

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Condena, accede. Caso de muerte de comerciante en toma guerrillera o ataque guerrillero al municipio de Dabeiba, Antioquia / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA - Aplicación de control de convencionalidad, derechos del niño / FALLA DEL SERVICIO - Condena. Por omisión en el deber de protección y seguridad a persona amenazada. Secuestro y muerte de comerciante

En consecuencia, no basta con referir que el Ejército hacía presencia en la zona para concluir que la administración no fue omisiva y que cumplió a cabalidad con dicho deber; es necesario estudiar si efectivamente la toma guerrillera al municipio de Dadeiba era un hecho impredecible y, por tanto, la presencia del Ejército no era exigible y, en caso de haber existido, habría sido inocua. (...) Así mismo, es pertinente referir que, como lo reconoce el Ejército, “todo el territorio ha sido blanco y es objetivo del terrorismo y por ello se puede calificar como indiscriminado, siendo el departamento de Antioquia, la región donde más se ha recrudecido ante el accionar cobarde y repudiable actitud de las organizaciones criminales”. De lo anterior puede desprenderse que efectivamente la zona del Urabá antioqueño, donde se encuentra ubicado el municipio de Dadeiba, para la fecha se estaba viendo enfrentada a constantes ataques por parte de los grupos al margen de la ley. (...) De la misma forma, se tiene que, como lo señala el Alcalde y la Policía Nacional, a pesar de la complicada situación de orden público que se vivía para aquel entonces en esta zona de Antioquia, las tropas de Ejército abandonaron la zona. Sobre este tema manifiesta la entidad lo siguiente: “En cuanto hace referencia al retiro de las tropas acantonadas en el sector rural del municipio de Dadeiba, con seguridad pudo deberse a la necesidad inmediata de atender problemas de alteración del orden público que se registraba en el occidente, específicamente sobre la vía al mar y el área general de los municipios de Uratima, Frontino (...), localidades que venían siendo objeto de presencia armada, múltiples amenazas y acciones terroristas”. (...) De lo anterior se derivan varias conclusiones: i) la toma guerrillera al municipio de Dadeiba había sido advertida al menos con un mes de anticipación a la materialización de las amenazas; ii) el Ejército tenía conocimiento de las amenazas al municipio; iii) pese a tener dicho conocimiento, las tropas del Ejército fueron retiradas totalmente de la zona. (...) Así mismo, se encuentra que el día de la toma el Ejército hizo presencia hacia las 09:00 de la mañana, es decir, 3 horas después de culminado el ataque. Lo anterior, pese a que de acuerdo a dicha entidad, en la zona existían dos batallones dispuestos para repeler los ataques de la guerrilla de forma inmediata. (...) Estos supuestos necesariamente llevar a la Sala a afirmar que no existe duda alguna de que en el presente caso se configuró una falla en el servicio por parte del Ejército Nacional. (...) En el caso de la toma al municipio de Dadeiba, no solo existían serios indicios, sino que se habían recibido amenazas concretas sobre la toma guerrillera en las que, incluso, había sido solicitado por parte de uno de los subversivos la evacuación del Liceo Nocturno para evitar la afectación de los estudiantes durante la incursión armada. (...) En consecuencia, no se explica esta Sala cómo el Ejército, pese a conocer los elementos que preveían la acción de las FARC, decidió retirar las tropas definitivamente del municipio; tampoco entiende cómo se aduce que se habían tomado las medidas pertinentes para responder de forma efectiva en caso de un ataque, si el 24 de septiembre de 1998 el Ejército no acudió oportunamente a reforzar las labores que 24 policías desarrollaban en contra de los más de 1000 guerrilleros de las FARC que se tomaron el municipio y solo llegaron 3 horas después de culminada la toma que, valga recordar, se extendió durante 10 horas. (...) Todo lo anterior lleva a acreditar que además de existir la posición de garante en cabeza del Ejército, la acción a manos del grupo armado insurgente era inminente y cognoscible y que, en este caso, el Estado representado por el Ejército Nacional, incumplió con los deberes de diligencia que

le eran exigidos en la evitación de graves violaciones a los derechos humanos. (...) Asimismo, no hay lugar a aceptar la cabida de un hecho de un tercero toda vez que, como ya fue demostrado, existía cognoscibilidad (sic) (sic) real del peligro por parte de las autoridades locales (que lo denunciaron con antelación), de la Policía Nacional y del mismo Ejército (como lo reconoce en documento ya relacionado). (...) En consecuencia, puede concluirse que en el caso concreto se presentó una falla en el servicio y que como consecuencia de la materialización de esta falla, tuvo lugar la producción de un daño antijurídico para los demandantes, a saber, la muerte del señor Mauricio de Jesús Giraldo Vélez, a manos de la guerrilla de las FARC durante la toma al municipio de Dadeiba el 24 de septiembre de 1998. (...) Por estas razones, considera la Sala que le asiste razón al Tribunal Administrativo de Antioquia al declarar responsable a la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional por los daños y perjuicios ocasionados a Rosa Elena Goetz Ruiz, Felipe Giraldo Goetz y Tomás Giraldo Goetz, por los hechos ocurridos el 24 de septiembre de 1998 en el municipio de Dadeiba, Antioquia, que dieron lugar a la muerte del señor Mauricio de Jesús Giraldo Vélez. De esta forma, se confirmará la sentencia de primera instancia pero, antes de tomar dicha decisión, se procederá a actualizar el valor de las sumas decretadas por el a quo, toda vez que la sentencia fue proferida en 2007. **NOTA DE RELATORÍA:** Con aclaración de voto de la consejera Olga Mélida Valle de De La Hoz y salvamento de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque. A la fecha, en esta Relatoría no se cuenta con el medio magnético ni físico de los citados salvamento y aclaración de voto.

PERJUICIOS MORALES - Reconoce. Caso muerte de comerciante en toma guerrillera o ataque guerrillero a Dadeiba / PERJUICIOS MORALES - Reconoce 100 smmlv

En razón a lo anterior, la Sala de Sub-sección dando continuidad a la jurisprudencia contenciosa encuentra que para el reconocimiento de los perjuicios morales el primer elemento tiene que ver con el parentesco, el cual se constata de la siguiente manera (...) Ahora bien, encuentra la Sala que en sede de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Antioquia reconoció 100 SMLMV a Rosa Elena Goetz Ruiz, esposa de la víctima y a Felipe Giraldo Goetz, suma que para la época correspondía a \$43'370.000 para cada uno. (...) Teniendo en cuenta que el criterio del Tribunal corresponde con el de la tabla, se confirmará, actualizando dicha suma con el valor del salario mínimo mensual vigente. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre este tema ver las sentencias de Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 23 de agosto de 2012, exp. y 28 de agosto de 2014, exp. 30152.

LUCRO CESANTE CONSOLIDADO Y FUTURO - Requisitos para liquidación de perjuicios. Liquidación por incidente / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Principio de precaución establece como elementos el peligro, la amenaza y el daño

Para la liquidación incidental de los perjuicios aquí reconocidos a Rosa Elena Goetz Ruiz y a Felipe Giraldo Góez, en el marco de lo consagrado en el artículo 172 mencionado, modificado por el artículo 56 de la Ley 446 de 1998, se ordenará entonces: (1) acudir a todos los elementos de juicio (documentos, libros contables, contratos, etc), que permitan determinar la cuantificación del lucro cesante que se concretó para la víctima como socio gestor de la Sociedad en Comandita Simple y en su actividad en el almacén Alberto Goetz y Cia; (2) así mismo se deberá realizar un dictamen pericial con un profesional contable, o financiero, o actuario, que examine los documentos y material probatorio que se allegue y pueda determinar con certeza suficiente a qué suma asciende los rendimientos que se reclaman

como dejados de percibir por la víctima para determinar el quantum del lucro cesante; (3) en dicha liquidación deberá tenerse en cuenta todos los descuentos, cargas impositivas y obligaciones de ley a los que la víctima estaba llamado a sufragar para la época de los hechos por concepto de rendimientos o provechos que dejó de percibir; y, (4) el resultado de dicho ejercicio debe permitir identificar el valor del lucro cesante, suma que deberá ser actualizada de acuerdo con la fórmula matemático – actuarial utilizada por el Consejo de Estado. **NOTA DE RELATORIA:** Con aclaración de voto de la consejera Olga Mélida Valle de la Hoz y salvamento de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque. A la fecha en esta Relatoría no se cuenta con el medio magnético ni físico.

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 1 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 19 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL / LEY 1285 DE 2009 - ARTICULO 16 / LEY 446 DE 1998

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 05001-23-31-000-2000-04390-01(35298)

Actor: ROSA ELENA GOEZ RUIZ Y OTROS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL Y POLÍCIA NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: Legitimación en la causa por activa- Ámbito de competencia del juez de segunda instancia- Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del estado- Daño- Daño antijurídico-Falla en el servicio- Posición de garante- Posición de garante del Estado en el marco de un conflicto armado- Control oficioso de Convencionalidad- Imputación de responsabilidad por daños causados por grupos armados insurgentes

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada Ejército Nacional, contra la sentencia del 3 de diciembre de 2007, proferida por la Sala Séptima de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia [atendiendo a la prelación para fallo dispuesta por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, teniendo en

cuenta que se trata de un caso de grave violación de los derechos humanos¹], en la que se decidió declarar la responsabilidad de la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL-POLICÍA NACIONAL** de los daños antijurídicos ocasionados con la muerte de **MAURICIO DE JESÚS GIRALDO VÉLEZ** el 24 de septiembre de 1998 en el municipio de Dabeiba (Antioquia), condenándolas a pagar por concepto de perjuicios morales y materiales².

ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso.

Se demanda a la Nación- Ejército Nacional y Policía Nacional, a través de la acción de reparación directa, por la muerte de un civil durante la toma armada al municipio de Dabeiba, Antioquia, el 24 de septiembre de 1998.

2. Lo pretendido

El 22 de septiembre de 2000, la señora Rosa Elena Goez Ruíz, obrando en nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad Felipe y Tomás Giraldo Goez, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación -Ministerio de Defensa, Ejército y Policía Nacional- por el homicidio de su

¹ Ley 1285 de 2009, artículo 16. “Apruébese como artículo nuevo de la Ley 270 De 1996 el siguiente: Artículo 63A. *Del orden y prelación de turnos. Cuando existan razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional o en el caso de graves violaciones de derechos humanos o de crímenes de lesa humanidad, o de asuntos de especial trascendencia social, Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas, Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Constitucional, señalarán la clase de procesos que deberían ser tramitados y fallados preferentemente. Dicha actuación también podrá ser solicitada por el Procurador General de la Nación*”

² “Primero.- Declarar responsable a la Nación –Ministerio de Defensa, Ejército y Policía Nacional-, de los daños y perjuicios ocasionados a Rosa Elena Goez Ruíz y Felipe Giraldo Goez, por los hechos ocurridos el 24 de septiembre de 1998 en el municipio de Dabeiba (Antioquia), que dieron lugar a la muerte del señor Mauricio de Jesús Giraldo Vélez. Segundo.- Como consecuencia se condena a la Nación –Ministerio de Defensa, Ejército y Policía Nacional-, al pago de los perjuicios morales a favor de Rosa Elena Goez Ruíz y Felipe Giraldo Goez por la suma de cuarenta y tres millones trescientos setenta mil pesos (\$43'370.000) para cada uno, el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de la sentencia. Tercero.- Se condena a la Nación –Ministerio de Defensa, Ejército y Policía Nacional-, al pago de los perjuicios materiales a favor de 3.1.- Rosa Elena Goez Ruíz, en la suma de doscientos veinticuatro millones seiscientos veintinueve mil trescientos nueve pesos (\$224'629.309) y 3.2. Felipe Giraldo Goez, en la suma de ciento veinte millones seiscientos veinte mil doscientos treinta y ocho pesos (\$120'620.238). Cuarto.- Por lo expuesto en la parte motiva se declara inhibido para pronunciarse respecto a las pretensiones de Tomás Giraldo Goez. Quinto.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda. Sexto.- Una vez ejecutoriada esta sentencia, se ordena enviar copia de la misma a la entidad demandada y a la Procuraduría General de la Nación, para los efectos de la Ley 678 de 2001, con el fin de que evalúen la procedencia de incoar la correspondiente acción de repetición en contra de quien o quienes conllevaron a la condena de la entidad estatal”.

cónyuge y padre Mauricio de Jesús Giraldo Vélez, el 24 de septiembre de 1998, durante la incursión armada de las FARC al Municipio de Dabeiba.

Solicitaron que se condenara a las demandadas al reconocimiento y pago, por concepto de perjuicios morales, de 3.000 gramos de oro fino para cada uno de los demandantes y por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, \$900'000.000, en razón a que, por su calidad de comerciante, la víctima del homicidio devengaba un salario de \$2'500.000 mensuales.

3. Los hechos en los que se fundamentan las pretensiones.

En respaldo de sus pretensiones narró que el municipio de Dadeiba, ubicado en el Departamento de Antioquia, fue escenario de constantes ataques entre las fuerzas armadas y los grupos al margen de la ley, situación que afectaba gravemente a la población que se veía obligada a emigrar con sus pertenencias a las poblaciones vecinas.

En medio de los constantes enfrentamientos, la municipalidad fue amenazada con una posible toma guerrillera, circunstancia que fue advertida por el Alcalde local y debidamente informada al Teniente Comandante de la Estación de Policía; sin embargo, a pesar del riesgo que corrían los habitantes, el municipio no contaba con la presencia del Ejército Nacional y la seguridad de los pobladores dependía de 18 policías acantonados en la estación.

Expuso que los subversivos se tomaron el municipio el 24 de septiembre de 1998 en horas de la noche y entre las 8:15 pm y las 10:00 pm secuestraron al señor Mauricio de Jesús Giraldo Vélez de su lugar de trabajo -el almacén Alberto Goez S. en C.-, y lo condujeron a la plaza principal en donde fue asesinado junto a otras personas.

Teniendo en cuenta que la toma guerrillera fue advertida y la fuerza pública no desplegó un operativo apropiado para impedir la, omisión que se materializó en la muerte del esposo y padre de los demandantes, se invocó la configuración de una falla en el servicio por omisión al deber de seguridad y vigilancia en que incurrió la fuerza pública. Así mismo, se alegó que aun si no se demostrare la convergencia de los elementos del título de imputación anteriormente referido, debe aplicarse el

principio de igualdad ante las cargas públicas y, por ende, indemnizar a la familia de la víctima por los daños sufridos.

4. Trámite procesal.

La demanda se admitió en proveído del 5 de septiembre de 2001 y fue debidamente notificada.

En el escrito de fecha 20 de septiembre de 2002, la Nación –Ministerio de Defensa, Ejército Nacional- dio respuesta a lo aseverado por los demandantes, negando su responsabilidad y afirmando que para obtener la indemnización pretendida, la actora contaba con otros mecanismos legales a través de los cuales podía vincular a los verdaderos culpables de los daños sufridos por la familia de la víctima.

Aseguró que el Ejército realizó esfuerzos ingentes para controlar la situación de orden público en todo el departamento de Antioquia, pero las condiciones geográficas y la frecuencia de los enfrentamientos hacían imposible la cobertura total del territorio nacional. Así mismo, refirió que si se hubiesen instalado en Dadeiba como consecuencia de las amenazas, probablemente la guerrilla habría atacado otro municipio y el resultado sería similar.

Solicitó entonces la entidad que el fallo a proferirse tuviera en cuenta el contexto del conflicto nacional y la obligación de despliegue del Ejército por todo el país que le impide asentarse en cada lugar en el que hay presencia de grupos armados al margen de la ley. Así mismo, exigió que se acreditaran las circunstancias del homicidio del señor Giraldo Vélez, así como la actividad económica que ejercía y sus ingresos, demostrables solamente con los libros de contabilidad, estados financieros y declaración de renta o de ventas.

Finalmente, el Ejército se opuso a la imputación por daño especial, comoquiera que no hubo enfrentamiento alguno sino se trató de un atentado terrorista contra la población civil, la Administración no tenía posibilidad de evitarlo.

En el mismo sentido, la Nación –Ministerio de Defensa, Policía Nacional- se opuso a las pretensiones porque no existía sustento probatorio que permitiera endilgarle

responsabilidad por la muerte del señor Giraldo Vélez y propuso las excepciones de hecho de un tercero e inexistencia de la responsabilidad.

Mediante auto del 22 de agosto de 2003, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para **alegar de conclusión**.

La Nación –Ministerio de Defensa, Policía Nacional- insistió en lo expuesto y destacó que el deber de asegurar el orden público depende de los recursos que el Estado pueda proveer, es decir, no se puede conjurar de manera absoluta sino condicionada.

La Nación –Ministerio de Defensa, Ejército Nacional- sostuvo que más de mil guerrilleros, organizados en cuadrillas, se tomaron el pueblo entero durante 10 horas, sin que la Fuerza Pública hubiera podido contrarrestar el ataque. Explicó que, por los frecuentes hostigamientos a municipios aledaños, las tropas fueron redirigidas para neutralizar a las columnas de subversivos y bloques paramilitares y finalmente, esgrimió que el ataque fue contra la población en general y no contra las instituciones de la Fuerza Pública, que sucumbieron ante una fuerza mayor e irresistible.

5. La sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia

En providencia del 3 de diciembre de 2007, la Sala Séptima de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia encontró probada una falla en el servicio de seguridad y vigilancia, pues a pesar de estar al tanto de las intenciones del grupo armado ilegal, la Administración hizo caso omiso de las advertencias y permitió que se materializara la toma guerrillera el 24 de septiembre de 1998.

Al respecto, refirió que de acuerdo con los documentos aportados al proceso, pudo concluir la Sala que no había en el municipio de Dadeiba suficiente personal, ni armamento especializado para contrarrestar el ataque de las FARC en el que se enfrentaron 1150 subversivos contra 24 policiales. Así mismo, cuestionó que el Ejército se presentara tres horas después de culminada la toma, aun cuando el alcalde había advertido con un mes de anticipación las amenazas presentadas en contra del municipio.

Ahora bien, respecto de las pretensiones del menor de edad Tomás Giraldo Goez, pese a encontrar probada la falla en el servicio el Tribunal se inhibió de reconocer los perjuicios a su cargo al no encontrar acreditada su filiación y, por tanto, la representación en el proceso.

6. El recurso de apelación

6.1. Ejército Nacional

La Nación –Ministerio de Defensa, Ejército Nacional- interpuso recurso de apelación, que fue concedido en auto del 12 de marzo de 2008.

En la sustentación de la alzada, la representante del Ejército Nacional, reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda, resaltando que en lo correspondiente a la estrategia de defensa del municipio, y en general de todo el país, la Policía Nacional se encontraba encargada de garantizar la seguridad de los habitantes en la parte urbana y el Ejército en la rural. Así mismo, resaltó que el ataque del mes de septiembre de 1998 a Dadeiba, fue indiscriminado, ya que las FARC arremetieron indiscriminadamente contra los habitantes del municipio circunstancia que, a juicio de la entidad, configura un hecho de un tercero y una fuerza mayor. Adicionalmente, agregó la representante del Ejército que el deber de seguridad y vigilancia no es de resultado, puesto que en las condiciones del conflicto no se puede garantizar de manera absoluta.

Finalmente, arguyó que el ataque no era inminente ni previsible y, en consecuencia, no se produjo un riesgo de carácter excepcional generado por la Administración en cumplimiento de sus funciones que afectara a un grupo específico de ciudadanos.

6.2. Policía Nacional.

El recurso de apelación presentado por la Nación –Ministerio de Defensa, Policía Nacional-, se declaró desierto en auto del 20 de junio de 2008, puesto que no atendió el requerimiento del auto del 16 de mayo de 2008 para sustentarlo.

7. Actuación en segunda instancia

En auto del 20 de julio de 2008, la Sección Tercera del Consejo de Estado admitió el recurso de apelación presentado por el Ejército Nacional y declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por la Policía Nacional.

En el término de traslado para presentar alegatos de conclusión, la parte demandante insistió en los argumentos de la primera instancia y solicitó que se condenara en favor del menor Tomás Giraldo Goez, puesto que su registro civil de nacimiento fue aportado oportunamente –como consta en la relación de pruebas de la demanda. Sobre este asunto, afirmó que si la prueba de la relación filial del menor Giraldo Goez se extravió fue durante el trámite del proceso, por lo cual se deben proteger oficiosamente sus derechos.

Por su parte, **Ministerio Público** solicitó revocar la sentencia y en su lugar negar las pretensiones, puesto que consideró que en eventos como el que se estudia, no es posible atribuirle responsabilidad alguna a la Administración por los daños ocasionados, toda vez que tanto los agentes del Estado como los ciudadanos fungieron como víctimas del ataque.

Bajo estas consideraciones, señaló la Procuraduría que respecto de la toma al municipio de Dadeiba el 24 de septiembre de 1998, se configuró el hecho de un tercero, causal eximente de responsabilidad que rompe la imputación del daño.

En memorial del 22 de octubre de 2008, la parte presentó copia simple del registro civil de nacimiento de Tomás Giraldo Goez y negó que se hubiera dejado de aportar en la demanda.

CONSIDERACIONES

1. Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación que formuló una de las entidades demandadas en juicio de dos instancias, con el objeto de que revoque la sentencia proferida por la Sala de Séptima del Tribunal Administrativo de Antioquia que concedió parcialmente las pretensiones de los demandantes.

2. Como la sentencia solo es apelada por el Ejército Nacional, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 357 del C. de P.C., esta Sala se referirá únicamente a lo

que le resultó desfavorable a dicha entidad y se atenderá a lo alegado en el escrito que sustentó el recurso de alzada, en aplicación del principio de congruencia.

3. Ahora bien, previo a la delimitación del problema jurídico, es menester realizar el análisis de algunos asuntos referentes a la procedibilidad de la acción; a saber, la competencia de este Tribunal para conocer del recurso de alzada, la caducidad y la legitimación en la causa por activa y por pasiva. Superado este análisis se plantearán los temas sobre los cuales versará la presente providencia para, finalmente, exponer la decisión a adoptar.

1. Aspectos procesales previos.

1.1. Competencia.

4. De acuerdo a lo estipulado en el artículo 82 del CCA, modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, la jurisdicción administrativa es la encargada de conocer las controversias en las que se alega la ocurrencia de un daño por causa de una acción u omisión de una entidad estatal. De la misma forma, el Consejo de Estado, como máximo tribunal de la mencionada jurisdicción, es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, de conformidad con los artículos 129 y 132 del CCA, modificados por la Ley 446 de 1998. En efecto, al momento de la presentación del recurso de apelación -21 de febrero de 2008- ya se encontraban en vigencia las cuantías previstas por la Ley 446 de 1998 para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa fuera conocido por esta Corporación.

5. Así, en la fecha de presentación de la demanda -22 de noviembre de 2000- la pretensión mayor individualmente considerada debía superar los 500 salarios mínimos legales, es decir \$130'050.000³; teniendo en cuenta que por concepto de lucro cesante en el presente caso los demandantes solicitan el pago de \$900'000.000, es claro que este proceso tiene vocación de doble instancia ante el Consejo de Estado.

1.2. Procedencia de la acción de reparación directa

1.2.1. Naturaleza de la acción

³ Suma que se obtiene de multiplicar el salario mínimo del 2000, \$260.100 por 500.

6. La acción de reparación directa es el medio de control idóneo para perseguir la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado cuando el daño invocado proviene de un hecho, omisión, operación administrativa o cualquier otra actuación estatal distinta a un contrato estatal o un acto administrativo, tal y como ocurre en el caso objeto de análisis que se refiere a hechos propios de la Fuerza Pública – Ejército y Policía Nacional- (art. 90 C.N., y art. 86 C.C.A.).

1.2.2. Caducidad

7. El término para formular pretensiones, en sede de reparación directa, de conformidad con el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo es de 2 años que se cuentan a partir del día siguiente a la ocurrencia de la *“omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa”*.

7.1. De acuerdo a lo anterior, se encuentra que la demanda fue presentada en tiempo, toda vez que la muerte del señor Giraldo Vélez tuvo lugar el 24 de septiembre de 1998, el 22 de septiembre de 2000 se presentó solicitud de conciliación⁴, diligencia que fracasó el 21 de noviembre de la misma anualidad (fl.18, C.1) y el 22 de noviembre de 2000 se presentó la demanda⁵.

1.3. Legitimación en la causa.

8. Finalmente, respecto de la legitimación en la causa por activa, se encuentra que los demandantes conforman el núcleo familiar de la víctima del homicidio que tuvo lugar durante la toma guerrillera al municipio de Dadeiba el 24 de septiembre de 1998 y su la calidad de la señora Rosa Elena Goez y del menor Felipe Giraldo Goez se encuentra debidamente probada en el acervo probatorio que conforma el expediente⁶.

⁴ Fl. 18, C.1 y Fl. 34, C.1.

⁵ Fl. 35, C.1.

⁶ Sobre el particular se remite la Sala al folio 17, C.1 en el que se evidencia copia simple del registro civil de matrimonio entre el señor Mauricio de Jesús Giraldo Vélez y la señora Rosa Elena Goez Ruiz, proferida por la Notaría trece del Círculo de Medellín. De la misma forma, en el fl. 29, C.1, se encuentra el registro civil de nacimiento de Felipe Giraldo Goez.

9. Ahora bien, respecto del debate suscitado en torno al menor Tomás Giraldo Goez, encuentra esta Sala pertinente recordar lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia Su-768 de 2014:

“El Juez del Estado social de derecho es uno que ha dejado de ser el “frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley”, convirtiéndose en el funcionario -sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material.”⁷

10. Lo anterior, para efectos de enfatizar que bajo los principios de la Constitución de 1991, la justicia se alcanza dando primacía al derecho sustancial sobre el derecho formal, toda vez que este último se encuentra establecido para garantizar la efectividad del primero⁸.

11. Basado en esta jurisprudencia, esta Sala ha reconocido en oportunidades anteriores la posibilidad de valorar documentos allegados en sede de apelación y durante el trámite de la segunda instancia⁹.

12. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, se encuentra que el Tribunal Administrativo de Antioquia negó las pretensiones del menor Tomás Giraldo Goez, por no encontrar prueba alguna de su parentesco con la víctima que fundamenta la presente acción. Sobre el particular refiere el apoderado de los demandantes que dicha prueba fue debidamente anexada y relacionada en la demanda y que su falta en el expediente es imputable a los funcionarios encargados de la manipulación del mismo en sede de primera instancia; sin embargo, para efectos de sanear la presunta irregularidad, el registro fue aportado junto al memorial presentado a esta corporación el 22 de octubre de 2008¹⁰.

13. Los anteriores hechos y situaciones imponen a la Sala obrar como juez de convencionalidad y de constitucionalidad, fundándose en los expresos mandatos de la Convención de las Naciones Unidas “sobre los derechos del niño”, de 20 de

⁷ Corte Constitucional, Sentencia Su-768 de 2014.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia Su-768 de 2014.

⁹ Al respecto, se recuerda la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 23 de enero de 2015, Exp. No. 20.507.

¹⁰ Fl. 190, C. Ppal.

noviembre de 1989, en especial aquellos que se desprenden de los artículos 2.1, que impone a los Estados el respeto de los derechos de dicha norma y la obligación de asegurar su aplicación a todo niño sin sujeción a ninguna condición; 3.1 según el cual en todas las medidas que conciernan o que se relacionen con los niños y que estén llamadas a tomar los tribunales deberá atenderse al “*interés superior del niño*”; 4 que exige de los Estados la adopción de “*todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos*” en la Convención; y, 7, que establece que todo niño desde ser inscrito después de nacer y tiene desde ese momento el derecho a su nombre, a adquirir la nacionalidad y a conocer sus padres y ser cuidado por ellos¹¹.

13.1 Así mismo, debe fundarse la Sala en el expreso mandato del artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos [incorporada al ordenamiento jurídico colombiano por la ley 16 de 1972], que establece que todo niño “*tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y del Estado*”¹², sin que opere ningún tipo de discriminación o condicionamiento que haga nugatorio el ejercicio de sus derechos¹³.

13.2 Con base a estas consideraciones, considera la Sala que es procedente reconocer la calidad de demandante de Tomás Giraldo Goez atendiendo a la primacía del derecho sustancial sobre el derecho formal, ya que en el ejercicio del poder oficioso la Sala como juez contencioso y convencional debe tener como

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, “*Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*”, párrafo 57. “[...] la Corte ha recalcado reiteradamente la existencia de un “*muy comprensivo corpus iuris de derecho internacional de protección de los derechos de los niños*”, que debe ser utilizado como fuente de derecho por el Tribunal para establecer “*el contenido y los alcances*” de las obligaciones que han asumido los Estados a través del artículo 19 de la Convención Americana respecto a las niñas y niños, en particular al precisar las “*medidas de protección*” a las que se hace referencia en el mencionado precepto. Específicamente, la Corte ya ha resaltado que la Convención sobre los Derechos del Niño es el tratado internacional que posee mayor vocación de universalidad, lo cual “*pone de manifiesto un amplio consenso internacional (opinio iuris communis) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia, habiendo sido ratificada además por casi todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos*”. Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de los “*Niños de la Calle*” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafos 192 a 194.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, párrafo 54. “[...] Tal como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos – menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, párrafo 55. “[...] Se puede concluir, que en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño. Se entiende que, en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquélla”

prueba el certificado de nacimiento allegado para verificar el parentesco existente entre dicho sujeto y el señor Mauricio de Jesús Giraldo Vélez.

14. Ahora bien, en lo referente a la posible afectación que esta decisión puede tener frente a los principios de congruencia y *no reformatio in pejus*, encuentra esta Sala que, según lo dispuesto en la sentencia de unificación jurisprudencial proferida por la Sección Tercera de esta Corporación el 09 de febrero de 2012, es procedente proceder al reconocimiento de la legitimación en la causa por activa del menor basados en dos supuestos: en primer lugar, el asunto a resolver se versa sobre la protección de derechos fundamentales (caso de derechos humanos) y, adicionalmente, se trata de un sujeto que, para la época de los hechos era un menor de edad y, por ende, le correspondía una protección reforzada de sus derechos.

15. Al respecto, es menester recordar que la sentencia referida, identificada con el número 30154, se refirió a los límites de la competencia del juez de segunda instancia, manifestando que si bien la misma se encontraba supeditada al alcance del recurso de alzada, existían algunos temas sobre los cuales el juez necesariamente debía referirse aunque no fueran objeto de la apelación, por constituirse asuntos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico nacional; a saber: *“i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada¹⁴”*.

15.2. En la misma línea, la sentencia del 09 de febrero de 2012, expediente número 20.104, determinó que la regla relacionada con los límites de la competencia del juez *ad quem*, admitía excepciones derivadas de mandatos constitucionales y legales, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la debida escogencia de la acción.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Unificación. Número interno. 30152 del 09 de febrero de 2012

15.3. De lo anterior colige la Sala que, si bien la regla general determina que el juez de segunda instancia está limitado por el objeto de la apelación; en determinadas circunstancias se encuentra facultado para pronunciarse respecto de asuntos no previstos en dicho recurso, siempre y cuando se traten de cuestiones constitucionales, compromisos adquiridos a través de instrumentos internacionales o normas imperativas que prevean asuntos definitivos para el trámite y resolución del procedimiento desatado.

15.4. Ahora bien, en lo que respecta al caso concreto, se encuentra que el reconocimiento del hijo de la víctima, quien era menor para la época de los hechos y para la fecha de la presentación de la demanda, Tomás Giraldo Goez, no solo se encuentra cobijado por la naturaleza del caso que se refiere a la protección de derechos humanos y a la garantía de los postulados del derecho internacional humanitario en razón a que los hechos ocurrieron como consecuencia del conflicto armado, sino que además, se relaciona estrictamente con la protección de los menores de edad, la cual además de encontrar asiento constitucional¹⁵, se encuentra consagrada en instrumentos internacionales reconocidos por Colombia como la Convención sobre Derecho del Niño¹⁶.

15.5. En consecuencia, si bien el Ejército Nacional no se pronunció en la apelación respecto del reconocimiento de Tomás Giraldo Goez como miembro de la parte activa de la presente acción, es procedente que esta Sala, en virtud de los parámetros fijados en la sentencia de unificación de la Sección Tercera, anteriormente referida, así como en el auto mencionado, reconozca su legitimación en la causa por activa. Así mismo hay lugar a que exista un pronunciamiento respecto de las indemnizaciones que le puedan asistir a Tomás Giraldo Goez, como consecuencia de la muerte de su padre a manos del grupo armado insurgente, FARC en la toma al municipio de Dadeiba realizada el 24 de septiembre de 1998.

¹⁵ Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

¹⁶ Aprobada en el ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 12 de 1991.

16. Ahora bien, culminado este asunto, en lo respectivo a la legitimación en la causa por pasiva, se encuentra que la Nación –Ministerio de Defensa, Ejército y Policía Nacional- están legitimadas en la causa por pasiva por tratarse de las entidades que tienen el deber de seguridad y protección de la población.

2. Objeto de la apelación.

16. Culminado el análisis respecto de la procedencia de la presente acción, procede la Sala a delimitar el objeto de la apelación presentada por el Ejército Nacional.

17. Como primer cargo, aduce la entidad que no se encuentran acreditados los elementos estructurales de una presunta responsabilidad en cabeza del Ejército Nacional, a diferencia de lo expuesto por el Tribunal en su sentencia. Sobre el particular, manifiesta que al momento de la toma al municipio de Dadeiba, la Policía Nacional se encontraba cumpliendo sus labores constitucionales frente a la protección de la zona urbana del municipio y, de la misma forma, el Ejército patrullaba constantemente la zona del occidente antioqueño para evitar acciones armadas por parte de grupos insurgentes.

17.1. Para reforzar su posición, hace un recuento de lo expuesto por la Policía Nacional en el informe de la toma guerrillera del 24 de febrero de 1998, en el que se da cuenta de las acciones desplegadas por la Policía las semanas antes del ataque y el día en el que el mismo tuvo lugar. Así mismo, refiere que, para la fecha, cerca de Dadeiba el Ejército contaba con dos Batallones de Infantería.

17.2. Solicita el Ejército que en sede de segunda instancia se tenga en cuenta la situación de orden público que atravesaba el país en 1998 y, también, aduce que de los documentos que narran el desarrollo de la ofensiva de las FARC el 24 de septiembre de 1998 en Dadeiba, se desprende que tanto la Policía Nacional, como el Ejército, cumplieron sus labores constitucionales a cabalidad.

18. Como segundo cargo, presenta la Entidad la posible configuración de un eximente de responsabilidad, a saber, el hecho de un tercero. Respecto a este punto, refiere que el atentado que da lugar a la presente providencia fue indiscriminado, toda vez que no tuvo lugar en el marco de un combate entre la fuerza pública y los grupos insurgentes, sino que se desarrolló por una acción

unilateral de la guerrilla que tuvo como objetivo principal a la población civil y no a los miembros de la Fuerza Pública. De la misma forma, asegura que no estaba demostrada la inminencia del ataque y, por ende, no era exigible al Ejército tomar medidas preventivas.

19. Finalmente, aduce que en el presente caso no existió un desequilibrio frente a las cargas públicas, puesto que tampoco se concretaron los presupuestos para la configuración de un daño especial.

20. De lo anterior se desprende entonces que la apelación versa sobre los presupuestos que llevaron al Tribunal de primera instancia a declarar la responsabilidad de la entidad, específicamente en lo referente al título de imputación, toda vez que lo que se cuestiona, por una parte es la existencia de un deber de protección en cabeza del Ejército, la obligación de prevenir el mismo y el posible acaecimiento del hecho de un tercero que pueda eximir de responsabilidad a la entidad demandada.

3. Problema Jurídico

21. En consecuencia, procederá la Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos: ¿Es imputable al Estado, a título de falla del servicio, el homicidio de un ciudadano perpetrado durante una toma guerrillera? ¿Puede declararse la configuración del hecho de un tercero cuando la toma está dirigida directamente contra la población, aunque la misma haya sido anunciada con anterioridad y los miembros de la fuerza pública tuviesen conocimiento sobre su posible materialización?

22. Para efectos de dar respuesta a dichos interrogantes se analizará en un primer momento los presupuestos que dan lugar a la responsabilidad del Estado: el daño antijurídico y el título de imputación. Posteriormente se realizará un análisis respecto de la responsabilidad que le asiste al Estado frente a las afectaciones a civiles derivadas de actuaciones realizadas por grupos al margen de la ley, tema en el que se abarcará el estudio del control de convencionalidad, así como de los conceptos doctrinales de posición de garante y responsabilidad por omisiones; de la misma forma se realizará el recuento de los instrumentos nacionales e internacionales que le otorgan unos deberes especiales de protección al Estado respecto de los ciudadanos para, de esta forma, resolver la excepción propuesta

por el ejército para relevarse de responsabilidad, a saber, el hecho de un tercero. Posteriormente se resolverá lo atinente al caso concreto.

4. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

23. La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado, consagrada en la Carta Política colombiana de 1991 viene a reflejar, sin duda alguna, la consolidación del modelo de Estado Social de Derecho, y la superación de la idea de la irresponsabilidad de la administración pública. Con la introducción del artículo 90, se afirmaron los presupuestos en los que se sustenta el Estado moderno, donde la primacía no se agota al respeto de los derechos, bienes e intereses consagrados en las cartas constitucionales, sino que se desdobra de tal manera que implica, también, su reconocimiento, medidas y objeto de protección por parte de las normas de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, con lo que el ámbito de indagación de la responsabilidad se ha venido ampliando de tal manera que permita lograr un verdadero “garantismo constitucional”¹⁷.

23.1. Lo anterior no debe extrañar a nadie, ya que la responsabilidad como instituto viene a aflorar, frente al ejercicio del poder de la administración pública, *“durante la denominada etapa del Estado-policía (Polizeistaat) cuando aparece el reconocimiento de ciertas especies de indemnización debidas a los particulares como consecuencia del ejercicio del poder”*¹⁸. Por el contrario, cuando se llega al modelo del Estado Social de Derecho, la premisa nos lleva a la construcción de los clásicos alemanes administrativistas según la cual la administración pública ya no está llamada a “no” reprimir o limitar las libertades, sino a procurar su eficaz, efectiva y proporcional protección, de tal manera que el Estado debe obedecer al cumplimiento de obligaciones positivas con las que se logre dicha procura, de lo contrario sólo habría lugar a la existencia de los derechos, pero no a su protección.

¹⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Régimen de víctimas y responsabilidad del Estado. Una aproximación al derecho de daños desde la convencionalidad y la constitucionalidad”, Ponencia presentada en el Foro Interamericano De Derecho Administrativo, Ciudad de México, 2014.

¹⁸ GARRIDO FALLA, Fernando. “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, en *Revista de Administración Pública*. No.119, mayo-agosto, 1989, p.8. “En la base de la teoría estaba la consideración de que muchas actuaciones del poder no se diferenciaban en absoluto de las que hubiese podido realizar un particular”.

23.2. La premisa inicial para abordar el tratamiento del régimen de responsabilidad del Estado parte de la lectura razonada del artículo 90 de la Carta Política, según la cual a la administración pública le es imputable el daño antijurídico que ocasiona. En la visión humanista del constitucionalismo contemporáneo, no hay duda que en la construcción del régimen de responsabilidad, la posición de la víctima adquirió una renovada relevancia, sin que pueda afirmarse que con ello se llegue a concluir que desde la nueva carta constitucional el régimen se orienta hacia una responsabilidad objetiva¹⁹.

23.3. En el moderno derecho administrativo, y en la construcción de la responsabilidad extracontractual del Estado lo relevante es la “víctima” y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y de los derechos humanos. Su fundamento se encuentra en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 229 de la Carta Política, y en el ejercicio de un control de convencionalidad de las normas, que por virtud del bloque ampliado de constitucionalidad, exige del juez contencioso observar y sustentar el juicio de responsabilidad en los instrumentos jurídicos internacionales [Tratados, Convenios, Acuerdos, etc.] de protección de los derechos humanos²⁰ y del

¹⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Régimen de víctimas y responsabilidad del Estado. Una aproximación al derecho de daños desde la convencionalidad y la constitucionalidad”, Ponencia presentada en el Foro Interamericano De Derecho Administrativo, Ciudad de México, 2014.

²⁰ Al analizar el caso Cabrera García y Montiel contra México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ferrer Mac-Gregor consideró: “La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió. A su vez, la jurisdicción internacional debe valorar la legalidad de la detención a la luz de la normatividad interna, debido a que la propia Convención Americana remite a la legislación nacional para poder examinar la convencionalidad de los actos de las autoridades nacionales, ya que el artículo 7.2 del Pacto de San José remite a las “Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas” para poder resolver sobre la legalidad de la detención como parámetro de convencionalidad. Los jueces nacionales, por otra parte, deben cumplir con los demás supuestos previstos en el propio artículo 7 para no violentar el derecho convencional a la libertad personal, debiendo atender de igual forma a la interpretación que la Corte IDH ha realizado de los supuestos previstos en dicho numeral”. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No.131, 2011, p.920. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano contra Chile argumentó: “124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párrs. 123 a 125. En tanto que en el caso Cabrera García y Montiel contra México la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es

derecho internacional humanitario, bien sea que se encuentren incorporados por ley al ordenamiento jurídico nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de “*ius cogens*”.

23.4. Esta visión, en la que el ordenamiento jurídico colombiano [y su jurisprudencia contencioso administrativa] está en el camino de consolidarse, responde al respeto de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y al principio “*pro homine*”²¹, que tanto se promueve en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos²². Cabe, por lo tanto, examinar cada uno de los elementos con base en los cuales se construye el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, fundado en el artículo 90 de la Carta Política: el daño antijurídico, y la imputación²³.

23.5. Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”²⁴ de la responsabilidad del Estado²⁵ y se erigió como garantía de los derechos e intereses

consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 12 a 22.

²¹ En la jurisprudencia constitucional colombiana dicho principio se entiende como aquel que “impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional. Este principio se deriva de los artículos 1º y 2º Superiores, en cuanto en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social de Derecho, y como fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como la finalidad de las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades”. Corte Constitucional, sentencia T-191 de 2009. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencias C-177 de 2001; C-148 de 2005; C-376 de 2010.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana de Derechos Humanos)”, del 13 de noviembre de 1985. Serie A. No.5, párrafo 46. Principio que “impone que siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos”.

²³ Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001. En la jurisprudencia 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*”.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. 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*

de los administrados²⁶ y de su patrimonio²⁷, sin distinguir su condición, situación e interés²⁸. 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”*²⁹. 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 potestad³⁰; 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”³¹.

23.6. 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*

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”. 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.

²⁶ 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. Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración. Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.308. La “responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder”.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001. “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”.

²⁸ Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. 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”*. 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.

²⁹ 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.

³⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120. “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”.

³¹ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos³². La constitucionalización de la responsabilidad del Estado no puede comprenderse equivocadamente como la consagración de un régimen objetivo, ni permite al juez contencioso administrativo deformar el alcance de la misma.

23.7. Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado³³ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública³⁴ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo³⁵, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012³⁶ y de 23 de agosto de 2012³⁷.

23.8. En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica³⁸, en la que se debe determinar la atribución conforme a

³² 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; BENOIT, Francis-Paul. “Le regime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Administratif*. Fasc. 700, 715, 716, 720, No.1178, 1954, p.1.

³³ Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. “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”. Puede verse también Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

³⁴ Sección Tercera, sentencia de 21 de octubre de 1999, expedientes 10948-11643. 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”. Sección Tercera, sentencia de 13 de julio de 1993. 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’”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002. 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 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”. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002.

³⁵ MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213. “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”.

³⁶ Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515.

³⁷ Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

³⁸ SANCHEZ MORON, Miguel. *Derecho administrativo*. Parte general., ob., cit., p.927. “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”.

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]. Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que 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 Estado³⁹ según la cláusula social así lo exigen”⁴⁰.

23.9 Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁴¹, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁴². Debe quedar claro, que el derecho no

³⁹ FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil, 7ª ed, Trotta, Madrid, 2010, p.22. “[...] El paradigma del Estado constitucional de derecho –o sea, el modelo garantista- no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la <<racionalidad formal>> y la <<racionalidad material>> weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía Kelsen, únicamente de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una <<racionalidad formal>>; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una <<racionalidad material>> orientada a fines, como lo sería la propia del moderno Estado social. Todos los derechos fundamentales –no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones – equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho” [subrayado fuera de texto].

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁴¹ KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. 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)”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. 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”.

⁴² Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. 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

puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁴³.

23.10 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”⁴⁴. 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”⁴⁵.

23.11 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”⁴⁶. 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 causalidad⁴⁷, donde será determinante la magnitud del riesgo⁴⁸ y su carácter

constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”.

⁴³ 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. “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”.

⁴⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*. Madrid, 1990, pp.77 ss. “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”.

⁴⁵ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁴⁶ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁴⁷ FABRA ZAMORA, Jorge, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, en BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.25 y 26. “[...] Varios factores, como el acelerado desarrollo industrial y la intervención del Estado en la economía, pusieron en jaque a diferentes nociones y conceptos de la sociedad liberal clásica, sin mencionar los cambios en el paradigma filosófico, con la consolidación de la filosofía analítica como la escuela dominante de pensamiento. El problema de la causalidad jugó un papel muy importante en espolear este tipo de visión filosófica. En particular, la obra de H.L.A. HART y ANTHONY HONORÉ sobre la causalidad desde la perspectiva de la filosofía analítica demostró que la “dogmática tradicional (principalmente ocupada de la coherencia y la explicación de la doctrina de la responsabilidad extracontractual) se había agotado así misma”” [subrayado]

permisible o no⁴⁹. 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 causación de un número menor de daños”⁵⁰.

23.12 Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia 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 proporcionalidad⁵¹ 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 ponderación⁵² que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que

fuera de texto].

⁴⁸ FABRA ZAMORA, Jorge, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, en BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, ob., cit., p.103. “[...] Para una teoría adecuada, entonces, propone conceptualizar el estándar de debido cuidado (en su concepto, el fundamento de la compensación), en términos de una imposición razonable de riesgos, en vez de una imposición racional de riesgos, de una forma que determine estándares de conducta y sea compatible con el contrato social”.

⁴⁹ 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”. Sección Tercera, sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente 14170.

⁵⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.171.

⁵¹ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62. “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”.

⁵² ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.64. “La ley de la ponderación

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”⁵³.

23.13 En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “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 protección⁵⁴ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁵⁵. 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 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

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”.

⁵³ 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.

⁵⁴ 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. 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”.

⁵⁵ Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”⁵⁶.

23.14 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”.

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. 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, 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. 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 (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)”. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16. 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”.*

23.15 Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar 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 universal⁵⁷, 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”⁵⁸, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho⁵⁹.

23.16 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 la motivación razonada, sin fijar un solo criterio de motivación de la imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado⁶⁰, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar, en primer lugar, en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos⁶¹, que en

⁵⁷ 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. “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”.

⁵⁸ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.204.

⁵⁹ MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”., ob., cit., p.308. “[...] el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”.

⁶⁰ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

⁶¹ MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, p.211. 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”. Para Martín Rebollo: “Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también

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; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo [probatoriamente] se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera *“en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”*⁶².

23.17 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.

23.18. Además, cabe considerar la influencia que para la imputación de la responsabilidad pueda tener el principio de precaución, al exigir el estudiarla desde tres escenarios: peligro, amenaza y daño. Sin duda, el principio de precaución introduce elementos que pueden afectar en el ámbito fáctico el análisis de la causalidad (finalidad prospectiva de la causalidad), ateniendo a los criterios de la sociedad moderna donde los riesgos a los que se enfrenta el ser humano, la

una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”., ob., cit., p.311.

⁶² Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. *“En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”*.

sociedad y que debe valorar el juez no pueden reducirse a una concepción tradicional superada.

23.19 La precaución es una acepción que viene del latín *precautio* y se compone del *prae* (antes) y la *cautio* (guarda, prudencia). En su definición, se invoca que el “verbo *precauere* implica aplicar el *prae* al futuro –lo que está por venir-, tratándose de un ámbito desconocido pese a las leyes de la ciencia, incapaces de agotar los recursos de la experiencia humana y el verbo *cavere* que marca la atención y la desconfianza” . Su concreción jurídica lleva a comprender a la precaución, tradicionalmente, como aquella que es “utilizada para caracterizar ciertos actos materiales para evitar que se produzca un daño”. Entendida la precaución como principio , esto es, como herramienta de orientación del sistema jurídico “exige tener en cuenta los riesgos que existen en ámbitos de la salud y del medio ambiente pese a la incertidumbre científica, para prevenir los daños que puedan resultar, para salvaguardar ciertos intereses esenciales ligados más a intereses colectivos que a los individuales, de manera que con este fin se ofrezca una respuesta proporcionada propia a la evitabilidad preocupada de una evaluación de riesgos (...) Si subjetivamente, el principio implica una actitud a tener frente a un riesgo, objetivamente, se dirige directamente a la prevención de ciertos daños en ciertas condiciones determinadas” . Luego, la precaución es un principio que implica que ante la ausencia, o insuficiencia de datos científicos y técnicos , es conveniente, razonable y proporcional adoptar todas aquellas medidas que impida o limiten la realización de una situación de riesgo (expresada como amenaza inminente, irreversible e irremediable) que pueda afectar tanto intereses individuales, como colectivos (con preferencia estos).

24. Antes de abordar el estudio de los fundamentos de la responsabilidad y su acreditación para el caso en concreto, debe tenerse en cuenta que en esta providencia la Sala ejerce un control de convencionalidad en los siguientes términos. Aunque no se debate el daño antijurídico debe incluirse dentro del análisis como elemento indiscutible del instituto de la responsabilidad, el cual se encuentra acreditado con las pruebas aportadas y allegadas.

5. Presupuestos del daño antijurídico.

5.1. La noción de daño en su sentido general.

25 Daño ha de entenderse como la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Sin embargo, el daño objeto de la reparación sólo es aquel que reviste la característica de ser *antijurídico*. En este sentido, el daño sólo adquirirá el carácter de *antijurídico* y en consecuencia será indemnizable, si cumple una serie de requisitos como lo son, el de ser personal, cierto y directo, tal y como lo explica Mazeaud:

“Es un principio fundamental del derecho francés, aun cuando no esté formulado en ningún texto legal, que, para proceder judicialmente, hay que tener un interés: «Donde no hay interés, no hay acción». Una vez establecido el principio, ha surgido el esfuerzo para calificar ese interés que es necesario para dirigirse a los tribunales: debe ser cierto, debe ser personal. Pero se agrega: debe ser «legítimo y jurídicamente protegido» [...]”⁶³.

26 Ahora bien, los elementos constitutivos del daño son: (1) la certeza del daño; (2) el carácter personal, y (3) directo. El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual⁶⁴. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto⁶⁵⁻⁶⁶, esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio:

“[...] tanto doctrinal como hipotéticamente ha sido suficientemente precisado que dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales, es indispensable que el daño sea cierto; es decir, que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas; aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. Lo que se exige es que no exista duda alguna sobre su ocurrencia”⁶⁷.

27 La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto, pero, si la existencia del daño es la singularidad de su certeza no se debe sin embargo confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su indemnización⁶⁸. De igual forma, para que el daño se considere existente es

⁶³ MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil*. Parte primera. Volumen I. Introducción al estudio del derecho privado, derecho objetivo y derechos subjetivos. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p.510.

⁶⁴ CHAPUS. “Responsabilité Publique et responsabilité privée”, ob., cit., p.507.

⁶⁵ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

⁶⁶ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente 4333.

⁶⁷ Salvamento de voto del Consejero de Estado Joaquín Barreto al fallo del 27 de marzo de 1990 de la Plenaria del Consejo de Estado, expediente S-021.

⁶⁸ CHAPUS. “Responsabilité Publique et responsabilité privée”, ob., cit., p.403. En el mismo sentido el profesor CHAPUS ha manifestado “lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y dimensión del perjuicio son la medida de la indemnización. Pero bien puede reconocer que la

indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual⁶⁹.

5.2. La noción de daño antijurídico.

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

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

28.2 El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual⁷⁰ y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”⁷¹; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien

responsabilidad se compromete cuando la existencia del perjuicio se establece, sin importar las dudas que se tengan acerca de su extensión exacta”.

⁶⁹ HENAO, Juan Carlos, *El Daño- Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.131

⁷⁰ PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en *Anuario de Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No.4, 2000, p.185. “[...] el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. MARTIN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). *Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA)*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”.

⁷¹ LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de derecho civil*

idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa⁷²; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”⁷³, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos⁷⁴; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general⁷⁵, o de la cooperación social⁷⁶.

28.3 En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”⁷⁷. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha

patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

⁷² SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

⁷³ PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186. “[...] que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”.

⁷⁴ MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, 1ª reimp, Alianza, Madrid, 2001, pp.152 y 153. “Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? [...] el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus miembros de todo daño o vejación”.

⁷⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

⁷⁶ RAWLS, John, *Liberalismo político*, 1ª ed, 1ª reimp, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279. Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: “la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado [...] El otro elemento corresponde a “lo racional”: se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas”.

⁷⁷ 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

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”⁷⁸.

28.4 De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”⁷⁹.

28.5 Se precisa advertir que en la sociedad moderna el instituto de la responsabilidad extracontractual está llamada a adaptarse, de tal manera que se comprenda el alcance del riesgo de una manera evolutiva, y no sujeta o anclada al modelo tradicional. Esto implica, para el propósito de definir el daño antijurídico, que la premisa que opera en la sociedad moderna es aquella según la cual a toda actividad le son inherentes o intrínsecos peligros de todo orden, cuyo desencadenamiento no llevará siempre a establecer o demostrar la producción de un daño antijurídico. Si esto es así, sólo aquellos eventos en los que se encuentre una amenaza inminente, irreversible e irremediable permitirían, con la prueba correspondiente, afirmar la producción de un daño cierto, que afecta, vulnera,

punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.168. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuricidad (sic)”.

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, ob., cit., p.297. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuricidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”.

⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuricidad 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.

aminora, o genera un detrimento en derechos, bienes o interese jurídicos, y que esperar a su concreción material podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece⁸⁰.

28.6 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”⁸¹. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁸², anormal⁸³ y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁸⁴.

5.3. Daño antijurídico en el caso concreto.

29. En el caso concreto se encuentra que el 24 de septiembre de 1998 la guerrilla de las FARC realizó una incursión armada al municipio de Dadeiba, Antioquia, en la que murió el señor Mauricio de Jesús Giraldo Vélez. Con la materialización de estos hechos, además de configurarse una seria afectación a los derechos a la

⁸⁰ HENAO, Juan Carlos, “De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés”, en VVAA, *Daño ambiental*, T.II, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.194, 196 y 203. “[...] el daño que se presenta a partir de la simple amenaza que permite inferir el agravamiento de la violación del derecho, sin que suponga su destrucción total, no se incluye en los estudios de la doctrina sobre el carácter cierto del perjuicio. Y sin embargo, esta situación también se expresa en el carácter cierto del perjuicio. La única diferencia radica en que la proyección en el futuro se hará a partir de la amenaza y hasta la lesión definitiva y no respecto de las consecuencias temporales de esta última. Por esta razón es necesario tener en cuenta esta nueva situación y hacer una proyección en el futuro partiendo de la amenaza del derecho que implicará un agravamiento de la lesión del mismo [...] Se parte, en acuerdo con C. THIBIERGE cuando expone las carencias actuales de la responsabilidad civil, de tener en cuenta “el desarrollo filosófico del principio de responsabilidad y la idea de una responsabilidad orientada hacia el futuro que le permitiría al derecho liberarse de la necesidad de un perjuicio consumado y de crear una responsabilidad sólo por la simple amenaza del daño, con la condición de que éste último sea suficientemente grave” [...] La alteración del goce pacífico de un derecho es un perjuicio cierto. Aunque se pudiese reprochar que la amenaza de un derecho es por definición contraria a su violación, y por consecuencia, es contraria (sic) a la noción de daño, se reitera que la mera amenaza de violación es de por sí un daño cierto y actual. En efecto, el sentido común indica que el uso alterado de un derecho no es un goce pleno y pacífico de este, precisamente porque supone que se encuentra disminuido [...] La necesidad de estudiar la amenaza de agravación del derecho en la certeza del daño. Los desarrollos de esta primera parte nos permiten concluir que la amenaza de daño pertenece al ámbito del régimen jurídico del daño y por ende de la responsabilidad civil. Excluirla de la materia deja una parte esencial del daño sin estudio, permitiendo que se instauren concepciones en las cuales el derecho procesal limita el derecho sustancial”.

⁸¹ Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550. Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle 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”.

⁸² Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

⁸³ Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166. “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”.

⁸⁴ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

vida, libertad, integridad y seguridad de la población; se vulneraron directamente una serie de derechos fundamentales de cada uno de los integrantes de la familia de la demandante, como a continuación se expone.

29.1. En primer lugar, existió una clara vulneración del derecho a la vida de Mauricio de Jesús Giraldo Vélez, quien fue asesinado a manos del grupo armado insurgente, como se encuentra probado en el expediente⁸⁵. A su vez, de dicha afectación, se desprendió necesariamente una serie de transgresiones a los derechos de los miembros de su núcleo familiar, como el derecho a la familia, y el derecho colectivo a la seguridad (quebrantamiento que se predica de todos los habitantes del municipio de Dadeiba).

29.2. Respecto de los elementos que le otorgan la característica de antijuridicidad al daño padecido, se evidencia que en el caso particular no existe ningún fundamento para los hechos que tuvieron lugar en el municipio y, en consecuencia, el resultado generado con la incursión del grupo armado insurgente a la Dadeiba de ninguna forma puede ser oponible a sus habitantes y mucho menos soportado por los mismos; es decir, la muerte, en este caso, del señor Giraldo Vélez, no constituyó un hecho que ni la víctima ni sus familiares estaban llamados a soportar bajo ningún presupuesto legal, constitucional o judicial y, en consecuencia, se constituyó en un daño antijurídico o contrario a derecho.

29.3. De la misma forma, las afectaciones derivadas de la toma guerrillera y la falta de intervención del Ejército Nacional, antes y durante el ataque, generaron un afectación directa a los pobladores de Dadeiba que, al igual que la muerte del señor Giraldo, no es trasladable a la población, toda vez que, como ya fue estudiado, la Fuerza Pública tiene un deber de protección frente a los civiles en medio del conflicto.

29.4. De esta forma, es claro que en el presente caso existió un daño cierto, demostrado y antijurídico padecido por los demandantes y, por esta razón, será necesario determinar a quién es imputable dicho resultado.

6. El control oficioso de convencionalidad.

30. Culminado el análisis respecto de los elementos de la responsabilidad extracontractual de Estado, es pertinente referirse respecto del control oficioso de

⁸⁵ Fls. 20-24, C.1.

convencionalidad, toda vez que de dicho instrumento necesariamente se derivan ciertas obligaciones en cabeza del Estado, como las que se evalúan en el presente caso.

31. El control de convencionalidad⁸⁶ es una manifestación de la constitucionalización del derecho internacional; también llamado, con mayor precisión, como el “control difuso de convencionalidad,” implica el deber de todo juez nacional de *“realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”*⁸⁷

31.1 Si bien, como construcción jurídica, el control de convencionalidad parece tener su origen en la sentencia proferida en el “caso Almonacid Arellano y otros vs Chile,”⁸⁸ lo cierto es que desde antes del 2002,⁸⁹ e incluso en la jurisprudencia de los años noventa de la Corte Interamericana de Derechos, ya se vislumbraban ciertos elementos de este control de convencionalidad.

31.2 Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado,⁹⁰ aunque en su formulación inicial se señalaba que eran los jueces los llamados a ejercerlo.

⁸⁶ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”, en BREWER CARÍAS, Allan R., SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (Autores). Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, 1 ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Págs. 175-181

⁸⁷ “Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. FERRER MAcGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014].

⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

⁸⁹ “[...] El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, v.gr., en los casos Myrna Mack Chang (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y Tibi (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4)”. SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123: “El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”.

31.3 Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar cómo en el “caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,” la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, pues allí se afirma que constituye una obligación en cabeza del poder judicial ya que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma⁹¹ y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.”⁹²

31.4 Lo anterior indica claramente que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una “interpretación convencional” para determinar si aquellas normas son “compatibles” con los mínimos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.⁹³, [sin que la convencionalidad sea absoluta, ya que puede limitarse precisamente a la tutela interna de los derechos fundamentales, esenciales y a los principios democráticos básicos, tal como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Alemán en las sentencia Solange I, Solange II, Maastricht, Lisboa, entre otras].

31.5 Ese control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así:

“[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde

⁹¹ “[...] El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente”. CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf; consultado el 9 de febrero de 2014].

⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

⁹³ “[...] Se trata de un estándar “mínimo” creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad” otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales”. FERRER MAcGREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf; consultado el 9 de febrero de 2014].

un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”⁹⁴.

31.6 En suma, dada la imperiosa observancia de la convencionalidad basada en los Derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia decantada por la Corte Interamericana, como criterio interpretativo vinculante, es que se encuentra suficiente fundamento para estructurar el deber jurídico oficioso de las autoridades estatales –y en particular de los jueces- de aplicar la excepción de in-convencionalidad para favorecer las prescripciones normativas que emanan de la Convención por sobre los actos jurídicos del derecho interno.

31.7 Esta afirmación se fundamenta no sólo en la prohibición que tiene todo Estado parte de un tratado de no oponer su derecho interno para incumplir los acuerdos internacionales,⁹⁵ sino también en la pretensión de justicia que intrínsecamente encierran las disposiciones convencionales, comoquiera que el *telos* de ésta y de su intérprete último es el de privilegiar la vigencia de los Derechos Humanos y del principio democrático en cada uno de los países firmantes de la Convención.

31.8 Dicho con otras palabras, no es la autoridad local quien determina la medida y alcance de la Convención, sino que es la Convención la que les determina a las autoridades nacionales su medida y alcance competencial a la luz de sus disposiciones.

⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En opinión de Ferrer MacGregor: “*Si observamos los alcances del “control difuso de convencionalidad”, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de “bloque de constitucionalidad” derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un “deber” de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un “bloque de convencionalidad” para establecer “estándares” en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional*”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014].

⁹⁵ Se trata del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que establece: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

31.9 El control de convencionalidad como construcción jurídica no se agota en el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos, sino que ha tenido cabida cuestionada en el derecho comunitario europeo, en el que se planteó la denominada doctrina “Simmenthal”. Se trata del caso “Administration des finances italiennes c. Simmenthal”, sentencia del 9 de marzo de 1978 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el que consideró:

“[...] El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicarlas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”⁹⁶

31.10 En tanto que en el derecho europeo de los derechos humanos, se encuentra que la Corte Europea de Derechos Humanos ha venido aplicando el control de convencionalidad, operándolo tanto frente Constituciones, como respecto de leyes de los Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos. En ese sentido se puede citar los siguientes casos: a) *Partie communiste unifié de Turquie*, sentencia de 20 de noviembre de 1998; b) caso *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres*, sentencia de 28 de octubre de 1999⁹⁷; c) caso *Open Door y Dublin Well Woman*⁹⁸

31.11 Como puede observarse, el control de convencionalidad no es una construcción jurídica aislada, marginal o reducida a sólo el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos. Por el contrario, en otros sistemas de derechos humanos, como el europeo, o en un sistema de derecho comunitario también ha operado desde hace más de tres décadas, lo que implica que su maduración está llamada a producirse en el marco del juez nacional colombiano.

31.12 Y justamente esta Corporación ya ha hecho eco de la aplicabilidad oficiosa e imperativa del control de convencionalidad conforme a la cual ha sostenido el deber de los funcionarios en general, y en particular de los jueces, de proyectar sobre el orden interno y dar aplicación directa a las normas de la Convención y los

⁹⁶ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso “administration des finances italiennes c. Simmenthal”, sentencia de 9 de marzo de 1978, en FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, p.1207.

⁹⁷ Puede verse en: SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l’homme*, 8eme ed, Paris, PUF, 2006, p.191-2.

⁹⁸ Puede verse: RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1997, p.42.

criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; tales cuestiones han sido abordadas en aspectos tales como los derechos de los niños, la no caducidad en hechos relacionados con actos de lesa humanidad, los derechos a la libertad de expresión y opinión, los derechos de las víctimas, el derecho a la reparación integral, el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho a la protección judicial, entre otros asuntos⁹⁹.

31.13. En la reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso García Ibarra y otros contra Ecuador, sentencia de 17 de noviembre de 2015, se sostiene que es *“precisamente en función de ese principio de complementariedad que, en la jurisprudencia de la Corte, se ha desarrollado la concepción de que todas autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tiene la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”. De este modo, solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno, como correspondería primariamente hacerlo a cualquier Estado Parte en la Convención en ejercicio efectivo del control de convencionalidad, entonces el caso podría llegar ante el Sistema”*.

31.14. En conclusión, el presente caso será examinado bajo la lupa de las normas convencionales, teniendo en cuenta que por las circunstancias en que ocurrió la desaparición forzada del señor Rafael Hernán Sánchez Pinillos en hechos ocurridos el 21 de agosto de 1995 en Planadas, y por las condiciones en las que este tipo de eventos se vienen presentando en el estado colombiano en el marco del conflicto armado interno, debe ser considerado como un caso de grave vulneración de los derechos humanos, violación del derecho internacional humanitario y como un acto de lesa humanidad.

⁹⁹ Véase, entre otras, las siguientes providencias: sentencia de 25 de mayo de 2011 (expediente 15838), sentencia de 25 de mayo de 2011 (expediente 18747), sentencia de 8 de junio de 2011 (expediente 19772), sentencia de 31 de agosto de 2011 (expediente 19195), sentencia de 1° de febrero de 2012 (expediente 21274), sentencia de 18 de julio de 2012 (expediente 19345), sentencia de 22 de octubre de 2012 (expediente 24070), sentencia de 19 de noviembre de 2012 (expediente 25506), sentencia de 27 de febrero de 2013 (expediente 24734), sentencia de 20 de junio de 2013 (expediente 23603), sentencia de 24 de octubre de 2013 (expediente 25981), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 40802), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 26013), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 25813), sentencia de 3 de marzo de 2014 (expediente 47868), sentencia de 26 de marzo de 2014 (expediente 29129), sentencia de 8 de abril de 2014 (expediente 28330), sentencia de 8 de abril de 2014 (expediente 28318), sentencia de 14 de mayo de 2014 (28618), sentencia de 9 de julio de 2014 (expediente 30823), sentencia de 9 de julio de 2014 (expediente 28318), sentencia de 12 de julio de 2014 (expediente 28433), sentencia de 28 de agosto de 2014 (expediente 26251), sentencia de 20 de octubre de 2014 (expediente 31250), sentencia de 12 de noviembre de 2014 (expediente 28505). Auto de 24 de septiembre de 2012 (expediente 44050), Auto de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de diciembre de 2012 (expediente 45679), Auto de 17 de septiembre de 2013 (expediente 45092), Auto de Sala Plena de Sección de 17 de octubre de 2013 (expediente 45679), Auto de 26 de septiembre de 2013 (expediente 42402), entre otras providencias.

7. Responsabilidad del Estado tratándose de daños causados por las acciones de grupos armados insurgentes.

32. En la dilatada jurisprudencia de esta Corporación se ha abordado la responsabilidad del Estado con ocasión de actos de grupos armados insurgentes atendiendo a los diversos criterios de motivación para la imputación desarrollados, es decir, falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial, los cuales deben ser observados, según las particularidades fácticas y probatorias que cada caso enseñe, siguiendo así lo ya establecido por el pleno de la Sección en la providencia de 19 de abril de 2012, cuando sentenció que *“el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”*¹⁰⁰.

33. En efecto, la falla del servicio, que es el criterio de imputación que debe verificarse, ab initio, para establecer la responsabilidad del Estado tratándose de daños causados por grupos armados insurgentes tiene como presupuesto el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención –deberes negativos– como de acción –deberes positivos– a cargo del Estado, empero, para que se genere responsabilidad con fundamento en ello es menester acreditar, a título enunciativo, i) el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, ii) la omisión en el despliegue de las acciones, medidas o medios razonable y ponderadamente disponibles [no debe olvidarse que por virtud del artículo 2 de la Carta Política y del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado debe realizar o adoptar todas medidas tendientes a la protección de los derechos humanos, en caso de verse afectados bien sea por su acción, o derivados de actos de sujetos privados en lo saque se hace imprescindible y necesaria la acción protectora o positiva del Estado¹⁰¹; iii) la inactividad de la administración pública, concretada en el ejercicio de las acciones, medidas o medios disponibles de manera limitada, insuficiente, o sin lograr su pleno despliegue para la protección eficaz de los derechos, bienes e intereses de los

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera. Sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515. Postura reiterada en el fallo de 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

¹⁰¹ “[...] La justicia kantiana requiere la intervención del “derecho público” para la realización completa de los derechos y permitir que todos los títulos provisionales en el estado de naturaleza, sean completos bajo el Estado”. FABRA ZAMORA, Jorge, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, En: BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds.). La Filosofía de la Responsabilidad Civil, Universidad Externado de Colombia, 2013, p.86.

ciudadanos; y, o iv) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración. Como en los daños causados por la acción de grupos insurgentes se está en presencia de un hecho de un tercero, desde un plano causal, deberá demostrarse la cognosibilidad real del peligro (la situación de amenaza o riesgo) que corre el bien jurídico que debe ser protegido, al igual que la posibilidad material de actuar en defensa del mismo, o bien por el negligente o inadecuado despliegue de las acciones de defensa ejecutadas por la fuerza pública¹⁰². Al respecto el precedente jurisprudencial de esta Corporación ha precisado:

“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 terrorista. 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 (...).”¹⁰³

34. Frente a lo anterior, se afirma que la modulación de los derechos constitucional y convencionalmente reconocidos y consagrados (tanto en la Constitución Política como en la Convención Americana de Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales vinculantes de protección de los Derechos Humanos) lleva a la construcción teórica según la cual al Estado no solamente le son exigibles deberes de abstención, sino que también, como presupuesto de eficacia de los derechos¹⁰⁴, es necesario ejecutar acciones positivas; o, en otros

¹⁰² “Ni hay responsabilidad de un sujeto siempre que el comportamiento de éste se inserta en la cadena causal que lleva a la producción del daño, ni se inserta dicha conducta en tal cadena causal siempre que al sujeto se le imputa responsabilidad por el daño. Lo primero se aprecia siempre que entran en juego aquellos patrones de exclusión de la responsabilidad que los penalistas denominan “reglas de imputación objetiva” y que también en este campo concurren. Dichos patrones no niegan la condición de causa o concausa que reviste la conducta del sujeto, sino que excluyen la relevancia de dicha causalidad a efectos de imputación de la responsabilidad. No se discute tal causación empírica sino que, en el conjunto de las causas, el sistema jurídico realiza una selección y tal selección se lleva a cabo, como no puede ser de otra manera, con patrones propios y específicos del sistema jurídico mismo, con pautas jurídico-normativas.” GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Razones para una teoría normativista de la responsabilidad civil extracontractual. En: BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds.). La Filosofía de la Responsabilidad Civil, Ibíd. pág. 258-259.

¹⁰³ Sección Tercera. Sentencia de 27 de noviembre de 2002. Radicado: 13774.

¹⁰⁴ “[...] Sin embargo, más allá de esto, la idea de que los derechos aparecen delimitados desde la Constitución, o de que [sic] entre los derechos y sus límites existen fronteras nítidas, creo que es una idea errada: desde la Constitución, es imposible formular un catálogo exhaustivo de los supuestos de aplicación de los derechos, así como de todas sus excepciones [...] desde la Constitución sabemos cuáles son los derechos y, con mayor dificultad desde luego, cuáles son sus límites, pero ello no nos permite responder de forma exhaustiva y concluyente a la cuestión de qué conductas –que pueden ser objeto de regulación legal- caen del lado de los derechos o del lado de los límites; es más, en el plano de los enunciados constitucionales, o antes de su interpretación, es perfectamente verosímil afirmar que una acción forma parte de ambas esferas, esto es, presenta propiedades adscribibles [sic] tanto al ámbito del derecho como al ámbito de su límite”. PRIETO SANCHIS, Luis, Justicia constitucional y derechos constitucionales, 2ª ed, Trotta, Madrid, 2009, ps.220, 223 y 224.

términos, que en el modelo de Estado Social de Derecho desarrollado a partir de las disposiciones constitucionales y convencionales se hace imprescindible no sólo el reconocimiento de la existencia de los derechos de los ciudadanos, sino también el despliegue de acciones positivas¹⁰⁵.

35. En ese sentido, como la eficacia y protección de los derechos constitucional y convencionalmente reconocidos exige del Estado contemporáneo el cumplimiento de deberes, acciones u obligaciones positivas, cabe encuadrarlos desde la perspectiva de la posición de garante, en todos los ámbitos de la actividad administrativa, pero estableciendo el alcance razonable y ponderado según se presente cada supuesto de actividad. Lo anterior implica, que el elemento de imputación, al momento de determinar la responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado, debe orientarse hacia la demostración del resultado dañoso atribuible para el caso del conflicto armado a la falta de correspondencia de aquel – la amenaza cierta o el riesgo, en cada caso, materializados en un daño - respecto al deber positivo, esto es, a la obligación de dispensar el servicio de vigilancia, seguridad y protección.

36. En lo que concierne a la operancia del riesgo excepcional como criterio de imputación en los casos de daños antijurídicos causados por la actividad de grupos armados insurgentes, habrá lugar a encuadrar en el mismo cuando el daño ocurre como consecuencia de la actividad legítima de la administración pública, que comporta un riesgo de naturaleza anormal, o que resulta excesivo bien sea porque incrementó aquel que es inherente o intrínseco a la actividad, o porque en el despliegue de la actividad se crean riesgos que en atención a su exposición e intensidad desbordan o excedan lo razonablemente asumible por el perjudicado.

¹⁰⁵ Respecto de las acciones positivas fácticas Alexy ha abordado el tema, de manera explicativa, en los siguientes términos: “Se trata de un derecho a una acción positiva fáctica cuando se considera el derecho del propietario de una escuela privada a recibir subvenciones estatales¹⁰⁵, cuando se fundamenta la existencia de un derecho a un mínimo vital o se considere una <<pretensión individual del ciudadano a la creación de plazas de estudio>>. Que la satisfacción de este tipo de derechos se lleve a cabo de una forma, que en ciertos aspectos (sic) es jurídica, no altera en nada el carácter del derecho como un derecho a una acción fáctica”. Y en cuanto a la forma como el obligado (el Estado) debe satisfacer dicha obligación se precisa: “Para la satisfacción del derecho es indiferente la forma como ella se lleve a cabo. Lo decisivo es únicamente que después de la ejecución de la acción, el propietario de la escuela privada disponga de medios suficientes; que el necesitado disponga de las condiciones mínimas de existencia y que le que desea estudiar disponga de una plaza de estudios. La irrelevancia que la forma jurídica de la ejecución de la acción tiene para la satisfacción del derecho es el criterio para delimitar de los derechos a acciones positivas fácticas y a acciones positivas normativas”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, 2ª ed, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008. [Traducción de Carlos Bernal Pulido], p.171.

37. En efecto, es claro que en el desarrollo de las actividades cotidianas del mundo moderno la sociedad se enfrenta a situaciones de riesgo que le son ineludibles, y dentro de tal contexto la administración pública, como lo indica Forsthoff *“puede crear estas situaciones excepcionales de peligro a las que nadie puede sustraerse y en las que ninguna protección existe para el particular”*¹⁰⁶, lo cual impone al Estado, por razón de justicia distributiva, la reparación de los daños causados¹⁰⁷. Sobre este tema esta Corporación ha aplicado este criterio de imputación, en ciertas ocasiones, guiado por un argumento causal, como es que el ataque del grupo armado se haya dirigido en contra de un establecimiento del Estado¹⁰⁸.

38. Por último, el otro criterio de imputación aplicable en casos en los que se discute la responsabilidad del Estado por acciones de grupos armados insurgentes es el de daño especial, que corresponde a un criterio de imputación en donde el desequilibrio de las cargas públicas, la equidad y la solidaridad son sus fundamentos¹⁰⁹, *“como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado”*¹¹⁰.

39. Así, en cada caso, lo que debe examinarse es si por las condiciones que revista el daño antijurídico este se puede considerar como un acentuado y singular desequilibrio anormal de las cargas públicas que deben ser asumidas por los administrados¹¹¹ entendiéndose como normal aquella carga que es ordinaria a la vida en sociedad.

¹⁰⁶ FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1958. Pág. 467.

¹⁰⁷ Ob cit. Pág. 467.

¹⁰⁸ “También ha determinado la Sala la imputabilidad al Estado por los daños sufridos por quienes son sometidos a la exposición a un riesgo de naturaleza excepcional, creado por la administración en cumplimiento del deber constitucional y legal de proteger a la comunidad en general. Para que el hecho violento del tercero pueda ser imputable al Estado, se requiere que éste haya sido dirigido contra un establecimiento”¹⁰⁸. Sección Tercera, sentencia de 5 de diciembre de 2006. Radicado: 28459.

¹⁰⁹ “la teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto”. Sección Tercera. Sentencia de 3 de mayo de 2007. Radicado: (16696)

¹¹⁰ Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 2005. Expediente: 24671.

¹¹¹ Al respecto Michell Paillet, sostiene: “Esta condición es la traducción obligada de la idea según la cual solo hay carga pública cuando el que reclama una compensación ha padecido una suerte más desfavorable que implican los inconvenientes normales de la vida en sociedad. Esta, en efecto, procura ciertas ventajas y sus posibles inconvenientes deben ponerse en la balanza: para que esta especie de balance sea desequilibrado es necesario que el perjuicio causado por la Administración Pública sea verdaderamente anormal y que no constituya “una carga que incumbe normalmente al interesado” (sentencia Couiteas, pret.)” PAILLET, Michell. La Responsabilidad Administrativa. Universidad Externado, Bogotá, 2001. Pág. 220.

40. Para el caso concreto de los ataques de grupos armados insurgentes no hay duda que excede a lo normal la afectación a los bienes muebles o inmuebles que se produce como consecuencia del armamento empleado y que conlleva la destrucción, depreciación o disminución del valor, cantidad y/o destinación de los mismos. Sobre la aplicación del daño especial cuando se presentan actos terroristas la jurisprudencia de la Corporación ha reconocido su aplicación partiendo de la propia concepción de lo que supone un ataque terrorista, pues, este se dirige contra la sociedad en general pero se realiza, materialmente, en una determinada persona o grupo de personas que, en razón a esa excesiva carga asumida, son merecedoras de una indemnización asumida por toda la sociedad¹¹².

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

“Las explicaciones que se dieron en el capítulo anterior sobre el daño especial como título de imputación por ataques terroristas, permiten deducir la responsabilidad del Estado a partir del resultado dañoso, superior al que ordinariamente deben soportar y diferente del que asumen los demás pobladores, y proveniente del enfrentamiento armado entre las fuerzas del orden y el grupo subversivo de quien provino el ataque terrorista. Si bien como consecuencia de dicho enfrentamiento se causaron daños a los inmuebles contiguos al sitio de ubicación de la estación de policía, objeto central del atentado, la actuación de la fuerza pública fue legítima, en cuanto se desarrolló en cumplimiento de su obligación constitucional de defender la vida y los bienes de los administrados (...)”¹¹³

42. Es la ruptura del equilibrio las cargas públicas, y la solidaridad como trasfondo filosófico que la orienta, el eje de la atribución de responsabilidad en estos casos,

¹¹² Sección Tercera. Sentencia de 18 de marzo de 2010. Radicado: 15591. En dicha providencia se sostiene adicionalmente: “Por lo que queda dicho, utilizar el daño especial como criterio de imputación en el presente caso implica la realización de un análisis que, acorde con el art. 90 Const., tome como punto de partida el daño antijurídico que sufrieron los demandantes; que se asuma que el daño causado, desde un punto de vista jurídico y no simplemente de las leyes causales de la naturaleza, se debe entender como fruto de la actividad lícita del Estado; y, que, por consiguiente, concluya que es tarea del Estado, con fundamento en el principio de solidaridad interpretado dentro del contexto del Estado Social de Derecho, equilibrar nuevamente las cargas que, como fruto de su actividad, soporta en forma excesiva uno de sus asociados, alcanzando así una concreción real el principio de igualdad.”

¹¹³ Sección Tercera. Sentencia de 2 de octubre de 2008. Radicado: 52001-23-31-000-2004-00605-02 (AG).

pues comprendida dentro del marco del Estado Social de Derecho, -y consagrada normativamente en el artículo 1° constitucional¹¹⁴- resulta razonable imponer al Estado, en representación de la sociedad, la obligación de indemnizar a quienes materialmente se han visto afectados con el despliegue de una acción desplegada por grupos armados insurgentes, pues en virtud de dicho fin constitucional *“al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, (...) a través de la inversión en el gasto social, [o] adoptando medidas en favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.”*¹¹⁵

8. El régimen de imputación de la responsabilidad del Estado en el caso de protección a la población civil obedece a las obligaciones de protección y atención a la población civil que convencional, constitucional y legalmente existen en cabeza del Estado, dentro del marco del conflicto armado interno.

43. Los antecedentes que muestran la realidad colombiana, y específicamente, en el caso concreto es posible dilucidar que el municipio de Dadeiba, ocupado en el Urabá antioqueño era una zona de constante actividad insurgente, lo cual necesariamente implicaba una especial importancia respecto del deber de anticipación en cabeza del Estado que, como lo ha explicado la Sala¹¹⁶ en otras oportunidades, comprende todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren el cumplimiento de los mandatos de protección derivados del derecho internacional humanitario aplicables al conflicto armado interno, de la constitución nacional y del régimen legal y reglamentario, especialmente, cuando se trata de resguardar a la población civil en el respeto de sus derechos, bienes e intereses, esencialmente la debida garantía del derecho a la vida y a la integridad psicofísica.

¹¹⁴ Constitución Política. Artículo 1°. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

¹¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-237/1997. M.P.: Carlos Gaviria Díaz. Y continúa la sentencia indicando: “Es claro que el Estado no tiene el carácter de benefactor, del cual dependan las personas, pues su función no se concreta en la caridad, sino en la promoción de las capacidades de los individuos, con el objeto de que cada quien pueda lograr, por sí mismo, la satisfacción de sus propias aspiraciones.”

¹¹⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencias del 19 de agosto de 2011. Exp: 20.227. CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 31 de agosto de 2011. Exp: 19.195. CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

44. Desde la perspectiva convencional, esto es, del derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, debe observarse lo consagrado en el Convenio IV de Ginebra del 12 de agosto de 1949, “relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra” (ratificado por Colombia el 8 de noviembre de 1961), y en el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, “relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”.

45. De acuerdo con el Convenio IV de Ginebra son aplicables en este tipo de eventos, y dentro del concepto de conflicto armado interno el artículo 3 común, ya que tratándose de conflictos no internacionales el Estado parte está llamado a aplicar “*como mínimo*” los siguientes criterios:

“[...] 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades [...] y las personas puestas fuera de combate por [...] detención o por cualquier otra causa, serán en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios [...]” [subrayado fuera de texto].

46. Asimismo, tratándose de situaciones ocurridas en el marco del conflicto armado interno, el Estado debe orientar su accionar no sólo a cumplir los mandatos constitucionales [artículo 2, especialmente, de la Carta Política] y legales, sino también a dar cabal aplicación y respetar lo consagrado en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra, en especial los siguientes mandatos positivos: i) es aplicable a los conflictos armados “que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo” (artículo 1); ii) será aplicable “a todas las personas afectadas por un conflicto armado” (artículo 2); iii) la invocación de este Protocolo, en los términos del artículo 3.1, no puede hacerse con el objeto de “menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la

ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos” (respeto del principio de soberanía en sus dimensiones positiva y negativa); iv) como garantía fundamental se establece que todas “las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor (...) Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes” (artículo 4.1); y, v) se prohíben los “atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio (...) o toda forma de pena corporal” [artículo 4.2].

47. La Sala tiene en cuenta, que el “artículo 1 de la Declaración universal, al resumir los tres grandes principios de la Revolución francesa, establece, entre otras cosas, que *“todos los seres humanos (...) deben tratarse unos a otros con un espíritu de hermandad”*. El orden social y la comunidad a la que el individuo pertenece son colocados asimismo en la adecuada perspectiva de los derechos humanos en los artículos 28 y 29 de la Declaración universal y en el párrafo quinto del preámbulo de los Convenios internacionales sobre derechos humanos”¹¹⁷.

48. En tales casos, todas las normas de derechos humanos cuya derogación está prohibida siguen en pleno vigor. Estas normas están confirmadas o complementadas por la normativa específica de los conflictos armados no internacionales, que forman parte de la normativa humanitaria”¹¹⁸. Dicha protección tiene su base en los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos -artículos 1.1¹¹⁹ (“Obligación de respetar los

¹¹⁷ La “vida humana en sus múltiples relaciones sociales halla reconocimiento y expresión bajo la tutela de la promoción y protección de los derechos humanos”. BOVEN, Theodoor C. Van. “Criterios distintivos de los derechos humanos”, en VASAK, Karel (ed) Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. V.I. 1A ed. Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, p.95.

¹¹⁸ “Aunque la Declaración universal tuvo influencia en los redactores de las convenciones de Ginebra, la normativa internacional sobre derechos humanos y las normas humanitarias afrontan el problema de los conflictos armados internos de diferentes modos. La primera se encuadra en el marco del ius ad bellum según lo previsto en la Carta de las Naciones Unidas, de acuerdo con la cual queda prohibido el recurso a la fuerza y, en consecuencia, está dirigido a la conservación de la paz. La segunda, por su parte, forma parte (sic) del ius in bello: establece las normas que rigen el uso de la fuerza sin examinar las causas del conflicto de acuerdo a los principios de la Cruz Roja y, en especial, los principios humanitarios”. NEWMAN, Frank C; VASAK, Karel. “Derechos civiles y políticos”, en VASAK, Karel (ed) Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. V.I. Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, pp.285 y 286.

¹¹⁹ “Como se puede observar, de la lectura de este artículo (artículo 1º de la Convención Americana) se desprenden dos obligaciones para los Estados parte, en relación con los derechos consagrados en el texto de la Convención, a saber: i) la obligación de respeto, que exige del Estado una conducta de abstención, denominada también obligación negativa y, por otro lado, ii) se impone una obligación de garantía, que exige a los Estados parte emprender las acciones necesarias tendientes a asegurar que todas las personas sujetas a su

derechos”), 2 (“Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), y 21¹²⁰ (“Derecho a la propiedad privada”).

60. Con relación a lo anterior, la Sala de Sub-sección C encuentra que la protección de la población civil, no está reducida a los contornos de nuestra Carta Política, sino que se extiende a las cláusulas del derecho internacional público y se consagran tanto en el ámbito internacional humanitario, como en el de la protección de los derechos humanos¹²¹.

49. En ese sentido, se considera necesario *“asegurar, en el plano internacional y en el plano interno, la efectiva aplicación de las normas convencionales antes señaladas. Sobre todo si se considera la naturaleza del Derecho internacional imperativo “ius cogens” que poseen en su mayor parte dichas normas, lo que se expresa, entre otras cosas, en el hecho de quedar sustraída su aplicación a la lógica de la reciprocidad –el respeto de ciertas normas humanitarias básicas no queda supeditado a que el adversario las respete por su parte- y en el hecho de generar obligaciones erga omnes, esto es, frente a todos, que en cuanto tales excluyen la posibilidad de prescindir de su acatamiento incluso si las personas*

jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y garantizarlos. Sobre el alcance de esta disposición, (artículo 2° de la Convención Americana) la Corte Interamericana, ha precisado que este deber tiene dos implicaciones: “Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”. Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273.

¹²⁰ Derecho cuyo alcance ha sido establecido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 28 de noviembre de 2007, caso Chaparro Álvarez y Lopo Íñiguez vs. Ecuador: “[...] 174. La jurisprudencia del Tribunal ha desarrollado un concepto amplio de propiedad que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor. Asimismo, la Corte ha protegido a través del artículo 21 convencional los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas. La Corte observa, sin embargo, que el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, pues en el artículo 21.2 de la Convención se establece que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos, practicarse según las formas establecidas por la ley y efectuarse de conformidad con la Convención”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 6 de mayo de 2008, caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador: “60. El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 25 de octubre de 2012, caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador.

¹²¹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

*protegidas manifestaran la intención de renunciar a los derechos correlativos a esas obligaciones*¹²².

50. Es así que la Sala respecto de la protección de la población civil, y singularmente de los derechos humanos de los ciudadanos con ocasión a ataques o incursiones armadas a poblaciones, encuentra que las obligaciones convencionales tienen en cuenta en su base normativa la protección de la población civil¹²³, obligaciones y mandatos positivos que pueden exigirse de la aplicación sistemática de los artículos 1, 2, 11, 13, 93, 214 y 229 de la Carta Política¹²⁴.

51. Entonces, también **desde la perspectiva de la organización interna**, debe resaltarse que de conformidad con el artículo 2° Constitucional, las autoridades públicas están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes, obligación que se concreta en la protección a la población civil¹²⁵, aunque, igualmente, cubre a los propios miembros de la Fuerza Pública¹²⁶, de manera que, además de las obligaciones convencionales, en cabeza del Estado se halla el deber constitucional de diseñar las estrategias, protocolos y políticas de seguridad dirigidos a reducir los riesgos a los que normalmente se encuentran expuestos los habitantes del territorio nacional.

¹²² PEREZ GONZALEZ, Manuel. “Introducción; El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto”, en RODRIGUEZ – VILLASANTE, José Luis (Coord) Derecho internacional humanitario., ob., cit., p.46. Puede verse Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹²³ “En su <Informe del Milenio> (‘Nosotros los pueblos’. La función de las Naciones Unidas en el siglo XXI), el Secretario General de las Naciones Unidas KOFI A ANNAN advierte cómo las principales amenazas para la paz y la seguridad internacionales provienen hoy, más que de las agresiones externas, de los conflictos intraestatales, produciéndose numerosas víctimas en guerras civiles, campañas de depuración étnica y actos de genocidio en que se usan armas que se pueden adquirir fácilmente en el bazar mundial de los armamentos”. PEREZ GONZALEZ, Manuel. “Introducción; El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto”, en RODRIGUEZ – VILLASANTE, José Luis (Coord) Derecho internacional humanitario. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp.42 y 43.

¹²⁴ “(...) el Derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados se concibe en la actualidad como un vasto conjunto normativo que persigue controlar jurídicamente el fenómeno bélico –reglamentando los métodos y medios de combate, distinguiendo entre personas y bienes civiles y objetivos militares, protegiendo a las víctimas y a quienes las asistan-, con vistas a limitar en la mayor medida posible los ingentes males que el mismo causa a los seres humanos”. PEREZ GONZALEZ, Manuel. “Introducción; El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto”, en RODRIGUEZ – VILLASANTE, José Luis (Coord) Derecho internacional humanitario., ob., cit., p.45.

¹²⁵ L. 62/93. ART. 2°—Principios. El servicio público de policía se presta con fundamento en los principios de igualdad, imparcialidad, control ciudadano y publicidad mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Por tanto, el interés por mantener la armonía social, la convivencia ciudadana, el respeto recíproco entre las personas y de éstas hacia el Estado, da a la actividad policial un carácter eminentemente comunitario, preventivo, educativo, ecológico, solidario y de apoyo judicial.

¹²⁶ ART. 216 CONSTITUCIONAL.—La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las fuerzas militares y la Policía Nacional.

52. Al respecto, debe precisarse que también el artículo 2 Constitucional¹²⁷ se desprende del preámbulo de la Carta que plasmó como fin de la Asamblea Nacional Constituyente el asegurar la vida de los integrantes del pueblo colombiano, situación ésta que justifica la institucionalización de la Fuerza Pública y su exclusividad en las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, prevista en el artículo 216 Superior.

53. Ahora bien, pasando al marco legal se encuentra que, frente a la Policía Nacional los deberes normativos provienen de la Resolución N° 9960 del 13 de noviembre de 1992 expedida por el Director General de la Policía Nacional mediante la cual se expidió el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional con el objeto de establecer normas de carácter general que regularan la prestación del servicio policial, fijaran los criterios, pautas y reglas de procedimientos para el personal uniformado, aseguraran el cabal cumplimiento de la misión constitucional asignada a la Policía Nacional y constituyeran una guía permanente de consulta para unificar procedimientos en la prestación del servicio.

54. La citada reglamentación en su artículo 34 definió el servicio de policía como la vigilancia permanente que el Estado presta por intermedio de la Policía Nacional, para conservar el orden público, proteger las libertades, prevenir y controlar la comisión de delitos, de acuerdo con las necesidades y características de cada jurisdicción policial. El servicio de policía lo integra la vigilancia urbana y rural que son la base fundamental de las actividades preventivas y operativas de la Policía Nacional y según su objeto se clasifica en policía judicial, cuyas funciones se desempeñan bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, y la policía de vigilancia, correspondiente al servicio que presta el personal uniformado en forma permanente e ininterrumpida en las ciudades, poblados y campos, que se ejerce en las modalidades de urbana, rural y especial, y que necesariamente deben desarrollarse dando plena observancia a las disposiciones contenidas en la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos; por lo tanto, el personal uniformado está en la obligación de conocer, aplicar y respetar dichas normas en los procedimientos policiales¹²⁸.

55. Las unidades policiales para el ejercicio de las funciones que ejercen las diferentes poblaciones del territorio colombiano, deben observar las necesidades,

¹²⁷ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C 013 de 1997, MP Hernández Galindo y C 239 de 1997, MP Gaviria. El derecho a la vida tienen una dimensión bifronte de derecho fundamental y principio superior.

¹²⁸ Inciso 2° del Artículo 52 del Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural.

características, idiosincrasia, actividades de los habitantes y tipo de delincuencia imperante en cada una de ellas, de donde deducirá los controles a aplicar, teniendo en cuenta que la función de policía es esencial y exclusivamente preventiva¹²⁹.

56. Por su parte, no puede dejarse de lado que el Ejército Nacional de Colombia, en su calidad de fuerza armada terrestre legítima, tiene como misión principal - constitucional la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

57. No obstante lo anterior, en clave constitucional y convencional, de acuerdo con lo consagrado en la Carta Política y en los artículos 1.1, 2, 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 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, así como la seguridad personal, no se encuentra dentro de la clasificación moderna de las obligaciones con carácter de resultado sino de medio, de manera que las distintas autoridades públicas están llamadas 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, especialmente cuando dicha protección debe surtirse en el marco del conflicto armado interno.

58. Ahora bien, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, se tiene que cuando *“un conflicto asume las dimensiones de una confrontación armada, la vida de la nación se considera inmediatamente en peligro, lo que lleva a invocar las cláusulas derogatorias. En tales casos, todas las normas de derechos humanos cuya derogación está prohibida siguen en pleno vigor. Estas normas están confirmadas o complementadas por la normativa específica de los conflictos armados no internacionales, que forman parte de la normativa humanitaria”*¹³⁰.

¹²⁹ Artículo 15 Reglamento ibídem.

¹³⁰ “Aunque la Declaración universal tuvo influencia en los redactores de las convenciones de Ginebra, la normativa internacional sobre derechos humanos y las normas humanitarias afrontan el problema de los conflictos armados internos de diferentes modos. La primera se encuadra en el marco del ius ad bellum según lo previsto en la Carta de las Naciones Unidas, de acuerdo con la cual queda prohibido el recurso a la fuerza y, en consecuencia, está dirigido a la conservación de la paz. La segunda, por su parte, forma parte (sic) del ius in bello: establece las normas que rigen el uso de la fuerza sin examinar las causas del conflicto de acuerdo a los principios de la Cruz Roja y, en especial, los principios humanitarios”. NEWMAN, Frank C; VASAK, Karel. “Derechos civiles y políticos”, en VASAK, Karel (ed) Las dimensiones internacionales de

59. Dicha protección tiene su base en los derechos constitucionalmente reconocidos a la vida e integridad de las personas, y los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos -artículos 1¹³¹, **2 y 5** [que fue incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la ley 16 de 1972].

60. Lo anterior implica que la existencia de un conflicto armado interno en ningún caso representa la negación, limitación o extinción de los derechos constitucional, convencional y universalmente reconocidos a toda persona. Por el contrario, se exige que el Estado procure su respeto y protección en toda su extensión, de tal manera que no se trata de una garantía que sólo sea formal, sino que se materialice en acciones concretas.

61. Teniendo en cuenta los anteriores argumentos, no cabe duda que la responsabilidad en estos eventos se puede encuadrar en la falla en el servicio del Estado [entidad demandada] cuando por acción, omisión o inactividad le es imputable el daño antijurídico ocasionado.

61.1. Por acción, cuando el Estado despliega sus fuerzas, sus medios o ejerce sus funciones sin respetar los derechos y garantías mínimas constitucionales y convencionales de los ciudadanos. Se trata de un plan material en el que es la “fuerza o capacidad del Estado” la que produce el daño antijurídico y le es imputable al desplegarla por cualquier medio y con diferente manifestación.

61.2. En cambio cuando se trata de omisión el Estado se encuentra en el extremo opuesto, ya que no ejerce sus facultades, funciones, ni despliega su capacidad, medios razonables o herramientas para atender la amenaza o probable vulneración de los derechos, bienes e intereses de los ciudadanos. En tanto que, cuando se trata de la inactividad el Estado se posiciona en una situación en la que

los derechos humanos. V.I. Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, pp.285 y 286.

¹³¹ “Como se puede observar, de la lectura de este artículo (artículo 1° de la Convención Americana) se desprenden dos obligaciones para los Estados parte, en relación con los derechos consagrados en el texto de la Convención, a saber: i) la obligación de respeto, que exige del Estado una conducta de abstención, denominada también obligación negativa y, por otro lado, ii) se impone una obligación de garantía, que exige a los Estados parte emprender las acciones necesarias tendientes a asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y garantizarlos. Sobre el alcance de esta disposición, (artículo 2° de la Convención Americana) la Corte Interamericana, ha precisado que este deber tiene dos implicaciones: “Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”. Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273.

pese a desplegarse con unos medios o instrumentos, no emplea toda su capacidad razonable, o no lo hace en todo su alcance, cuando estaba presente un deber normativo que le impelía a la protección, que se refuerza cuando de por medio está el sacrificio de derechos humanos, o el incumplimiento de mandatos positivos del derecho internacional humanitario.

8.1. Responsabilidad por ataques o incursiones de grupos armados insurgentes.

62. Para el caso de ataques o incursiones de grupos armados insurgentes a poblaciones en el territorio nacional, la atribución de la responsabilidad con fundamento en la falla del servicio hace que se examine el cumplimiento funcional de las entidades demandadas y la correspondencia con los mandatos positivos derivados de la protección constitucional y convencional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Se trata de establecer un papel activo, garantista y de plena eficacia de los deberes del Estado, y no de un simple ejercicio de reconocimiento y promoción de prerrogativas.

63. Para estos casos también cabe examinar, contextualmente, la situación de orden público de la zona, la atención a las amenazas o eventos reiterados [o recurrentes], el despliegue de acciones anticipatorias, la adopción de medidas que impidan que el ataque o incursión involucre a la población civil y la garantía plena del principio de distinción que implique en todo momento adoptar las medidas suficientes y razonables que impidan la concreción de daños antijurídicos, o la vulneración de su dignidad y derechos humanos.

64. Al respecto, desde un plano causal, deberá demostrarse la cognoscibilidad real del peligro que corre el bien jurídico que debe ser protegido, al igual que la posibilidad material de actuar en defensa del mismo, o bien por el negligente o inadecuado despliegue de las acciones de defensa ejecutadas por la fuerza pública, que distorsionan su objeto convencional, constitucional y legal, hasta el punto de practicar acciones más lesivas que lo desplegado por los miembros del grupo armado insurgente involucrados¹³².

¹³² Sección Tercera, sentencia de 27 de noviembre de 2002, expediente 13774: “Al respecto el precedente jurisprudencial de esta Corporación ha precisado: “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 terrorista. Este aspecto constituye uno de los puntos más importantes a analizar dentro de este régimen, pues no es la previsión de la

65. Las anteriores premisas necesariamente derivan en las siguientes cuestiones:

a) El Estado simplemente obedece a unas obligaciones que se desprenden del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho que exige ya no sólo la garantía de los derechos y libertades, sino su protección eficaz, efectiva y la procura de una tutela encaminada a cerrar la brecha de las debilidades del Estado, más cuando se encuentra en una situación singular como la de Colombia de conflicto armado interno, que representan en muchas ocasiones violaciones sistemáticas, o la aceptación de las mismas por parte de actores que no haciendo parte del Estado, no dejan de ser ajenos a la problemática de la responsabilidad extracontractual del Estado; b) lo sustancial es el rol que juega la administración pública, su “posición de garante de vigilancia”, de la que derivan todos los deberes de actor llamado de evitar, a ofrecer la protección debida a corresponderse con los deberes positivos, y que implica que debe actuar proporcional y razonablemente al alcance de sus funciones, sin permitir que se susciten desbordamientos que ponen en cuestión la legitimidad democrática de la actividad estatal, por lo que es el Estado el llamado a ejercer una intervención mucho más profunda ante fenómenos de violencia, o de insurgencia que tiene plenamente definidos; y, c) debe tenerse en cuenta, también, que el “Estado será responsable de los actos de particulares si los órganos del Estado hubieran podido actuar para prevenir o reprimir el comportamiento de éstos, o si existiese una relación de hecho específica entre la persona o entidad que observó el comportamiento y el Estado”¹³³.

66. Así, la imputación debe resolverse, como antes se ha dicho, desde el ámbito jurídico de la imputación objetiva y, también, desde la realidad material [fáctica] de cada caso, y con el análisis, en dicha dimensión, de la eximente que se proyecta en este tipo de eventos, como la del hecho del tercero que se estudiara en términos generales.

8.2. El hecho de un tercero con ocasión de ataques, incursiones o tomas realizadas por grupos armados insurgentes, no exime de responsabilidad al Estado.

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 [...].”

¹³³ RODRIGUEZ H, Gabriela. “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”, en MARTIN, Claudia; RODRIGUEZ-PINZON, Diego; GUEVARA B., José A. (Comp) Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 1ª ed. México, Fontamara; Universidad Iberoamericana, 2004, pp.56.

67. Refiere el Ejército Nacional que los hechos materia del pronunciamiento son imputables de forma exclusiva al grupo armado insurgente que incursionó en el municipio de Dadeiba el 24 de septiembre de 1998, atacando indiscriminadamente a la población y a los miembros de la Policía Nacional que hacían presencia en el lugar. Al respecto alegan que la toma no era previsible y que la muerte del señor Mauricio de Jesús Giraldo Vélez a manos de la guerrilla de las FARC no es imputable a los miembros de la Fuerza Pública, especialmente los del Ejército, quienes para la fecha se encontraban lidiando con la difícil situación de orden público existente en el país y, en especial, en el occidente antioqueño.

68. Esta Subsección ya ha tenido la oportunidad de estudiar casos similares¹³⁴ en los que se encuentra un elemento fáctico uniforme: se trata de un ataque o incursión de un grupo armado insurgente a una población¹³⁵, dirigido contra instalaciones de la Policía Nacional, el Ejército Nacional, entidades o centros de comunicaciones públicas, entidades financieras públicas o privadas y contra la población civil en general [personas y bienes muebles e inmuebles].

69. En la línea que aborda estas temáticas, se ha concluido que para alegar la existencia del hecho de un tercero, la actuación del mismo debe ser determinante

¹³⁴ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920: “[...] El 21 de febrero de 1998, a las 11 P.M., integrantes del grupo armado insurgente XXV frente de las FARC incursionaron al corregimiento de Tres Esquinas y destruyeron violentamente los edificios de la Caja Agraria, TELECOM, el centro de salud, el puesto de policía y varias viviendas, entre ellas, las de propiedad de la señora Orjuela. El ataque finalizó a las 4 A.M., del día siguiente”.

¹³⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920: “[...] Cabe destacar que estos hechos son producto o resultado del conflicto armado interno [Reconocido así por la Corte Constitucional en sentencias C-802 de 2002; C-172 de 2004; C-291 de 2007; T-444 de 2008; T-496 de 2008; T-922A de 2008] que el país viene sufriendo desde hace décadas, lo que hace exigible al Estado un deber positivo de protección a los ciudadanos o población civil [Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencias del 19 de agosto de 2011. Exp: 20.227. CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 31 de agosto de 2011. Exp: 19.195. CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa]. Así, en los últimos años las incursiones guerrilleras, las emboscadas, los hostigamientos y en general los actos de terrorismo han dejado múltiples víctimas entre civiles y militares, así como pérdidas materiales millonarias por la destrucción de instituciones del Estado, entidades bancarias, puestos de policía, centros de salud y viviendas de particulares. La exigencia de este deber positivo de protección a los ciudadanos, también ha sido parte de pronunciamientos de la Corte Constitucional: “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 ruptura del proceso de paz, les dan unas implicaciones completamente diferentes” [Corte Constitucional. Sentencia C-802 del 2 de octubre de 2002. MP Jaime Córdoba Triviño].

para la producción del daño¹³⁶ y debe superar la simple atribución material u orgánica del hecho, ya que en estos casos lo sustancial es el rol que juega la administración pública a través de su “posición de garante de vigilancia”.

69.1. Como fue expuesto en capítulos anteriores, de la posición de garante que detenta la administración y, en particular, la Fuerza Pública, se derivan todos los deberes de precaución respecto de situaciones que amenacen o puedan desencadenar en un daño a la población civil, como consecuencia de las acciones de terceros. Es entonces el Estado el llamado a ejercer una intervención mucho más profunda ante fenómenos de violencia, o de insurgencia, toda vez que no hacerlo lo convierte en responsable siempre que los actos de terceros fuesen previsibles¹³⁷.

69.2. Se reitera, además, que las obligaciones de prevención si bien son obligaciones de medio, exigen a los estados adoptar todas las medidas razonables o necesarias para evitar la producción de daños predecibles derivados del actuar de terceros.

69.3. En consecuencia, el hecho del tercero no es una causal que permita al juez crear una regla general de ausencia de responsabilidad del Estado, sino que, por el contrario, lo invita a analizar, teniendo en cuenta las especiales condiciones de cada caso, cuándo, en qué medida, y bajo qué proporcionalidad al Estado le sería atribuible (fáctica y jurídicamente) un daño antijurídico producido por un tercero a partir de la exigencia máxima de la tutela de la víctima como premisa de la responsabilidad extracontractual del Estado en la visión moderna y humanista.

69.4. Bajo estas consideraciones tendrá la Sala que determinar si se configuran los supuestos para declarar la existencia de una eximente de responsabilidad o si, por el contrario, la toma guerrillera al municipio de Dabeiba el 24 de septiembre de 1998 es imputable al Ejército en razón a la posición de garante que detentaba y a la no adopción de medidas para prevenir la incursión armada.

9. La imputación en el caso concreto.

¹³⁶ Ver posición en sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 13 de agosto de 2008, expediente: 17042. Así mismo, sentencia de la Subsección C de 21 de noviembre de 2013, expediente: 32980.

¹³⁷ RODRIGUEZ H, Gabriela. “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”, en MARTIN, Claudia; RODRIGUEZ-PINZON, Diego; GUEVARA B., José A. (Comp) Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 1ª ed. México, Fontamara; Universidad Iberoamericana, 2004, pp.56.

70. Planteado el anterior marco teórico, procederá la Sala a resolver lo atinente al caso concreto refiriéndose, en primer lugar, a los hechos probados. Superado este acápite, se evaluará la configuración de los elementos de la responsabilidad estatal para determinar si le asiste, o no, razón al Ejército Nacional en lo expuesto en el recurso de apelación o si procede confirmar el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia. Finalmente se resolverá la excepción presentada por la entidad apelante consistente en la configuración del hecho de un tercero que excluye la responsabilidad del Ejército en los hechos que actualmente son conocimiento de este Tribunal.

9.1. Hechos probados.

71. De conformidad con los medios probatorios allegados oportunamente al proceso, se tienen acreditados los siguientes hechos:

71.1. El 25 de agosto de 1998 un grupo armado sin identificar, amenazó con tomarse el municipio de Dabeiba (Antioquia). El hecho fue puesto en conocimiento de la Policía, cuyo comandante de la estación aseguró estar adelantando operativos preventivos. También se le dio aviso al Secretario de Gobierno del Departamento de Antioquia. Lo anterior se encuentra demostrado mediante el oficio del 27 de agosto de 1998, suscrito por el señor Antonio Varela Torres - alcalde del municipio¹³⁸- y dirigido a Néstor Hincapié Vargas, Secretario de Gobierno del Departamento, en el que manifestó:

“En la noche del día 25 anterior, una voz femenina que dijo pertenecer a un grupo armado, llamó telefónicamente al rector del Liceo Nocturno para decirle que debía soltar temprano a los alumnos, porque se iban a tomar el pueblo.

Como el rector no obedeció la advertencia, anoche se repitió la llamada, haciendo el reclamo por la no obediencia y en forma terminante ordenó la desocupación, agregando que ella había sido alumna del colegio y que no quería lastimar mayormente a los alumnos.

El asunto se dio a conocer al Teniente Comandante de la Estación de Policía, quien agregó que efectivamente habían detectado grupos

¹³⁸ La Secretaría Administrativa del Municipio certificó que el 27 de agosto de 1998 el señor Antonio Varela Torres se desempeñaba como alcalde popular de Dabeiba (f. 90 c.1).

armados en algunos barrios de la ciudad y que por lo tanto estaba adelantando los dispositivos de rigor.

Ocurre señor secretario que el pueblo lleva varias semanas sin ejército, y solo se cuenta con 18 efectivos de la Policía.

Por lo anterior, ruego al señor secretario su decisiva intervención a fin de evitarle mayores males a nuestra comunidad” (fl. 13 c.1)

71.2. En el mes siguiente, septiembre de 1998, y a raíz de las amenazas, la Policía Nacional adoptó estrategias para asegurar la protección del municipio y garantizar la seguridad de sus habitantes. Ello se encuentra acreditado en el oficio suscrito por el comandante del Departamento de Policía de Urabá –del 23 de noviembre de 2002-, en el que aseguró:

“(…) Las unidades policiales acantonadas en el municipio de Dabeiba para la época, adelantaban patrullajes permanentes en la cabecera municipal, instalaban puestos de control, realizaban requisas a personas y registros a establecimientos públicos, así como planes de contingencia tendientes a preparar al personal policial ante una eventual toma a la población. De igual forma, se coordinaban actividades de participación comunitaria, con el objetivo de brindar acercamiento, confianza, respeto a los derechos humanos y desarrollo de la comunidad en general.

Para el mes de septiembre de 1998, la comunidad del municipio de Dabeiba contaba con la presencia de veinticuatro (24) policiales” (fls. 79 a 81 c.1).

71.3. El 24 de septiembre de 1998 más de mil hombres fuertemente armados, pertenecientes a diferentes frentes de las FARC, se tomaron el municipio de Dabeiba, y arremetieron indiscriminadamente contra su población. Ello se acreditó mediante el informe rendido por el comandante del Departamento de Policía del Municipio el 2 de octubre de 1998, en el que manifestó:

“Respetuosamente me permito informar sobre los hechos ocurridos el día 24-09-98 donde siendo aproximadamente las 19:00 horas incursionaron a la localidad un grupo aproximado de 1.150 hombres fuertemente armados pertenecientes a los frentes 5, 18, 34, 56 y 57 de las FARC, Bloque José María Córdoba, los anteriores ingresaron por la vía que de Mutatá conduce a Dabeiba en varios vehículos tipo camión carpados (...),

posicionándose de una manera rápida sobre el parque principal (...), destruyendo algunas viviendas, arremetiendo contra las instalaciones del comando de policía, iglesia, alcaldía municipal, saqueando supermercados, el depósito de drogas del hospital, entidades crediticias como la Caja Agraria, Bancafé y Banco de Bogotá, los cuales quedaron totalmente despedazados. Igualmente irrumpieron en la Cárcel Municipal (...). Dicha incursión tuvo una duración aproximada de 10 horas”.

71.4 En la misma fecha, durante la toma guerrillera, fue saqueado el almacén del señor Mauricio de Jesús Giraldo y su esposa Rosa Elena Goez, situación que se demostró mediante la denuncia juramentada que el señor Mario Areiza Torres realizó ante la Inspección de Policía el 19 de octubre de 1998, en la cual afirmó:

“En calidad de administrador del almacén de abarrotes Alberto Goez y CIA., ubicado en la carrera Uribe Uribe No. 9-82, vengo a denunciar el hurto de una mercancía y daños a muebles y enseres en el mismo almacén, en hechos ocurridos el 24 de septiembre del año en curso debido a la incursión guerrillera a este municipio desde las 7 de la noche hasta la madrugada del día siguiente (...)” (f.19 c.1)

71.5. Así mismo, se tiene que durante la incursión armada de las FARC ocurrida el 24 de septiembre de 1998, murió el señor Mauricio de Jesús Giraldo Vélez. Este hecho fue establecido en el acta de la diligencia de inspección al cadáver (f.20 c.1), la diligencia de necropsia (f. 21 y 22 c.1), y el registro civil de defunción (f. 26 c.1).

71.6. El del señor Giraldo Vélez fue asesinado por la guerrilla de las FARC durante la incursión armada de los días 24 y 25 de septiembre de 1998, tal como lo señala la constancia del 30 de noviembre de 1998 suscrita por la personera de Dabeiba (f. 23 c.1).

71.7. Así lo destacó también el informe ya citado, rendido por el comandante de la Estación de Policía del municipio, en el que señaló:

“Los facinerosos llevaban una lista en mano de algunos comerciantes, manifestando que eran colaboradores de las autodefensas, asesinando así a las siguientes personas:

(...)

Mauricio de Jesús Giraldo Vélez, de 30 años, comerciante.

(...)

Es de recalcar que el ataque fue continuo durante toda la noche y la madrugada, empezando su retirada desde las 6:00 am (...)" (f.83 c.1).

71.8. El Ejército no estaba presente el día de los hechos en el Municipio de Dadeiba y que arribó al lugar tres horas después de que culminado el ataque. Al respecto se tiene la anotación realizada por la Policía Nacional en el informe de incursión guerrillera y material gastado (f. 82-84).

“Desaciertos

No contar con la presencia del personal del Ejército Nacional, quienes hace dos meses abandonaron la jurisdicción por órdenes superiores”.

En el mismo sentido, el informe refiere lo siguiente respecto del arribo del Ejército:

“Es de recalcar que el ataque fue continuo durante toda la noche y la madrugada, empezando su retirada desde las 6:00 am horas en diferentes vehículos y bestias (caballos), hacia el sector llanogrande, Dadeiba Viejo y la Zona Montañosa.

Durante el transcurso del combate hubo apoyo aéreo quienes ametrallaron las zonas aledañas del Municipio. Siendo aproximadamente las 09:00 horas llegó el apoyo del Ejército Nacional que se encontraban acantonados en la Base de Frontino (...)"

71.9. Se debe precisar que los enunciados son documentos públicos y no fueron tachados de falsedad, por lo que su veracidad no se cuestiona y gozan de la suficiente credibilidad que la Sala les concede.

71.10. Con fundamento en lo antes visto, la lesión a los derechos e intereses legalmente protegidos de los demandantes configuran el daño y su antijuridicidad, razón por la que resta establecer si el mismo deviene imputable o no a la administración pública.

9.2. Responsabilidad del Ejército en la toma de las FARC al municipio de Dadeiba el 24 de septiembre de 1998.

72. Sobre la actuación del Ejército se puede colegir, de acuerdo a los elementos probatorios obrantes en el expediente, que existió una omisión respecto del deber de protección a los ciudadanos de Dadeiba, toda vez que a pesar de la existencia de reiteradas amenazas respecto de una posible toma guerrillera al municipio, ningún miembro de dicha institución hizo presencia.

73. Esta circunstancia, como ya fue referido, se encuentra probada con el informe del ataque guerrillero rendido por la Policía y por la comunicación proferida por el Alcalde Local de Dadeiba un mes antes de la toma guerrillera, en la que advertía la posibilidad de la toma y resaltaba que el pueblo llevaba varias semanas sin Ejército y solo contaba con 18 efectivos de la Policía¹³⁹.

74. Ahora bien, respecto a este asunto, el Ejército refiere que para la fecha existía una compleja situación de orden público en país que debe ser tenida en cuenta por el juez de segunda instancia¹⁴⁰. De la misma forma, alega que para el día de la toma contaba el Ejército con personal en el Batallón Girardot y Nutibara que protegían el sector del occidente del departamento de Antioquia, el cual comprendía el municipio de Dadeiba.

75. Sin embargo, aduce que la toma de las FARC del 24 de septiembre de 1998 fue un hecho imprevisto y repentino y que no había forma de que el Ejército hubiera podido evitarla.

76. Atendiendo a el marco teórico que precede el estudio del caso concreto, puede concluir desde ya esta Sala que no le asiste razón a la entidad, puesto que, como ya fue expuesto, tanto la legislación nacional, como los instrumentos internacionales aplicables en el país por vía del Bloque de Constitucionalidad, consagran deberes específicos de protección al Estado, y a la Fuerza Pública, respecto de los civiles en el marco de un conflicto armado.

77. En consecuencia, no basta con referir que el Ejército hacía presencia en la zona para concluir que la administración no fue omisiva y que cumplió a cabalidad con dicho deber; es necesario estudiar si efectivamente la toma guerrillera al

¹³⁹ Fl. 15, C. 1.

¹⁴⁰ Fl. 156, C.1.

municipio de Dadeiba era un hecho impredecible y, por tanto, la presencia del Ejército no era exigible y, en caso de haber existido, habría sido inocua.

78. Para definir este asunto, es pertinente iniciar con las primeras líneas de la comunicación enviada por el Alcalde Local de la fecha, el señor Antonio Valera Torres:

“Son muchos los comentarios sobre inminente toma guerrillera a la zona urbana de nuestro municipio para estos días¹⁴¹”

79. Así mismo, es pertinente referir que, como lo reconoce el Ejército, *“todo el territorio ha sido blanco y es objetivo del terrorismo y por ello se puede calificar como indiscriminado, siendo el departamento de Antioquia, la región donde más se ha recrudecido ante el accionar cobarde y repudiable actitud de las organizaciones criminales¹⁴²”*. De lo anterior puede desprenderse que efectivamente la zona del Urabá antioqueño, donde se encuentra ubicado el municipio de Dadeiba, para la fecha se estaba viendo enfrentada a constantes ataques por parte de los grupos al margen de la ley.

80. De la misma forma, se tiene que, como lo señala el Alcalde y la Policía Nacional, a pesar de la complicada situación de orden público que se vivía para aquel entonces en esta zona de Antioquia, las tropas de Ejército abandonaron la zona. Sobre este tema manifiesta la entidad lo siguiente:

“En cuanto hace referencia al retiro de las tropas acantonadas en el sector rural del municipio de Dadeiba, con seguridad pudo deberse a la necesidad inmediata de atender problemas de alteración del orden público que se registraba en el occidente, específicamente sobre la vía al mar y el área general de los municipios de Uratima, Frontino (...), localidades que venían siendo objeto de presencia armada, múltiples amenazas y acciones terroristas¹⁴³”

81. Ahora bien, en la misma comunicación el Ejército refiere lo siguiente respecto de las amenazas recibidas en Dadeiba:

¹⁴¹ Fl. 13, C.1.

¹⁴² Fls. 85 y 86, C.1.

¹⁴³ Fl. 86, C.1.

“(…) con base al análisis de las informaciones que a diario se reciben sobre posibles incursiones armadas contra localidades dentro de nuestra jurisdicción, es muy viable que para el mes de septiembre de 1998, se pudieran haber recibido (Sic) comunicaciones dando cuenta sobre el temor de la población civil por el incremento de las acciones terroristas, el Comando de la Cuarta Brigada para esa época, dispuso lo pertinente impartiendo las instrucciones a las tropas que venían cumpliendo con las normas, disposiciones y órdenes vigentes impartidas por el Comando Superior(…)”¹⁴⁴.

81.1. De lo anterior se derivan varias conclusiones: i) la toma guerrillera al municipio de Dadeiba había sido advertida al menos con un mes de anticipación a la materialización de las amenazas; ii) el Ejército tenía conocimiento de las amenazas al municipio; iii) pese a tener dicho conocimiento, las tropas del Ejército fueron retiradas totalmente de la zona¹⁴⁵.

81.2. Así mismo, se encuentra que el día de la toma el Ejército hizo presencia hacia las 09:00 de la mañana¹⁴⁶, es decir, 3 horas después de culminado el ataque. Lo anterior, pese a que de acuerdo a dicha entidad, en la zona existían dos batallones dispuestos para repeler los ataques de la guerrilla de forma inmediata.

81.3. Estos supuestos necesariamente llevar a la Sala a afirmar que no existe duda alguna de que en el presente caso se configuró una falla en el servicio por parte del Ejército Nacional.

81.4. Distinto a lo que manifiesta el Ejército referente al papel de la Fuerza Pública, *“no puede esperarse que sea omnipotente, omnisciente y omnipresente”¹⁴⁷*, considera este Tribunal que el Ejército tiene un deber de protección que se extiende a todos y cada uno de los habitantes del país; obligación que se ve reforzada cuando existen serios indicios de una posible afectación a los derechos fundamentales de los civiles como consecuencia de las acciones de los grupos al margen de la ley.

¹⁴⁴ *Ibíd.*

¹⁴⁵ Información que también se soporta en el informe de la toma rendido por la Policía Nacional, visible a folios 82-14, C.1

¹⁴⁶ Fls. 82-84, C.1

¹⁴⁷ Fl. 123, C.1.

82. En el caso de la toma al municipio de Dadeiba, no solo existían serios indicios, sino que se habían recibido amenazas concretas sobre la toma guerrillera en las que, incluso, había sido solicitado por parte de uno de los subversivos la evacuación del Liceo Nocturno¹⁴⁸ para evitar la afectación de los estudiantes durante la incursión armada.

83. En consecuencia, no se explica esta Sala cómo el Ejército, pese a conocer los elementos que preveían la acción de las FARC, decidió retirar las tropas definitivamente del municipio; tampoco entiende cómo se aduce que se habían tomado las medidas pertinentes para responder de forma efectiva en caso de un ataque, si el 24 de septiembre de 1998 el Ejército no acudió oportunamente a reforzar las labores que 24 policías desarrollaban en contra de los más de 1000 guerrilleros de las FARC que se tomaron el municipio y solo llegaron 3 horas después de culminada la toma que, valga recordar, se extendió durante 10 horas.

84. Todo lo anterior lleva a acreditar que además de existir la posición de garante en cabeza del Ejército, la acción a manos del grupo armado insurgente era inminente y cognoscible y que, en este caso, el Estado representado por el Ejército Nacional, incumplió con los deberes de diligencia que le eran exigidos en la evitación de graves violaciones a los derechos humanos.

85. Asimismo, no hay lugar a aceptar la cabida de un hecho de un tercero toda vez que, como ya fue demostrado, existía cognosibilidad real del peligro por parte de las autoridades locales (que lo denunciaron con antelación), de la Policía Nacional y del mismo Ejército (como lo reconoce en documento ya relacionado).

86. En consecuencia, puede concluirse que en el caso concreto se presentó una falla en el servicio y que como consecuencia de la materialización de esta falla, tuvo lugar la producción de un daño antijurídico para los demandantes, a saber, la muerte del señor Mauricio de Jesús Giraldo Vélez, a manos de la guerrilla de las FARC durante la toma al municipio de Dadeiba el 24 de septiembre de 1998.

87. Por estas razones, considera la Sala que le asiste razón al Tribunal Administrativo de Antioquia al declarar responsable a la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional por los daños y perjuicios ocasionados a Rosa Elena Goez Ruiz, Felipe Giraldo Goez y Tomás Giraldo Goez, por los hechos ocurridos

¹⁴⁸ Fl. 15, C.1.

el 24 de septiembre de 1998 en el municipio de Dadeiba, Antioquia, que dieron lugar a la muerte del señor Mauricio de Jesús Giraldo Vélez. De esta forma, se confirmará la sentencia de primera instancia pero, antes de tomar dicha decisión, se procederá a actualizar el valor de las sumas decretadas por el *a quo*, toda vez que la sentencia fue proferida en 2007.

10. De la liquidación de los perjuicios.

10.1. Perjuicios inmateriales, en la modalidad de perjuicios morales.

88. Respecto de los perjuicios morales, la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012¹⁴⁹ señaló que en *“cuanto se refiere a la forma de probarlos, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que (sic) demás perjuicios- a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso”*. En la misma providencia se agregó que *“la Sala reitera la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan”*.

88.1. En consecuencia, debe examinarse si se acreditó el parentesco debida y legalmente, con los registros civiles, para reconocer los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares, para lo que procede la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se infiere que la muerte, lesión, etc., afecta a la víctima y a sus familiares más cercanos (esto es, los que conforman su núcleo familiar), y se expresa en 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 familia¹⁵⁰ como espacio básico de toda sociedad¹⁵¹ [el segundo

¹⁴⁹ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

¹⁵⁰ *“Las reglas de la experiencia, y la práctica científica han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, 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 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*

criterio con el que ya cuenta el juez en el momento de reconocer los perjuicios morales tiene que ver con el concepto de familia, que será importante para determinar la tasación y liquidación de los mismos perjuicios, ya que puede apreciarse [de la prueba testimonial]:- ¿cómo estaba conformada la familia?; - ¿qué rol desempeñaba la víctima al interior de su familia?; - ¿cómo estaban definidas las relaciones entre la víctima y los demás miembros de la familia?; - ¿se trataba de una familia que convivía o no en un mismo espacio?; - ¿se trataba de una familia que estaba disgregada, o de una familia fruto de diferentes relaciones de los padres –hermanastros, hermanos de crianza, por ejemplo-?], y de reconocer su existencia bien sea como un derecho prestacional o fundamental¹⁵².

88.2. En esta misma providencia se sostuvo que¹⁵³ “*Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de tales argumentaciones conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso*” [citando la sentencia T-212 de 2012 de la Corte Constitucional]. De la misma forma, se agregó que dichos criterios o motivaciones, si bien deben responder a las particularidades del caso concreto, así como a las particularidades subjetivas que gravitan en la órbita interna de cada individuo, es posible que el juez los presuma para el “*caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza*

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. (...) Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008, expediente 18586.

¹⁵¹ Corte Constitucional, C-821 de 9 de agosto de 2005.

¹⁵² “*Se discute igualmente en relación con el contenido y alcance de las medidas constitucionales de protección de la familia. En efecto, aquéllas se manifiestan en la necesaria adopción de normas legales, de actos administrativos, así como de decisiones judiciales, medidas todas ellas encaminadas a lograr y preservar la unidad familiar existente, al igual que brindar una protección económica, social y jurídica adecuada para el núcleo familiar. Estos son los propósitos, o la razón de ser de las normas jurídicas y demás medidas de protección previstas por el ordenamiento jurídico. Así mismo, se presenta una controversia acerca de si la familia puede ser considerada, en sí misma, un derecho fundamental o uno de carácter prestacional. De tal suerte que las medidas de protección de aquélla pueden ser comprendidas de manera diferente, dependiendo de si se entiende que familia es un derecho fundamental (de primera generación), o si, por el contrario, se ubica como un derecho de contenido prestacional. En efecto, si se entiende que “familia” es un derecho prestacional, entonces el Estado, según las condiciones económicas podrá establecer mayores o menores beneficios que proporcionen las condiciones para que las familias puedan lograr su unidad, encontrándose protegidas económica y socialmente. De igual manera, entraría a aplicarse el principio de no regresión, pudiéndose, en algunos casos, excepcionarse. Por el contrario, si se comprende a la familia en términos de derecho fundamental, entonces las medidas estatales relacionadas con aquélla serán obligatorias, no pudiendo alegarse argumentos de contenido económico para incumplirlas, pudiéndose además instaurar la acción de tutela para su protección. Finalmente, la tesis intermedia apunta a señalar que la familia como institución debe ser protegida por el Estado, en cuanto a la preservación de su unidad y existencia, presentando en estos casos una dimensión de derecho fundamental; al mismo tiempo, otros elementos, de contenido económico y asistencial, se orientan por la lógica de implementación y protección propia de los derechos prestacionales. En suma, de la comprensión que se tenga del término “familia” dependerá el sentido y alcance de los mecanismos constitucionales de protección*”. Corte Constitucional, sentencia T-572 de 26 de agosto de 2009.

¹⁵³ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso”.

88.3 Finalmente, se concluyó, en la citada sentencia de la Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, que *“no puede perderse de vista que de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala –y de la Corte Suprema de Justicia también-, ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al arbitrium judicis, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la (sic) características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez”.*

88.4. En razón a lo anterior, la Sala de Sub-sección dando continuidad a la jurisprudencia contenciosa encuentra que para el reconocimiento de los perjuicios morales el primer elemento tiene que ver con el parentesco, el cual se constata de la siguiente manera:

88.5. En el folio 17, cuaderno 1, se evidencia la certificación notarial expedida por el Notario Trece del Círculo de Medellín, en virtud de la cual se constata la inscripción de la partida de matrimonio de los cónyuges Mauricio de Jesús Giraldo Vélez y Rosa Elena Goetz Ruiz, de fecha 21 de diciembre de 1981.

88.6. De igual forma, en el folio 29 del cuaderno 1 se anexó el Registro Civil de Nacimiento de Felipe Giraldo Goetz, hijo de Mauricio de Jesús Giraldo Vélez y Rosa Elena Goetz Ruiz.

88.7. Finalmente, en el folio 190 del cuaderno principal, obra el Registro Civil de Nacimiento de Tomás Giraldo Goetz, hijo de Mauricio de Jesús Giraldo Vélez y Rosa Elena Goetz Ruiz.

88.8. De lo anterior se desprende que la relación de los tres demandantes con la víctima, el señor Mauricio de Jesús Giraldo Vélez, se encuentra debidamente probada. Así mismo, se puede concluir que los tres se encuentran en el primer nivel, de acuerdo con lo establecido en sentencias de unificación de 28 de agosto de 2014, especialmente la identificada con el número 32988:

“Para la reparación del daño moral, en caso de muerte, se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (primer grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio (100 smlmv).

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

La siguiente tabla recoge lo expuesto:

GRAFICO No. 1					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Regla general en el caso de muerte	Relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva”.

89. Ahora bien, encuentra la Sala que en sede de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Antioquia reconoció 100 SMLMV a Rosa Elena Goez Ruiz, esposa de la víctima y a Felipe Giraldo Goez, suma que para la época correspondía a \$43'370.000 para cada uno.

90. Teniendo en cuenta que el criterio del Tribunal corresponde con el de la tabla, se confirmará, actualizando dicha suma con el valor del salario mínimo mensual vigente que corresponde a la cifra de \$689,454, es decir \$68'945.400 para cada uno de los demandantes, Rosa Elena Goez Ruiz y Felipe Giral Goez.

91. Ahora bien, teniendo en cuenta las consideraciones plasmadas en el numeral 1.3 de la presente providencia, la referida indemnización también será reconocida a Tomás Giraldo Goez, en su calidad de hijo del señor Mauricio de Jesús Giraldo Vélez, en una suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

11.2. Reconocimiento de los perjuicios materiales.

92. Respecto de los perjuicios materiales, solicitaron los demandantes el reconocimiento, en la modalidad de lucro cesante, lo correspondiente a la ayuda económica que el señor Mauricio de Jesús Giraldo Vélez aportaba a su familia que, de acuerdo a la demanda, corresponde a novecientos millones de pesos, teniendo en cuenta que al momento del fallecimiento el señor Giraldo Vélez tenía 48 años de edad y, por ende, una esperanza de vida correspondiente a 26.9 años más y, adicionalmente, percibía unos ingresos que ascendían al monto de \$2'500.000.

93. En este punto, el Tribunal, partiendo de los documentos presentados como fundamento de las afirmaciones realizadas en la demanda, concluyó que a la señora Rosa Elena Goez Ruiz le asistía el pago de \$224.629.309 y a Felipe Giraldo Góez la suma de \$120.620.238, montos que derivó de un análisis de los recursos percibidos por la víctima y los demandantes de la sociedad de la cual todos hacían parte (examen del cual concluyó que la suma que efectivamente era destinada por la víctima para apoyar a su familia correspondía a \$900.000), de la expectativa de vida de la víctima y de la edad de Felipe Giraldo Goez (toda vez que le fue reconocida la indemnización, hasta el cumplimiento de los 18 años)

94. Ahora bien, es menester que la Sala revise la liquidación realizada por el *a quo* y, para tal efecto se tendrán en cuenta las siguientes cuestiones: (1) si bien existe una certificación de un contador público, se aportó una certificación de la Cámara de Comercio de Urabá de la existencia de la sociedad Albero Goez y Cia, S.C.S, en la cual el señor Giraldo Vélez fungía como socio gestor, y de la denuncia presentada por el señor Mario Areiza Torres, en calidad de administrador del Almacén de Abarrotes Alberto Goez y Cia, ubicado en la cra Uribe Uribe No. 9.82, se desprende la existencia de un establecimiento de comercio propiedad de la señora Rosa Elena Goez (demandante), no existe prueba alguna que ofrezca certeza respecto del los ingreso de la víctima; (2) Para superar lo anterior, el Tribunal realizó un ejercicio consistente en restar los porcentajes de participación de los socios de capital a las utilidades y rendimientos presuntamente percibidos por el actor, concluyendo que los ingresos del señor Giraldo Vélez correspondían realmente a \$900.000; (3) Sin embargo, dicho ejercicio no necesariamente revela los ingresos reales percibidos por la víctima y, en consecuencia, debe esta Sala realizar un ejercicio que permita dilucidar con claridad la suma real que corresponde a los demandados por concepto de lucro cesante.

11.2.1. Liquidación en abstracto.

95. El artículo 172 del Código Contencioso Administrativo¹⁵⁴ establece, por vía de excepción, la disposición normativa consistente en la condena en abstracto, a la cual puede recurrir el Juez Administrativo en aquellos eventos en los cuales, pese a conocerse con certeza la causación de un perjuicio –material o inmaterial- a una parte, se carece de la suficiencia probatoria que lleve a determinar la concreta extensión y repercusión patrimonial de la misma, para lo cual se deberán señalar los parámetros a seguir a fin de precisar la condena proferida.

96. Dictada una decisión en tal sentido, que supone aun la indefinición de un extremo del litigio, será preciso que la parte beneficiada adelante el trámite de un

¹⁵⁴ Código Contencioso Administrativo. Artículo 172. Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en los artículos 178 del Código Contencioso Administrativo y 137 del Código de Procedimiento Civil.

Cuando la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de aquel o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el Juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación.

incidente ante el *a-quo* a fin de que sea éste quien determine, en concreto, la materialización de la condena *in genere* decretada, para lo cual el legislador ha establecido un término de caducidad de sesenta (60) días contados a partir de la ejecutoria de la decisión o, en su defecto, de la notificación del auto que da cumplimiento a lo resuelto por el superior, según el caso, para adelantar el trámite incidental.

97. En este sentido, el incidente de liquidación de la condena se restringirá a concretar la indemnización de perjuicios decretada con antelación en el proceso judicial; es por ello que supone, únicamente, una discusión probatoria en torno a la magnitud del perjuicio a indemnizar.

98. Así las cosas, se resalta, entonces, la importancia de determinar con precisión los parámetros que debe dictar el Juez fallador a fin de permitir la liquidación de la condena dictada en abstracto. En este sentido, se impone una carga singular de claridad argumentativa, de manera que el razonamiento del Juez en este aspecto no remita a dudas a las partes y al juez que a futuro resolverá la cuestión, lo que se manifiesta, a modo enunciativo, en i) la determinación de cuál es el rubro indemnizatorio a liquidar, ii) los supuestos fácticos –expuestos en el litigio– que servirán para obtener la tasación del perjuicio, iii) los medios probatorios que considere pertinente que se puedan practicar, con respeto en todo caso de la libertad probatoria que rige, para determinar la magnitud del perjuicio, iv) de ser el caso, la exposición de los criterios jurídicos (y de ser el caso jurisprudenciales) que deberá tener en cuenta el Juez al momento de conocer el incidente, y iv) por exclusión, y en orden a hacer énfasis en el objeto del incidente, la identificación de aquellos aspectos fácticos o jurídicos que no se deberán considerar en la liquidación.

11.2.2. Reconocimiento del lucro cesante en el caso concreto

99. Para la Sala, el presente caso se enmarca en los supuestos que dan lugar a la aplicación del artículo 172 del Código Contencioso Administrativo, puesto que de los hechos y de los elementos aportados, se concluye que efectivamente existió un perjuicio material correspondiente al lucro cesante consolidado y futuro dejado de percibir por el actor y su familia como consecuencia de la muerte; pero no existen elementos materiales probatorios suficientes que permitan dilucidar con claridad el monto correspondiente a la indemnización por el mismo concepto.

100. Como fue expuesto, en el expediente se encuentra probada la existencia de una sociedad en comandita simple, el Almacén Alberto Goez y Cía SCS, en la cual la señora Rosa Elena Goez Ruiz y sus hijos Tomás Giraldo Goez y Felipe Giraldo Goez fungían como socios de capital y el señor Mauricio Giraldo Velez como socio gestor¹⁵⁵.

101.1. De la misma forma, de la denuncia presentada por el señor Mario Areiza Torres por la mercancía hurtada al almacén de abarrotes Alberto Goez y Cia, puede deducirse la existencia del establecimiento de comercio en el que supuestamente trabajaba el señor Mauricio de Jesús Giraldo Vélez.

101.2. Ahora bien, como prueba de los ingresos percibidos por la víctima, a la demanda se adjuntó una certificación proferida por el contador Julio Cesar Trujillo Ramirez en el que se manifiesta lo siguiente,

“El señor Mauricio Giraldo V, identificado cédula (Sic) de ciudadanía No. 70.047.797, recibe ingresos mensuales promedio de \$2.500.00 por concepto de:

<i>Participación de utilidades</i>	<i>\$2.250.000</i>
<i>Rendimientos financieros</i>	<i>\$ 250.000</i>
<i>Total</i>	<i>\$2.500.000</i>

El señor Mauricio Giraldo por el año de 1997 no estaba obligado a presentar declaración de renta ya que no cumplía con los requisitos mínimos establecidos en el E.T.¹⁵⁶”

101.3 Sobre el contenido de este documento, encuentra la Sala que si bien fue presentado y reconocido en calidad de prueba, no es posible establecer que los ingresos del señor Giraldo Vélez correspondían a la suma que allí se señala, puesto que no existen documentos adicionales que soporten la referencia del contador.

101.4. Respecto de la existencia de otros documentos, la denuncia penal refiere lo siguiente:

¹⁵⁵ Fls. 31-32, C.1.

¹⁵⁶ Fl.25, C.1.

“En estos mismo hechos que denunció también se extraviaron los libros oficiales del almacén, como el libro diario, libro mayor y balance y libro inventario y balance (...)”¹⁵⁷

101.5. De la misma forma, la certificación del contador refiere que la víctima no contaba con declaración de renta del año anterior a los hechos (1997), toda vez que no se encontraba obligado a presentarla por no encontrarse inmerso en los supuestos determinados en el estatuto tributario vigente para la época.

102. Sin embargo, ambas afirmaciones no cuentan con soportes adicionales que puedan llevar a esta Sala a determinar que no existen otros medios probatorios para determinar la cuantía de los ingresos percibidos por el señor Mauricio de Jesús Giraldo Vélez.

103. En consecuencia, es pertinente que, para efectos de proferir una liquidación ajustada a la realidad en la que se pueda determinar de manera cierta el monto correspondiente al lucro cesante consolidado (compuesto por las sumas dejadas de percibir por el actor desde la fecha de la muerte, hasta la fecha de la presente sentencia) y el lucro cesante futuro (referente a las sumas dejadas de percibir por la víctima desde la fecha de la sentencia hasta la fecha en la cual, según la expectativa de vida vigente para la época, podría seguir desempeñando su actividad) es necesario contar con medios probatorios adicionales.

104. Respecto de lo anterior es menester recordar que la vocación del reconocimiento del lucro cesante consiste en el restablecimiento del equilibrio económico derivado del daño antijurídico producido e imputado al responsable, cuya causación se cuantifica desde la fecha de los hechos¹⁵⁸. El contenido del lucro cesante, tanto consolidado o debido, como futuro o anticipado, debe fundarse en la aplicación por el juez administrativo del principio de equidad¹⁵⁹ [para determinar la proporción y valoración del perjuicio¹⁶⁰] y del respeto del derecho a la reparación integral¹⁶¹ constitucional y convencionalmente reconocido

¹⁵⁷ Fl. 19, C.1

¹⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 14 de noviembre de 1967, expediente 718.

¹⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 1990, expediente 5835; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de agosto de 2011, expediente 19633; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334.

¹⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 23 de mayo de 2012, expediente 23135; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19959.

¹⁶¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 31 de enero de 2011, expediente 17842.

[artículos 90 y 93 de la Carta Política y 1.1, 2, y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos].

105. De lo anterior se desprende que en materia de liquidación del lucro cesante, debe realizarse una recopilación de elementos que permitan dilucidar al juez, con certeza, la cuantía a la que ascendían los ingresos del actor para, así mismo, determinar el monto de la condena de las entidades declaradas responsables por los daños antijurídicos padecidos por su familia.

106. Para la liquidación incidental de los perjuicios aquí reconocidos a Rosa Elena Goez Ruiz y a Felipe Giraldo Góez, en el marco de lo consagrado en el artículo 172 mencionado, modificado por el artículo 56 de la Ley 446 de 1998, se ordenará entonces: (1) acudir a todos los elementos de juicio (documentos, libros contables, contratos, etc), que permitan determinar la cuantificación del lucro cesante que se concretó para la víctima como socio gestor de la Sociedad en Comandita Simple y en su actividad en el almacén Alberto Goez y Cia; (2) así mismo se deberá realizar un dictamen pericial con un profesional contable, o financiero, o actuario, que examine los documentos y material probatorio que se allegue y pueda determinar con certeza suficiente a qué suma asciende los rendimientos que se reclaman como dejados de percibir por la víctima para determinar el quantum del lucro cesante; (3) en dicha liquidación deberá tenerse en cuenta todos los descuentos, cargas impositivas y obligaciones de ley a los que la víctima estaba llamado a sufragar para la época de los hechos por concepto de rendimientos o provechos que dejó de percibir; y, (4) el resultado de dicho ejercicio debe permitir identificar el valor del lucro cesante, suma que deberá ser actualizada de acuerdo con la fórmula matemático – actuarial utilizada por el Consejo de Estado.

107. Sin embargo, es importante resaltar que, en razón a que en este caso existe un único apelante, el Ejército Nacional, la cuantía actualizada de la liquidación no podrá sobrepasar el monto (actualizado a valor de hoy) por el que condenó el Tribunal Administrativo de Antioquia en sede de primera instancia.

108. Después de definir el reconocimiento y liquidación de los perjuicios morales y materiales, la Sala aborda lo relacionado con la condena en costas.

12. Costas.

109. 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, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. MODIFICAR el numeral primero del 3 de diciembre de 2007, proferida por la Sala Séptima de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, respecto de los siguientes apartes:

Primero.- Declarar responsable a la Nación –Ministerio de Defensa, Ejército y Policía Nacional-, de los daños y perjuicios ocasionados a Rosa Elena Goez Ruíz, Felipe Giraldo Goez y Tomás Giraldo Goez, por los hechos ocurridos el 24 de septiembre de 1998 en el municipio de Dabeiba (Antioquia), que dieron lugar a la muerte del señor Mauricio de Jesús Giraldo Vélez.

Segundo.- Como consecuencia se condena a la Nación –Ministerio de Defensa, Ejército y Policía Nacional-, al pago de los perjuicios morales a favor de Rosa Elena Goez Ruíz y Felipe Giraldo Goez.

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2007 por la Sala Séptima de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia y, que quedará de la siguiente manera:

CONDENAR a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-Policía Nacional como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad, al pago de la indemnización a favor de la señora Rosa Elena Goez Ruiz y de Felipe Giraldo Goez por concepto de perjuicios inmateriales, en la modalidad de perjuicios morales a la suma equivalente de **CIEN (100)** salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno, que conforme al salario vigente corresponden a la suma de **SESENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS PESOS** (\$68.945.400.00) para cada uno.

TERCERO. REVOCAR el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2007 por la Sala Séptima de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia y en su lugar:

CONDENAR a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-Policía Nacional como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad, al pago de la indemnización a favor de la señora Tomás Giraldo Goez por concepto de perjuicios inmateriales, en la modalidad de perjuicios morales a la suma equivalente de **CIEN (100)** salarios mínimos legales mensuales vigentes, que conforme al salario vigente corresponden a la suma de **SESENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO**

CUARTO. MODIFICAR el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2007 por la Sala Séptima de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia y, en su lugar, ordenar surtir el trámite incidental para la liquidación del lucro cesante en los expreso términos del artículo 172 del CCA (Decreto 01 de 1984), modificado por el artículo 56 de la Ley 446 de 1998, siguiendo el juez de instancia los siguientes criterios: (1) acudir a todos los elementos de juicio (documentos, libros contables, contratos, etc), que permitan determinar la cuantificación del lucro cesante que se concretó para la víctima como socio gestor de la Sociedad en Comandita Simple y en su actividad en el almacén Alberto Goez y Cia; (2) así mismo se deberá realizar un dictamen pericial con un profesional contable, o financiero, o actuario, que examine los documentos y material probatorio que se allegue y pueda determinar con certeza suficiente a qué suma asciende los rendimientos que se reclaman como dejados de percibir por la víctima para determinar el quantum del lucro cesante; (3) en dicha liquidación deberá tenerse en cuenta todos los descuentos, cargas impositivas y obligaciones de ley a los que la víctima estaba llamado a sufragar para la época de los hechos por concepto de rendimientos o provechos que dejó de percibir; y, (4) el resultado de dicho ejercicio debe permitir identificar el valor del lucro cesante, suma que deberá ser actualizada de acuerdo con la fórmula matemático – actuarial utilizada por el Consejo de Estado.

QUINTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

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

SÉPTIMO. ABSTENERSE de condenar en costas a la demandada.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

**Magistrada
Aclaró voto**

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

**Magistrado
Salvó voto**

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente