confluyen en él algunos de los siguientes atributos: *específico e individualizable*<sup>23</sup>, *concreto*<sup>24</sup>, *actual*<sup>25</sup>, *importante*<sup>26</sup>, *serio*<sup>27</sup>, *claro y discernible*<sup>28</sup>, *excepcional*<sup>29</sup>, *desproporcionado*<sup>30</sup>, además de *grave e inminente*<sup>31</sup>.

10 En la actualidad, la tutela del derecho a la seguridad personal se encuentra positivado en lo consagrado en los artículos 81 de la ley 418 de 1997, de la ley 548 de 1999 y en la ley 782 de 2002, según las cuales “el Gobierno Nacional - Ministerio del Interior y de Justicia-, pondrá en funcionamiento un programa de protección a personas que se encuentren en situación de riesgo inminente contra su vida, integridad, seguridad o libertad, por causas relacionadas con la violencia

---

<sup>19</sup> Se trata de un nivel en el cual la persona sólo se ve amenazada en su existencia e integridad por factores individuales y biológicos.

<sup>20</sup> Se trata de los riesgos ordinarios, implícitos en la vida social.

<sup>21</sup> Este es el nivel de los riesgos que, por su intensidad, entran bajo la órbita de protección directa de los derechos a la vida e integridad personal.

<sup>22</sup> Este es el nivel de las violaciones a los derechos, no ya de los riesgos, a la vida e integridad personal: la muerte, la tortura, el trato cruel, inhumano o degradante, representan riesgos que ya se han concretado y materializado en la persona del afectado.

<sup>23</sup> Es decir que no debe tratarse de un riesgo genérico.

<sup>24</sup> Basado en acciones o hechos particulares y manifiestos, y no en suposiciones abstractas.

<sup>25</sup> En el sentido que no debe ser remoto o eventual.

<sup>26</sup> Que amenace con lesionar bienes o intereses jurídicos valiosos para el sujeto, por lo que no puede tratarse de un riesgo menor.

<sup>27</sup> De materialización probable por las circunstancias del caso, por lo cual no puede ser improbable.

<sup>28</sup> No debe tratarse de una contingencia o peligro difuso.

<sup>29</sup> No se trata de un riesgo que deba ser soportado por la generalidad de los individuos.

<sup>30</sup> Teniendo como parámetro de comparación los beneficios que deriva la persona de la situación por la cual se genera el riesgo.

<sup>31</sup> Corte Constitucional. Sentencias T-719 de 2003; T-496 de 16 de mayo de 2008. Exp.1783291.

política o ideológica o con el conflicto armado interno”. Así mismo, en virtud del decreto 2816 de 2006 se “diseña y reglamenta el Programa de Protección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia”, se establece que la “población objeto del programa está constituida por los dirigentes o activistas de grupos políticos, (especialmente de grupos de oposición), de organizaciones sociales, cívicas, comunales, gremiales, sindicales, campesinas, de grupos étnicos, de Derechos Humanos, de población en situación de desplazamiento; miembros de la misión médica; testigos de casos de violación a los Derechos Humanos y de Infracción al Derecho Internacional Humanitario, independientemente de que no se hayan iniciado los respectivos procesos disciplinarios, penales y administrativos; periodistas y comunicadores sociales; Alcaldes, Diputados, Concejales, Personeros; funcionarios o ex funcionarios responsables del diseño, coordinación o ejecución de la política de Derechos Humanos o de Paz del Gobierno Nacional”<sup>32</sup>.

## 5. El daño antijurídico.

11 En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial 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”<sup>33</sup>.*

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional 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 salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”<sup>34</sup>.*

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución,

<sup>32</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 16 de mayo de 2008. Exp.1783291

<sup>33</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.

<sup>34</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. 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, entendiéndose 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”. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.

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>35</sup>.

12 Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, 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>36</sup>. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable<sup>37</sup>, anormal<sup>38</sup> y que se trate de una situación jurídicamente protegida<sup>39</sup>.

13 Se trata de un daño que la víctima, Mustafá Barbosa, no estaba llamado a soportar como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de su dignidad humana y de sus derechos constitucionales a la vida y a la integridad personal, que es incuestionable en un Estado Social de Derecho<sup>40</sup>, desde una perspectiva no sólo formal, sino también material de la antijuridicidad<sup>41</sup>.

14 La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la muerte del político Feisal Mustafá Barbosa, como se desprende del Oficio 157-96.A.GPF.DNO, de 16 de agosto de 1996, del Grupo de Patología Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Nor Oriente, con el que se remitió copia auténtica de la copia de necropsia (fl.238 c1). En ese sentido, se allegó el Protocolo de necropsia A-831-93, de 17 de septiembre de 1993, en el que se concluyó,

“Muerte violenta. Laceración cerebral por Proyectoil (sic) arma de fuego  
(...)  
DESCRIPCION HERIDAS POR PROYECTIL ARMA DE FUEGO

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirse al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

<sup>37</sup> Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

<sup>38</sup> “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

<sup>39</sup> Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

<sup>40</sup> “La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración [sentencia C-333 de 1996]. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos 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 [sentencia C-832 de 2001]”. Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006.

<sup>41</sup> Cabe fundarse en la aproximación al derecho penal, de manera que “se admite que al lado de una antijuridicidad formal, definida abstractamente por contraposición con el ordenamiento jurídico, existe una antijuridicidad material que está referida a juicios de valor... sólo desde un punto de vista valorativo se puede explicar que en la antijuridicidad tengan que encontrar su fundamento y su asiento las causas de justificación. En sentido material, la antijuridicidad es un juicio valorativo o juicio de desvalor que expresa... el carácter objetivamente indeseable para el ordenamiento jurídico, de una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y puede ser un juicio de desvalor acerca del resultado o un juicio de desvalor acerca de la conducta cuando ésta pueda ser considerada peligrosa ex ante”. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual.*, ob., cit., p.303.

1.1 ORIFICIO DE ENTRADA: Redondeado, de 0.9 cms de diámetro, ubicado en ángulo externo del ojo derecho, a 11 cms del vértice y a 8 cms de la línea media.

1.2 ORIFICIO DE SALIDA: Irregular de 2 X 1 cms, ubicado en región lateral derecha del cuello, a 18 cms del vértice y a 7 cms de la línea media.

1.3 LESIONES: Piel, tejido celular subcutáneo, lesiona músculos masateros derechos, tejido celular subcutáneo piel y sale.

1.4 TRAYECTORIA: Antero posterior, supero inferior, de izquierda a derecha.

2.1. Paso por Proyectoil (sic) arma de fuego ubicado sobre el hombro derecho, lesiona piel, tejido celular subcutáneo y superficialmente el plano muscular, tiene trayectoria antero posterior, supero inferior, de izquierda a derecha.

3.1. ORIFICIO DE ENTRADA: Redondeado, de 1 cm de diámetro, ubicado a 9 cms del vértice y a 1.5 cms de la línea media, sobre el ángulo interno del ojo izquierdo, con tatuaje por gramo de polvora (sic).

3.2. ORIFICIO DE SALIDA: Ovalado, de 1.5 X 1 cm, ubicado en región occipital, a 15 cms del vértice y sobre la línea media.

3.3. LESIONES: Tejidos blandos del ángulo interno del ojo izquierdo, fractura huesos propios de la nariz, fractura huesos de la base del cráneo y lacera cerebro, cerebelo, tallo cerebral y luego fractura el occipital, lesiona cuero cabelludo y sale.

3.4. TRAYECTORIA: Antero posterior, supero inferior, ligeramente desviado de izquierda a derecha" (fls.241 y 242 c1).

Así como del Oficio 178-RM-DS, de 5 de agosto de 1996, del Registrador del Estado Civil, Delegación de Santander, por medio del cual se remitió copia auténtica del registro civil de defunción de Feisal Mustafa Barbosa (fls.245 y 246 c1).

15 Sin embargo, no siendo suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si cabe atribuirlo fáctica y jurídicamente a las entidades demandadas, o si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño.

#### **6. Presupuestos para la imputación de la responsabilidad.**

16 Con la Carta Política de 1991 se produjo la "constitucionalización"<sup>42</sup> de la responsabilidad del Estado<sup>43</sup> y se erigió como garantía de los derechos e intereses

---

<sup>42</sup> En precedente jurisprudencial constitucional se indica: "El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente". Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

<sup>43</sup> La "responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización". Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política "consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos". Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

de los administrados<sup>44</sup> y de su patrimonio<sup>45</sup>, sin distinguir su condición, situación e interés<sup>46</sup>. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”<sup>47</sup>. Como bien se sostiene en la doctrina,

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad<sup>48</sup>; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”<sup>49</sup>.

17 Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>50</sup> tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública<sup>51</sup> tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo<sup>52</sup>.

---

<sup>44</sup> Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

<sup>45</sup> “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

<sup>46</sup> La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

<sup>47</sup> RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

<sup>48</sup> “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

<sup>49</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

<sup>50</sup> “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

<sup>51</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta

18 En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico<sup>53</sup> (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”<sup>54</sup>.

19 Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad<sup>55</sup>, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica<sup>56</sup>. Debe quedar claro, que el derecho no

---

responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

<sup>52</sup> “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

<sup>53</sup> “Como también lo señala Hart, algunos iusfilósofos, por ejemplo Austin y Bentham, que advirtieron que el concepto de obligación no se relaciona con estados psicológicos, propusieron definir aquel concepto en relación, no a la *creencia subjetiva* de que se sufrirá un daño si no se actúa, sino a la *probabilidad objetiva* de que una persona que no actúa de cierta manera sufrirá un mal... Como conclusión Hart sostiene que, si bien hay en la idea de obligación alguna relación con la probabilidad de sufrir un mal, lo decisivo para ese concepto es la existencia de ciertas *reglas o normas* que permiten enjuiciar la conducta del individuo obligado”. NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 1ª ed. Barcelona, Ariel, 1983, pp.191-192.

<sup>54</sup> Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

<sup>55</sup> En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

<sup>56</sup> El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”<sup>57</sup>.

20 En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”<sup>58</sup>. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”<sup>59</sup>.

21 Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”<sup>60</sup>. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no<sup>61</sup>. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la ocurrencia de un número menor de daños”<sup>62</sup>.

---

<sup>57</sup> “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-05-2003 [http://criminet.urg.es/recpc], pp.6 y 7.

<sup>58</sup> “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*. Madrid, 1990, pp.77 ss.

<sup>59</sup> MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

<sup>60</sup> LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

<sup>61</sup> JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

<sup>62</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.171.

22 Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad<sup>63</sup> es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación<sup>64</sup> que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”<sup>65</sup>.

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección<sup>66</sup> frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible<sup>67</sup>. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad

<sup>63</sup> “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

<sup>64</sup> “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

<sup>65</sup> ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

<sup>66</sup> Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

<sup>67</sup> Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”<sup>68</sup>.

A lo que se agrega por el mismo precedente,

“En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad<sup>69</sup>, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

- 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de **deberes de seguridad en el tráfico**, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce - un peatón cae en la zanja- surgen los llamados **deberes de salvamento**, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo - prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por **asunción** de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.
- 2)

---

<sup>68</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*. 1ª reimpr. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

<sup>69</sup> “En una sociedad de libertades, y, más aún, en una sociedad que además hace posibles contactos en alto grado anónimos, es decir, en una sociedad que pone a cargo de los ciudadanos la configuración del comportamiento a elegir, con tal de que ese comportamiento no tenga consecuencias lesivas, la libertad decentral de elección debe verse correspondida, en cuanto sinalagma, por la responsabilidad por las consecuencias de la elección”. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*., ob., cit., p.15.

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

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

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos<sup>70</sup><sup>71</sup>.

16. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante<sup>72</sup>.

23 Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal<sup>73</sup>, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

<sup>71</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

<sup>72</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

<sup>73</sup> “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

<sup>74</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, ob., cit., p.204.

24 Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos<sup>75</sup>, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

25 Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

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

### **7. El juicio de imputación en el caso concreto.**

27 El análisis lo aborda la Sala de Sub-sección C teniendo en cuenta que existen precedentes de la Sala en los que se llega a la conclusión que para endilgar la responsabilidad patrimonial al Estado por falla del servicio de protección, no es necesario el previo, expreso y formal requerimiento por parte del amenazado o afectado con un atentado.

28 La Sala advierte que en aplicación del principio del *iura novit curia* se analiza el caso adecuando los supuestos fácticos al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado que se ajuste debidamente, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa *petendi*, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, ni que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria<sup>76</sup>.

Así que es posible analizar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo un título de imputación diferente a aquel invocado en la demanda, en aplicación al principio *iura novit curia*, que implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa *petendi*, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión<sup>77</sup>.

“La circunstancia de que los hechos relatados en la demanda sean constitutivos de una falla del servicio, o conformen un evento de riesgo

---

<sup>75</sup> Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la *conditio sine qua non*, sino *conditio per quam* de la administración”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211.

<sup>76</sup> Sentencia de 19 de octubre de 2011. Exp.19969.

<sup>77</sup> Consejo de Estado, sentencia de 3 de octubre de 2007, Exp. 22.655.

excepcional o puedan ser subsumidos en cualquier otro régimen de responsabilidad patrimonial de los entes públicos, es una valoración teórica que incumbe efectuar autónomamente al juzgador, como dispensador del derecho ante la realidad histórica que las partes demuestren”<sup>78</sup>.

29 En una primera etapa, en la sentencia de la Sección Tercera de 17 de febrero de 1983, se plantearon varios fundamentos: i) cabe endilgar la responsabilidad por la abstención o inercia; ii) desde finales de los años treinta [1937] la Corte Suprema de Justicia afirma que cabe establecer la responsabilidad por la inejecución de obligaciones positivas, lo que se concretó en un fallo de 1946 de la misma Corporación hablándose de dos supuestos: por omisión de un acto; o, por falta de intervención o de iniciativa ante deberes jurídicos positivos; iii) pese a lo anterior, se firmó que no hay responsabilidad cuando el funcionario competente necesita requerimiento para actuar. A lo que se agregó que si la ley lo ha reglamentado “resulta ineludible el formal requerimiento; iv) para establecer la falla del servicio es indispensable acreditar que se pidió la protección policiva<sup>79</sup>. Luego, consideró el precedente, el Estado no asume una obligación de resultado, de seguridad. Se insiste, pues, que es imprescindible haber pedido protección ante amenazas fundadas y razonados temores; se demostró que los hechos, el homicidio del magistrado, fue ajeno a la natural aprehensión que debía tener el que temía un peligro inminente.

Dentro de este precedente cabe destacar el salvamento presentado por el Consejero de Estado Carlos Betancur Jaramillo, en el que se sostuvo: i) en este tipo de asunto se produce la tensión entre la salvaguardia de la forma sagrada y la premisa “darle a cada cual lo suyo”; ii) la protección que merece todo individuo debe estar cerca; iii) debe estarse presto a actuar ante las primeras señales de perturbación; iv) en circunstancias anormales o excepcionales la autoridad no puede esperar que se cumpla con el requerimiento; v) ante una época de terror y angustia, “cuando la subversión cierra su cerco y el crimen organizado y brutal gana prestigio social”, todo ciudadano puede esperar la solidaridad; vi) la protección debe ser acorde con los riesgos propios de la actividad que cada individuo cumple; vii) frente a un estado de zozobra se extreman los riesgos y debe ampliarse la protección de aquellas personas que dirigen el Estado, y; viii) a la víctima no cabe endilgarle culpa por no haber protegido, o pedir la protección con todas las formalidades.

En el segundo precedente, constituido por la sentencia de la Sala Plena de 12 de julio de 1988 que resolvió el recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de 17 de febrero de 1983, se sostuvo: i) el Estado se encontraba en la posibilidad de proteger a la víctima, aunque expresamente no se haya pedido; ii) la autoridad dejó de actuar, al haber permitido que otro destruyera sus bienes, o lo despojara de los mismo; iii) no es necesario averiguar la posibilidad de otros medios de defensa que el particular tenía; iv) ante un ambiente de zozobra, confusión e inestabilidad las autoridades deben proceder a dar protección, sin que haya lugar a exigir un requerimiento concreto y específico; v) se constató que no se puso medio alguno al servicio de la víctima que enfrentaba una situación especial de riesgo; vi) la protección a la vida honra y bienes no es estática; vii) las autoridades policiales no son simples sujetos pasivos, que demandan la petición de protección del miembro de la comunidad que la necesita; viii) debe observarse el deber positivo de permanente alerta, teniendo en cuenta las circunstancias de cada momento; ix) el Estado debe tomar “la acción cuando la situación azarosa de

---

<sup>78</sup> Sentencia de 20 de febrero 1989, Exp. 4655.

<sup>79</sup> Sala Plena, sentencia de 16 de julio de 1980. Exp.10134.

perturbación lo aconseje respecto de una o de determinadas personas, teniendo en cuenta la influencia que esa circunstancia obre sobre cada una, por la posición que ocupan en la vida social”; x) para el caso, la información de prensa permitió al juez concebir que las autoridades policiales debía volver su atención, cuidado y protección a la víctima; xi) al sobrevenir circunstancias extraordinarias se exige presencia especial de la autoridad; xii) el Estado es responsable “cuando el desorden causado por el daño se hace empresa pública y aquél no intenta siquiera contrarrestarlo”; xiii) la situación de riesgo puede estar determinada por alguna de las circunstancias excepcionales siguientes: posición intuitu personae “teniendo en cuenta sus condiciones personales y sociales”; ejercicio de cargos; antecedentes de persecución o de atentados criminales; tratarse de un medio anómalo; perturbación del orden público en el que la persona se desenvuelve; xxii) ante tales situaciones se afirma como imperativo que la actividad estatal se dirija a prestar una especial protección.

30 En una segunda etapa los precedentes recientes de la Sala en materia de falla del servicio por omisión en el deber de protección se orientan de manera disímil. En la sentencia de 26 de enero de 2006 se sostiene que la responsabilidad del Estado por omisión cuando se imputa el daño por falta de protección exige,

“(…) previo requerimiento a la autoridad, pero en relación a ese requerimiento no se exige ninguna formalidad, porque todo dependerá de las circunstancias particulares del caso. Es más, ni siquiera se precisa de un requerimiento previo cuando la situación de amenaza es conocida por dicha autoridad”.

Posteriormente, en la sentencia de 19 de julio de 2007, la Sala frente a un caso en el que el amenazado era un personero, quien informó a la Policía Nacional de las amenazas, se sostiene que el municipio presentaba, para la época de los hechos, “alteraciones de orden público debido a los actos de violencia” de grupos armados insurgentes.

En tanto que en la sentencia de 3 de octubre de 2007 se argumentó que pese a las graves y reiteradas denuncias formuladas al Gobierno “sobre la compleja y difícil situación que estaban padeciendo los miembros del Partido Comunista”, no se “adelantó investigación alguna tendiente a verificar o esclarecer la procedencia de las mismas, mucho menos se tomó medidas de protección para evitar la muerte de cientos de militantes de dicho partido político”.

Ahora bien, en la sentencia de 4 de diciembre de 2007 se indicaron los elementos con base en los cuales cabe examinar la falta del servicio de protección: i) indiciariamente se prueba que la víctima informa a las autoridades policiales acerca de las circunstancias de peligrosidad en que vive; ii) la autoridad policial conocía el riesgo que corría la víctima; iii) no es indefectible la prueba de la petición de protección; iv) basta que las autoridades si conocieran la situación de peligro en que se enmarcaba la persona. Así mismo, se sostiene en este precedente que la falla del servicio de protección puede apoyarse en la posición de garante que ostenta el Estado y expresa en tres aspectos: i) incumplimiento del deber de protección y cuidado, comunicado el peligro que se corría como resultado de múltiples intimidaciones; ii) no se endilga una obligación de imposible cumplimiento al Estado; iii) el “deber de protección de la vida, honra y bienes que se radica en cabeza del Estado, se torna más exigente en tratándose de personas frente a las cuales es posible o probable que se concrete o materialice un riesgo de naturaleza prohibida”.

Así mismo, en la sentencia de 6 de marzo de 2008 [Exp.14443] la Sala sostiene,

“El relación con el deber de seguridad que corresponde prestar al Estado, cabe señalar que el mismo está contenido en el inciso segundo del artículo 2 de la Constitución que establece 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 6 ibídem establece que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. De acuerdo con el mandato constitucional, la razón de ser de las autoridades públicas es la defender a todos los residentes en el país y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. De tal manera que, omitir el cumplimiento de esas funciones no sólo genera responsabilidad personal del funcionario sino además responsabilidad institucional, que de ser continua (sic), pone en tela de juicio su legitimación. Por lo tanto, el Estado debe utilizar todos los medios de que dispone para lograr que el respeto a la vida y demás derechos de las personas por parte de las autoridades públicas y particulares sea una realidad y no conformarse con realizar una simple defensa formal de los mismos”.

En la sentencia de 25 de febrero de 2009 se sostiene que la prueba indiciaria es útil cuando se examina la imputabilidad de la falla del servicio por omisión en el servicio de protección. En concreto, se afirma la existencia de indicios “de que la víctima estaba siendo amenazada y de esta circunstancia tenía conocimiento la policía”. De igual forma, se afirma la existencia de circunstancias especiales que indicaban que la vida de la víctima “corría peligro para que oficiosamente debiera desplegar una actividad especial de protección de la vida”.

Recientemente, en la sentencia de 25 de agosto de 2010, de la Sección Primera, se sostiene que cuando “una persona se encuentra en peligro, y considera amenazados sus derechos fundamentales y los de su familia... es necesario que el Estado dirija su accionar con el fin único de evitar que se materialice un daño concreto, accionar que sólo podrá estar antecedido de un conocimiento de los diferentes factores de riesgo que rodean a la persona”

Finalmente, la Sub-sección C en la sentencia de 31 de enero de 2011 [Exp.17842], planteó cinco criterios para valorar la falla del servicio con base en la cual cabe endilgar la responsabilidad patrimonial al Estado: i) que con anterioridad y posterioridad a la ocurrencia de los hechos había “conocimiento generalizado” de la situación de orden público de una zona, que afectaba a organizaciones y a las personas relacionadas con éstas; ii) que se tenía conocimiento de “circunstancias particulares” respecto de un grupo vulnerable; iii) que existía una situación de “riesgo constante”; iv) que había conocimiento del peligro al que estaba sometida la víctima debido a la actividad profesional que ejercía, y; vi) que no se desplegaron las acciones necesarias para precaver el daño.

31 La Sala de Sub - sección examinando, con el mayor rigor posible, el acervo probatorio y valorando ponderadamente los fundamentos jurídicos en los que se sustenta la falla del servicio por omisión en la protección de una persona, para el caso concreto del político Feisal Mustafá Barbosa, encuentra, como antes se señaló, que cabe endilgar la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas y revocar la sentencia del *a quo*, para lo que cabe exponer los argumentos en los que se sustenta el juicio de imputación:

i) Es indiscutible que en este tipo de asuntos el juez debe orientarse con base en la prueba indiciaria, respecto de la cual sostiene el precedente de la Sala,

“En nuestro derecho positivo (arts. 248 a 250 CPC), los indicios son medios de prueba indirectos y no representativos -como sí lo son el testimonio y la prueba documental- y no pueden ser observados directamente por el juez, como por ejemplo sucede en la inspección judicial. En la prueba indiciaria el juez tiene ante sí unos hechos probados a partir de los cuales establece otros hechos, a través de la aplicación de reglas de la experiencia, o principios técnicos o científicos. En otros términos, al ser el indicio una prueba indirecta que construye el juez con apoyo en la lógica, partiendo de la existencia de unos hechos debidamente acreditados en el proceso, tal construcción demanda una exigente labor crítica en la que si bien el fallador es autónomo para escoger los hechos básicos que le sirven de fundamento al momento de elaborar su inferencia, así como para deducir sus consecuencias, en ella está sujeto a las restricciones previstas en la codificación procesal: i) La consignada en el artículo 248 del CPC conforme al cual los raciocinios son eficaces en tanto los hechos básicos resulten probados; y ii) la contemplada en el artículo 250 eiusdem que impone un enlace preciso y directo entre el indicio y lo que de él se infiere, que exige -salvo el evento no usual de los indicios necesarios que llevan a deducciones simples y concluyentes- pluralidad, gravedad, precisión y correspondencia entre sí como frente a los demás elementos de prueba de que se disponga. Al margen de las controversias que se suscitan en la doctrina en relación con su naturaleza jurídica (si son medio de prueba o si son objeto de prueba), puede afirmarse que el indicio está integrado por los siguientes elementos: i) Los hechos indicadores, o indicantes: son los hechos conocidos, los rastros o huellas que se dejan al actuar, la motivación previa, etc., son las partes circunstanciales de un suceso, el cual debe estar debidamente probado en el proceso; ii) Una regla de experiencia, de la técnica o de la lógica o de la ciencia, es el instrumento que se utiliza para la elaboración del razonamiento; iii) Una inferencia mental: el razonamiento, la operación mental, el juicio lógico crítico que hace el juzgador; la relación de causalidad entre el hecho indicador y el hecho desconocido que se pretende probar; iv) El hecho que aparece indicado, esto es, el resultado de esa operación mental. Así las cosas, una vez construida la prueba indiciaria, el juez deberá valorarla teniendo en cuenta su gravedad, concordancia, convergencia y relación con los demás medios de prueba que obren en el proceso. Para efecto de establecer su gravedad, la doctrina ha clasificado los indicios en necesarios y contingentes, entendiendo como necesarios, aquellos que de manera infalible muestran la existencia o inexistencia de un hecho que se pretende demostrar, o revelan en forma cierta la existencia de una constante relación de causalidad entre el hecho que se conoce y aquel que se quiere demostrar y son, por lo tanto, sólo aquellos que se presentan en relación con ciertas leyes físicas, y como contingentes, los que revelan de modo más o menos probable cierta causa o cierto efecto. Estos últimos son clasificados como graves o leves, lo cual depende de si entre el hecho indicador y el que se pretende probar existe o no una relación lógica inmediata

(...)

En efecto, suele acudir a pruebas indirectas en las que está separado el objeto de la prueba y el objeto de percepción, en particular a los indicios, toda vez que exigir la prueba directa supondría demandar una “prueba imposible”, lo que impone acudir al juicio lógico del fallador quien a través de su raciocinio evalúa algunos rastros y máximas de la experiencia de varios hechos probados, infiere

conclusiones desconocidas y así procura establecer cuál ha sido la participación de agentes del Estado en el hecho dañoso”<sup>80</sup>.

Cabe advertir, además, que el juez en su valoración debe tener en cuenta el alcance de los hechos indicadores, frente al hecho desconocido, y sustentado en el precedente de la Sub-sección C según el cual,

“La existencia y convergencia de hechos indicadores, los cuales se encuentran debidamente acreditados, entraña una pluralidad simétrica de hechos indicados que corresponden a las conclusiones como producto de las inferencias, a partir de un número igual de hechos probados. Y es que como ya se sabe, el indicio se estructura sobre tres elementos: 1. Un hecho conocido o indicador, 2. Un hecho desconocido, que es el que se pretende demostrar, y 3. Una inferencia lógica a través de la cual, y partiendo del hecho conocido, se logra deducir el hecho que se pretende conocer. (...) Es el juzgador quien declara la existencia de un indicio, cuando establece un hecho indicador, aplica una o varias reglas de la experiencia e infiere lógicamente otro hecho indicado. Es el juez quien construye el indicio, en cada caso concreto. En la misma sentencia la Corte Suprema de Justicia señala los requisitos de existencia de la prueba indiciaria: “De conformidad con la previsión legal sobre la prueba indiciaria... el hecho indicador del cual se infiere la existencia de otro acaecimiento fáctico, debe estar debidamente acreditado por los medios directos de prueba (testimonio, peritación, inspección, documento, confesión); ha de ser indivisible, pues los elementos que lo integran no pueden a su vez tomarse como hechos indicadores de otros acaecimientos fácticos; independiente, ya que a partir de un hecho indicador no pueden estructurarse varios hechos indicados; si son varios han de ser concordantes, de manera que los hechos inferidos guarden armonía entre sí como partes que integran un mismo fenómeno; convergentes, es decir que la ponderación conjunta de los distintos indicios dé lugar a establecer una sola conclusión y no varias hipótesis de solución; y, finalmente, que en su apreciación, como ocurre con todos los medios de prueba, el juzgador acuda a las reglas de la sana crítica, establezca el nivel de probabilidad o posibilidad, y, en tal medida señale si son necesarios, contingentes, graves o leves, y su relación con los demás medios de prueba que obran en la actuación”. En la misma providencia se determinan las varias clases de indicios: “Los indicios pueden ser necesarios cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca, la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; y contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado. Estos últimos, a su vez, pueden ser calificados como graves, cuando entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador, sino de la común ocurrencia de las cosas; y leves, cuando el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece”<sup>81</sup>.

ii) Con base en lo anterior, cabe verificar si los hechos indicadores permiten en el proceso lógico de inferencia determinar que se verifican las situaciones de amenaza y riesgo en las que se encontraba el político Mustafá Barbosa y, la omisión en el deber de proteger la seguridad personal del mismo, bien sea por la afirmación de la posición de garante institucional, o bien porque se creó una situación de riesgo objetiva por las actuaciones propias del Estado.

<sup>80</sup> Sentencia de 3 de octubre de 2007. Exp.19286. Puede verse también sentencias de 2 de mayo de 2007. Exp.15700; de 10 de junio de 2009. Exp.17321.

<sup>81</sup> Sentencia de 24 de marzo de 2011. Exp.17993.

ii) Para el examen, la Sala de Sub-sección en el caso concreto (en sus dos extremos: ámbito fáctico y atribución jurídica) precisa determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y su encaje en los criterios con base en los cuales se puede establecer [bien sea se acredite una, varias, o todas ellas] la existencia de amenazas a la seguridad personal del político Feisal Mustafá Barbosa:

1) La posición intuitu personae (condiciones personales y sociales). Al proceso se allegaron los siguientes medios probatorios, con los que se indicaba su posición social como político reconocido en el Departamento de Santander. En ese sentido, con el Oficio WB-240/96, de 24 de octubre de 1996, del Jefe de la Unidad de Archivo Administrativo del Senado de la República mediante el cual se allegó el “certificado de tiempo de servicio del Ex - senador FEISAL MUSTAFA BARBOSA No. 053 expedido el 23 de Octubre (sic) del presente año (fls.255 a 262 y 306 a 314 c1).

A su vez se aportaron varias cartas de condolencias de la Alcaldía Municipal de Contratación, del Director de Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Javeriana, de la Ministra de Relaciones Exteriores, de la Fundación Santillana para Iberoamérica, de la Presidencia de la República, del Directorio Nacional del Partido Conservador, de Carlos Lemos Simmonds, de la Cámara de Comercio de Barrancabermeja, de Álvaro Gómez Hurtado, de Jaime García Parra, de la Alcaldía de El Guacamayo (Santander), de la Alcaldía de Palmas del Socorro, de Ernesto Samper Pizano (fls.23 a 44 c1).

Así mismo, se allegaron varias normas con las que se brindó homenaje institucional al político Feisal Mustafá Barbosa: Decreto 79 de 18 de septiembre de 1993, de la Alcaldía Municipal de Guadalupe (Santander) “POR MEDIO DEL CUAL SE RINDE HOMENAJE POSTUMO A LA MEMORIA DEL DOCTOR FEISAL MUSTAFA BARBOSA” (fl.37 c1); Decreto 0236 de 13 de septiembre de 1993, de la Gobernación de Santander, “Por el cual se rinde homenaje a la Memoria de un ilustre Santandereano” (fl.42 c1); Decreto 0630 de 13 de septiembre de 1993 “Por el cual se honra la memoria de un destacado dirigente político”, de la Alcaldía de Bucaramanga (fl.43 c1); Decreto 132 de 13 de septiembre de 1993, de la Alcaldía Mayor de Socorro, “Por medio del cual la Alcaldía Municipal decreta duelo en el Municipio de Socorro” (fl.45 c1).

2) Las amenazas y la situación de peligro o riesgo a la que se encontraba expuesto el dirigente político Feisal Mustafá Barbosa. En cuanto a este aspecto, obran los siguientes elementos de prueba:

Informativo o documento contentivo de propaganda del grupo armado insurgente “ELN”, de marzo de 1994, en el que se consignó,

“(…) UNO DE ESTOS MONOPOLIOS DE DOMINACION EN LA REGIÓN VELEÑA ES EL FEISALISMO (NO ES EL ÚNICO), QUE TIENE EN EL MUNICIPIO DE SUCRE “DIRIGENTES” COMO JOSÉ ROMERO Y RAÚL EL PROFESOR DE SABANGRANDE, SERVILES AL GAMONALISMO Y DEDICADOS A SEÑALAR A OTRAS PERSONAS QUE DE VERDAD QUIEREN SERVIRLE A LA PROVINCIA.

(…)

FEISAL MUSTAFA ha sido un perfecto puntal del paramilitarismo en Chucurí y García Rovira” (fls.9 cara posterior y 11 c1).

Testimonio rendido por Ángel de Jesús Becerra Ayala, en el que manifestó,

“(…) Igualmente me comentó de sus amenazas de las que había sido objeto por parte de los grupos alzados en armas y que inclusive habían publicado en un panfleto de la guerrilla, un juicio que le habían hecho, que le iban a realizar, donde lo acusaban de que supuestamente él estaba apoyando el paramilitarismo (sic) por los lados de el Carmen de San Vicente, al respecto su comentario era de que él tenía su conciencia tranquila, que de ninguna manera él estaba apoyando o acolitando este tipo de organizaciones... Que él supuestamente aducía este tipo de acusaciones porque cuando él era secretario de gobierno tuvo que posesionar al alcalde de el Carmen de San Vicente, concretamente al señor TIMOTEO RUEDA, quien había sido elegido alcalde de ese municipio y al poco tiempo había estado preso por orden de la fiscalía acusado de apoyo a los paramilitares, pero que fue absuelto por dicha instancia de la justicia y entonces FEISAL quien estaba en ese momento desempeñando el cargo de secretario de gobierno estuvo en las diligencias de posesionarlo nuevamente como alcalde” (fls.158 a 161 c1)

Testimonio rendido por Martín Carvajal Camara, en el que expresó,

“(…) PREGUNTADO: Tiene usted conocimiento de que el Dr. FEISAL MUSTAFA hubiera recibido en algún momento amenaza contra su vida, su familia, y el grupo que lideraba. CONTESTO: “Hasta donde yo conozco no estaba amenazado. Aclaro que normalmente a los políticos cuando los amenazan uno trata de ocultar esa situación hasta donde mas (sic) pueda... PREGUNTADO: Sabe usted si el Dr. FEISAL MUSTAFA solicitó protección a las autoridades para él y su familia. CONTESTO: “Que me conste él tenía un escota cuando fue secretario de gobierno... No sé si solicitó protección”... PREGUNTADO: Manifieste al Despacho (sic) si el consta quien mantenía económicamente el hogar MUSTAFA DURAN: CONTESTO: “Lo mantenía FEISAL porque CONSUELO era un (sic) mujer de hogar” (fls.172 y 173 c1).

Testimonio rendido por Álvaro José Agon Martínez, en el que sostuvo,

“(…) PREGUNTADO: Tiene usted conocimiento de que el Dr. FEISAL MUSTAFA hubiera recibido en algún momento amenaza contra su vida, su familia, y el grupo que lideraba. CONTESTO: “Feisal y toda la clase política en esa época estuvo muy amenazada... El (sic) me comentó y andaba preocupado. El (sic) me dijo una vez que estaba preocupado porque tenía indicios de que podían atentar contra él... El (sic) siempre era muy claro y me daba a entender que era la guerrilla la que lo amenazaba, la guerrilla en dos ocasiones de manera transitoria lo tuvo en su poder”. PREGUNTADO: Sabe usted si el Dr. FEISAL MUSTAFA solicitó protección a las autoridades para él y su familia. CONTESTO: “Cuando estuvo como secretario de gobierno tenía protección por parte del estado, y cuando renunció a la secretaría de gobierno, no volvió a tener escoltas, realmente no sé si solicitaría protección... PREGUNTADO: En qué época FEISAL MUSTAFA le hizo a usted los comentarios que ha señalado respecto de las amenazas que recibía en su contra. CONTESTO: “En Bogotá cuando él era secretario de gobierno y yo era agente fiscal de Santander en Bogotá, me los hizo en mi oficina, eso hace como unos tres años y medio, me lo dijo más o menos en el año en que él fue asesinado” (fls.184 y 185 c1).

Testimonio rendido por Héctor Sánchez Camacho, en el que afirmó,

“(…) PREGUNTADO: Tiene usted conocimiento de que el Dr. FEISAL MUSTAFA hubiera recibido en algún momento amenaza contra su vida, su familia, y el grupo que lideraba. CONTESTO: “Por esos días, se afirmaba en todas partes y especialmente en los diversos partidos y movimientos políticos que era muy

peligroso para los candidatos a cualquier elección recorrer el departamento y especialmente los pueblos lejanos. Varias veces le sugerí personalmente que no viajara, que no hiciera esas correrías porque él no estaba exento (sic) de cualquier atentado. No me consta de manera directa cualquier amenaza dirigida a él". PREGUNTADO: Sabe usted si el Dr. FEISAL MUSTAFA solicitó protección a las autoridades para él y su familia. CONTESTO: "No me consta" (fls.187 y 188 c1).

Testimonio rendido por Horacio Escobar Ríos, en el que expresó,

"(...) PREGUNTADO: Sírvase manifestar si usted le consta o cree que el señor FEISAL MUSTAFA sabía de las amenazas inminentes que existían en su contra. CONTESTO: "Sí claro. Alguna vez conocimos un panfleto de una cuadrilla subversiva en el cual era amenazado de muerte, junto con otros personajes del departamento de Santander. No recuerdo la fecha de ese panfleto pero eso fue como unos quince días o un mes antes de morir. Se le acusaba en ese panfleto como paramilitar... y no sé porque (sic) él asumía los riesgos de viajar a todos los rincones del departamento, seguramente porque él nada tenía que ver con este tipo de organizaciones... PREGUNTADO: Sabe usted si FEISAL solicitó protección a las autoridades. CONTESTO: "Siempre que fue secretario de gobierno se le veía con escolta, y una vez que renunció a la secretaría de gobierno personalmente le aconsejé que solicitara protección y recuerdo que él manifestó que ya había solicitado la respectiva protección para poderse desplazar a sus actividades. Lo que no sé es si esta solicitud fue tenida en cuenta tanto por el gobierno departamental... PREGUNTADO: Sabe usted ante qué autoridad solicitó protección FEISAL MUSTAFA. CONTESTO: "No sé exactamente, sé por su manifestación personal que ya lo había hecho" (fls.192 y 193 c1)

Testimonio rendido por Juan Carlos Marín Ortigón, en el que sostuvo,

"(...) PREGUNTADO: Sírvase manifestar si a usted le consta que el señor FEISAL MUSTAFA BARBOSA tenía conocimiento del peligro inminente en que se encontraba para la época de los hechos. CONTESTO: "Sí. El Dr. FEISAL MUSTAFA en repetidas ocasiones me comentó que la situación estaba cada día peor, que hacer política estaba muy difícil; que hechos como la reciente muerte del ex alcalde de Barrancabermeja, el Dr, FERNANDEZ como un mes antes de la muerte de FEISAL, ponían en peligro la vida de quienes actuaban activamente en la profesión política"... PREGUNTADO: Sírvase manifestar si a usted le consta que el Dr. FEISAL MUSTAFA hubiera solicitado algún tipo de protección especial ante las amenazas que recibió en su contra. CONTESTO: "Sí, el Dr. FEISAL MUSTAFA durante el tiempo que ejerció el cargo de secretario de gobierno mantuvo en forma permanente a un escolta quien nos acompañaba en los diferentes desplazamientos, una vez retirado de la secretaría de gobierno, el 8 de marzo de 1993, le mantuvieron el escolta y el cuerpo de seguridad que permanecía en su residencia, aproximadamente hacia mayo o junio le fue retirado totalmente este servicio a lo cual en una oportunidad comentó que estaba haciendo gestiones ante las autoridades competentes, policía, DAS, quinta brigada, con el fin de que pudiese continuar con la protección de este servicio público" (fls.196 a 200 c1)

Testimonio rendido por Gabriel Torra Acevedo, en el que manifestó,

"(...) Yo era amigo del Dr. FEISAL desde hace veinte años, por cuestiones eminentemente políticas, y porque fue profesor en la universidad. Durante (sic) todo este tiempo milité en su grupo político y él me tuvo una gran confianza al

postularme para varios cargos públicos que he desempeñado en mi vida... Sobre los hechos que rodearon la muerte del Dr. MUSTAFA me consta que por la época en que sucedieron él me había manifestado que estaba muy amenazado por la guerrilla, inclusive se mostró un panfleto que le había mandado el ELN, en que lo amenazaban de muerte a él y entre otras personas a HORACIO SERPA y a MANUEL MONCADA. Ese (sic) panfleto, la senadora CONSUELO DE MUSTAFA, su esposa lo conserva en alguna oportunidad me reglaron fotocopia de él. También me manifestaba el Dr. MUSTAFA que ya había puesto en conocimiento de las autoridades de policía este hecho y que debíamos tener mucho cuidado en los desplazamientos que se hicieran a los sitios del departamento de santander (sic) que frecuentábamos por acción de la política... PREGUNTADO: Sírvase manifestar si a usted le consta que el Dr. FEISAL MUSTAFA BARBOSA tenía conocimiento del peligro inminente en que se encontraba por la época de los hechos. CONTESTO: "El (sic) estaba muy preocupado por las constantes amenazas y por esa razón había solicitado la protección ante la policía (sic) Nacional, es de aclarar que durante el tiempo en que él fue secretario de gobierno tuvo protección y un tiempo después que renunció a dicho cargo se la mantuvieron, pero no sé las razones por las cuales por la época de los hechos se la quitaron". PREGUNTADO: En qué época solicitó el Dr. MUSTAFA BARBOSA la protección a la que usted se ha referido. CONTESTO: "Aproximadamente en el año 93 en el primer semestre, este dato lo doy con base en que él fue secretario de gobierno hasta el mes de febrero aproximadamente... PREGUNTADO: Sabe usted si el Dr. FEISAL MUSTAFA BARBOSA solicitó dicha protección por escrito. CONTESTO: "No me consta si lo hizo por escrito, pero sí en varias ocasiones me manifestó que había solicitado protección". PREGUNTADO: Ante quien (sic) solicitó dicha protección. CONTESTO: "Ante la policía (sic) Nacional solamente". PREGUNTADO: Sabe usted las razones por las cuales el señor FEISAL MUSTAFA fue asesinado. CONTESTO: "Se decía que porque él ayudaba a los enemigos de la guerrilla a través de su acción política en los diferentes municipios donde la guerrilla no había podido tomar el mando" (fls.291 y 292 c1)

Oficio 002557/SIJIN-UINRE, de 10 de agosto de 1998, del Comandante del Departamento de Policía de Santander, por medio del cual se informó "que revisados los archivos y libros radicadores (sic) de esta Unidad Policial, no se encontró antecedente sobre solicitud de protección elevada ante la Policía Nacional por el Doctor FEISAL MUSTAFA BARBOSA para él y su núcleo familiar durante los años 1989 a 1993... Posterior a la muerte del Doctor FEISAL MUSTAFA BARBOSA, se le asignó (sic) un servicio de protección permanente a la Doctora CONSUELO DE MUSTAFA por parte de la Policía Nacional, servicio que en la actualidad se presta con una unidad adscrita a la POVIJ" (fl.329 c1).

4) Medio anómalo por ausencia de fuerza pública. Se aportaron medios probatorios con los que se formularon hechos indicadores encaminados a establecer cómo la zona a donde se desplazó el político Feisal Mustafá Barbosa existía una evidente y notoria ausencia de los cuerpos y fuerzas de seguridad, constituyéndose en una clara renuncia al ejercicio soberano del poder que la Carta Política desde su preámbulo y en sus artículos 1 y 2 consagra. A la anterior inferencia lógica se llega después de apreciado el acervo probatorio siguiente:

Testimonio rendido por Ángel de Jesús Becerra Ayala,

"(...) PREGUNTADO: En el lugar de los hechos que usted ha narrado, en algún momento hizo presencia la fuerza pública, especialmente en el momento en que la comunidad pretendió impedir que se llevaran al Dr. MUSTAFA: CONTESTO: "En ningún momento, la verdad es que no se contó con el apoyo de la fuerza pública;

se trata de una región muy desolada e inhóspita (sic), donde no se cuenta con este apoyo y la verdad es que la desprotección era total” (fls.158 a 161 c1).

Testimonio rendido por Juan Carlos Marín Ortégón, en el que sostuvo,

“(…) PREGUNTADO: Sírvase manifestar si en el corregimiento de Sabana Grande en el momento en que se llevaron al Dr. FEISAL MUSTAFA, hizo presencia la fuerza pública. CONTESTO: “No existía fuerza pública en la zona. La última fuerza pública que vimos fue un contingente de soldados que se encontraban en el municipio de Bolívar que está distante de este corregimiento de aproximadamente tres horas” (fls.196-200 c1)

Oficio 3689/BR5-B3.375, de 15 de agosto de 1996, del Teniente Coronel Germán Galvis Corona, JEM Quinta Brigada, según el cual,

“(…) Revisados los Archivos (sic) de la Quinta Brigada, para la Fecha (sic) de los hechos, en el Municipio de Sucre (SS). No habían tropas de la Quinta Brigada, en razón a que dicho Municipio no estaba considerado dentro de la Jurisdicción Militar de la Quinta Brigada” (fl.237 c1).

Oficio 6085/DIVO2-BR1-CDO-702, de 6 de agosto de 1998, del Comandante de la Primera Brigada, en el que se informó “que para el año de 1.993 el municipio de Sucre (Santander del sur), no era área operacional de la Primera Brigada. Por consiguiente se desconoce cualquier aspecto relacionado con la información que se solicita. Con la disposición No. 006 del 30 de julio de 1.993, del comando de la Primera Brigada, de la cual se anexa fotocopia, y por medio de la cual se fijo (sic) jurisdicción a las Unidades Tácticas de la Primera Brigada, se demuestra que el municipio de Sucre (S.S), no era área para la fecha de los hechos (11 de septiembre de 1.993), de la Primera Brigada” (fls.331 a 334 c1).

5. La circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió la muerte violenta del político Feisal Mustafá Barbosa y de las investigaciones adelantadas por el mismo. Dichas circunstancias se acreditaron con los siguientes medios probatorios:

Oficio 0366 SIJIN DESAN, de 28 de marzo de 1996, del Jefe (e) de la SIJIN DESAN del Departamento de Policía de Santander, en el que se consignó,

“1. El día 11 de septiembre de 1993, en horas de la tarde, en el corregimiento La Sabana jurisdicción del municipio de Sucre, cuando se encontraba en una reunión de carácter político, fué (sic) secuestrado por cuatro sujetos pertenecientes a la UC-ELN el Doctor FEISAL MUSTAFA BARBOSA, líder regional del partido conservador, al cual movilizaron en vehículo campero Trooper de color rojo y blanco de placas BUC-116, de propiedad de JUAN CARLOS MARIN, quien para la fecha de los hechos era el secretario privado del afectado. Fué (sic) llevado por los subversivos al sitio La Gruta, corregimiento Praderas del municipio de Sucre, en donde le propinaron dos impactos de arma de fuego corto alcance localizados en la cabeza. Indica la anotación que aparece en nuestros archivos que el mencionado no había informado de dicha reunión y que no solicitó escolta de la Policía Nacional.

2. Para el día de los hechos el mencionado dirigente político, no contaba con el servicio de escolta de la Policía Nacional.

3. El Señor (sic) FEISAL MUSTAFA BARBOSA, de acuerdo a los archivos llevados en esta Unidad Policial y constatado con el Distrito de Policía Barbosa y la Estación Sucre, jurisdicción en que ocurrieron los hechos, no había solicitado el

servicio de protección a la Policía Nacional, igualmente tampoco aparece radicada denuncia alguna por el punible de amenazas, instaurado por el mencionado o alguno de sus familiares o allegados, esto constatado con la Unidad Investigativa de Policía Judicial de esta ciudad, la cual por competencia inicia preliminares por esta clase de amenazas. Se desconoce si fué (sic) instaurada denuncia alguna por amenazas en otra Instancia (sic) Judicial (sic).

4. Respecto a si hubo intervención de la Policía Nacional para tratar de impedir el acto delictivo, le informo que la Unidades Policiales acantonadas en el municipio adelantaron operativos para su búsqueda, pero de manera infructuosa, ya que el hecho ocurrió en un lugar distante de la localidad y ni siquiera la Institución tenía conocimiento que el dirigente se hallara en el lugar de donde fué (sic) secuestrado, teniendo en cuenta que esta situación no se había informado por parte del afectado. El operativo se desarrolló dentro de los límites que permite un desplazamiento para unidades policiales en una zona como en la que ocurrieron los hechos y de acuerdo a las informaciones, en esa época en la Estación Sucre solo laboraban seis o siete unidades policiales y no contaban con vehículo, lo que dificulta por razones abvias (sic) cualquier desplazamiento al área rural.

5. Respecto a si hubo estrategias u operativos tendientes a evitar el secuestro de la persona mencionada, se omite, ya que no se puede iniciar un operativo tendiente a evitar un hecho, cuando no existe informaciones que este se va a llevar a cabo” (fls.113 y 114 c1).

Testimonio rendido por Ángel de Jesús Becerra Ayala, en el que afirmó,

“En el desarrollo de la reunión el Dr. MUSTAFA me dijo que él hablaba primero y luego yo, cuando yo estaba hablando, irrumpieron por una de las puertas de entrada al sitio donde estábamos reunidos, dos muchachos fuertemente armados donde preguntaron al Dr. FEISAL MUSTAFA BARBOSA, él estaba a mi lado y levantó la mano y dijo que él era, los muchachos le dijeron que lo necesitaban un momentico que saliera. La gente que estaba en la reunión me sugirió que siguiera hablando que muy seguramente lo habían llamado al Dr. FEISAL era para entregarle un mensaje de la guerrilla. Sin embargo como a los cinco minutos volvió un muchacho de esos y preguntó por las llaves del campero, efectivamente se le entregaron las llaves, y todos salimos a la calle a ver que (sic) estaba pasando. En ese momento uno de esto (sic) muchachos armados abrió el campero mientras el otro empujaba al Dr. MUSTAFA para que se subiera al carro, toda la gente se arremolinó en torno al carro, rogándole (sic) a estos señores que no se llevaran al Dr. FEISAL que cualquier diálogo se podía hacer ahí mismo. Pero esos tipos en forma grosera y abrupta no quisieron acceder y por el contrario amenazaban con sus armas y decían que ellos estaban obligados a llevarlo para que hablara con el Comandante de ellos. Ante todo esta trifulca que se armó ahí en el momento, yo mandé llamar al cura del pueblo para que él interviniera a ver si era posible que no se lo llevaran. El padre vino, habló con estos tipos, y un comité de derechos humanos que existe en ese corregimiento también trató de mediar, el padre nos ofreció la casa cural para el diálogo y de ninguna manera accedían. La gente con los ánimos un poco alterados, junto con el inspector de policía, cogieron un micrófono de un equipo que estaba instalado para convocar el pueblo para que no dejaran llevar al doctor. Cuando en ese momento un muchacho de civil que estaba ahí sacó una pistola y amenazó al inspector, e inclusive le cortó el micrófono y no permitió que por el altavoz convocaran a la comunidad. Yo estaba cerca al campero y se me acercó una muchacha mona y me dijo mire señor no haga absolutamente nada porque aquí hay mas (sic) gente y esto está rodeado, entonces fue cuando nos dimos cuenta de que no eran únicamente los dos muchachos que estaban uniformados y fuertemente armados sino que también habían otros vestidos de civil dentro de la gente que había en ese momento. El Dr.

FEISAL que estaba dentro del jeep, yo lo veía muy preocupado, estaba como pálido, muy asustado, porque los muchachos estos se habían identificado como miembros del Ejército de Liberación Nacional y por consiguiente esto tenía preocupado a todo el mundo ya que según las gentes del sector, esa zona le correspondía a las FARC... Bueno a eso de las cinco y medía (sic), cerca de las seis de la tarde, definitivamente esta gente no accedió al clamor de todos y decidieron llevárselo y nos dijeron que dentro de una hora recogeríamos el carro que lo iban a dejar sobre la vía y que no podíamos comunicarnos ni informar absolutamente nada a las autoridades, entre otras cosas también habían suspendido el servicio telefónico porque no había... Cuando el carro se fue con el Dr. y los dos muchachos armados, el otro que estaba de civil se quedó hablando con nosotros y nos dijo que no nos preocupáramos (sic), que no iba a pasar nada, que tenía que llevar al Dr. MUSTAFA a hablar con el comandante y que por ahí en tres días lo estaban devolviendo... el insistía en que no iba a pasar nada, luego dijo que tenía que irse atravesó la calle y se internó en el monte... Ya eran las siete de la noche y el padre dijo que de acuerdo con lo que ellos habían dicho ya era hora de ir a buscar el carro. El padre sacó su campero y una comisión salió en búsqueda del vehículo. Para sorpresa mía, a los diez minutos ya estaba nuevamente el padre de regreso junto con el vehículo en que se habían llevado al Dr. FEISAL, le pregunté al padre que por qué tan rápido y me dijo que el carro lo habían encontrado a la salida del pueblo frente al cementerio... Encontrándonos en la casa del señor SANABRIA, a eso de las once de la noche llegó el padre, llegó muy triste y acongojado y llorando, y nos contó que había sucedido lo peor, que al Dr. FEISAL lo habían asesinado. Y que lo habían encontrado como a quince minutos después del corregimiento la Granja en un sitio llamado la Gruta. Que lo habían encontrado tirado en la vía y vendado... Llegamos al corregimiento La Granja, había mucha gente en ese sitio, y luego bajamos al lugar donde lo habían asesinado, pero el inspector de policía ya había hecho el levantamiento. Y el cadáver lo encontramos en una chocita cerca del sitio donde lo mataron, lo tenían encima de un mesón... Yo lo ví (sic) en el mesón, estaba muy sangrado, tenía dos impactos de bala en la cara, con su ropa normal que llevaba y escurría sangre en la parte del cerebro. Un señor dueño de esa casita que se llama ROGELIO ARIZA amigo político del Dr. MUSTAFA, el (sic) dijo que él estaba esperando al Dr. MUSTAFA arriba en la Granja y que había visto cuando el jeep bajó y el Dr. iba ahí en el carro. En ese momento un camión que estaba atravesado (sic) en la vía no permitió que el campero continuara y tuvo que parar, ROGELIO alcanzó a ver al Dr. MUSTAFA, alcanzó a acercarse al campero y vió (sic) que lo llevaban los dos tipos uniformados y armados y dízque le preguntó, doctor lo estamos esperando para la reunión, qué pasó?, que el Dr. FEISAL dízque le contestó ROGELIO aquí me llevan pero no sé para donde (sic). ROGELIO se quedó ahí esperando, y dízque a otro rato vieron subir al campero pero que no vieron al Dr. FEISAL en el carro, sino que subieron los dos tipos solos... Llegamos a las cinco de la mañana a Jesús María, inmediatamente encontramos a la policía, hablamos con el comandante del puesto, le informamos de los hechos e inmediatamente dijo que iba a enviar un poligrama informando de los hechos" (fls.158 a 161 c1)

Testimonio rendido por Juan Carlos Marín Ortigón, en el que sostuvo,

"(...) habiéndolo acompañado en diversas correrías que se adelantaron por diferentes municipios del departamento hasta cuando el 11 de septiembre de 1993 cuando nos encontrábamos en una reunión que se adelantaba en una casa del corregimiento de sabana grande municipio de Sucre, Santander, hacia las tres de la tarde, entraron dos personas que vestían prendas de uso exclusivo de las fuerzas militares con armas largas y cortas, municiones y demás elementos que

se utilizan para las armas, puestos alrededor de su cintura. Preguntaron que quien (sic) era el Dr. FEISAL MUSTAFA, quien de inmediato respondió que él; lo invitaron a salir del recinto donde nos encontrábamos y posteriormente uno de los señores que habían ingresado, regresó y preguntó por el Dr. MARIN, a lo cual yo atendí el llamado y me solicitaron que entregara las llaves del vehículo en que nos desplazábamos, posteriormente salimos las personas que nos encontramos en la reunión y fue así como salió una multitud de gente de este poblado y rodearon el vehículo y empezaron a vociferar contra los dos individuos que se encontraban ya subidos en el carro, en compañía del Dr. FEISAL, al cabo de un rato apareció otro sujeto de estos quien daba ánimos a quien estaba conduciendo el vehículo para que arrancara, cuando el inspector del corregimiento intentó persuadir a estos sujetos a través del micrófono apareció otro sujeto quien vestía prendas de civil, jean y camisa de jean, quien con su pistola lo amedrantó (sic). Ante esta oposición que hacía la gente me acerqué yo a la ventanilla como una de las personas que mas (sic) confianza tenía con el Dr. FEISAL y le pregunté que de quien (sic) o quienes (sic) se trataba para lo cual quien conducía el vehículo me miró en forma abrupta y me respondió UNION CAMILISTA. Ante este hecho, la cara del doctor FEISAL MUSTAFA se transformó en preocupación, y me dijo JUAN CARLOS maneje esto con prudencia... el señor que conducía el vehículo me dijo: "No se le olvide huevón que están incomunicados hasta mañana al medio día"... Transcurrido aproximadamente una hora entre el forcejeo de ellos por querer arrancar el vehículo y de las aproximadamente doscientas personas del caserío que lo impedían, al fin arrancaron por la carretera que del corregimiento de sabana conduce al corregimiento de la granja y al mismo municipio de Sucre y la Belleza. Esto ocurrió aproximadamente a las cuatro de la tarde... después de haber salido una comisión encabezada por el sacerdote, quien se reunió con el sacerdote del corregimiento de la granja, fueron y encontraron el cadáver del Dr. MUSTAFA BARBOSA a orillas (sic) de la carretera sobre una piedra del costado derecho de la vía. Lo encontraron aproximadamente hacia las siete de la noche, porque los sacerdotes salieron del sitio pasadas las cinco y media de la tarde. Del corregimiento de donde se lo llevaron al sitio donde se encontró hay una distancia aproximada en tiempo de hora y media. Adelantaron las primeras diligencias, regresaron al sitio de sabana hacia las doce de la noche para informarnos lo que había ocurrido... aproximadamente hacia las seis de la mañana, del sitio donde lo asesinaron a JESUS MARIA hay dos horas aproximadamente. Entrando al poblado vi un agente de la policía de inmediato me acerqué a él contando lo sucedido y solicitando de inmediato hablar con el comandante de la estación, llevandome (sic) dicho agente a una casa de habitación donde dormía el cabo, le golpeé lo hice llamar, y le conté de inmediato que acababan de matar al señor FEISAL. Para lo cual, lo requerí de que no informara en forma inmediata al comando de policía en Bucaramanga, por el temor de que pudiese estar interceptadas las comunicaciones y que nuestras vidas corrieran peligro, le dije que una vez nosotros arrancáramos (sic) del municipio informara de lo sucedido" (fls.196-200 c1)

32 La Sala, sin duda, del examen conjunto, armónico y coherente, y en aplicación del principio de la sana crítica, de los medios probatorios allegados al proceso logra establecer que el daño antijurídico causado al político Feisal Mustafá Barbosa es atribuible [fáctica y jurídicamente] a las entidades demandadas, al concretarse indiciariamente los elementos necesarios para establecer la omisión en la protección de la seguridad personal debida, adecuada y necesaria del político Mustafá Barbosa, teniendo en cuenta las circunstancias excepcionales en las que se encontraba su vida y el ejercicio de su actividad profesional en el área del municipio de Sucre (Santander), cuando se encontraba en el ejercicio de su actividad política.

33 De acuerdo con todo lo anterior, cabe afirmar que el atentado del que fue objeto el político Feisal Mustafá Barbosa y las circunstancias que rodearon el caso no precisaban de un requerimiento previo, ya que se infiere con un raciocinio lógico y ponderado, derivado de todos los hechos indicadores anteriores, que la amenaza, que el riesgo que afrontaba constantemente el mencionado político debía ser aprehensible en su conocimiento por las autoridades, especialmente con la información que se tenía por las autoridades policiales y militares de que el área en el que desarrolló el mencionado político su carrera política, estaba huérfano de presencia de cualquiera de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, y expuesto a las acciones de diversos grupos armados insurgentes, como lo revelaron los propios pobladores del corregimiento donde se produjo el secuestro del político Mustafá Barbosa.

34 Todo lo anterior lleva a inferir lógicamente, que en cabeza del político Feisal Mustafá Barbosa cabía la probabilidad de concretarse o materializarse de manera irreversible e irremediable la amenaza y el riesgo como consecuencia de su actividad profesional de defensa de presos políticos, y de su activismo por la defensa de los derechos humanos de individuos presuntamente señalados como integrantes de grupos armados insurgente, lo que lleva a plantear que el Estado debía cumplir con su deber positivo, derivado de su posición de garante, de proteger, o por lo menos de ejercer alguna medida de protección encaminada a desarticular, o por lo menos a advertir al político Mustafá Barbosa de la amenaza y riesgo constante que existía para su vida, por la existencia de organizaciones y actividades por fuera de la ley que se orquestaban para cercenar el libre ejercicio de la actividad profesional, independientemente de la posición ideológica, o del destinatario de la prestación de los servicios profesionales. No debe olvidarse que, en este tipo eventos, se resalta como sustento del deber positivo de protección el respeto del Estado de Derecho como garantía, y de la vida, honra y bienes de los ciudadanos, como se desprende de lo consagrado en los artículos 1 y 2 de la Carta Política.

35 No se trata, pues, de entender una responsabilidad ilimitada en cabeza del Estado, por el contrario, se atiende por vía indiciaria a las circunstancias especiales que indicaban que la víctima corría riesgo, que se enfrentaba ante un ámbito de una amenaza irreversible e irremediable, ante la que las entidades demandadas debía desplegar, en el marco de la obligación de seguridad, una mínima actividad de protección, que no se agotaba en la designación material de un agente o de un escolta, sino que habría podido precaverse la ocurrencia del daño advirtiendo de la información con la que se contaba de las organizaciones al margen de la ley (lo que implicaba, para la época de los hechos, el conocimiento de los factores de riesgo que rodeaban a la persona), de estudio del riesgo que se debía ofrecer al político Mustafá Barbosa, o siquiera de por lo menos haber enfrentado con mayor eficacia ese tipo de organizaciones.

Con relación a lo anterior, la Sala de Sub-sección C debe reiterar que el alcance de la obligación de seguridad y su relación con la posición de garante en el precedente de la Sala lleva a plantear que la omisión del Estado como fundamento de la responsabilidad puede fundarse en la tesis de la posición de garante, con lo que se intenta superar la tesis de la falla del servicio, en la medida en “que cuando a la Administración Pública se le ha impuesto el deber jurídico de evitar un resultado dañoso, aquella asume la **posición de garante** en relación con la víctima, razón por la cual de llegarse a concretar el daño, éste resultará imputable a la Administración por el incumplimiento de dicho deber”<sup>82</sup>. En el mismo

---

<sup>82</sup> Sentencia de de 18 de febrero de 2010, Exp.18436.

precedente se señaló que la posición de garante ya ha sido acogida en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, afirmándose,

“La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos (sic) 1.1 y 2 de la Convención.

“La responsabilidad internacional de los Estados Partes es, en este sentido, *objetiva* o ‘absoluta’, teniendo presentes *conjuntamente* los dos deberes generales, estipulados en los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana.”<sup>83</sup>

Se trata de afirmar la responsabilidad del Estado pese a que los hechos son causados por terceros, en la medida en que a la administración pública le es imputable al tener una “posición de garante institucional”, del que derivan los deberes jurídicos de protección consistentes en la precaución y prevención de los riesgos en los que se vean comprometidos los derechos humanos de los ciudadanos que se encuentran bajo su cuidado, tal como se consagra en el artículo 2 de la Carta Política. Luego, sustancial para endilgar la responsabilidad es que se deduzca a quién competía el deber de evitar las amenazas y riesgos para los derechos humanos de las personas afectadas. De acuerdo con la doctrina,

“La otra fuente de la posición de garantía tiene lugar cuando el sujeto pertenece a una institución que lo obliga a prestar ciertos deberes de protección a personas que se encuentran dentro de su ámbito de responsabilidad. La característica de esta fuente, es que la posición de garante surge aunque el sujeto no haya creado los riesgos para los bienes jurídicos. Por ejemplo: la fuerza pública tiene dentro de su ámbito de responsabilidad la protección de la vida de los ciudadanos, y, si un miembro de ella que tiene dentro de su ámbito específico la salvaguarda de la población civil no evita la producción de hechos lesivos por parte de terceros, la vulneración de los derechos humanos realizados por un grupo al margen de la ley le son imputables. Al serles atribuidos al servidor público por omisión de sus deberes de garante, surge inmediatamente la responsabilidad internacional del Estado. Debemos anotar, que la posición de garante institucional no sólo genera deberes de protección frente a peligros originados en terceros (seres humanos), sino también con respecto a fuerzas de la naturaleza”<sup>84</sup>.

De acuerdo con la doctrina y el precedente jurisprudencial interamericano de Derechos Humanos, no puede construirse una cláusula general de responsabilidad en cabeza del Estado cuando se produce todo tipo de violaciones a los derechos humanos en su territorio, por lo tanto,

---

<sup>83</sup> “(...) Es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención. (...) En conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Mapiripan, párr 110, Caso de los 19 comerciantes párr 141.

<sup>84</sup> MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “La responsabilidad del Estado por el hecho de terceros”, trabajo de investigación suministrado por el autor.

“... tratándose de hechos de terceros que no han actuado en connivencia con la fuerza pública, y, en los cuáles no hay un hecho imputable a un agente estatal, la jurisprudencia internacional estructura la responsabilidad sobre la base de que se reúnan dos elementos: i) que el Estado incumpla con los deberes de diligencia que le son exigibles en la evitación de graves violaciones a los derechos humanos, y ii) que se trate de riesgos inminentes y cognoscibles. Es decir, que en esta estructura el fundamento de la responsabilidad no es objetivo y está basado en la ausencia de una prevención razonable a las graves violaciones a los derechos humanos. Por ende, si se presenta la violación a pesar de que el Estado ha adoptado medidas adecuadas, orientadas a impedir la vulneración, el hecho no le es imputable al Estado”<sup>85</sup>.

En su momento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Velásquez Rodríguez”, estableció que la aplicación del estándar de diligencia llevó a constatar que el “Estado permitió que el acto se realizara sin tomar las medidas para prevenirlo”. Esto permite reconducir el régimen de responsabilidad del Estado hacia la inactividad como presupuesto sustancial, sustentado en la existencia de obligaciones positivas de prevención y protección, con las que se busca afirmar el concepto de “capacidad de actuar” del Estado ante la violación, amenaza o lesión de los derechos humanos, incumpléndose de modo “omisivo puro” el deber de poner fin o impedir hechos o actos ajenos a su actuación que pueden provocar situaciones que como el desplazamiento forzado afecta los derechos de las personas.

Luego, no puede ofrecerse como única vía la aplicación de la posición de garante ya que cuando dicha violación se produce como consecuencia de la acción de “actores-no estatales”, se exige determinar que la situación fáctica existió y que respecto a ella se concretaron tres elementos: “i) los instrumentos de prevención utilizados; ii) la calidad de la respuesta y iii) la reacción del Estado ante tal conducta”<sup>86</sup>, que en términos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se entiende como el estándar de diligencia exigible al Estado<sup>87</sup>.

El Estado debe propiciar que el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, genéricamente, o en sus especiales condiciones, no se considere riesgoso, de manera que tanto su actividad, su desplazamiento, como la defensa de los derechos de los grupos vulnerables se desarrollen en un estado de riesgo permanente

Deber que tiene que interpretarse en aplicación del principio de proporcionalidad, de lo contrario podría suponer la exigencia ilimitada al Estado de salvaguardar la

---

<sup>85</sup> MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “La responsabilidad del Estado por el hecho de terceros”, trabajo de investigación suministrado por el autor.

<sup>86</sup> *Ibíd.*

<sup>87</sup> Comité de Derechos Humanos, Comentario General 31: Nature of the General Legal Obligations Imposed on States Parties to the Covenant, P 11, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/ Add.13 (May 26, 2004). Precisamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado: “Que el artículo 1.1 de la Convención establece las obligaciones generales que tienen los Estados Parte de respetar los derechos y libertades en ella consagrados y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. En consecuencia, independientemente de la existencia de medidas provisionales específicas, el Estado se encuentra especialmente obligado a garantizar los derechos de las personas en situación de riesgo y debe impulsar las investigaciones necesarias para esclarecer los hechos, seguidas de las consecuencias que la legislación pertinente establezca. Para tal investigación el Estado en cuestión debe realizar sus mejores esfuerzos para determinar todos los hechos que rodearon la amenaza y la forma o formas de expresión que tuvo; determinar si existe un patrón de amenazas en contra del beneficiario o del grupo o entidad a la que pertenece; determinar el objetivo o fin de la amenaza; determinar quién o quiénes están detrás de la amenaza, y de ser el caso sancionarlos”. Res CIDH 8 julio 2009. Medidas provisionales respecto de Guatemala, Caso Masacre Plan de Sánchez.

seguridad a toda costa, a cualquier coste y en todo momento, lo que excede la realidad material y la capacidad de los aparatos estatales.

36 Finalmente, cabe señalar que en este tipo de eventos puede invocarse y operar como causal eximente de responsabilidad el hecho de un tercero, frente al cual era la demandada la que tenía la carga de probar que dicha causa fue exclusiva o única, y determinante, de tal forma que lleve a enervar la responsabilidad del Estado. Así mismo, se puede llegar a examinar el caso desde la perspectiva de la concurrencia causal entre el hecho de un tercero, el daño sufrido por el dirigente político Mustafá Barbosa y, el deber positivo de protección de la seguridad personal de la entidad demandada, sin embargo, el precedente de la Sala ha superado este fundamento atendiendo a la existencia de una obligación de seguridad, inherente al deber positivo de protección de la seguridad personal y asociada a la posición de garante que ostentaba el Estado, desde el conocimiento del peligro al que estaba sometida la víctima debido a la actividad profesional que ejercía<sup>88</sup>.

Cuando la imputación de la responsabilidad debe formularse a partir de la ocurrencia de un ataque de un grupo armado insurgente, en el marco del conflicto armado en el que se encuentra inmerso el país, el precedente de la Sala se orienta hacia el título de la falla “cuando el daño se produce como consecuencia de la omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia, es decir, cuando la imputación se refiere a la actuación falente o irregular de la Administración por su actuar omisivo, al no utilizar todos los medios que a su alcance tenía con conocimiento previo (previsible) para repeler, evitar o atenuar el hecho dañoso del tercero. Para determinar si la conducta del Estado fue anómala o irregular, por acción o por omisión, frente al hecho dañoso perpetrado por el tercero debe analizarse si para la Administración y para las autoridades era previsible que se desencadenara el acto insurgente.

Este aspecto constituye uno de los puntos más importantes a analizar dentro de este régimen, pues no es la previsión de la generalidad de los hechos (estado de anormalidad del orden público) sino de aquellas situaciones que no dejan casi margen para la duda, es decir, las que sobrepasan la situación de violencia ordinaria vivida, a título de ejemplo: región en la que se ha declarado turbado el orden público, paro de transportes, revueltas masivas callejeras, población bajo toque de queda, amenaza de toma subversiva anunciada a una población esto en cuanto hace a los conglomerados sociales; amenazas o atentados previos contra la vida en cuanto hace a las personas individualmente consideradas, etc. Queda claro entonces que la sola circunstancia de que el afectado no haya solicitado protección previa especial no siempre será causal que permita exonerar a la administración de su deber de protección y vigilancia sino dependiendo del caso particular pueden existir otras circunstancias indicadoras que permitieran a las autoridades entender que se cometería un acto terrorista<sup>89</sup>.

Y si bien, el *a quo* entendió que operó la causal exonerativa del hecho de un tercero, la Sala debe consolidar el precedente en los siguientes aspectos: i) es cierto que en la producción del daño hubo tanto participación de un tercero, un grupo armado insurgente respecto del cual no puede negarse su existencia y su realidad dentro del conflicto armado interno que vive nuestro país, como al mismo contribuyó la omisión e incumplimiento de las entidades demandadas al no adoptar las medidas de seguridad, de protección y de prevención, tal como se

---

<sup>88</sup> Sentencia de 31 de enero de 2011, Exp.17842.

<sup>89</sup> Sentencia de 27 de noviembre de 2002. Exp.13774.

advertía en el informe realizado por la propia autoridad policial, donde se indicó la amenaza inminente y sería de un ataque por alguno de los grupos armados insurgentes que operaban en la zona; ii) en este tipo de eventos se produce la concurrencia de acciones y omisiones distintas a la propia de la víctima, que deriva en la generación de una obligación solidaria [solidaridad que se expresa en cuanto al grupo armado insurgente en su responsabilidad internacional por la violación de derechos humanos y de las normas del derecho internacional humanitario, artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, al afectar con sus acciones indiscriminadas a la población civil, y al uso de material bélico no convencional y lesivo de los derechos no sólo de la víctima, sino también de los propios uniformados que son objeto de este tipo de ataques], que permite a la víctima del daño exigir la indemnización a cualquiera de los sujetos que contribuyeron a la producción del mismo [en aplicación de los expresos mandatos de los artículos 2344 y 1568 del Código Civil]; iii) luego, el hecho del tercero [grupo armado insurgente] no es única, exclusiva y determinante, sino que contribuye a la producción del daño, por lo que persiste la obligación solidaria de indemnizar el daño [en aplicación del artículo 1571 del CC]; iv) desde el ámbito fáctico, no se produce una ruptura, porque el incumplimiento de las medidas de seguridad, y la omisión de permitir la presencia de la víctima como personal civil durante el ataque del grupo armado insurgente no deja de enervar la responsabilidad de las entidades demandadas, y de permitir su atribución jurídica<sup>90</sup>.

Y no cabe duda que en este tipo de eventos debe seguirse el precedente de la Sala según el cual,

“Precisamente, la situación de conflicto armado interno en la que se encuentra el país desde hace décadas, exige del Estado corresponderse con mayor rigor con su deber positivo de protección de los derechos de todos los ciudadanos, en especial de aquellos que participan en el mismo, ya que no sólo se debe responder a las garantías constitucionales y supraconstitucionales, sino corresponderse con el necesario reconocimiento del valor intrínseco del ser humano, sin importar su condición o posición, ya que en el fondo se procura la tutela efectiva de su dignidad, y no se puede simplemente asumir la pérdida de vidas humanas o las lesiones de los miembros de las fuerzas armadas, en especial de aquellos que prestan el servicio militar obligatorio, como un riesgo asumible por parte de nuestra sociedad para tratar de solucionar la problemática violenta de los grupos armados insurgentes. En cuanto a esto, el fiscal británico en los juicios de Nuremberg señaló,

“La muerte de los combatientes es justificable (...) únicamente cuando la propia guerra es legal. Pero cuando la guerra es ilegal (...), no hay nada que justifique las muertes y esos asesinatos no pueden distinguirse de aquellos que cometen el resto de las bandas de salteadores al margen de la ley”<sup>91</sup>.

A lo que cabe agregar,

“Por lo que respecta a la dirección de las hostilidades, no debe considerarse permitido causar <<ningún perjuicio que no tienda materialmente al fin (de la victoria), ni ningún perjuicio cuyo carácter de medio conducente al fin sea leve en comparación con la entidad del perjuicio>><sup>92</sup>. Lo que aquí se prohíbe es el daño excesivo. Hay dos criterios propuestos para determinar el exceso. El primero es el de la victoria misma o el de lo habitualmente recibe el nombre de necesidad militar. El segundo depende de cierta noción de proporcionalidad: hemos de

<sup>90</sup> En sentido similar se encuentra el siguiente precedente: sentencia de 27 de noviembre de 2002. Exp.13774.

<sup>91</sup> Citado en TUCKER, Robert W. *The Law of War and Neutrality at Sea*. Washington, 1957, p.6.

<sup>92</sup> *Elements of Politics*, op. cit., pág.254; para un informe de la época desde un punto de vista aproximadamente parecido, véase R. B. Brandt, <<Utilitarianism and the Rules of War>> en *Philosophy and Public Affairs*, vol.1, 1972, págs..145-165.

valorar <<el perjuicio causado>>, lo que, presumiblemente, no sólo se refiere al daño inmediatamente producido a los individuos, sino también a cualquier ofensa infligida a los intereses permanentes de la humanidad, y valorarlo por contraposición que aporta el perjuicio respecto al fin de la victoria.

Así expuesto, no obstante, el argumento estipula que los intereses de los individuos y los de la humanidad tienen menor valor que la victoria que se está buscando. Es probable que cualquier acto de fuerza que contribuya de modo significativo al objetivo de ganar la guerra sea considerado permisible; también es probable que cualquier mando militar que exponga aquello a lo que <<conduce>> el ataque que está planeando encuentre apoyo para realizarlo. Una vez más, la proporcionalidad se revela como un criterio difícil de aplicar, ya que no existe ninguna forma rápida de establecer un punto de vista independiente o estable respecto a los valores que deban actuar como contraste para medir la destrucción la guerra. Nuestros juicios morales (si Sidgwick tiene razón) descansan sobre consideraciones puramente militares y rara vez podrán sostenerse frente a un análisis de las condiciones imperantes en la batalla o de las estrategias de campaña que pueda realizar un profesional cualificado.

(...)

Aparentemente, Sidgwick creía que, tan pronto como aceptamos no emitir ningún juicio sobre la utilidad relativa de los diferentes resultados, esta conclusión resulta inevitable porque en ese caso debemos conceder que los soldados están autorizados a intentar ganar las guerras en las que tienen derecho a combatir.

(...)

Si se pusiera efectivamente en práctica, eliminaría buena parte de la crueldad de la guerra, ya que, respecto a la muerte de muchas de las personas que sucumben en el transcurso de una guerra, ya sean civiles o militares, debe decirse que no es una muerte que se haya producido porque <<tienda materialmente al fin (de la victoria)>> y que la contribución que dichas muertes representan respecto a ese fin es en realidad <<leve>>. Esas muertes no son más que la consecuencia inevitable de poner armas mortales en manos de soldados carentes de disciplina, el resultado de confiar hombres armados al criterio de generales fanáticos o estúpidos. Toda historia militar es un relato de violencia y destrucción desprovisto de cualquier relación con las exigencias del combate: por un lado, masacres y, por otro, batallas ruinosas y mal planeadas que sólo son un poco mejores que las masacres<sup>93</sup> (subrayado fuera de texto).

Desde nuestra propia realidad, el precedente jurisprudencial constitucional señala,

“Esta reflexión es aquí de especial importancia en cuanto la realidad colombiana ha estado ligada a una reiterada y grave alteración del orden público. A nadie escapan las incidencias del conflicto armado que aqueja al país desde hace décadas. Ese conflicto ha implicado un alto costo humano, social, económico y político; ha condicionado la convivencia de los colombianos en ya varias generaciones; ha implicado retos institucionales; para atenderlo se han formulado y reformulado las agendas públicas; se ha diseñado y rediseñado buena parte de la normatividad legal; etc.

(...)

De este modo, en manera alguna se trata de hechos sobrevinientes pues todas ellas son situaciones que de tiempo atrás afectan a la sociedad colombiana. No obstante, no puede perderse de vista que a pesar de tratarse de hechos arraigados en la historia del conflicto armado que afronta el país, las dimensiones que esos comportamientos adquirieron últimamente, fundamentalmente tras la

---

<sup>93</sup> WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*. Barcelona, Paidós, 2001, pp.181 y 182.

ruptura del proceso de paz, les dan unas implicaciones completamente diferentes. Es cierto, todas esas modalidades delictivas tienen un profundo contenido de lesividad y plantean un palmario desconocimiento de los valores mínimos que posibilitan la pacífica convivencia. Pero, no obstante ese contenido de antijuridicidad, esas conductas pueden redefinirse por sus autores a partir de una nueva dimensión que los lleva a alentarse de unos nuevos propósitos, a modificar sustancialmente las circunstancias de su comisión y, en consecuencia, a generar unas implicaciones que en el anterior marco eran inconcebibles<sup>94</sup><sup>95</sup>.

No se trata, no obstante, de hacer radicar en el Estado una responsabilidad ilimitada frente a cualquier acto o hecho de los particulares (hecho de un tercero), pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo que es achacable directamente al Estado como garante principal. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones positivas<sup>96</sup>.

Por el contrario, cabe reforzar su encuadramiento en el título de la falla del servicio, afirmando la posibilidad de que la misma se consolide no sólo por el incumplimiento u omisión de las entidades demandadas, sino que también por no haber observado los deberes positivos a los que debió sujetarse en este caso específico, en especial por no haber atendido las solicitudes de refuerzo humano, logístico y de armamento, y de procurar por la terminación de las instalaciones de la Estación de la Policía [posición de garante de vigilancia], a tenor de lo manifestado por el precedente de la Sala según el cual “el Estado asume un papel de garante que se desprende de la obligación que emana del artículo 2 de la Constitución Política, disposición según la cual ” 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<sup>97</sup>.

37 Finalmente, del análisis del acervo probatorio y del caso, la Sala encuentra que la acción perpetrada por el grupo armado insurgente ELN, pudo implicar el incumplimiento de mandatos de protección de los derechos humanos, que no pueden quedar desprovistos de mención, y que exigirán que el Estado la obligación de medio de informar a los familiares y al país la situación de las investigaciones penales que se adelantaron, o adelanten, contra los miembros del mencionado grupo armado insurgente, y en dado caso compulsar copias a las autoridades nacionales o internacionales competentes, para que sea investigada la comisión de acciones delictivas violatorias de los derechos humanos, o de lesa humanidad que se configuraron con ocasión del secuestro y muerte violenta del político Feisal Mustafá Barbosa.

---

<sup>94</sup> Corte Constitucional, sentencia C-802 de 2002.

<sup>95</sup> Sentencias de 25 de mayo de 2011. Exps.15838, 18075, 25212; de 25 de mayo de 2011. Exp.18747; de 8 de junio de 2011. Exp.19972; de 8 de junio de 2011. Exp.19973.

<sup>96</sup> *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 280; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 123; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrafo 155; y *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párrafo 78.

<sup>97</sup> Sentencia de 9 de junio de 2010. Exp.19849.

En ese sentido, y en aplicación del bloque ampliado de constitucionalidad para la tutela de los derechos humanos y el respeto del derecho internacional humanitario, se debe tener en cuenta que pudo producirse por parte del grupo armado insurgente ELN violaciones a los Convenios de Ginebra, especialmente el II y III, en sus artículos 43 y siguientes, debiéndose establecer si se produjo la comisión de conductas que vulneraran el trato digno y humano.

38 Con base en los anteriores argumentos, la Sala revocara la sentencia del *a quo* que denegó las pretensiones de la demanda, y declarara administrativamente responsables a las entidades demandadas y, procederá a establecer si cabe reconocer y tasar los perjuicios materiales y morales reclamados por los actores.

## **8. Perjuicios**

### **8.1. Perjuicios morales**

39 La parte actora solicitó que el reconocimiento de perjuicios morales a favor de todos los actores. En el acervo probatorio se aportó, como prueba para su reconocimiento, copia auténtica del registro de matrimonio entre Feisal Mustafa Barbosa y María Consuelo Durán Gómez (fl.57 c1); copia auténtica del registro de nacimiento de Iván Fernando Mustafa Durán, nacido el 29 de octubre de 1972 e hijo de Feisal Mustafa Barbosa y María Consuelo Durán Gómez (fl.52 c1); certificado del Notario Tercero del Círculo de Bucaramanga, según el cual en el tomo de Registro Civil de Nacimiento correspondiente al año 1973 a folio 635502 se encuentra registrada Luz Faride Mustafa Durán, nacida el 8 de diciembre de 1973 e hija de Feisal Mustafa Barbosa y María Consuelo Durán Gómez (fl.53 c1); copia auténtica del registro civil de nacimiento de Luz Faride Mustafa Durán (fls.175 y 176 c1); certificado del Notario Séptimo del Círculo de Bucaramanga, según el cual en el Registro de Nacimientos correspondiente al año 1987 a folio 11799625 se encuentra registrado Sergio Andrés Mustafa Durán, nacido el 12 de agosto de 1987 e hijo de Feisal Mustafa Barbosa y María Consuelo Durán Gómez (fl.54 c1). Copia auténtica del registro de nacimiento (fls.217 y 218 c1); certificado del Notario Tercero del Círculo de Bucaramanga, según el cual en el tomo de Registro Civil de Nacimiento correspondiente al año 1977 a folio 2981678 se encuentra registrado Carlos Yamid Mustafa Durán, nacido el 20 de septiembre de 1977 e hijo de Feisal Mustafa Barbosa y María Consuelo Durán Gómez (fl.55 c1); copia auténtica del registro civil de nacimiento de Carlos Yamid Mustafa Durán (fls.177 y 178 c1); copia auténtica del registro de nacimiento de Feisal Mustafa (fl.99 c1); copia auténtica del registro de nacimiento de Consuelo Durán Gómez (fl.100 c1).

40 Revisadas las pretensiones de la demanda, y tratándose de la muerte del político Feisal Mustafá Barbosa, se encuentra acreditado el parentesco con los registros civiles, lo que lleva a la Sala a tener por demostrado el perjuicio moral en cabeza de los demandantes con ocasión de la muerte del esposo, y padre, lo que aplicando las reglas de la experiencia hace presumir que la muerte en las circunstancias violentas en las que ocurrieron, hacen presumir que los parientes cercanos (que conforman su núcleo familiar) debieron afrontar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad. En este sentido, el precedente de la Sala indica, “Las reglas de la experiencia, y la práctica científica<sup>98</sup> han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción,

<sup>98</sup> Fernández Liria, B. Rodríguez Vega. Intervenciones sobre problemas relacionados con el duelo para profesionales de Atención Primaria: El proceso del duelo. Universidad Autónoma de Madrid. [Http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf](http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf) “Aunque es difícil establecer

lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992<sup>99</sup> donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así:

“En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2º., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica (sic) y la vigencia de un orden justo.

“Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que “se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” Y agrega que “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”. (Subrayas fuera de texto).

“La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor:

“En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue:

“1º. Los descendientes legítimos;

“2º. Los ascendientes legítimos;

“3º. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos;

“4º. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1º., 2º. y 3º;

“5º. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1º., 2º., y 4º;

“6º. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores;

“7º. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados.

“Si la persona fuera casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a la potestad ajena, se oirá en su

---

*inequívocamente relaciones causa-efecto, numerosos estudios han relacionado las pérdidas de diverso tipo con alteraciones de la salud<sup>1</sup>. Hoy se acepta generalmente que en torno a un tercio de los pacientes que acuden a las consultas de Atención Primaria presentan problemas de salud mental que requerirían algún tipo de tratamiento y, aproximadamente una cuarta parte del total presenta problemas que podrían considerarse relacionados con algún tipo de pérdida<sup>1</sup>.“*

<sup>99</sup> Radicado 6750, actor: Luis María Calderón Sánchez y otros. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos.”

“También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3º ibídem, que reza:

“La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún (sic) cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.”

“La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio.

“Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales.

“Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien.”<sup>100</sup> (Negrillas de la Sala)<sup>101</sup>.

41 En el proceso la demandada no desvirtuó en ningún momento la presunción de aflicción causada a los demandantes por la pérdida del hijo y hermano, lo que lleva a concretar la existencia de los perjuicios morales en cabeza de todos y cada uno de aquellos.

42 Ahora bien, respecto de los perjuicios morales en cabeza de los demás demandantes con ocasión de la muerte del político Feisal Mustafá Barbosa, con base en las reglas de la experiencia, hace presumir, en las circunstancias en que ocurrió, que los parientes cercanos debieron afrontar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda

---

<sup>100</sup> Posición que ha sido reiterada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 30 de marzo de 2004. S 736 Actor: Nelly Tejada. Consejero Ponente Camilo Arciniegas Andrade. “Del parentesco cercano con la víctima se infiere el padecimiento moral que su muerte inflige a los suyos. El parentesco es indicio vehemente del daño moral.” Y recientemente por la Sección Tercera, en sentencia de 30 de agosto de 2007. Expediente 15.724, actor: Oswaldo Pérez Barrios. Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>101</sup> Sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586.

sociedad<sup>102</sup>. Se recaudaron, además para determinar lo anterior, entre otros, el testimonio rendido por Freddy Antonio Anaya, según el cual

“(…)PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho todo cuanto le conste acerca de los perjuicios morales que causó la muerte de FEISAL MUSTAFA a su señora esposa e hijos, precisando por qué razón le consta. CONTESTO: (...) incluso a SERGIO ANDRES, el hijo menor, tuvieron que someterlo a un tratamiento psicológico de recuperación terapéutica, por cuanto para él fue bastante dolorosa la situación... PREGUNTADO: Sabe usted a qué se dedicaba FEISAL MUSTAFA para la época en que falleció. CONTESTO: “En ese momento estaba dedicado a la actividad política, acababa de ser secretario de gobierno y ya estaba desvinculado”. PREGUNTADO: Sabe usted si además de la actividad política desarrollaba o se dedicaba a otra labor. CONTESTO: “El (sic) estaba dedicado sólo a su actividad política”. PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho si a usted le consta que el señor FEISAL MUSTAFA hubiera solicitado protección para él, su familia y miembros del grupo político a las autoridades del departamento, para la época en que sucedieron los hechos en que falleció. CONTESTO: “No tengo conocimiento de que haya solicitado protección de ninguna índole”... PREGUNTADO: Tuvo usted conocimiento de que el señor FEISAL MUSTAFA hubiera sido amenazado en alguna oportunidad por grupos guerrilleros o subversivos. CONTESTO: “Que yo tuviera conocimiento personal no me consta” (fls.153 y 154 c1).

Testimonio rendido por Martín Carvajal Camara, en el que expresó,

“(…) PREGUNTADO: Sírvase manifestar todo cuanto le conste acerca de los perjuicios morales que causó la muerte del Dr. FEISAL MUSTAFA a su esposa e hijos. CONTESTO:... es obvio que en el momento en que desaparece el Dr. tan abruptamente el trauma psicológico para su esposa y para los hijos fue muy grande porque en realidad fue una situación que ellos nunca se imaginaron. No fue fácil recuperar el ánimo, el sentido de trabajo de CONSUELO y de los mismos muchachos... Para los muchachos fue más compleja la situación. El menor era un niño que para esa época tenía cuatro años, estaba empezando a vivir... CARLOS YAMID... se le notaba esa amargura y ese dolor por dentro... Y el mayor IVAN estaba en la universidad... también se vió (sic) y se le notó directamente ese trauma que le ocasionó la muerte de su papá” (fls.172 y 173 c1).

Testimonio rendido por Horacio Escobar Ríos, en el que afirmó

“(…) PREGUNTADO: Sírvase manifestar todo cuanto le conste acerca de los perjuicios morales que causó la muerte del Dr. FEISAL MUSTAFA a su esposa e hijos. CONTESTO: ... quedaron huérfanos, desorientados, y con profundo dolor de ver a su esposo y a su padre morir como él murió” (fls.192 y 193 c1).

Testimonio rendido por Juan Carlos Marín Ortegón, en el que sostuvo,

“(…) PREGUNTADO: Sírvase manifestar todo cuanto le conste acerca de los perjuicios morales que causó la muerte del Dr. FEISAL MUSTAFA a su esposa e hijos. CONTESTO:... Sus hijos sufrieron diferentes cambios de vida... El menor SERGIO ANDRES, quien era un niño de cinco años en la época de los hechos, se tornó en una persona esquiva, rebelde y retraída” (fls.196 a 200 c1).

Testimonio rendido por Gabriel Torra Acevedo, en el que manifestó,

---

<sup>102</sup> Sentencias del 18 de marzo de 2010, Expedientes: 32651 y 18569 M.P. Enrique Gil Botero

“(…) PREGUNTADO: Sírvase manifestar todo cuanto le conste acerca de los perjuicios materiales y morales que causó la muerte del Dr. FEISAL MUSTAFA a su esposa e hijos. CONTESTO: “Desde el punto de vista moral, el daño ha sido extremadamente grave; sus hijos por la época de la muerte exactamente CARLOS YAMID y SERGIO eran menores de edad, y especialmente el menor SERGIO ANDRES ha tenido problemas psicológicos, problemas de comportamiento en el colegio, y en múltiples ocasiones ha estado bajo tratamiento psicológico, y las repercusiones de ello han sido por ejemplo, la pérdida del año escolar el año anterior, prueba de ello es que está repitiendo el curso en el colegio San Pedro Claver. A su esposa CONSUELO DE MUSTAFA, debió soportar muchas crisis y actuar de papá y mamá frente a cuatro hijos que están (sic) precisamente en la época en que necesitan de un padre. Desde el punto de vista material, significa la disminución en los ingresos al hogar en un hogar (sic) en donde él únicamente trabajaba porque sus otros hijos estudiaban y su esposa se desempeñaba como ama de casa” (fls.203 a 205 c1).

Testimonio rendido por Flor Marina Gamba de Morantes, quien afirmó,

“(…) En el aspecto moral doña María Consuelo quedó desprotegida moralmente acabada, su sufrimiento ha sido hasta la fecha terrible. De sus hijos, moralmente destruidos (sic), ya que Ivan (sic) Fernando, el mayor, en esa época se encontraba estudiando en la Universidad Javeriana y por estos hechos le tocó suspender sus estudios en varias ocasiones para viajar de Bogotá a Bucaramanga a ponerse al frente (sic) de las cosas como hijo mayor. Los demás niños empezaron a dar poco rendimiento en el estudio porque ellos no se recuperaron de esta pena y que les quitaron el ser para ellos más grande... inclusive el niño pequeño Sergio Andrés, era un niño dócil, cariñoso, pero a la pérdida de su papá, tuvo grandes cambios como un niño rebelde, brusco, y no se interesaba en el estudio, incluso tuvieron que ponerle sicólogo (sic), todo esto me consta porque a raíz de la muerte del doctor viajé el 12 de septiembre de 1993, a Bucaramanga y conviví con la familia durante diez meses...

PREGUNTADO: Diga al Despacho, si Ud. sabe a qué se dedicaba el doctor Feisal Mustafá Barbosa, en el momento de su fallecimiento. CONTESTO: (...) en el momento de su muerte el ejercía (sic) su profesión (sic) de abogado y como tributario y prestaba asesoría a diferentes empresas. El (sic) hacía declaraciones de renta puesto que era especializado en derecho tributario” (fls.291 y 292 c1).

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

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

morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal.

44 En relación con el perjuicio moral, el precedente de la Corte Suprema de Justicia sostiene su carácter inconmensurable, lo que exige que su tasación no obedezca a criterio alguno de compensación. En ese sentido, se señala,

“En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en a su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para con cimiento en la equidad arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material”<sup>103</sup>.

De acuerdo con lo anterior, la Sala empleará un test de proporcionalidad para la tasación de los perjuicios morales. En cuanto al fundamento de este test, el precedente jurisprudencial constitucional establece,

“La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional – unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución–, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 C.P.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 C.P.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 C.P.).

En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez, como se analiza en la presente providencia.

De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona. Es por ello que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general -como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público- de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad<sup>104</sup>. Tal distinción entre un sentido genérico y uno específico con que se usa el concepto de proporcionalidad conduce al problema de los métodos para su aplicación. 8.2. Un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación. La relación de

<sup>103</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009. Exp. 1995-10351.

<sup>104</sup> Sobre la proporcionalidad como elemento del juicio de igualdad únicamente cuando el test es estricto, ver la sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería

equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc., se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado. Se afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto.

No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos. En el juicio de razonabilidad, cuando éste incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexecutable. No se exige una proporcionalidad perfecta puesto que el legislador no tiene que adecuarse a parámetros ideales de lo que es correcto por no ser excesivo.

Por lo anterior, el análisis de proporcionalidad del límite de mil salarios mínimos legales, se hará de conformidad con el siguiente método: (i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida

grava de manera manifiestamente desproporcionada<sup>105</sup> uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución”<sup>106</sup> (subrayado fuera de texto).

Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la determinación y dosificación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral, respecto de lo que el precedente jurisprudencial constitucional señala,

“Frente a los llamados perjuicios morales objetivables, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha estimado que en algunos casos pueden ser valorados pecuniariamente<sup>107</sup>, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas<sup>108</sup>, el perjuicio estético causado<sup>109</sup> o el daño a la reputación<sup>110</sup>. Si de la aplicación de tales criterios surge que dichos perjuicios superan el límite fijado por el legislador, habría una afectación grave del interés de las víctimas por lograr una indemnización integral de los perjuicios que se le han ocasionado y cuyo quantum ha sido probado. Al igual que con los perjuicios materiales, el límite resultaría manifiestamente desproporcionado frente al derecho de las víctimas a la reparación integral, como quiera que el riesgo de arbitrariedad del juez es menor cuando el valor de los perjuicios ha sido acreditado en el juicio por factores que no dependen de su apreciación subjetiva.

Esta desproporción resulta más evidente si se tiene en cuenta que ni en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales. En dichas jurisdicciones se ha fijado una cifra para la valoración de ciertos perjuicios que depende de consideraciones puramente subjetivas y cuyo quantum ha sido reconocido tradicionalmente hasta por 1000 gramos oro, o más recientemente hasta por 2000 y 4000 gramos oro<sup>111”112</sup>.

El fundamento, por lo tanto, del test de proporcionalidad no es otro, según los precedentes anteriores, el cual, a su vez, comprende tres sub-principios que son

---

<sup>105</sup> Ver entre otras la sentencia C-758 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis. Allí la Corte justifica que en materia de sanciones el límite entre lo constitucionalmente inadmisibles y lo permitido se traza con el criterio de la desproporción manifiesta

<sup>106</sup> Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

<sup>107</sup> Ver entre otras las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 13 de abril de 2000, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No. 11892; 19 de julio de 2001, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 13086; 10 de mayo de 2001, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No.13.475 y del 6 de abril de 2000, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 11.874. Ver también, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 29 de mayo de 1997, MP: Juan Manuel Torres Fresneda, Radicación 9536

<sup>108</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de agosto de 1982, CP: Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 3139, donde se reconoció como perjuicio moral el “malestar psíquico” sufrido a raíz del accidente. Consejo de Estado, Sección Tercera, 4 de abril de 1997, CP: Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente 12007, que reconoció como perjuicio moral por el hecho de que la víctima “estuvo sometida al miedo, la desolación, a la zozobra, a la tristeza, mientras se produjo su liberación.”

<sup>109</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de julio de 1989, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 2852. Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, CP: Julio César Uribe Acosta, Expediente 7428

<sup>110</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

<sup>111</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 25 de septiembre de 1997, Sección Tercera, Expediente 10.421, CP: Ricardo Hoyos Duque, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 2.000 gramos oro. Sentencia del 19 de julio de 2000, Expediente 11.842, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 4.000 gramos oro

<sup>112</sup> Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto<sup>113</sup>.

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego.

Por lo que se refiere al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad.

Finalmente, respecto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto.

45 De acuerdo con lo anterior, para el reconocimiento y tasación del perjuicio moral en el presente caso se sujetara a los anteriores criterios objetivos, los que ordinariamente están demostrados con base en la prueba testimonial, de la que se deriva la denominada “presunción de aflicción” la que debe aplicarse conjuntamente con los mencionados criterios, de manera que la tasación de este tipo de perjuicios responda a la complejidad de una sociedad articulada, plural y heterogénea que exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada, sin que constituya una tarifa legal o judicial. En este sentido, se establece la siguiente metodología para determinar el quantum indemnizatorio por concepto de perjuicios morales:

En el caso que se encuentren reunidos los requisitos de **idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido**, se tasa así:

	<b>Con</b>	<b>Sin convivencia</b>	<b>Sin convivencia y</b>
--	------------	------------------------	--------------------------

<sup>113</sup> La doctrina señala que “la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control”. ARROYO JIMENEZ, Luis. “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, en ORTEGA, Luis; SIERRA, Susana de la (Coords). *Ponderación y derecho administrativo*. Madrid, Marcial Pons, 2009, p.33.

	convivencia y por muerte violenta	pero con relación de cercanía y por muerte violenta	sin relación de cercanía (simple presunción de Registro Civil)
Familiares inmediatos y cónyuge	100 SMMLV	50 SMMLV	25 SMMLV
Familiares derivados	50 SMMLV	25 SMMLV	10 SMMLV

Con base en lo anterior, la Sala liquidará la indemnización por los perjuicios morales a favor de los demandantes, y teniendo en cuenta que de conformidad con el contenido del artículo 178 del C.C.A, se fijaran en sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia.

Nombre del indemnizado	SMLMV	Equivalente en moneda de curso legal a la fecha de la sentencia
María Consuelo Durán Gómez (esposa)	100 smlmv	\$56.670.000.00
Sergio Andrés Mustafá Durán (hijo)	100 smlmv	\$56.670.000.00
Carlos Yamid Mustafá Durán (hijo)	100 smlmv	\$56.670.000.00
Luz Faride Mustafá Durán (hija)	100 smlmv	\$56.670.000.00
Iván Fernando Mustafá Durán (hijo)	100 smlmv	\$56.670.000.00

## 8.2. Perjuicios materiales

### 8.2.1 Daño emergente

46 La parte actora solicitó en el escrito de demanda se condenara por los perjuicios materiales, específicamente por concepto de daño emergente constituido por los gastos funerarios, diligencias judiciales y honorarios de abogado en que incurrieron como consecuencia de la muerte del político Feisal Mustafá Barbosa. En ese sentido, se allegó la factura No. 234 expedida por Servicios Fúnebres San Pedro a cargo de Consuelo Durán Gómez de Mustafá por concepto de los funerales de Feisal Mustafá Barbosa por valor de \$967.880.00 (fl.101 c1). Sin embargo, el mismo no se acreditó legal y debidamente por lo que no habrá lugar a su reconocimiento ya que la factura que se allegó de los gastos funerarios no acredita el pago efectivo de la obligación en ella incorporada, en tanto que el lote donde fue inhumado el político Mustafá Barbosa fue cedido, sin conocerse a qué título y qué valor se pagó por la señora María Consuelo Durán. Por lo tanto, no habrá lugar a reconocer a favor de los demandantes por concepto de daño emergente valor alguno.

### 8.2.2 Lucro cesante

47 En la demanda se solicitó el reconocimiento de lucro cesante por un valor de mil setecientos veinticinco millones setecientos sesenta y siete mil doscientos doce, con cinco centavos (\$\$1.725.767.212,05) que se liquidará a favor de María Consuelo Durán y los hijos del fallecido, correspondiente a las sumas que dejó de percibir por su muerte prematura e injusta y, por todo el resto de la vida probable

que le quedaba, teniendo en cuenta la edad en que murió y la esperanza de vida del mismo. En relación con lo solicitado se allegaron las siguientes probanzas,

Obra dentro del expediente constancia de 17 de agosto de 1995, expedida por Leopoldo Mejía Neira según la cual el "*Doctor **FEISAL MUSTAFA BARBOSA...** prestó sus servicios profesionales como mi **ASESOR TRIBUTARIO**, en el año de 1.991 y en el año de 1.993 en los meses de Marzo 11 hasta 11 de Septiembre de 1.993. Devengando como honorarios profesionales la suma de DOS MILLONES DE PESOS MCTE (\$2'000.000.00)*" (fl.46 c1).

Constancia, de 4 de septiembre de 1995, expedida por Ernesto Serrano Pinto según la cual se indicó que Feisal Mustafa Barbosa "*PRESTO SUS SERVICIOS PROFESIONALES COMO MI ASESOR TRIBUTARIO EN EL AÑO DE 1991 Y EN EL AÑO DE 1993, LOS MESES DE 11 DE MARZO A 11 DE SEPTIEMBRE, DEVENGANDO COMO HONORARIOS PROFESIONALES LA SUMA DE DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.00)*" (fl.47 c1).

Certificación, de 19 de julio de 1995, expedida por Alonso Rey Sanmiguel según la cual se indicó que Feisal Mustafa Barbosa "*durante todo el año de 1991 y el año de 1993 los meses de Marzo (sic) a Septiembre (sic) se desempeñaba como ASESOR TRIBUTARIO, de mi compañía y ganaba un promedio mensual de Dos Millones de Pesos Mcte (\$2.000.000.00)*" (fl.48 c1).

Certificado de ingresos y retenciones para el año gravable de 1992, donde se indica como ingresos de Feisal Mustafá Barbosa la suma de \$5.820.641.00 (fl.93 c1).

Testimonio rendido por Ángel de Jesús Becerra Ayala,

"(...) PREGUNTADO: Diga todo cuanto le consta acerca de los perjuicios morales sufridos por la esposa e hijos del Dr. MUSTAFA. CONTESTO: "Terrible, esos hechos dejaron a doña CONSUELO y a sus hijos destrozados moralmente como sin horizontes, desconsolados y muy tristes... PREGUNTADO: Que le consta acerca de los perjuicios materiales causados a los demandantes por la muerte del Dr. MUSTAFA. CONTESTO: "Fueron totalmente afectados porque IVAN FERNANDO estaba en la universidad Javeriana, CARLOS YAMID, terminando su bachillerato, LUZ FARIDE había terminado el bachillerato y lo más grave de todo que quedaba un niño de tan sólo cinco años que es CHECHO y quien apenas iniciaba sus estudios. Doña CONSUELO que estaba dedicada a los quehaceres de hogar pues no tenía ingresos propios, que le permitieran en un momento dado sacar adelante a esos muchachos sin el apoyo del Dr. MUSTAFA quien recibía ingresos por el ejercicio de su profesión de abogado y de algunos bienes que tenía, luego la situación económica de esa casa también empezaba a atravesar (sic) dificultades. CONSUELITO se vió (sic) obligada a tener que vender una pequeña finca que tenía por los lados de RUITOQUE para contratar abogados que le permitieran por lo menos lograr la pensión del Dr. MUSTAFA para con eso sostener su hogar y contribuir a sacar adelante a sus hijos" (fls.158 a 168 c1).

Testimonio rendido por Álvaro José Agon Martínez, en el que sostuvo,

"(...) PREGUNTADO: Qué le consta acerca de los perjuicios materiales sufridos por la familia MUSTAFA DURAN con ocasión de la muerte del Dr. FEISAL. CONTESTO: "Realmente la persona que trabajaba en ese hogar era FEISAL y los gastos de hogar, de universidad, de colegio, de mantenimiento y manutención, todo era costeadado con lo que FEISAL en vida hacía".

Sin embargo, las certificaciones anteriormente mencionadas no indican si la actividad económica desarrollada por la víctima, obedecía a un contrato de trabajo o contrato de prestación de servicio, ni tampoco el término de duración y si para la época de los hechos realmente estaba bajo alguna de las modalidades de contratación. Por lo anterior, se tomará como base para liquidar el lucro cesante el valor arrojado en el certificado de ingresos y retenciones pero dividido en 12, por cuanto se observa que tal suma fue devengada por la víctima en el año gravable de 1992.

El valor consignado en el certificado de ingresos y retenciones (Fl. 93 c.1) es de \$5.820.641 dividido entre 12 meses da como resultado \$485.053.41. Este valor se actualizará de la siguiente manera:

$$Ra = Rh \cdot \frac{\text{IPC final}}{\text{IPC Inicial}}$$

Donde: Ra = renta actualizada  
Rh = renta histórica

I. final = IPC correspondiente al mes de la liquidación.

I. inicial = IPC que corresponde al mes en que se causó el daño.

Índice final - diciembre/2011 (109,16)

$$Ra = \$454.738^{114} \frac{\text{Índice final - diciembre/2011 (109,16)}}{\text{Índice inicial - septiembre/1993 (39.47)}} = \mathbf{\$1.257.644.00}$$

El anterior valor se dividirá en 2 en el que el 50% será para la cónyuge sobreviviente y, el otro 50% se dividirá entre los 4 hijos de la víctima<sup>115</sup>.

#### 8.2.2.1 Lucro cesante consolidado

##### a. Para María Consuelo Durán Gómez (esposa)

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

- **El periodo consolidado** inicia desde la fecha de los hechos (11 de septiembre de 1993) hasta la fecha de esta sentencia (diciembre de 2011) es decir 218.2 meses.

- Ra: \$628.822.00

- I. final = IPC correspondiente al mes de la liquidación, último que se conoce, diciembre de 2011 (109.16)

- I. inicial = IPC que corresponde al mes en que se causó el daño. Septiembre de 1993 (39.47)

218.2

$$S = \$628.822.00 \frac{(1 + 0.004867)^{218.2} - 1}{0.004867} = \mathbf{\$243.498.894.00}$$

<sup>114</sup> Al anterior valor se adicionará el 25% por prestaciones sociales y, de otra parte, se deducirá de dicho valor el 25%, correspondiente al valor aproximado que el señor Mustafá destinaba para su propio sostenimiento.

<sup>115</sup> \$1.257.644.00 / 2 = \$628.822.00 (para la esposa) y \$628.822.00 / 4 = \$157.205.00 para cada uno de los 4 hijos.

0.004867

De acuerdo con el precedente de la Sala en sentencia del 4 de octubre de 2007, expediente 16058 y 21112 se dijo lo siguiente:

*“De igual forma, se modifica el criterio jurisprudencial que se tenía en relación con la presunción de manutención de los hijos hasta la mayoría de edad si no se acreditaba la escolaridad, desechando esta distinción, y dando por presumido que la condición de dependencia económica de aquellos respecto de los padres se mantiene hasta la edad de 25 años, con fundamento en los artículos 13 y 45 de la Constitución Política y en consideración además, a las reglas de la experiencia, siempre y cuando se acredite tal dependencia por cualquier medio probatorio”*

Por lo tanto, se liquidará el lucro cesante para los hijos hasta que éstos hubieran cumplido 25 años de edad.

**b. Iván Fernando Mustafá Durán (hijo)**

- **El periodo consolidado** inicia desde la fecha de los hechos (11 de septiembre de 1993) hasta la fecha en que cumpliera 25 años de edad, teniendo en cuenta que Iván Fernando para la época de los hechos tenía 20 años de edad (fecha de nacimiento 29 de octubre de 1972) se liquidará hasta el 29 de octubre de 1997, es decir, 48 meses.

- Ra: \$157.205.00
- I. final = IPC correspondiente al mes de la liquidación, último que se conoce, diciembre de 2011 (109.16)
- I. inicial = IPC que corresponde al mes en que se causó el daño. Septiembre de 1993 (39.47)

$$S = \$157.205 \frac{(1 + 0.004867)^{48} - 1}{0.004867} = \$8.476.982.00.$$

**c. Luz Faride Mustafá Durán (hija)**

- **El periodo consolidado** inicia desde la fecha de los hechos (11 de septiembre de 1993) hasta la fecha en que cumpliera 25 años de edad, teniendo en cuenta que Luz Faride para la época de los hechos tenía 19 años de edad (fecha de nacimiento 8 de diciembre de 1973) se liquidará hasta el 8 de diciembre de 1998, es decir, 60 meses.

- Ra: \$157.205.00.
- I. final = IPC correspondiente al mes de la liquidación, último que se conoce, diciembre de 2011 (109.16)
- I. inicial = IPC que corresponde al mes en que se causó el daño. Septiembre de 1993 (39.47)

$$S = \$157.205.00 \frac{(1 + 0.004867)^{60} - 1}{0.004867} = \$10.923.328.00.$$

**d. Sergio Andrés Mustafá Durán (hijo)**

- **El periodo consolidado** inicia desde la fecha de los hechos (11 de septiembre de 1993) hasta la fecha de esta sentencia (noviembre de 2011) es decir 218.2 meses.
- Ra: \$157.205.00.
- I. final = IPC correspondiente al mes de la liquidación, último que se conoce, diciembre de 2011 (109.16)
- I. inicial = IPC que corresponde al mes en que se causó el daño. Septiembre de 1993 (39.47)

218.2

$$S = \$157.205.00 \frac{(1 + 0.004867)^{218.2} - 1}{0.004867} = \$60.874.530.00$$

#### e. Carlos Yamid Mustafá Durán (hijo)

- **El periodo consolidado** inicia desde la fecha de los hechos (11 de septiembre de 1993) hasta la fecha en que cumpliera 25 años de edad, teniendo en cuenta que Carlos Yamid para la época de los hechos tenía 15 años de edad (fecha de nacimiento 20 de septiembre de 1977) se liquidará hasta el 20 de septiembre de 2002, es decir, 60 meses.
- Ra: \$157.205.00.
- I. final = IPC correspondiente al mes de la liquidación, último que se conoce, diciembre de 2011 (109.16)
- I. inicial = IPC que corresponde al mes en que se causó el daño. Septiembre de 1993 (39.47)

$$S = \$157.205 \frac{(1 + 0.004867)^{108} - 1}{0.004867} = \$22.267.069.00$$

#### 8.2.2.2 Lucro cesante futuro

##### i) Lucro cesante para María Consuelo Durán Gómez

Se liquidará este periodo desde el día siguiente de la fecha de esta sentencia hasta la expectativa total de vida del señor Mustafá Barbosa.

- El señor Feisal Mustafá Barbosa nació el 20 de marzo de 1943, para la época de los hechos tenía 50 años de edad, según las tablas de mortalidad proferidas por la entonces Superintendencia Bancaria, Decreto 0996 del 29 de marzo de 1990, la expectativa de vida equivale a 26.87 años, que en meses son 322.44.
- Periodo futuro (n): 104.24 que se deriva de la resta entre los meses de la expectativa total de vida del señor Mustafá Barbosa (322.44 meses) y el periodo consolidado (218.2 meses)
- Ra: \$628.822.00

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i (1+i)^n}$$

104.24

$$S = \$628.822 \frac{(1 + 0,004867)^{104.24} - 1}{0,004867 (1 + 0,004867)} = \$51.313.686.00$$

ii) Lucro cesante futuro para Sergio Andrés Mustafá Durán

- Sergio Andrés nació el 12 de agosto de 1987, cumpliría los 25 años de edad el 12 de agosto de 2012.
- Periodo futuro (n): 8.8 meses que corresponden desde el día siguiente de esta sentencia (enero de 2012) hasta el 12 de agosto de 2012, fecha en la cual cumple 25 años de edad.
- Ra: \$157.205

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i (1+i)^n}$$

$$S = \$157.205 \frac{(1 + 0,004867)^{6.8} - 1}{0,004867 (1 + 0,004867)} = \$1.084.200.00$$

## 9. De la reparación integral y las medidas no pecuniarias.

49 La Sala en aplicación del principio de reparación integral, y a lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, ordenará medidas no pecuniarias, teniendo en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la “restitutio in integrum”, máxime cuando existe la vulneración a un derecho humano, como se desprende la muerte del dirigente político Feisal Mustafá barbosa. En el precedente de la Sala se sostiene,

“Toda reparación, parte de la necesidad de verificar la materialización de una lesión a un bien jurídico tutelado (daño antijurídico), o una violación a un derecho que, consecuentemente, implica la concreción de un daño que, igualmente, debe ser valorado como antijurídico dado el origen del mismo (una violación a un postulado normativo preponderante). Así las cosas, según lo expuesto, es posible arribar a las siguientes conclusiones lógicas: Toda violación a un derecho humano genera la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento. No todo daño antijurídico reparable (resarcible), tiene fundamento en una violación o desconocimiento a un derecho humano y, por lo tanto, si bien el perjuicio padecido deber ser reparado íntegramente, dicha situación no supone la adopción de medidas de justicia restaurativa. Como se aprecia, en la primera hipótesis, nos enfrentamos a una situación en la cual el operador judicial interno, dentro del marco de sus competencias, debe establecer en qué proporción puede contribuir a la reparación integral del daño sufrido, en tanto, en estos eventos, según los estándares normativos vigentes (ley 446 de 1998 y 975 de 2005), se debe procurar inicialmente por la restitutio in integrum (restablecimiento integral) del perjuicio y de la estructura del derecho trasgredido, para constatada la imposibilidad de efectuar la misma, abordar los medios adicionales de reparación como la indemnización, rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos. Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido éste como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano

al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad al tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional, o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH). En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (strictu sensu), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, per se, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio. Como corolario de lo anterior, para la Sala, la reparación integral propende por el restablecimiento efectivo de un daño a un determinado derecho, bien o interés jurídico y, por lo tanto, en cada caso concreto, el operador judicial de la órbita nacional deberá verificar con qué potestades y facultades cuenta para obtener el resarcimiento del perjuicio, bien a través de medidas netamente indemnizatorias o, si los supuestos fácticos lo permiten (trasgresión de derechos humanos en sus diversas categorías), a través de la adopción de diferentes medidas o disposiciones<sup>116</sup>.

Así mismo, el precedente de la Sala en su momento consideró,

“En ese orden de ideas, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos implica no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también supone la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual era posible la implementación de una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (strictu sensu), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos vulnerados. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona específicamente con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas de rehabilitación, o de no repetición, ello no implica en manera alguna que no se repare íntegramente el perjuicio<sup>117</sup>.”

Adicionalmente, y acogiendo el precedente de la Sala que incorpora a nuestro concepto de reparación integral las denominadas medidas de reparación no pecuniarias, se ordenará, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y

---

<sup>116</sup> Sentencia de 19 de octubre de 2007. Exp.29273<sup>a</sup>. Ver de la Corte Permanente de Justicia Internacional, caso *Factory of Chorzów*, Merits, 1928, Series A, No. 17, Pág. 47. Citada por CRAWFORD, James “Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado”, Ed. Dykinson, Pág. 245; Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso de la Masacre de Puerto Bello (vs) Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006; de la Corte Constitucional Sentencia T-563 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En igual sentido T- 227 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1094 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-175 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional, sentencia T-188 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis

<sup>117</sup> Sentencias de 8 de junio de 2011. Exp.19972; de 8 de junio de 2011. Exp.19973.

a la "restitutio in integrum", y bajo el amparo del artículo 16 de la ley 446 de 1998, que se cumpla con las siguientes obligaciones que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión: 1) la realización de un acto público en el que el Ministro de Defensa y el Director del Departamento de la Policía de Santander ofrezca disculpas a los familiares de Feisal Mustafá Barbosa; 2) se deberá publicar la parte resolutive de esta sentencia en todas las Estaciones de la Policía Nacional en el Departamento de Santander por un período de seis (6) meses, y darse difusión en los diferentes medios de comunicación de circulación departamental; 3) se ordenará que se compulse copias ante las autoridades competentes para que se estudie si hay lugar o no a iniciar las investigaciones tanto disciplinarias, como penales en contra de aquellos funcionarios de la Policía Nacional, o del Ejército Nacional que en la época de los hechos no contribuyeron a la protección de la seguridad personal de la víctima; 4) con el fin de evitar una potencial condena en contra del Estado por parte de la instancia judicial interamericana de Derechos Humanos, se ordenará que la Fiscalía General de la Nación informe al país, en un término improrrogable de 30 días calendario, acerca de los resultados de las investigaciones adelantadas por el homicidio del político Feisal Mustafá Barbosa, y especialmente se ofrezca verdad y justicia como medio para la reconciliación. De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al despacho informes del cumplimiento de lo aquí ordenado como medidas de reparación no pecuniarias, dentro de los cuarenta y cinco días (45) siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

#### **10. Costas**

50 Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

#### **FALLA**

**REVOQUESE** la sentencia apelada de 31 de octubre de 2000 proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y César, y en su lugar se procede a fallar de la siguiente manera:

**PRIMERO. DECLARAR** que la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL** es administrativa y patrimonialmente responsable de los daños y perjuicios sufridos por la muerte del político **FEISAL MUSTAFÁ BARBOSA**, en hechos ocurridos el 11 de septiembre de 1993.

**SEGUNDO. CONDENAR** a la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL** a pagar por concepto de perjuicios morales a favor de **MARIA CONSUELO DURAN GOMEZ** la suma equivalente a CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que a la fecha de esta sentencia corresponden a CINCUENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA MIL PESOS (\$56.670.000.00) moneda legal colombiana; a favor de **SERGIO ANDRÉS MUSTAFÁ DURÁN** la suma equivalente a CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que a la fecha de esta sentencia corresponden a CINCUENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA MIL PESOS

(\$56.670.000.oo) moneda legal colombiana; a favor de **CARLOS YAMID MUSTAFÁ DURÁN** la suma equivalente a CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes que a la fecha de esta sentencia corresponden a CINCUENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA MIL PESOS (\$56.670.000.oo) moneda legal colombiana; a favor de **LUZ FARIDE MUSTAFÁ DURÁN** la suma equivalente a CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que a la fecha de esta sentencia corresponden a CINCUENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA MIL PESOS (\$56.670.000.oo) moneda legal colombiana; a favor de **IVÁN FERNANDO MUSTAFÁ DURÁN** la suma equivalente a CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que a la fecha de esta sentencia corresponden a CINCUENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA MIL PESOS (\$56.670.000.oo) moneda legal colombiana.

**TERCERO. CONDENAR la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL** a pagar por concepto de **lucro cesante consolidado** a favor de las siguientes personas, las sumas que a continuación se determinan: para María Consuelo Durán Gómez la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (**\$243.498.894.oo**); para Iván Fernando Mustafá Durán el valor de OCHO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS (**\$8.476.982.oo**); para Luz Faride Mustafá Durán el valor de DIEZ MILLONES NOVECIENTOS VEINTITRES MIL TRESCIENTOS VEINTIOCHO PESOS (**\$10.923.328.oo**); para Sergio Andrés Mustafá Durán el valor de SESENTA MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS (**\$60.874.530.oo**) y, para Carlos Yamid Mustafá Durán el valor de VEINTIDÓS MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL SESENTA Y NUEVE PESOS (**\$22.267.069.oo**).

**CUARTO. CONDENAR la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL** a pagar por concepto de **lucro cesante futuro** a favor de las siguientes personas: para María Consuelo Durán Gómez el valor de CINCUENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS TRECE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS (**\$51.313.686.oo**) y para Sergio Andrés Mustafá Durán el valor de UN MILLÓN OCHENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS PESOS (**\$1.084.200.oo**).

**QUINTO.** Condenar a **la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL** a cumplir con las siguientes medidas de reparación no pecuniarias: 1) la realización de un acto público en el que el Ministro de Defensa y el Director del Departamento de la Policía de Santander ofrezca disculpas a los familiares de Feisal Mustafá Barbosa; 2) se deberá publicar la parte resolutive de esta sentencia en todas las Estaciones de la Policía Nacional en el Departamento de Santander por un período de seis (6) meses, y darse difusión en los diferentes medios de comunicación de circulación departamental; 3) se ordenará que se compulse copias ante las autoridades competentes para que se estudie si hay lugar o no a iniciar las investigaciones tanto disciplinarias, como penales en contra de aquellos funcionarios de la Policía Nacional, o del Ejército Nacional que en la época de los hechos no contribuyeron a la protección de la seguridad personal de la víctima; 4) con el fin de evitar una potencial condena en contra del Estado por parte de la instancia judicial interamericana de Derechos Humanos, se ordenará que la Fiscalía General de la Nación informe al país, en un término improrrogable de 30 días calendario, acerca de los resultados de las investigaciones adelantadas por el homicidio del político Feisal Mustafá Barbosa, y especialmente se ofrezca verdad y justicia como medio para la reconciliación. De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al despacho informes del cumplimiento de lo aquí

ordenado como medidas de reparación no pecuniarias, dentro de los cuarenta y cinco días (45) siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

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

**SÉPTIMO DENEGAR** las demás pretensiones.

**OCTAVO. ABSTENERSE** de condenar en costas a la demandada.

**NOVENO.** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** inmediatamente el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE**

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Presidente Sala

**OLGA VALLE DE DE LA HOZ**  
Magistrada

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
Magistrado

**ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO**

**FALLA DEL SERVICIO - No es título de imputación exclusivo o principal**

Me aparto del planteamiento así esbozado, pues estoy convencido que la falla del servicio no puede ser fijada como el título de imputación exclusivo o principal, a través del cual deban definirse todos los litigios o controversias que se sometan a decisión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (...) no es aceptable que se asimile la responsabilidad de tipo objetivo con la figura del seguro o el reaseguro, en atención a que el derecho de daños contiene disímiles fundamentos conceptuales y prácticos que diferencian cada escenario. En consecuencia, restringir la responsabilidad del Estado sólo a aquellos eventos en que se acredite un comportamiento inadecuado, negligente, descuidado o ilegal, implica una significativa limitación a los estándares modernos del derecho de la responsabilidad que avalan la posibilidad de que se irroguen daños en el ejercicio de actividades lícitas.

**PERJUICIOS MORALES - Reiteración posición Sala. TEST DE PROPORCIONALIDAD - Inaplicabilidad en la determinación de perjuicios morales / ARBITRIO IURIS - Aplicabilidad para la determinación de perjuicios morales**

Es preciso advertir que el sistema o la metodología empleada en la sentencia para la liquidación de los perjuicios morales no refleja el criterio mayoritario de esta Subsección y de la Sección Tercera, ni el de la Sala Plena, razón por la cual constituye un obiter dictum que quedó contenido en la sentencia mencionada, sin que hubiera obtenido la mayoría para constituirse en un cambio del precedente fijado por la Corporación sobre la materia. (...) En mi criterio, la providencia debió limitarse a reiterar el precedente vinculante de la Sección, contenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646 (...) el manejo que se le da en esta ocasión a la ponderación es a cubrir con un velo de "aparente" o "presunta" objetividad la determinación de criterios de valoración de un daño que ya eran aplicados por el operador judicial bajo la égida del arbitrio juris. Así las cosas, la supuesta aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación del daño moral parte de un equivocado argumento que consiste en equiparar el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad.

**NOTA DE RELATORIA:** Con relación a la determinación de los perjuicios morales, la posición actual de la Sala de la Sección Tercera sigue los planteamientos contenidos en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp.13232 y 15646.

**PRUEBA - Informes de prensa / INFORMES DE PRENSA - Valor probatorio / INFORMES DE PRENSA - No es posible dar fuerza de convicción alguna sobre estos documentos / INFORMES DE PRENSA - En manera alguna permiten acreditar la ocurrencia de los hechos que allí se exponen**

En cuanto a las informaciones difundidas en medios escritos, verbales, o televisivos, la Sala en forma sistemática ha señalado que, en términos probatorios, no dan fe de la ocurrencia de los hechos en ellos contenidos, sino simplemente, de la existencia de la noticia o de la información; por consiguiente, no es posible dar fuerza de convicción alguna a dichos documentos, en cuanto se relacionan con la configuración del daño antijurídico y su imputación a la organización pública, en tanto que a partir de los mismos no se puede derivar certeza sobre el acaecimiento y las condiciones de tiempo, modo y lugar de los sucesos allí reseñados. (...) los informes de prensa sólo pueden probar el hecho de haber publicado una información, más no generan certeza de su contenido, tampoco puede llegar a tenérseles como indicio de los hechos, porque ello implicaría necesariamente que se tenga un hecho como probado y como ya se dijo, estos no tienen ese alcance. Ahora bien, la necesidad de la existencia de un hecho probado, riñe con el carácter contingente que se le quiere agregar en esta oportunidad, es decir, que puede suceder o no suceder (...) Así las cosas, se observa que si a los informes de prensa se le da el valor de indicio contingente, es decir que puede suceder o no, tampoco podrían ser valorados toda vez que ni siquiera se encuentra probado con certeza, de un lado, el hecho y del otro su ocurrencia.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la valoración probatoria de las publicaciones en periódicos ver los fallos: 15 de junio de 2000, exp. 13338; 17 de junio de 2004, exp. 15450 y 1º de marzo de 2006, exp. 16587 y 10 de junio de 2009, exp. 18108.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

## **SUBSECCION C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 68001-23-15-000-1995-11029-01(21196)**

**Actor: MARIA CONSUELO DURAN GOMEZ Y OTROS**

**Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)**

Con el acostumbrado respeto por la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien, comparto la decisión adoptada el 18 de enero de 2012, me aparto de algunos temas y consideraciones de la parte motiva.

### **1. Contenido y alcance de la decisión materia de aclaración de voto**

En relación con la falla del servicio como título jurídico de imputación, el principio de proporcionalidad para la tasación de los perjuicios morales y el valor probatorio de las noticias de prensa, aclaró mi voto frente a la posición mayoritaria. En lo que concierne al primer tópico se puntualizó:

“Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla del servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho (folio 34 de la providencia).

De otro lado, lo que concierne a la reparación del perjuicio moral se argumentó en el sentido que éste se determinaría de conformidad con el principio de proporcionalidad y, por lo tanto, se expuso una metodología para establecer el *quantum* indemnizatorio de acuerdo con un sistema escalonado que se presenta a través de cuadros, con empleo del modelo cartesiano, y que tiene en cuenta los siguientes escenarios o hipótesis (folios 68 a 72):

1) Si sólo se cumple con el requisito de idoneidad, habrá lugar a verificar si el peticionario es un familiar inmediato o el cónyuge del occiso o del lesionado, o si es un pariente “derivado” como lo denomina la sentencia para, luego, verificar las siguientes variables: i) si existía convivencia, ii) si no existía convivencia pero sí relación de cercanía o iii) sin convivencia y sin relación de cercanía (simple presunción del registro civil).

Bajo este escenario la indemnización máxima podría llegar hasta 25 SMMLV, si se trata de un familiar inmediato o cónyuge con convivencia, mientras que la mínima sería de 10 SMMLV si quien reclama es un familiar derivado sin convivencia y sin relación de cercanía, quien sólo allegó su registro civil que demuestra el parentesco.

2) Si concurren los requisitos de idoneidad y necesidad, la liquidación se haría con fundamento en las mismas variables pero, en este supuesto, la reparación podría llegar hasta 50 SMMLV para los familiares inmediatos o el cónyuge cuando exista convivencia, y el mínimo, al igual que en el escenario anterior sería de 25 SMMLV.

3) Si se validaran los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, la indemnización podría llegar hasta 100 SMMLV cuando el daño lo padece un familiar directo o el cónyuge, siempre que demuestre convivencia con el lesionado o el occiso, y el monto mínimo sería de 50 SMMLV si sólo se acredita parentesco derivado con la víctima.

Respecto de la valoración probatoria que la sentencia hace frente a los informes de prensa, determina que los tomara como indicio contingente, en los siguientes términos:

“Sin duda, era necesario dilucidar qué valor probatorio le otorgó la Sala a las informaciones de prensa allegadas al proceso, ya que el principal problema para su valoración es la necesidad de cuestionar la veracidad que pueda ofrecer de la ocurrencia de los hechos. Más aún cuando el elemento determinante radica en una “denuncia pública” que la organización sindical (sic) y que llevó a los medios de comunicación, no por restarle entidad de verdad, sino por considerar racionalmente su valor probatorio como prueba de una realidad de la que el juez no puede ausentarse, ni puede obviar en atención a reglas procesales excesivamente rígidas. **Tanto es así, que la Sala debió ratificar la calidad de indicio contingente que ofrecían los recortes e informaciones de prensa,** para que así sea valorado racional, ponderada y conjuntamente dentro del acervo probatorio.” (folio 11 de la providencia - se resalta).

## **2. Razones y fundamentos de la aclaración**

Discrepo de manera muy respetuosa, desde luego, de las afirmaciones y de la lógica transcritas, con fundamento en las siguientes consideraciones:

### **2.1. Título jurídico de imputación del daño**

Pareciera que la posición mayoritaria se orienta a definir todos los casos de responsabilidad extracontractual del Estado, a partir de la verificación o no de la falla del servicio, toda vez que en la parte motiva se señala, como *obiter dictum* y, a mi modo de ver, con desconocimiento de las implicaciones que ello acarrea, que “[e]n concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla del servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos...”.

En otros términos, la Sala evidencia la construcción de una línea de jurisprudencia a partir de la cual, la falla del servicio se erigiría como el único título de imputación, en aras de evitar que la institución de la responsabilidad se convierta en una “herramienta de aseguramiento universal” (página 23).

Me aparto del planteamiento así esbozado, pues estoy convencido que la falla del servicio no puede ser fijada como el título de imputación exclusivo o principal, a través del cual deban definirse todos los litigios o controversias que se sometan a decisión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. *A contrario sensu*, considero que la formulación de otros títulos de imputación (v.gr. los de naturaleza objetiva), ha sido definida en la mayoría de los casos por el legislador, o por la jurisprudencia, en atención a determinados hechos o circunstancias que, por su propia lógica, ameritan que el análisis de la discusión sea examinado sin consideración alguna al elemento subjetivo (culpa o falla) del sujeto de derecho demandado.

No es que el legislador y el juez hayan construido una teoría acerca de los títulos de imputación, de forma caprichosa, sino que tal estructura y contenido, tienen su fundamento en el hecho de que, en ciertas ocasiones, no es posible endilgar responsabilidad bajo un esquema subjetivo, como quiera que desde ciertos supuestos el actuar diligente o cuidadoso de la persona frente a quien se endilga responsabilidad, no es trascendente para efectos de enervar la pretensión resarcitoria.

Desde la perspectiva personal, no pretendo discutir el contenido y alcance que se le ha dado al artículo 90 de la Constitución Política, por parte de esta Corporación, esto es, que la falla del servicio continúa siendo el título de imputación por excelencia y que, de manera excepcional, deben ser definidas las controversias a partir del régimen objetivo; no obstante lo anterior, debo defender la idea según la cual existen eventos, decantados por la jurisprudencia, en los cuales el litigio debe ser definido a través de títulos de naturaleza objetiva, de manera principal, por razones jurídicas o motivos de solidaridad, igualdad y equidad<sup>118</sup>.

En esa línea de pensamiento, estoy de acuerdo con que se declare la ocurrencia de una falla del servicio en aquellos eventos en que, del análisis del proceso, aparezca claro el acaecimiento de la misma y, por consiguiente, haya lugar a declararla, puesto que esta interpretación se acompasa con la aplicación del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho). No obstante lo anterior, discrepo de la hermenéutica plasmada en la providencia, en cuanto pretende restringir la responsabilidad a la constatación de una falla del servicio (escenario subjetivo), lo que supondría un retroceso jurisprudencial de varias décadas, ya que esta Jurisdicción ha avanzado significativamente en el reconocimiento y delimitación de títulos objetivos de responsabilidad estructurados en la noción de riesgo excepcional y del daño especial, este último bajo la égida de que

---

<sup>118</sup> Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corporación puntualizó:

“La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal. Así, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, “los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (art. 28, ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista, para citar algunas disposiciones en el inciso 2o. del artículo 90 de la C. N. Y en el 77 del C.C.A.; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C. N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95 No. 9 y 216 de la C. N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo, por la ley 104 de 1993 o en el decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C. de P. C., 414 del C. de P.P. etc.) la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como éste del no enriquecimiento sin causa. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 1995, exp. 8118, M.P. Juan de Dios Montes.

actuaciones lícitas y legítimas de la administración pueden romper el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

En efecto, los títulos de imputación de carácter objetivo no pretenden fijar una responsabilidad automática o absoluta de la administración pública –a diferencia de un sistema de aseguramiento universal o de fondos de solidaridad– sino de un esquema en el que el fundamento normativo de la reparación integral de la lesión antijurídica no se define única y exclusivamente en comportamientos culposos de la organización estatal.

De allí que, las afirmaciones que se realizan en el fallo desconocen un principio que se trasunta de las construcciones teóricas que se han desarrollado por esta Corporación desde 1947, según el cual, se itera, el Estado puede desencadenar daños antijurídicos con su comportamiento lícito y legítimo, bien porque introduce un riesgo a la sociedad que concreta un daño o porque con su comportamiento adecuado y legal rompe de manera grave el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

En ese orden de ideas, no es aceptable que se asimile la responsabilidad de tipo objetivo con la figura del seguro o el reaseguro, en atención a que el derecho de daños contiene disímiles fundamentos conceptuales y prácticos que diferencian cada escenario.

En consecuencia, restringir la responsabilidad del Estado sólo a aquellos eventos en que se acredite un comportamiento inadecuado, negligente, descuidado o ilegal, implica una significativa limitación a los estándares modernos del derecho de la responsabilidad que avalan la posibilidad de que se irroguen daños en el ejercicio de actividades lícitas.

Como corolario, es preciso que la Subsección o el pleno de la Sección Tercera reflexione sobre el contenido y alcance de los argumentos que defiende la providencia, en tanto se estaría modificando sustancialmente la hermenéutica del artículo 90 de la Constitución Política que ha prohijado la aplicación no sólo de títulos de imputación subjetiva (falla del servicio), sino de igual forma de carácter objetivo como son el riesgo excepcional y el daño especial.

## **2.2. Principio de proporcionalidad en la liquidación del perjuicio moral**

Por último, es preciso advertir que el sistema o la metodología empleada en la sentencia para la liquidación de los perjuicios morales no refleja el criterio mayoritario de esta Subsección y de la Sección Tercera, ni el de la Sala Plena, razón por la cual constituye un *obiter dictum* que quedó contenido en la sentencia mencionada, sin que hubiera obtenido la mayoría para constituirse en un cambio del precedente fijado por la Corporación sobre la materia.

En ese orden de ideas, es preciso advertir que el principio de proporcionalidad que se prohíja en la sentencia –por cierto, no pertinente para el tópico objeto de análisis– no ha alterado o modificado la jurisprudencia de la Sección, motivo por el cual el sistema para fijar el perjuicio moral derivado del daño antijurídico continúa siendo el *arbitrio juris*, debido a que se trata de una afectación que, a diferencia de otros tipos de daños, no permite ser tasada de forma objetiva, pues indiscutiblemente no existe científicamente la forma de establecer el grado de sufrimiento o de dolor que tiene una persona, ya que el padecimiento de cada individuo pertenece a su esfera individual, subjetiva y personal, circunstancia por la que este tipo de aflicciones es de carácter inconmensurable y constituye en el

campo del pensamiento y del conocimiento como comprensión del mundo una dificultad aporética.

En mi criterio, la providencia debió limitarse a reiterar el precedente vinculante de la Sección, contenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646, oportunidad en la que se discurrió de la siguiente forma:

“De conformidad con las normas citadas, resulta claro que cuando se expida una copia del registro civil de nacimiento o un certificado del mismo y en él consten los nombres de los progenitores del inscrito, dicho documento constituirá prueba suficiente para acreditar el parentesco de consanguinidad existente entre éste y aquéllos. En efecto, si tales nombres fueron indicados en el correspondiente folio o certificado, es porque se cumplieron los requisitos ya indicados para que pueda darse fe del nombre de la madre del inscrito, y en cuanto al padre, porque aquél nació dentro de un matrimonio legalmente celebrado o, siendo hijo extramatrimonial, fue reconocido por éste o se declaró judicialmente su paternidad.

“Y no puede el juez exigir pruebas adicionales para establecer el parentesco, so pena de desconocer la solemnidad prevista por la ley, de manera excepcional, para la demostración de los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 105 del Decreto 1260 de 1970.

“(…) Demostradas las relaciones de parentesco cercanas alegadas en la demanda, puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que los actores tenían un nexo afectivo importante con Luis Alfonso Ríos González, que determinó la existencia de lazos de alianza y solidaridad entre ellos, y que, por lo tanto, aquéllos sufrieron un profundo pesar con la muerte de éste; puede inferirse, igualmente, que la persona más afectada fue su madre, dada la naturaleza de la relación que normalmente se establece entre un hijo y su progenitora. Bastarían, entonces, las pruebas del parentesco aportadas al proceso, para que esta Sala considerara demostrado, mediante indicios, el daño moral reclamado por los demandantes. No obstante, al respecto, obran también en el proceso los testimonios de José Leonardo Buitrago Morales y Alexander Marín Salazar, amigos de la familia de la víctima (folios 69 a 75 del cuaderno 2), que demuestran, de manera directa, la existencia y la intensidad del perjuicio sufrido.

**“(…) Por otra parte, no puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño. Su importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser reparatoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria. En efecto, la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia. Se impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad.**

**“No se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquélla y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización.**

**“Ahora bien, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 es de obligatoria observancia para todas las jurisdicciones; así se desprende claramente de su texto...”**

“En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, ha quedado clara su sujeción directa al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que, conforme a lo expresado, hace no sólo innecesario, sino improcedente, el recurso a la analogía, para aplicar el Código Penal vigente, a fin de decidir aspectos relativos a la valoración del daño moral.

“Visto lo anterior, considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. Como ha quedado demostrado, razones de orden jurídico, apoyadas igualmente en fundamentos de orden práctico, justifican, en la actualidad, esta decisión. Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral.

“Lo anterior se expresa sin perjuicio de que, con el fin de garantizar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia en este aspecto, esta Corporación establezca pautas que sirvan de referencia a los juzgadores de inferior jerarquía, cuyos fallos, sin embargo, en cuanto tasan la indemnización del perjuicio aludido, sólo podrán ser revisados por la instancia superior dentro del marco de sus competencias, dada la inexistencia de una norma prevista en ley o reglamento que pueda considerarse de obligatoria aplicación en la materia.

“Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el *quantum* de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales...”<sup>119</sup>

De allí que, la aplicación –a mi modo de ver inadecuada– del principio de proporcionalidad o de ponderación para la fijación del monto o quantum indemnizatorio del perjuicio moral debió ser sometida a consideración de los miembros de la Sala Plena de la Sección Tercera, ya que supone un drástico giro respecto del criterio jurisprudencial transcrito.

De otro lado, estoy convencido que el perjuicio o daño moral a diferencia de lo sostenido en la sentencia no puede ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño moral constituye una lesión a la órbita individual e íntima del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada a establecida a través de un criterio de

---

<sup>119</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables.

Así las cosas, la teoría expuesta en la sentencia yerra al indicar que es pertinente y adecuado el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio moral, por cuanto el objeto y la finalidad del instrumento mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del daño moral, toda vez que su objeto y finalidad está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consonancia de una norma en relación con los mismos. La doctrina autorizada sobre la materia ha puesto de presente la función del principio de proporcionalidad, al precisar:

“El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional. **A este principio se alude sobre todo en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales.** En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera:

“1. Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

“2. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que reviste por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

“3. En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda la intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

“Si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional.

**“Los subprincipios de la proporcionalidad son invocados ordinariamente de forma conjunta y escalonada en los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, el principio de proporcionalidad debe ser considerado como un concepto unitario. Cuando el Tribunal Constitucional lo aplica, indaga si el acto que se controla persigue un propósito constitucionalmente legítimo y si es adecuado para alcanzarlo o por lo menos para promover su obtención.** Posteriormente, el Tribunal verifica si dicho acto adopta la medida más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto. Por último, evalúa si las ventajas que se pretende obtener con la intervención estatal, compensan los sacrificios que se derivan para los titulares de los derechos fundamentales afectados y para la propia sociedad.

**“(…) El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes.** De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. **El significado de esta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes, tal como observaremos a continuación.**”<sup>120</sup> (Se destaca).

De lo transcrito se advierte que el principio de proporcionalidad es un criterio metodológico que permite establecer cuáles son los deberes jurídicos que imponen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su aplicación se realiza a través de los tres subprincipios mencionados -idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido-, el primero de ellos, se relaciona con que la intervención en los derechos fundamentales debe ser “*adecuada*” para conseguir un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, se refiere a que la medida de intervención debe ser la mas “*benigna*” entre todas las que pueden ser aplicadas, y el tercer y último subprincipio, atañe a las ventajas de la intervención en los derechos fundamentales las cuales deben “*compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad*”.

En el subprincipio de proporcionalidad se desarrolla el método de la ponderación<sup>121</sup>, como un tipo de juicio mediante el cual se determina cuál derecho o principio debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales o principios. Esta técnica contiene tres elementos que la estructuran y desarrollan: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación<sup>122</sup>. El primero se explica así: “*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*”<sup>123</sup>. El segundo elemento hace referencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados. Finalmente, el tercer elemento consiste en las cargas argumentativas que los principios tienen “*per se*” y se utilizan si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios enfrentados<sup>124</sup>.

De otro lado, la jurisprudencia constitucional vernácula ha empleado el principio de proporcionalidad, principalmente, para definir la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en la órbita de derechos fundamentales o para definir cuándo existe una vulneración al principio de igualdad.

En efecto, sobre el particular la Corte Constitucional ha señalado:

---

<sup>120</sup> BERNAL Pulido, Carlos “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 37 a 39 y 77.

<sup>121</sup> La ponderación es el “procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colisión. En la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto” *Ibíd.*, pág. 575.

<sup>122</sup> Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 99.

<sup>123</sup> Cita de Robert Alexy dentro del texto de Carlos Bernal Pulido. *Ibíd.* pág. 99.

<sup>124</sup> *Ibíd.*, p. 101 a 103.

“Cabe recordar que en relación con el concepto de proporcionalidad a que hace referencia la jurisprudencia citada, la Corporación ha precisado que para que un trato desigual guarde armonía con el artículo 13 constitucional debe demostrarse que la norma analizada es (1) adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesaria, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionada en sentido estricto, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. De esta forma el principio de proporcionalidad busca que la medida sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.

“Así mismo y sin que con ello la Corte renuncie a sus responsabilidades o permita la supervivencia en el ordenamiento de regulaciones inconstitucionales, ha buscado racionalizar el examen constitucional a fin de respetar la potestad de configuración de los órganos políticos, modulando la intensidad del juicio de proporcionalidad. En este sentido ha concluido que en aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia potestad de apreciación y configuración el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege. Por el contrario, en aquellos asuntos en que la Carta limita la discrecionalidad del Congreso, la intervención y control del juez constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por la Constitución. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto la Carta así lo exige.”<sup>125</sup>

Como se aprecia, el principio de proporcionalidad sirve para solucionar colisiones nomoárquicas o de derechos fundamentales, como quiera que la pugna entre preceptos jurídicos se soluciona a través de los métodos hermenéuticos tradicionales, específicamente con la validez y la concreción de la norma para el caso concreto, tales como que la disposición posterior prevalece sobre la anterior, la especial sobre la general, etc.

Ahora bien, como desde la teoría jurídica y la filosofía del derecho, los principios y los derechos fundamentales tienen igual jerarquía constitucional, no es posible que uno derogue o afecte la validez del otro, motivo por el que es preciso acudir a instrumentos como la ponderación o la proporcionalidad para determinar cuál tiene un mayor peso y, por lo tanto, cuál debe ceder frente al otro en casos de tensión o en hipótesis de intervenciones o limitaciones contenidas en las leyes.

La anterior circunstancia fue puesta de presente por el profesor Robert Alexy, en los siguientes términos:

“Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distintas. Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido– uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado no que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro... Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como sólo

---

<sup>125</sup> Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

pueden entrar en colisión principios válidos— tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.”<sup>126</sup>

En ese orden de ideas, el manejo del principio de proporcionalidad que se refleja en la sentencia es inadecuado, ya que no está orientado a solucionar una tensión o colisión de principios o de derechos fundamentales, y mucho menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador.

Por el contrario, el manejo que se le da en esta ocasión a la ponderación es la de cubrir con un velo de “aparente” o “presunta” objetividad la determinación de criterios de valoración de un daño que ya eran aplicados por el operador judicial bajo la égida del *arbitrio juris*.

Así las cosas, la supuesta aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación del daño moral parte de un equivocado argumento que consiste en equiparar el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad.

Nada más alejado de la realidad, puesto que el *arbitrio juris* ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico.

Sobre el particular, resulta ilustrativo el razonamiento contenido en la sentencia del 17 de noviembre de 1967, oportunidad en la que se indicó:

“El espíritu de la geometría no se puede llevar al derecho.

“Casos como el que se estudia son los que más alcanzan a relieves que un prurito de exactitud numérica puede resultar lo más reñido con la justicia. Suele ocurrir que los rigorismos pseudo-jurídicos conduzcan a las más flagrantes violaciones de la equidad, y a que se desconozca el derecho por pretender trabajar con el espíritu propio de las ciencias exactas en un campo donde no existen ni fórmulas algebraicas, ni instrumento de precisión, ni máquinas que proporcionen la imagen fiel de las verdades jurídicas. Es lo que expresa el antiguo adagio al decir que exagerar el derecho es producir injusticia, y lo que significa hoy al afirmar que con el espíritu de la geometría no puede trabajar el que administra justicia.

“Con lo que se trabaja es con las leyes, en su espíritu y letra, y con una obligatoria jurisprudencia que justifica su oficio, y que al aplicar aquellas obtiene que se produzca la porción de verdad legal que se solicita en los tribunales. El objeto del procedimiento es la objetividad del derecho, dice una norma casi perdida en la maraña de nuestra ordenación positiva. Ella quiere decir que no es permitido al juez alterar los conceptos de fin y medio; y que no siendo dable utilizar para la administración de justicia fórmulas matemáticas, puede y debe en la estimación de algo tan cambiante y variable como son los casos humanos *sub specie juris*, poner al servicio del derecho el procedimiento, cosa que puede hacer sin arbitrariedad, sin quebrantamiento de preceptos, sin daño de nadie, y sin contorsiones, ni distorsiones jurisprudenciales.”<sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> ALEXY, Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 89.

<sup>127</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 414.

En similar sentido, se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 17 de junio de 1938, en la que se discurrió así: “La ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios, de donde se infiere que en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho, y admitir que el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática.”

Al respecto, es importante la distinción efectuada por Alejandro Nieto, entre arbitrio y arbitrariedad, según la cual, en los esquemas sociales y jurídicos modernos, no es posible privar al juez de potestades de arbitrio judicial; lo importante es saber trazar la línea divisoria a partir de la que aquella potestad legítima de los funcionarios judiciales, se transforma en arbitrariedad, momento en el que las decisiones se tornan, claramente ilegítimas y, por consiguiente, en vías de hecho. Sobre el particular, el autor señala:

“El arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien - como es lo más frecuente- combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación –la ley y el caso- utilizando al efecto primero la técnica de interpretación de la norma y luego su adaptación al caso concreto... El arbitrio es el factor humano que el juez añade a los datos aportados por el ordenamiento jurídico. El arbitrio es fruto del árbol de la prudencia, madurado al sol de la justicia (del sentimiento de justicia) con el transcurso de la experiencia. El arbitrio hace que la sentencia sea una obra humana y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanicista. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfía hasta el punto que se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despeña inevitablemente en la arbitrariedad.”<sup>128</sup>

Por consiguiente, desde mi perspectiva, lejos de que en el fallo se haya aplicado un criterio objetivo de liquidación del perjuicio moral, se devela bajo el epígrafe del principio de proporcionalidad una concreción del arbitrio judicial, ya que los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a diferencia de lo sostenido en la sentencia no aportan elementos nuevos a la controversia de cuál debe ser la metodología para liquidar la afectación a bienes o intereses jurídicos inconmensurables.

El criterio que se defiende y prohíja en esta aclaración de voto es el mismo que ha trazado la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, y que reafirmó de manera reciente en pronunciamiento que por su importancia se transcribe, *in extenso*<sup>129</sup>:

“2. El daño moral, configura una típica especie de daño no patrimonial consistente en quebranto de la interioridad subjetiva de la persona y, estricto sensu, de sus sentimientos y afectos, proyectándose en bienes de inmesurable valor, insustituibles e inherentes a la órbita más íntima del sujeto por virtud de su detrimento directo, ya por la afectación de otros bienes, derechos o intereses sean de contenido patrimonial o extrapatrimonial.

“El ordenamiento jurídico en cuanto base estructural indisociable de un orden justo, la paz, la justicia y la armónica convivencia en la vida de relación, encuentra por centro motriz al sujeto de derecho, sea físico, ora jurídico, dotado de personificación normativa, derechos e intereses, libertades, garantías, y deberes.

---

<sup>128</sup> NIETO, Alejandro “El arbitrio judicial”, Ed. Ariel, 2001, Pág. 219.

<sup>129</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 18 de septiembre de 2009, exp. 2005-00406, M.P. William Namén Vargas.

“El sujeto *iuris*, es *summa* de valores disímiles dignos de reconocimiento y tutela, cuya lesión entraña la responsabilidad de quien lo causa, o sea, el deber legal de repararlo.

“De acuerdo con una opinión jurisprudencial bastante difundida, el daño podrá recaer sobre bienes susceptibles *per se* de evaluación pecuniaria inmediata u objetiva o respecto de “intereses que según la conciencia social no son susceptibles de valorización económica” (C. M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 5, *La responsabilità* (1994), reimpression, Milán, Giuffrè, 1999, p. 166), esto es, afectar valores vitales, consustanciales, immanentes e intrínsecos del sujeto, inherentes a su personalidad y esfera afectiva, ora extrínsecos y externos al mismo, es decir, ostentar naturaleza material (**Dommages matériels**), ora inmaterial (**Dommages immatériels**), bien patrimonial (*Vermögensschaden*), ya extrapatrimonial (*nicht Vermögensschaden*).

“(…) El aspecto de mayor relevancia para identificar la especie del daño, por consiguiente, atañe a la proyección de los efectos adversos de la lesión más que a la naturaleza jurídica del interés directamente quebrantado, o sea, el espectro en el cual repercute el hecho, *ad exemplum*, cuando atañen a la vida de relación, la integridad sicosomática, los bienes de la personalidad -*verbi gratia*, integridad física o mental, libertad, nombre, dignidad, intimidad, honor, imagen, reputación, fama, etc.-, o a la esfera sentimental y afectiva, ostenta naturaleza no patrimonial.

“3. El daño moral, en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, “*que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo*” (cas.civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo “de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso” (Renato Scognamiglio, voz *Danno morale*, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, Turín, Utet, 1960, p. 147; ID., *Il danno morale*, Milano, 1966; *El daño moral-Contribución a la teoría del daño extracontractual*, trad. esp. Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Antares, Bogotá, 1962, pp.14 ss.), o sea, son daños pertenecientes al ámbito de los padecimientos del ánimo, las sensaciones, sentimientos, sensibilidad, aptitud de sufrimiento de la persona y por completo distintos de las otras especies de daño.

“En efecto, el daño moral, aún en la hipótesis de provenir de la lesión concurrente de otros intereses, por ejemplo, los derechos de la personalidad, la salud e integridad, es una entidad separada e independiente, cuyo resarcimiento es diferente, al tratarse recta y exclusivamente, del detrimento experimentado por el sujeto en su espectro interior, afectivo y sentimental, sin comprender su órbita exterior, proyecto, calidad de vida, actividad o desarrollo vivencial.

“En sentido análogo, su reparación es singular e individual y no se contiene en la de otros daños, respecto de los cuales se distingue por su especificidad al recaer únicamente en los sentimientos y afectos, a consecuencia del quebranto de derechos, intereses o valores de naturaleza, ya patrimonial, bien no patrimonial, con los cuales no se confunde.

“Un problema distinto se plantea a propósito de la reparación del daño no patrimonial, y en particular del moral.

**“La cuestión es que la lesión inferida a la interioridad del sujeto, es inasible e inconmesurable, concierne a las condiciones singulares de la persona, a su sensibilidad, sensaciones, sentimientos, capacidad de sufrimiento y no admite medición exacta e inflexible, desde luego que el sujeto experimenta un menoscabo no retroaible y el dolor deviene irreversible, cuya existencia se considera en ciertas hipótesis señaladas por la jurisprudencia *in re ipsa* y cuya valoración se efectúa *ex post* sin permitir la absoluta reconstrucción del *status quo ante*.”**

“4. Las anotadas características relevantes del daño moral, evidencian la complejidad y delicadeza de su reparación.

“Por ello, la Corte, partiendo del legítimo derecho a la reparación del daño moral causado, ante las vicisitudes que su apreciación económica apareja, al “*no referirse al daño pecuniario en la hacienda y patrimonio del damnificado*” (XXXI, p. 83) y tratarse de valores “... *económicamente inasibles* ...” (CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143, CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143), en cuanto “*esta especie de daño se ubica en lo más íntimo del ser humano, por ende, como medida de relativa satisfacción, que no de compensación económica, desde luego que los sentimientos personalísimos son inconmensurables y jamás pueden ser íntegramente resarcidos, es dable establecer su quantum a través del llamado arbitrium iudicis*”, “*tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. “Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada ...’ (G. J. Tomo LX, pág. 290)”.* (sentencia del 10 de marzo de 1994)” (cas.civ. sentencias de mayo 5 de 1999, exp. 4978; 25 de noviembre de 1999, exp. 3382; diciembre 13 de 2002, exp. 7692; 15 de octubre de 2004, S-165-2004, exp. 6199).

**“5. Superadas algunas corrientes adversas y, admitida por esta Corte la reparación del daño moral sin más restricciones para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad (*ex bono et aequo*) conforme al marco concreto de circunstancias fácticas (cas.civ. sentencias de 21 de julio de 1922, XXIX, 220; 22 de agosto de 1924, XXXI, 83), a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 1974, es su criterio inalterado, la inaplicabilidad de las normas penales para su tasación, remitiéndose al *arbitrium iudicis*, naturalmente, ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables y el *quantum debeat* se remite a la valoración del juez.**

“(...) En el empeño de encarar directamente el asunto, la Sala precisa que, para la valoración del *quantum* del daño moral en materia civil, estima apropiada la

determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador.

“Por consiguiente, la Corte itera que la reparación del daño causado y todo el daño causado, cualquiera sea su naturaleza, patrimonial o no patrimonial, es un derecho legítimo de la víctima y en asuntos civiles, **la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción.**

“Por lo anterior, consultando la función de **monofilaquia**, hermenéutica y unificadora del ordenamiento que caracteriza a la jurisprudencia, la Sala periódicamente ha señalado al efecto unas sumas orientadoras del juzgador, no a título de imposición sino de referentes (cas.civ. sentencia de 28 de febrero de 1990, G.J. No. 2439, pp. 79 ss; así en sentencia sustitutiva de 20 de enero de 2009, exp. 170013103005 1993 00215 01, reconoció por daño moral, cuarenta millones de pesos).

**“Para concluir, en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse *in casu* con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado *arbitrio iudicis*, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador.**

“6. Por todo cuanto se ha dicho, no siendo aplicables las normas del Código Penal ni la jurisprudencia invocada para la reparación del daño moral en asuntos civiles, no prospera el cargo.”

En esa perspectiva, la única forma que hasta el momento ha encontrado la doctrina y la jurisprudencia para resarcir –vía compensación– el daño moral es a través de los principios del *arbitrio juris* y la equidad, razón por la cual la aplicación de un criterio de proporcionalidad o ponderación, lejos está de introducir elementos objetivos que permitan identificar parámetros indemnizatorios con fundamento en el dolor o la aflicción padecida.

Lo anterior se evidencia de forma palmaria en la sentencia, pues al margen de la carga argumentativa que defiende la pertinencia del principio de proporcionalidad, lo cierto es que cuando se liquida para el caso concreto el daño moral no se tienen en cuenta ni la idoneidad, ni la necesidad, así como tampoco el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en tanto, se itera, no existen dos o más elementos que ponderar. De ese modo, se retorna al arbitrio judicial de manera inexorable, al margen de que se defienda la relevancia del principio de proporcionalidad.

Ahora bien, por la vía de aplicación de manera incorrecta del principio de proporcionalidad para la liquidación del daño moral, se pueden llegar a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la convivencia, toda vez que si bien la misma es un hecho objetivo y apreciable empíricamente, lo cierto es que aquélla no puede constituir –a

diferencia de lo sostenido por el proyecto—un criterio o variable para la cuantificación del perjuicio moral.

A modo de ejemplo, baste indicar que es perfectamente posible que exista una familia que, por circunstancias laborales o personales de sus miembros, éstos convivan en distintas zonas de una misma ciudad, o de un mismo país o incluso en el extranjero, sin que esto altere el fuerte y cercano vínculo afectivo y sentimental que existe entre ellos, esto es, la distancia geográfica no significa desamor o falta de afecto<sup>130</sup>.

A partir del ejemplo anterior, extraído de la experiencia, y con aplicación irrestricta del llamado test de proporcionalidad que se defiende en la sentencia, se concluiría que al margen de la muerte de uno de los integrantes de ese núcleo familiar, habría que reducir la indemnización por el daño moral porque la convivencia es factor determinante en la liquidación del mismo<sup>131</sup>.

Si se profundiza en el ejercicio hermenéutico, habría que concluir que si el daño antijurídico proviene de la muerte de un hijo cuyos padres residen en otro país, sin importar el profundo y real afecto existente entre ellos, habría que reducirles la indemnización frente a los padres de otra víctima que aunque convivía con éstos era objeto de maltrato de parte de los mismos, puesto que en este último supuesto tendrían derecho a una mayor indemnización en virtud de la idoneidad y la variable convivencia que impacta significativamente la reparación según los cuadros y la argumentación contenida en la sentencia.

De allí que resulte oportuno formularse los siguientes interrogantes: ¿por qué según el supuesto principio de proporcionalidad o ponderación aplicado en la sentencia, hay lugar a indemnizar en mayor grado los eventos en que se predica convivencia respecto de los que no la hay? ¿Esto no introduce un parámetro injusto de diferenciación?

Entonces, la distinción introducida sí que afecta un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual la providencia de la referencia —ella sí mas no la cuantificación del perjuicio moral— podría ser pasible de un análisis de proporcionalidad en una eventual vía de hecho, en caso de que por cuenta de la aplicación del criterio jurisprudencial mencionado se resquebraje la mencionada garantía esencial<sup>132</sup>.

El *arbitrio iuris* siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda

---

<sup>130</sup> Al respecto, la Sala en otrora oportunidad indicó: “C. Se confirmará el reconocimiento que hizo el Tribunal en favor del padre, por perjuicios morales, pues la distancia geográfica no necesariamente significa desamor o falta de afecto. No existe prueba que destruya la presunción del dolor moral que causa en el padre la muerte de su hijo.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de octubre de 1991, exp. 6451, M.P. Juan de Dios Montes.

<sup>131</sup> “Porque en la Constitución de 1991, más claramente que en el Código Civil, la familia no es un producto necesariamente surgido de manifestaciones afectivas. Es un producto y es una institución en donde está clara una visión de solidaridad entre seres humanos y una visión de solidaridad que adquiere todo su sentido, sobre todo frente a los niños, porque los niños tienen el derecho fundamental y prevalente a tener una familia. Tienen ese derecho fundamental y prevalente por encima de las coyunturas en los afectos de sus padres... Aquí viene a ponerse de presente, como la concepción de familia de la Constitución de 1991, es una concepción solidarista - no individualista-. No depende del íntimo querer del marido y mujer o, de hombre y mujer. Depende de lo que exija esa realidad social de la familia. Los conflictos son importantes, muestran desacuerdos, malformaciones, a veces hasta patologías, pero no son los límites a la existencia de esa unidad familiar.” ANGARITA Barón, Ciro “La familia en la nueva Constitución”, Talleres Macroregionales sobre Conciliación - Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

<sup>132</sup> “Buscando las cosas inciertas, perdemos las ciertas.” Plauto.

un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley<sup>133</sup>.

### 2.3. Valor probatorio de los informes de prensa

En cuanto a las informaciones difundidas en medios escritos, verbales, o televisivos, la Sala en forma sistemática ha señalado que, en términos probatorios, no dan fe de la ocurrencia de los hechos en ellos contenidos, sino simplemente, de la existencia de la noticia o de la información; por consiguiente, no es posible dar fuerza de convicción alguna a dichos documentos, en cuanto se relacionan con la configuración del daño antijurídico y su imputación a la organización pública, en tanto que a partir de los mismos no se puede derivar certeza sobre el acaecimiento y las condiciones de tiempo, modo y lugar de los sucesos allí reseñados.

Lo anterior fue precisado por esta Sección, en los siguientes términos:

“Sin embargo, los reportes periodísticos allegados al expediente carecen por completo de valor probatorio, toda vez que se desconoce su autor y su contenido no ha sido ratificado y, adicionalmente, por tratarse de las informaciones publicadas en diarios no pueden ser consideradas dentro de un proceso como una prueba testimonial, como que adolecen de las ritualidades propias de este medio de prueba: no fueron rendidas ante funcionario judicial, ni bajo la solemnidad del juramento, ni se dio la razón de su dicho (art. 227 C.P.C.). Estos recortes de prensa tan sólo constituyen evidencia de la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido, por lo que no ostentan valor probatorio eficaz merced a que se limitan a dar cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial. De modo que el relato de los hechos no resulta probado a través de las publicaciones periodísticas a que se alude en la demanda, habida consideración que no configura medio probatorio alguno de lo debatido en el proceso, pues tan sólo constituyen la versión de quien escribe, que a su vez la recibió de otro desconocido para el proceso.”<sup>134</sup>

Es decir, los informes de prensa sólo pueden probar el hecho de haber publicado una información, más no generan certeza de su contenido, tampoco puede llegar a tenerseles como indicio de los hechos, porque ello implicaría necesariamente que se tenga un hecho como probado y como ya se dijo, estos no tienen ese alcance.

---

<sup>133</sup> “Es el momento de poner punto final. No quiero hacerlo, sin embargo, sin proclamar muy alto y muy claro mi radicar desacuerdo con esa idea que puso en circulación K.C. Davis y que se repite desde entonces con injustificado entusiasmo de que el Derecho termina donde comienza la discrecionalidad. Esa idea pudo ser cierta mientras estuvo vigente el paradigma del Estado legal de Derecho; hoy, en cambio, es inaceptable. El cambio de paradigma, el paso del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de derecho, ha cambiado radicalmente las cosas. Las reglas, que en cuanto razones perentorias para la acción hacen innecesario el razonamiento porque ellas mismas han resuelto de antemano el conflicto de intereses que plantea el supuesto de hecho que regulan, han cedido su anterior protagonismo a los principios, cuya aplicación reclama inexcusablemente un esfuerzo de ponderación y, por lo tanto, de argumentación racional para encontrar una solución del caso que ya no viene dada de antemano y que, por lo tanto, sólo puede sostenerse sobre la base de razones, de las razones que se revelen más fuertes en su inevitable confrontación con las que se les opongan en el concreto escenario procesal en el que el conflicto se plantee.” FERNÁNDEZ, Tomás - Ramón “Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial”, Ed. Iustel, Madrid, 2005, pág. 131 y 132.

<sup>134</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1º de marzo de 2006, exp. 16587. Al respecto ver igualmente: sentencia de 17 de junio de 2004, exp. 15.450.

Ahora bien, la necesidad de la existencia de un hecho probado, riñe con el carácter contingente que se le quiere agregar en esta oportunidad, es decir, que puede suceder o no suceder<sup>135</sup>, en este aspecto resulta pertinente lo afirmado por la doctrina:

“Bien se observa entonces que **el hecho conocido**, o asea aquel a partir del cual se va a realizar la inferencia, **debe estar cabalmente** probado dentro del proceso por cualquier medio de prueba admisible, requisito central para que a partir del mismo pueda el juez arribar al hecho desconocido, de manera tal que **no sería atendible la prueba indiciaria si el hecho indicador se establece sobre la base de conjeturas** y no de estar demostrado, de donde surge la necesidad de que el juez, al realizar el análisis crítico, haga, en primer término, expresa referencia a las pruebas que acreditan y le lleven certeza acerca del hecho conocido del cual parte su inferencia.”<sup>136</sup>

Así las cosas, se observa que si a los informes de prensa se le da el valor de indicio contingente, es decir que puede suceder o no, tampoco podrían ser valorados toda vez que ni siquiera se encuentra probado con certeza, de un lado, el hecho y del otro su ocurrencia.

De otra parte, es de resaltar que esta providencia se contradice con la sentencia proferida en el proceso No. 76001-23-31-000-1997-01063-01 (18229) proferida en la misma fecha, en la que expresamente se indicó:

“Asimismo, carecen de eficacia probatoria los recortes de periódico que se aportaron con la demanda (fl. 4 c1), los cuales solo tienen valor probatorio para efectos de considerar que esa fue la noticia que se publicó, pero en manera alguna permiten acreditar la ocurrencia de los hechos que allí se exponen<sup>137</sup>”.

En los anteriores términos dejo planteada mi posición.

Atentamente,

---

<sup>135</sup> Según la definición del diccionario de la real academia de la lengua española.

<sup>136</sup> LÓPEZ BLANCO, Hernan Fabio, *Procedimiento Civil Tomo III*, Bogotá: Dupre Editores, 2008, p. 313.

<sup>137</sup> “En relación con el valor probatorio de las publicaciones en periódicos la Sala, en sentencia de 10 de junio de 2009, exp. 18.108. M.P. Ruth Stella Correa Palacio expuso el siguiente criterio: Y, de otra parte, unos periódicos que según la parte demandante corresponden a publicaciones realizadas en los periódicos El Tiempo y El Nuevo Día, respectivamente, con los cuales pretendió demostrar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que ocurrió el accidente y la responsabilidad de la entidad demandada. No obstante, esos documentos carecen por completo de valor probatorio, porque se desconoce su autor y su contenido no ha sido ratificado y, adicionalmente, por tratarse de las informaciones publicadas en diarios no pueden ser considerada dentro de un proceso como una prueba testimonial<sup>137</sup>, dado que carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio probatorio, en particular porque no fueron suministradas ante un funcionario judicial, no fueron rendidas bajo la solemnidad del juramento, ni el comunicador dio cuenta de su dicho (art. 227 C.P.C.), y por el contrario, éste tenía el derecho a reservarse sus fuentes. Estos artículos pueden ser apreciados como prueba documental y por lo tanto, dan certeza de la existencia de las informaciones, pero no de la veracidad de su contenido. Debe recordarse que el documento declarativo difiere de la prueba testimonial documentada. Por lo tanto, si bien el documento puede contener una declaración de tercero, el contenido del mismo no puede ser apreciado como un testimonio, es decir, la prueba documental en este caso da cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial.” Sobre el valor probatorio de los artículos de prensa, ver sentencia de 15 de junio de 2000, exp. 13.338.”

**ENRIQUE GIL BOTERO**

*Fecha ut supra*

#### **ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

**CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA - Eximente de responsabilidad aplicable para el caso. Víctima conocía las amenazas que pesaban en su contra / CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA - Concurrencia de conductas. Comportamiento imprudente de la víctima fue decisivo y determinante en la producción del daño pero no exclusivo**

Dice la sentencia, que dada la posición *intuitio personae* de la víctima, la situación de peligro o riesgo a la que se encontraba expuesta, y la ausencia de fuerza pública en la zona donde realizaba su carrera política, su secuestro y posterior homicidio a manos de grupos armados organizados al margen de la ley, permiten, indiciariamente, concretar *“los elementos necesarios para establecer la omisión en la protección de la seguridad personal debida, adecuada y necesaria del político Mustafá Barbosa”*. Y si bien dicha posición encuentra argumentos válidos que la sustenten, considero que los mismos podrían también esgrimirse para declarar la culpa exclusiva y determinante de la víctima como causal eximente de responsabilidad, pues el señor Barbosa conocía las amenazas que pesaban sobre su vida, y a pesar de la palmaria situación de orden público en el sector donde desarrollaba su campaña política, no sólo continuó imprudentemente con su cronograma de trabajo sino que de manera negligente, omitió informar a las autoridades públicas sobre su presencia en la zona, sus intenciones de desplazamiento y su situación de riesgo extraordinario, descuido que determinó el desenlace final (...) considera quien ahora aclara el voto, que en el caso sub-lite, dado que el comportamiento imprudente de la víctima fue decisivo y determinante en la producción del daño pero no exclusivo (pues la Nación resultó también responsable del desenlace final por omisión de su deber de protección), existe concurrencia de culpas y en consecuencia, debió disminuirse la condena en por lo menos, un cincuenta por ciento.

#### **PERJUICIOS MORALES - TEST DE PROPORCIONALIDAD - Inaplicabilidad en la determinación de perjuicios morales**

A partir del año 2001, se dispuso una tasación en salarios mínimos legales mensuales vigentes como forma de liquidar los perjuicios morales por considerar que lo establecido en el Código Penal no es aplicable a la jurisdicción contenciosa administrativa. Así, las cosas, la Jurisprudencia tiene decantado, que el daño moral resarcible es aquél cierto, personal y antijurídico, y su tasación depende entonces, de su intensidad, la cual deberá estar probada en cada caso y liquidados en salarios mínimos (...) este Despacho se aparta del análisis realizado en la sentencia aclarada, a propósito del test de proporcionalidad que permite tasar los perjuicios a ser reconocidos a título de perjuicios morales a través de una tabla que impone valores preestablecidos, por cuanto al tratarse de un daño netamente subjetivo, son las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, y el estudio de los efectos que el daño causó en quienes acuden a la jurisdicción para que les sean reconocidos los perjuicios sufridos, los que sirven de fundamento a la tasación (...) Así las cosas, es en este escenario, en el que interviene la función del juzgador, quien en su discrecionalidad judicial,

deberá hacer una valoración integral del acervo probatorio con el fin de establecer la medida compensatoria que considere más apropiada para aliviar el dolor sufrido por quienes ponen en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto se puede consultar los fallos: 9 de junio de 2010, exp. 17605; 13 de agosto de 2008, exp. 17042 y 15 de octubre de 2008, exp. 18586.

**MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Su formulación y determinación es facultad del juez**

La selección, formulación y diseño de dichas medidas, se impone al juez prudencia suma por cuanto su uso indebido, indiscriminado o improvisado, puede generar el efecto contrario al pretendido. Así, cada medida debe ser escogida después de una concienzuda reflexión, identificando claramente el objetivo específico que se quiere lograr; la pertinencia de la medida teniendo en cuenta el contexto histórico en el que sucedieron los hechos y las circunstancias propias del momento en el que se dicta la sentencia; la congruencia de las medidas con las pretensiones de la demanda y los hechos que resultan probados en el expediente; la magnitud de los efectos del daño que se pretende resarcir; las facultades del juez para ordenar cierto tipo de acciones; e incluso, la redacción misma de la medida ordenada. Lo anterior, se insiste, para que el efecto que se pretende con su adopción ni se suprima, ni se relativice.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 68001-23-15-000-1995-11029-01(21196)**

**Actor: MARIA CONSUELO DURAN GOMEZ Y OTROS**

**Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)**

Con la debida consideración y respeto por las decisiones de la Sala, procedo a aclarar el voto con relación al contenido de la sentencia de la referencia. En efecto, si bien compartimos la parte resolutive de la misma, no estamos de acuerdo con tres aspectos fundamentales de la sentencia, así:

**1. Presupuestos para la imputación de responsabilidad**

Dice la sentencia, que dada la posición *intuitu personae* de la víctima, la situación de peligro o riesgo a la que se encontraba expuesta, y la ausencia de fuerza pública en la zona donde realizaba su carrera política, su secuestro y posterior homicidio a manos de grupos armados organizados al margen de la ley, permiten, indiciariamente, concretar *“los elementos necesarios para establecer la omisión en la protección de la seguridad personal debida, adecuada y necesaria del político Mustafá Barbosa”*.

Y si bien dicha posición encuentra argumentos válidos que la sustenten, considero que los mismos podrían también esgrimirse para declarar la culpa exclusiva y determinante de la víctima como causal eximente de responsabilidad, pues el señor Barbosa conocía las amenazas que pesaban sobre su vida, y a pesar de la palmaria situación de orden público en el sector donde desarrollaba su campaña política, no sólo continuó imprudentemente con su cronograma de trabajo sino que de manera negligente, omitió informar a las autoridades públicas sobre su presencia en la zona, sus intenciones de desplazamiento y su situación de riesgo extraordinario, descuido que determinó el desenlace final.

Al respecto, esta Sección ha reiterado que *“para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima”*<sup>138</sup>.

En efecto, dado que la participación de la víctima en la realización del hecho dañoso puede ser inexistente, parcial o total, se impone al juez analizar, en cada caso, dicho nivel de participación con el objetivo de imputar el daño atendiendo la existencia de una causa única, o de concurrencia de causas en la materialización del daño.

En dicho análisis, el juez debe tener en cuenta que, *“es claro que el hecho de la víctima a efectos de que sea valorado como causal eximente de responsabilidad no necesariamente debe revestir, en relación con el demandado, las condiciones de irresistibilidad e imprevisibilidad de la fuerza mayor, como quiera que no existe disposición jurídica que radique en cabeza del tercero a quien se le imputa el daño, la obligación de precaver los hechos de la víctima y, más aún, de evitarlos”*<sup>139</sup>.

Por lo tanto, con el objetivo de acreditar la culpa exclusiva de la víctima en el hecho dañoso, basta la demostración de que su comportamiento fue decisivo, determinante y exclusivo. Así lo ha establecido esta Sección cuando concluye que *“no se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima, que el presunto responsable acredite que la conducta de aquella fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar*

---

<sup>138</sup> Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 9 de junio de 2010; Exp. 17605; M.P. Mauricio Fajardo Gómez

<sup>139</sup> Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042; M.P. Enrique Gil Botero

*una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación*<sup>140</sup>.

Por lo anterior, considera quien ahora aclara el voto, que en el caso *sub-lite*, dado que el comportamiento imprudente de la víctima fue decisivo y determinante en la producción del daño pero no exclusivo (pues la Nación resultó también responsable del desenlace final por omisión de su deber de protección), existe concurrencia de culpas y en consecuencia, debió disminuirse la condena en por lo menos, un cincuenta por ciento.

## **2. Liquidación de perjuicios morales**

Para la tasación de los perjuicios morales, se utiliza el mismo test de proporcionalidad con respecto al cual hemos venido insistiendo, por un lado, su falta de pertinencia por cuanto al tratarse de una herramienta creada por y para la jurisdicción constitucional, no es dable su aplicación directa en la jurisdicción contencioso administrativa, pues ha de mediar un mínimo análisis y estudio sobre los objetivos que se persiguen con su aplicación, los procedimientos que se requieren para que su implementación sea adecuada en la jurisdicción contencioso administrativa, y los resultados esperados con la misma, teniendo en cuenta la jurisprudencia reiterada que al respecto ha pronunciado la Corporación. Por el otro, su inconveniencia en lo que se refiere al contenido y desarrollo de los tres sub principios que el test propone que sean medidos para establecer el valor al que ascendería el perjuicio moral: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto.

En efecto, la sentencia expone:

1. En cuanto a la idoneidad, *“(...) debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego”*.

2. En cuanto a la necesidad, *“(...) la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad”*.

3. Por último, en relación con la proporcionalidad, la sentencia explica que *“(...) con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del*

---

<sup>140</sup> Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 15 de octubre de 2008; Exp. 18586; M.P. Enrique Gil Botero

*dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto”.*

Todo lo anterior, para concluir que cuando del acervo probatorio se encuentran reunidos los tres criterios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), la liquidación ascenderá a 100 SMMLV siempre que se pruebe la convivencia y se trate de familiares inmediatos y cónyuges; 50 SMMLV si no se probó la convivencia pero sí la relación de cercanía, y 25 SMMLV con la simple presunción del Registro Civil. No se comparte dicha conclusión por las siguientes razones:

La existencia del daño moral, aunque reconocida, no siempre fue resarcida. En efecto, debido a consideraciones éticas y jurídicas se creía que el dolor no tenía precio<sup>141</sup> y que la dignidad estaba por encima de cualquier tasación pecuniaria. No obstante, en Colombia, la Corte Suprema de Justicia a través del famoso caso Villaveces<sup>142</sup>, ordenó, por vez primera, el resarcimiento del daño moral sufrido por el actor, quien demandó al municipio de Bogotá para que le fueran reconocidos los perjuicios causados con ocasión de la destrucción del mausoleo en el que se encontraba enterrada su esposa, cuyos restos mortales fueron depositados en una fosa común.

En efecto, se consideró que la reparación del daño moral pretendía reconocer el dolor sufrido (*pretium doloris*), dolor que en ningún caso se aspira pagar, pero sí aligerar, de acuerdo con el valor determinado por dictamen pericial; así las cosas, el dinero cumpliría no sólo la función de equilibrar el patrimonio menoscabado, sino que apostaría también por mitigar el sufrimiento ocasionado<sup>143</sup>.

Gracias al desarrollo progresivo de la jurisprudencia, se han venido reconociendo cada vez más daños morales resarcibles, pues además de las lesiones a la honra o la dignidad reconocidas por la Corte Suprema de Justicia desde 1924, se ha condenado a la reparación de los daños morales por afectaciones a la fama de una persona<sup>144</sup>, por atentados a las libertades y derechos fundamentales, por la muerte o lesión de parientes próximos<sup>145</sup> o amigos que demuestren la intensidad de la afectación<sup>146</sup>, por las lesiones personales sufridas por la víctima, sus parientes próximos y padres de crianza, e incluso, por los menoscabos sufridos por personas jurídicas.

Para su tasación, en principio, se siguió lo que definiera el dictamen pericial cuya práctica se ordenara con el fin de tasar el daño moral. Posteriormente, en virtud de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, se estableció el arbitrio

---

<sup>141</sup> La jurisprudencia francesa consideró, hasta 1961 con la providencia del Consejo de Estado del 24 de noviembre del mismo año - LETISSERAND-, que las lágrimas nunca se amonedan (*les larmes ne se monnayent point*) y por consiguiente se reusaba a reparar el daño causado por el dolor moral.

<sup>142</sup> Corte Suprema de Justicia; Sala de casación civil; Sentencia del 22 de agosto de 1924; M.P. Tancredo Nannetti; Gaceta judicial T XXI. p. 82.

<sup>143</sup> Cfr. TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II.

<sup>144</sup> Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 20 de noviembre de 1933; M.P. Enrique Becerra; Gaceta judicial T. XXXIX. P. 197.

<sup>145</sup> Presunción del dolor que sufren los parientes próximos de una víctima, de acuerdo con lo consignado en la sentencia del 28 de octubre de 1942, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Anibal Cardoso.

<sup>146</sup> Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil; Sentencia del 13 de mayo de 1988; M.P. Alejandro Bonivento Fernández. Y Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 12 de marzo de 1937; M.P. Pedro Gómez Naranjo.

judicial para cuantificar el perjuicio moral<sup>147</sup>, no obstante poderse valer de peritos para determinar la existencia misma y la intensidad del sufrimiento alegado con el daño causado. Para lograrlo, se siguió lo dispuesto en el artículo 95 del Código Penal de 1936, en virtud del cual en caso de no ser fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por un delito, el juez tenía la potestad de fijar el monto (*quantum*) de la indemnización sin exceder de la suma de dos mil pesos, de acuerdo con su prudente arbitrio o discrecionalidad judicial, teniendo siempre en cuenta la intensidad del daño que se encuentre demostrada dentro del proceso.

En virtud de esta potestad, desde el año 1941, correspondió a la sana crítica del juzgador, evaluar los elementos probatorios que le permitieran tasar los perjuicios cuya cuantificación, si bien no estaba constreñida a respetar el tope máximo descrito en el artículo 95 del Código Penal citado, sí debía servirse del mismo para fallar. No obstante, en sentencia del 27 de septiembre de 1974, la Corte Suprema de Justicia condenó al pago de treinta mil pesos por lo que consideró el más alto dolor por la muerte de un ser querido, subrayando que el tope máximo al que hace referencia el Código Penal, solamente sirve para tasar los perjuicios ocasionados con la comisión de un delito y en ningún momento restringe la potestad del juez de reconocer mayores valores. Y no podía ser de otra forma, cuando el propio Código Civil (artículo 17) prohíbe al juez proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.

En efecto, el Consejo de Estado ha impuesto condenas, en contra de la administración, superiores a las cifras utilizadas por la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta la aflicción, el dolor, las consecuencias y las limitaciones causadas a los afectados<sup>148</sup>, argumentando que el daño es una situación de facto que debe ser reconocida en sus justas proporciones siempre que se encuentre probado.

A partir del año 2001, se dispuso una tasación en salarios mínimos legales mensuales vigentes como forma de liquidar los perjuicios morales por considerar que lo establecido en el Código Penal no es aplicable a la jurisdicción contenciosa administrativa<sup>149</sup>. Así, las cosas, la Jurisprudencia tiene decantado, que el daño moral resarcible es aquél cierto, personal y antijurídico, y su tasación depende entonces, de su intensidad, la cual deberá estar probada en cada caso y liquidada en salarios mínimos.

A propósito de la tasación del daño moral en términos de precio, es numerosa la producción jurisprudencial y doctrinaria que coincide, en su mayoría, en la inconveniencia, dentro del ámbito jurídico y del sistema económico, de la formulación e imposición de elementos o variables objetivos que permitan una medición dineraria predefinida del valor dañoso. Lo anterior, por cuanto dicha función precisamente se encuentra en cabeza del juez quien goza de discrecionalidad judicial, facultad también conocida como *arbitrium iudicis*, o *arbitrio juris*.

Por ejemplo, la jurisdicción contenciosa argentina ha sostenido que *“El daño moral se caracteriza por los padecimientos o molestias que hieren las afecciones legítimas de quien lo sufre; la comisión de un acto antijurídico permite por sí sola*

---

<sup>147</sup> Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 20 de junio de 1941; M.P. Hernán Salamanca.

<sup>148</sup> Ver. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 14 de febrero de 1992; Exp. 6477; C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 25 de septiembre de 1997; Exp. 10421; C.P. Ricardo Hoyos Duque. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 19 de julio de 2000; Exp. 11842; C.P. Alier Hernández Enríquez. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 6 de septiembre de 2011; Exp. 13232-15646 C.P. Enrique Gil Botero. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Sentencia del 19 de octubre de 2007; C.P. Enrique Gil Botero; Exp. 29273.

<sup>149</sup> Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 6 de septiembre de 2001; Exp. 13232 y 15646; C.P. Alier Eduardo Hernández

*presumir su existencia. La evaluación del daño moral no está sujeta a cánones estrictos, corresponde a los jueces establecer prudentemente el quantum indemnizatorio tomando en cuenta su función resarcitoria, el principio de reparación integral, la gravedad de la lesión espiritual sufrida y el hecho generador de la responsabilidad, sin que quepa establecer ninguna relación forzosa entre el perjuicio material y el moral”<sup>150</sup>.*

En el mismo sentido, *“El daño moral tiene una naturaleza resarcitoria, y para fijar su quantum no es menester recurrir inexorablemente a criterios puramente matemáticos, ni es necesaria una estricta correspondencia con otros rubros indemnizables, que, incluso, pueden no llegar a existir; sin embargo la circunstancia de que, por aplicación de tales principios, la estimación del monto no se encuentre sujeta a parámetros fijos, y sí, en cambio, a la libre apreciación judicial basada en las circunstancias particulares del caso y en la magnitud de los intereses extrapatrimoniales comprometidos, no significa que por esas vías se logren beneficios o enriquecimientos desmedidos e injustos”<sup>151</sup>.*

De acuerdo con lo anterior, este Despacho se aparta del análisis realizado en la sentencia aclarada, a propósito del test utilizado para tasar los perjuicios morales por medio de la utilización de una tabla con valores preestablecidos, por cuanto al tratarse de un daño netamente subjetivo, son las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, y el estudio de los efectos que el daño causó en quienes acuden a la jurisdicción para que les sean reconocidos los perjuicios sufridos, los que sirven de fundamento a la tasación.

Y es en este escenario en el que cobra importancia la función del juzgador, quien en el marco de su discrecionalidad judicial, deberá hacer una valoración integral del acervo probatorio con el fin de establecer la medida compensatoria que considere más apropiada para aliviar el dolor sufrido por quienes ponen en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado.

En este sentido, considero inconveniente, a manera de ejemplo, que la convivencia se constituya en factor determinante para la tasación de perjuicios. En efecto, si bien lo ideal es que los núcleos familiares se mantengan unidos, la unión no debe estar determinada por la mera convivencia pues es bien sabido que existen lazos cuya fortaleza se intensifica cuando, precisamente, no se vive bajo el mismo techo (padres separados, padres que por cuestiones laborales deben trasladar su residencia a otra ciudad o país, hijos que por razones académicas se trasladan a otra ciudad o país, etc.).

Adicionalmente, dicho test deja por fuera de toda consideración a quienes acuden a la jurisdicción ya no en su calidad de familiares sino en calidad de damnificados.

### **3. Medidas no pecuniarias de reparación**

Dice la sentencia que:

*“se ordenará, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, y bajo el amparo del artículo 16 de la ley 446 de 1998, que se cumpla con las siguientes obligaciones que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión: 1) la realización de un acto público en el que el Ministro de Defensa y el Director del Departamento de la Policía de Santander ofrezca disculpas a los familiares de Feisal Mustafá Barbosa; 2) se deberá publicar*

<sup>150</sup> CFed San Martín 8/11/91, “B.,J.O. c/Transportes automotores Lujan SA”, LL,1992-C-570.

<sup>151</sup> CNContAdmFed, Sala I, 25/6/91, “M.,N.V y otro c/Estado nacional/Policía Federal y otro”, LL,1992-E-53, con nota de Sandra Wierzba y Silvia A Muller.

*la parte resolutive de esta sentencia en todas las Estaciones de la Policía Nacional en el Departamento de Santander por un periodo de seis (6) meses, y darse difusión en los diferentes medios de comunicación de circulación departamental; 3) se ordenará que se compulse [sic] copias ante las autoridades competentes para que se estudie si hay lugar o no a iniciar las investigaciones tanto disciplinarias, como penales en contra de aquellos funcionarios de la Policía Nacional, o del Ejército Nacional que en la época de los hechos no contribuyeron a la protección de la seguridad personal de la víctima; 4) con el fin de evitar una potencial condena en contra del Estado por parte de la instancia judicial interamericana de Derechos humanos, se ordenará que la Fiscalía General de la Nación informe al país, en un término improrrogable de 30 días calendario, acerca de los resultados de las investigaciones adelantadas por el homicidio del político Feisal Mustafá Barbosa, y especialmente se ofrezca verdad y justicia como medio para la reconciliación. De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al despacho informes del cumplimiento de lo aquí ordenado como medidas de reparación no pecuniarias, dentro de los cuarenta y cinco días (45) [sic] siguientes a la ejecutoria de la sentencia”.*

Al respecto, para la Corporación es claro que toda vulneración de un derecho genera la obligación de repararlo.

Ahora, dicha obligación se hace más gravosa cuando se trata de la vulneración de los derechos humanos especialmente protegidos por normas nacionales e internacionales, pues no basta simplemente con reconocer y resarcir los daños producidos con su violación, sino que se impone garantizar el goce efectivo del derecho vulnerado, o en su defecto, el restablecimiento del estado anterior al momento de la violación, a través del diseño y formulación de una serie de medidas materiales y simbólicas inspiradas en el principio constitucional de dignidad humana que sirve de base a todos los derechos.

Al efecto, los funcionarios judiciales, dentro del marco de sus competencias, deben hacer uso de las herramientas que consideren necesarias para garantizar el restablecimiento de los derechos vulnerados (*restitutio in integrum*), y ante la imposibilidad de hacerlo, recurrir a otras medidas de reparación tanto de dimensión individual (indemnización y rehabilitación) como colectiva (medidas simbólicas - también conocidas como medidas de satisfacción-, y garantías de no repetición de los hechos violentos), con base en los instrumentos internacionales que integran el orden jurídico interno en virtud del artículo 93 de la Constitución Política y que por ende, hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Así las cosas, el juez de lo contencioso administrativo, está llamado a dinamizar su función, orientada ahora hacia la satisfacción plena del principio de reparación integral, formulado, desarrollado y protegido por la comunidad de naciones, y hecho suyo por el Estado Colombiano al ratificar voluntariamente los tratados y convenios internacionales que protegen los derechos humanos, para lo cual debe hacer uso de las herramientas que considere necesarias para cumplir con los propósitos de verdad, justicia y reparación cuyo cumplimiento se impone a la Nación como un todo, en virtud de lo consignado en el artículo 2 de la Constitución Política, pero adicionalmente, por ser sujeto de derecho internacional.

En consecuencia, el juez de lo contencioso administrativo cuenta no solo con criterios matemático actuariales para tasar la indemnización de perjuicios materiales, sino que ha servirse de medidas no pecuniarias cuyo carácter simbólico y contenido pedagógico, tienda a garantizar la no repetición de los hechos violentos, sin que las mismas impliquen un fallo *extra petita*.

Ahora bien, en la selección, formulación y diseño de dichas medidas, se impone al juez prudencia suma por cuanto su uso indebido, indiscriminado o improvisado, puede generar el efecto contrario al pretendido. Así, cada medida debe ser escogida después de una concienzuda reflexión, identificando claramente el objetivo específico que se quiere lograr; la pertinencia de la medida teniendo en cuenta el contexto histórico en el que sucedieron los hechos y las circunstancias propias del momento en el que se dicta la sentencia; la congruencia de las medidas con las pretensiones de la demanda y los hechos que resultan probados en el expediente; la magnitud de los efectos del daño que se pretende resarcir; las facultades del juez para ordenar cierto tipo de acciones; e incluso, la redacción misma de la medida ordenada. Lo anterior, se insiste, para que el efecto que se pretende con su adopción ni se suprima, ni se relativice.

En estos términos dejo presentada mi aclaración voto al fallo proferido por la Sala.  
Con toda consideración y respeto,

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**