

PRUEBA - Valor probatorio. Valoración probatoria / PRUEBA TRASLADADA - Valor probatorio. Valoración probatoria / PROCESO PENAL - Pruebas practicadas / PRUEBAS PRACTICADAS EN EL PROCESO PENAL - Traslado y valoración. Precedente jurisprudencial

En cuanto a la prueba trasladada, la Sala tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 168 del C.C.A. (...) Así mismo, de acuerdo con el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil (...) Adicionalmente, el artículo 185 del C.P.C. establece que el traslado de la prueba practicada en el proceso original, solo procede cuando fue solicitada por la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción. El precedente de la Sala ha sostenido, que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, como ocurre en el presente proceso, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hayan sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el contencioso administrativo, considerando que en tales casos resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión. La posibilidad de apreciar tales pruebas dependerá de si en el proceso al cual se trasladan se atienden las formalidades que la ley ha establecido respecto de cada una de éstas.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 168 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 185

NOTA DE RELATORIA: Sobre la prueba trasladada y su valor probatorio, consultar sentencia de 21 de febrero de 2002, expediente número 12789; sentencia de 26 de enero de 2011, expediente número 18429 y sentencia de 13 de abril de 2000, expediente número 11898.

PRUEBA - Testimonios / TESTIMONIOS - Valor probatorio. Valoración probatoria / PRUEBA DOCUMENTAL - Valor probatorio. Valoración probatoria

Los testimonios practicados en el curso del proceso penal militar, podrán valorarse en este caso, toda vez que cumplen los requisitos de ley para su traslado, pues la entidad demandada intervino en su práctica, y fueron coadyuvados por dicha entidad en el proceso contencioso administrativo. En relación con la prueba documental y los informes técnicos de dependencias oficiales, se agotaron las formalidades del traslado que cada medio de prueba exige, razón por la cual las pruebas documentales y los informes técnicos de dependencias oficiales serán apreciadas en este proceso con el valor legal que les corresponde.

PRUEBA TRASLADADA - Eficacia probatoria. Precedente jurisprudencial

Ahora bien, en cuanto a la eficacia probatoria de la prueba trasladada, el precedente de la Sala sostiene que cabe valorarlo a instancias del proceso contencioso administrativo, siempre que se cumpla lo exigido en el artículo 185 del CPC, esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional siempre y cuando en el (los) proceso (s) del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con su audiencia.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 185

ESTACION DE POLICIA DE BARBACOAS - Toma guerrillera. Ataque guerrillero / DAÑOS SUFRIDOS POR MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA - Policía Nacional / DAÑOS SUFRIDOS POR MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA - Ataque de grupo armado insurgente / ESTACION DE POLICIA NACIONAL - Ataque de grupo armado insurgente. Precedente jurisprudencial / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Imputación / IMPUTACION - Elementos

De acuerdo con el precedente más reciente de la Sala, cuando se trata de un ataque de un grupo armado insurgente a una Estación de la Policía Nacional en la que muere un agente, debe considerarse: (...) En otra ocasión, la Sala estudió las reclamaciones patrimoniales que se presentaron como consecuencia de los daños sufridos por los demandantes con ocasión de la toma del municipio de La Calera (Cundinamarca) por parte de la guerrilla, en circunstancias similares a las que se presentaron en el sub-lite, en donde la entidad demandada estaba plenamente informada de la posibilidad del ataque subversivo a las poblaciones del Departamento de Cundinamarca y cercanas a la capital, a pesar de lo cual, la toma se produjo sin obtener apoyo oportuno por parte de la misma (...) Luego del anterior precedente, se pueden extraer unos elementos que permiten examinar las condiciones en las que cabe imputar la responsabilidad extracontractual al Estado en eventos en los que se produce un ataque por un grupo armado insurgente: i) enfrentar y resistir un ataque sin el apoyo de la institución, o de cualquier otro cuerpo y fuerza militar del Estado; ii) el ataque que lleve a cabo un grupo armado insurgente debe entenderse como un evento previsible, del que se pudo tener noticia o conocimiento de su inminencia, o del que se tenía elementos que advertían de una amenaza seria, sin que pueda dotarse de incidencia, que no de elemento de realidad fáctica, a las condiciones de orden público de la zona o área donde ocurren los hechos; iii) que ante el ataque, los policiales (o militares) deban afrontarlo con escasez de medios, esto es, de armamento, de capacidad de reacción o defensa, e incluso de limitaciones de infraestructura y logística de las instalaciones contra las cuales se dirige el ataque o incursión, por parte de un grupo armado insurgente, y; iv) que no se adopten las medidas precautorias y preventivas, de diferente naturaleza, como puede ser de inteligencia, de refuerzo, de aprovisionamiento o, de adecuación de las instalaciones.

NOTA DE RELATORIA: Sobre responsabilidad del Estado por ataque de grupo armado insurgente a instalaciones de la Policía Nacional y muerte de agentes, consultar sentencia de 20 de febrero de 2003, expediente número 14117, Consejero Ponente doctor Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 9 de abril de 2008, expediente número 18769 -Acumulados 12561, 12581 y 12582- y sentencia de 26 de mayo de 2010, expediente número 17194.

ESTACION DE POLICIA DE BARBACOAS - Toma guerrillera. Ataque guerrillero / DAÑOS SUFRIDOS POR MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA - Garantía de los derechos de la población civil y policías / CONFLICTO ARMADO INTERNO - Garantía de los derechos de la población civil y policías / ESTADO - Deber positivo de protección / CONVENIOS DE GINEBRA - Artículo 3 común. Miembros de la fuerza pública / PRINCIPIO DE HUMANIDAD - Respeto a la dignidad

Los hechos ocurridos en la Estación de Policía de Barbacoas, en el Departamento de Nariño, son producto o resultado del conflicto armado interno que el país viene sufriendo desde hace décadas, lo que hace exigible al Estado un deber positivo de

protección no sólo respecto a los ciudadanos o población civil, sino también en relación con los propios miembros de la fuerza pública. (...) la invocación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 no tiene otro objeto que la afirmación del principio de humanidad, que es inherente al respeto de la dignidad.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el reconocimiento del conflicto armado interno en Colombia, consultar Corte Constitucional sentencias C-802 de 2002; C-172 de 2004; C-291 de 2007; T-444 de 2008; T-496 de 2008; T-922^a de 2008. En relación con la aplicación del artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra, ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso "La Tablada" - Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997. Sobre el deber positivo de protección por parte del Estado, dentro del conflicto armado interno, aplicación del principio de humanidad y respecto a la dignidad ver Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005. Sobre principios fundamentales del derecho humanitario, consultar Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007. Sobre el respeto de los derechos humanos tanto de los poderes públicos como de los particulares consultar, sentencias de 25 de mayo de 2011, expedientes números 15838, 18075, 18747 y 25212; sentencias de 8 de junio de 2011, expedientes números 19772 y 19773

ESTACION DE POLICIA DE BARBACOAS - Toma guerrillera. Ataque guerrillero / ESTADO - Deber positivo de protección / DEBER POSITIVO DE PROTECCION - Noción. Definición. Concepto

El deber positivo se concreta, a su vez, en la obligación de prevención por parte del Estado, que abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que su eventual vulneración sea efectivamente considerada y tratada como un hecho ilícito susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales, que actuando puedan producir violaciones a los derechos humanos, sin que el Estado se haya correspondido con su ineludible obligación positiva. (...). No basta que los Estados se abstengan de violar estos derechos, sino que deben adoptar medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, o por la propia naturaleza del conflicto armado interno que singulariza los medios y la necesidad de reforzar la eficacia en la protección de los mencionados derechos.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el deber positivo de protección y su prevención consultar, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrafo 166; Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párrafo 149; Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, Serie C No. 202, párrafo 63; Caso González y otras (Campo Algodonero) Vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 252. Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C No. 147, párrafo 81; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrafo 154; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 111.

ESTACION DE POLICIA DE BARBACOAS - Toma guerrillera. Ataque guerrillero / CONFLICTO ARMADO INTERNO - Deber positivo de protección por parte del Estado

Desde la perspectiva del conflicto armado interno, el deber positivo derivado de la tutela de los derechos humanos a la que el Estado está llamado a responder, se concreta en la aplicación de medidas de precaución (anticipación del riesgo) y de prevención. Cuando se trata de la situación de los miembros de la fuerza pública que se encuentran involucrados en la atención, defensa y despliegue de las actividades propias al mantenimiento de la seguridad y del orden público, con ocasión de las acciones realizadas por los diferentes grupos armados insurgentes en el territorio de nuestro país, también es dable exigir el cumplimiento del deber positivo propio a la tutela de los derechos humanos de los miembros de la fuerza pública, los cuales, como sujetos, no renuncian a los mismos, ni a su tutela por parte del Estado. En ese sentido, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación, la preservación o, siquiera, la existencia de las condiciones necesarias para evitar la vulneración del derecho a la vida, que precisado en el caso concreto no se produjo con ocasión del ataque de un grupo armado insurgente a la Estación de la Policía Nacional en Barbacoas, Nariño, el 6 de junio de 1997, como consecuencia del cual devino la muerte del agente Henry Alejo Escobar Fernández. La observancia del artículo 4, en conjunción con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente, sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida, conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción (incluidos los ciudadanos-policiales).

ESTACION DE POLICIA DE BARBACOAS - Toma guerrillera. Ataque guerrillero / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - Estados miembros. Obligaciones / PROTECCION DEL DERECHO A LA VIDA - Situaciones

Las obligaciones asumidas por los Estados miembros de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con la protección del derecho a la vida, pueden incumplirse especialmente en dos tipos de situaciones: (1) cuando el Estado no adopta las medidas de protección eficaces frente a las acciones de particulares que pueden amenazar o vulnerar el derecho a la vida de las personas que habitan en su territorio; y (2) cuando sus cuerpos de seguridad del Estado (Ejército, Policía, etc.) utilizan la fuerza letal fuera de los parámetros internacionalmente reconocidos (en el caso del ataque a la Estación de la Policía Nacional de Barbacoas, cabe encuadrar en el primer supuesto). En tanto que, dichas obligaciones comprenden: "a) adoptar medidas jurídicas y administrativas apropiadas para prevenir las violaciones; b) investigar las violaciones, y cuando proceda, adoptar medidas contra los violadores de conformidad con el derecho interno e internacional; c) dar a las víctimas acceso imparcial y efectivo a la justicia con independencia de quien sea en definitiva el responsable de la violación; d) poner recursos apropiados a disposición de las víctimas y e) proporcionar o facilitar reparación a las víctimas.

ESTACION DE POLICIA DE BARBACOAS - Toma guerrillera. Ataque guerrillero / FUERZA PUBLICA - Tutela de los derechos humanos de los miembros de la fuerza pública

La tutela de los derechos humanos inherentes e intrínsecos a los miembros de la fuerza pública que puede ser objeto de vulneración no se reduce a la acción

directa del Estado, sino que puede derivar de la concurrencia de la acción de terceros y de la omisión del Estado a los expresos mandatos constitucionales y legales de protección de tales derechos y de la dignidad humana. En este contexto, cuando es un tercero el que produce una acción bélica armada, o un acto criminal, y del mismo se produce la vulneración de derechos humanos se exige que las autoridades hubieran tenido conocimiento, o debían haber sabido de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitarlo. No se trata, no obstante, de hacer radicar en el Estado una responsabilidad ilimitada frente a cualquier acto o hecho de los particulares (hecho de un tercero), pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo que es achacable directamente al Estado como garante principal. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Daños sufridos por quienes prestan servicio en los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado / ESTACION DE POLICIA DE BARBACOAS - Toma guerrillera. Ataque guerrillero / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Servicio policial / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Régimen aplicable. Título de imputación objetivo

Dentro de este marco, cabe examinar cómo el precedente de la Sala viene dando tratamiento a la responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por quienes prestan el servicio de policía. En cuanto al régimen aplicable por los daños sufridos por quienes prestan el servicio policial, se ha venido encuadrando en un título de imputación objetivo, bien sea el daño especial, o el riesgo excepcional. La premisa de la que se parte es que se produce la ruptura del principio de igualdad en la asunción de las cargas públicas, teniendo en cuenta que el ingreso a la fuerza pública ocurre en razón del acatamiento del mandato constitucional previsto en el artículo 216 de la Carta Política.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Daños sufridos por quienes prestan servicio en los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Personal que voluntaria o profesionalmente ingresa a los cuerpos o fuerzas de seguridad del Estado / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Régimen aplicable. Falla del servicio / FALLA DEL SERVICIO - Acto propio o riesgo propio del servicio / REGIMEN PRESTACIONAL ESPECIAL - Indemnización a for fait

Cuando se trata de personal que voluntaria o profesionalmente ingresa a los cuerpos o fuerzas de seguridad del Estado, el régimen aplicable varía y se encuadra en la falla del servicio debido a que la conducta haya sido negligente o indiferente, de tal manera que se deja al personal expuesto a una situación de indefensión. En este segundo supuesto, el precedente de la Sala emplea como premisa el concepto de “acto propio” o de “riesgo propio del servicio” (que como se dijo, dadas las especiales circunstancias del ataque a la Estación de la Policía Nacional de Barbacoas, puede resultar contradictorio con los expresos mandatos

constitucionales, que puede derivar en el incumplimiento de las obligaciones de protección de los derechos humanos). (...) De acuerdo con el mismo precedente, el común denominador del daño antijurídico reclamado como consecuencia de la muerte o de las lesiones de un miembro de las fuerzas armadas es el de la "exposición a un elevado nivel de riesgo para la integridad personal". Esto indica, pues, que quien ingresa voluntaria o profesionalmente a las fuerzas armadas está advertido que debe afrontar situaciones de alta peligrosidad, entre las que cabe encuadrar el eventual enfrentamiento con la delincuencia. Como consecuencia de lo anterior, se establece un régimen prestacional especial, que reconoce la circunstancia del particular riesgo a que se somete a todo aquel que ingresó voluntaria y profesionalmente, a lo que se agrega que dicho régimen se encuentra ligado a la presencia de una vinculación o relación laboral para con la institución armada. Esto llevará a que se active la denominada "indemnización a for-fait", lo que no excluye la posibilidad que pueda deducirse la responsabilidad y por tanto la obligación de reparar el daño causado, si se demuestra que el daño fue causado por falla del servicio o por exposición de la víctima a un riesgo excepcional.

NOTA DE RELATORIA: Sobre acto propio o riesgo propio del servicio, consultar sentencia de 4 de febrero de 2010, expediente número 18371. Sobre riesgo propio del servicio de personal militar profesional y régimen prestacional especial consultar sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente número 17127. En relación con la indemnización a for - fait, ver sentencia de 21 de febrero de 2002, expediente número 12799; sentencia de 12 de febrero de 2004, expediente número 14636; sentencia de 14 de julio de 2005, expediente número 15544; sentencia de 26 de mayo de 2010 expediente número 19158; sentencias de 15 de febrero de 1996, expediente número 10033 y sentencia de 20 de febrero de 1997, expediente número 11756.

ESTACION DE POLICIA DE BARBACOAS - Toma guerrillera. Ataque guerrillero / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Servicio policial. No es actividad militar voluntaria / SERVICIO POLICIAL - Cumplimiento de los deberes que la Constitución impone

Cuando se trata de personas que se encuentran prestando el servicio policial se afirma que no quedan sometidos a los riesgos inherentes a la actividad militar voluntariamente, "sino que corresponde al cumplimiento de los deberes que la Constitución impone a las personas, "derivados de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social", para "defender la independencia nacional y las instituciones públicas".

NOTA DE RELATORIA: Sobre el riesgo inherente a la actividad militar como deber que la Constitución impone, consultar sentencia 26 de mayo de 2010, expediente número 19158 y sentencia de 3 de abril de 1997, expediente número 11187

ESTACION DE POLICIA DE BARBACOAS - Toma guerrillera. Ataque guerrillero / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Daño antijurídico / DAÑO ANTIJURIDICO - Acreditación

La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la muerte del agente Henry Alejo Escobar Fernández, como se desprende de la copia auténtica del registro de defunción del mencionado agente, en el que se consignó que murió el 6 de junio de 1997, habiendo sido la causa un shock hipovolémico; del oficio 051 de 26 de febrero de 1998, de la Directora Encargada

del Hospital San Antonio, con el que se remitió copia auténtica de la diligencia de necropsia practicada al cadáver de Henry Alejo Escobar Fernández; de la copia auténtica de la necropsia realizada al cuerpo del agente Escobar Fernández, en la que se concluyó que su fallecimiento “se debió directamente a la destrucción y perforación de órganos vitales como: Pulmón e Intestino por proyectil de Arma (sic) de fuego). (...) De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”.

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

NOTA DE RELATORIA: Sobre noción de daño antijurídico, consulta Corte Constitucional sentencias C-254 de 2003, C-333 de 1996. Sobre daño jurídico como principio consagrado en la Constitución ver Corte Constitucional sentencia C-832 de 2001

DAÑO ANTIJURIDICO - Noción. Definición. Concepto / DAÑO ANTIJURIDICO - Características

Así mismo, 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”. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida. Se trata de un daño que la víctima, Escobar Fernández, no estaba llamado a soportar como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de su dignidad humana y de sus derechos constitucionales a la vida y a la integridad personal, que es incuestionable en un Estado Social de Derecho. Sin embargo, no siendo suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si cabe atribuirlo fáctica y jurídicamente a las entidades demandadas, o si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño.

NOTA DE RELATORIA: Sobre características del daño antijurídico, consultar sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente número AG -2001-1541, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente número 12166 y sentencia de 2 de junio de 2005, expediente número AG-1999-02382

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Daño antijurídico. Imputación / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Daño antijurídico. Imputación / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Constitucionalización. Mecanismo de protección de los administrados / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Constitucionalización. Mecanismo de protección de los administrados / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Cláusula general

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés. Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la constitucionalización de la responsabilidad del Estado, consultar sentencia C-832 de 2001. Sobre responsabilidad del Estado como mecanismo de protección de los administrados, Corte Constitucional, consultar sentencia C-333 de 1996, reiterada en la sentencia C-892 de 2001. Sobre la cláusula general de responsabilidad estatal, Corte Constitucional, consultar sentencia C-037 de 2003, reiterada en la sentencia C-864 de 2004. Sobre la finalidad de protección por parte de las autoridades públicas, consultar Consejo de Estado, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente número AG-2001-213 y sobre los elementos de la responsabilidad consultar sentencia de 21 de octubre de 1999, expedientes números 10948 y 11643.

REGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Principio de imputabilidad / PRINCIPIO DE IMPUTABILIDAD - Concepto / IMPUTACION - Sustento fáctico y atribución jurídica / IMPUTACION OBJETIVA - Título autónomo de responsabilidad del Estado / IMPUTACION OBJETIVA - Noción

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

NOTA DE RELATORIA: Sobre el principio de imputabilidad, ver sentencia de la Corte Constitucional, C-254 de 2003. Sobre principio de proporcionalidad consultar sentencia SU-1184 DE 2001

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Incursión guerrillera / TOMA GUERRILLERA A ESTACION DE POLICIA - Omisión de apoyo / ESTACION DE POLICIA DE BARBACOAS - Toma guerrillera. Ataque guerrillero / HECHO DE TERCEROS - No excluye la responsabilidad en este caso

Apreciado el acervo probatorio, se encuentra que es imputable la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas, pese a que en los hechos haya intervenido un tercero (grupo armado insurgente), ya que no fue esta la causa determinante o capaz de enervar la sustancia fenomenológica y fáctica, que sigue residiendo en el resultado mismo achacable al Estado, que no sólo está llamado a enfrentar a la delincuencia, a los grupos irregulares, sino que también está obligado, principalmente, a adoptar las medidas de precaución, prevención y contención adecuadas para enfrentar todas las manifestaciones del delito, ya que de lo contrario estaríamos asistiendo a la escenificación de una tragedia colectiva en la que los muertos y los heridos son compatriotas que en cumplimiento de un deber, o en la realización de una misión deben sacrificarse para mantener las instituciones, el sistema democrático, las libertades y el respeto de los derechos en el marco del Estado Social, Democrático y de Derecho. 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.

NOTA DE RELATORIA: Precedente jurisprudencial. Sobre el tema consultar sentencias de 25 de mayo de 2011, expedientes números 15838, 18075, 25212 y 18747.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Toma guerrillera. Ataque guerrillero / ESTACION DE POLICIA DE BARBACOAS - Toma guerrillera. Ataque guerrillero / FALLA DEL SERVICIO - Configuración / FALLA DEL SERVICIO - Omisión de apoyo a los agentes durante incursión guerrillera / TOMA GUERRILLERA A ESTACION DE POLICIA - Omisión de apoyo / ATAQUE GUERRILLERO A ESTACION DE POLICIA - Omisión de apoyo

La Sala llega, sin duda, a la conclusión que del examen conjunto de los medios probatorios allegados al proceso permiten establecer que el daño antijurídico causado a Henry Alejo es atribuible [fáctica y jurídicamente] a las entidades demandadas a título de falla del servicio (...). De la apreciación conjunta de los medios probatorios, y de la rigurosa valoración de la prueba testimonial, se llega a demostrar que existen por lo menos dos declaraciones en las que se advierte que la Estación de la Policía Nacional del municipio de Barbacoas, Nariño, fue objeto de hostigamiento por un grupo armado insurgente en el mes de abril de 1997, lo que aunado a las advertencias realizadas por el Comandante de la misma Estación, lleva a inferir que existía una amenaza inminente, irreversible e indudable de un ataque por uno de los grupos armados insurgentes que operaban en la jurisdicción. La desatención de la información suministrada por el personal de la Estación de la Policía Nacional de Barbacoas, Nariño, es constitutivo de una falla del servicio, la que se agrava por las lamentables condiciones en las que se

encontraban las instalaciones de la Estación para el 6 de junio de 1997, ya que no ofrecía, siquiera, condiciones aptas para alojar a los uniformados, menos ofrecía las garantías de seguridad (...) A los anteriores supuestos, configuradores de la falla del servicio, cabe agregar por la Sala la falta de apoyo o refuerzo armado por la Policía Nacional o el Ejército Nacional de manera oportuna, adecuada y suficiente, lo que denotó que los policiales, entre los que se contaba Henry Alejo Escobar Fernández, fueron dejados a su suerte, abandonados en la práctica cuando se produjo el ataque por el grupo armado insurgente FARC (...) hay pruebas suficientes para acreditar la omisión de prevenir o atender adecuadamente la situación de riesgo objetiva creada por el Estado, al permitir que un resultado dañoso como el ocurrido en la toma de la Estación de Barbacoas, lo que no se constituía en un imposible material, policial, ni jurídico, a tenor de lo reflejado en el acercamiento probatorio, en el informativo administrativo y en lo afirmado por los propios policiales que se encontraban en la misma Estación, por la falta de atención a las amenazas inminentes de ataques por grupos armados insurgentes, insuficiente e inadecuada dotación logística, de material de guerra y equipos de comunicación, retardo injustificado en el apoyo, debilidades en el diseño y establecimiento de la Estación, lo que facilitó que en la toma no sólo se haya producido la muerte de Henry Alejo Escobar Fernández, sino que se haya consumado el secuestro masivo de varios policiales y la muerte de otros tantos más. (...) La Sala llega a la conclusión que la entidad aquí demandada es responsable patrimonialmente de los daños causados a Henry Alejo Escobar Fernández y a su familia, con fundamento en la indiscutible posición de garante institucional que residía en dichas entidades, y como consecuencia directa de la creación de la situación objetiva de riesgo, ya que como se dijo atrás, estaba llamado el estado a evitar los riesgos, debilidades y fallas que se cometieron en la Estación de la Policía Nacional de Barbacoas (Nariño), que permitió el ataque guerrillero, con el resultado funesto y desafortunado para la familia del demandante y de todos los que resultaron víctimas del mismo, quienes debieron ser amparados como ciudadanos-policiales en sus derechos fundamentales y humanos. Fue, por lo tanto, la omisión protuberante, ostensible, grave e inconcebible del Estado de la que se desprende la responsabilidad por el resultado dañoso de los demandantes, quien estaba en la obligación de ofrecer, por lo menos, una intervención proporcionada y adecuada a las circunstancias riesgosas creadas por el mismo.

ESTACION DE POLICIA DE BARBACOAS - Toma guerrillera. Ataque guerrillero / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Imputación / IUS IN BELLUM - Aplicación / POLICIAL QUE PRESTA SERVICIO - Cumplimiento del principio de solidaridad. Deber patriótico constitucional / RESPONSABILIDAD OBJETIVA - Aplicación / APLICACION DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA - Condiciones / CLAUSULA GENERAL DE LA BUENA ADMINISTRACION - Incumplimiento

Es determinante para la imputación de la responsabilidad que el Estado el incumplimiento de la planeación, organización, seguimiento y despliegue de la fuerza policial, especialmente en zonas donde el conflicto armado tenía las más complejas, serias y graves circunstancias. Y no debe olvidarse que si se aplica el ius in bellum, el fin último al que debió responder el Estado era "atenuar, en la medida de lo posible, el sufrimiento causado a las víctimas de las hostilidades" entre las que cabe tener a los policiales que prestando su servicio están cumpliendo con el principio de solidaridad que exige cumplir con ese deber patriótico constitucional. Y si esto es, así el estado es responsable del resultado perjudicial ya que no se correspondió con los principios de humanidad, esto es, con aquellos que exigen que el ejercicio de toda actividad, como por ejemplo las

misiones de seguridad asignadas a los miembros de las fuerzas armadas, debe estar orientada hacia la preservación de los derechos, y no al sacrificio absoluto de estos por una causa que legal y democrática no está llamado ningún individuo a soportar porque implicaría la supresión de la esencia propia del ser humano como destinatario de la protección, convirtiendo al Estado en prioridad en la búsqueda de la paz. En ese sentido, debe prodigarse la aplicación de la responsabilidad objetiva en este tipo de casos, siempre que se cumplan ciertas condiciones (siguiendo lo propuesto por Erns Fosrthoff): i) debe nacer cuando la administración pública crea una situación de peligro individual y extraordinaria (eine individuelle un auBergewöhnliche Gefharenlage); ii) debe tratarse de un riesgo especial, incrementado (Besondere, erhöhte Gefahr), “que supere netamente los riesgos normales a que todos se encuentran expuestos”, y; iii) que “el daño... sufrido por la víctima sea consecuencia inmediata de la realización de dicho peligro”. En ese sentido, también es imputable el resultado dañoso a las entidades demandadas porque se quebró e incumplió la cláusula general de la “buena administración pública”, que se refuerza especialmente cuando el Estado está a cargo de las estaciones policiales, de salvaguarda de la seguridad y de enfrentar con suficientes y plenas garantías a la delincuencia. Porque en caso de producirse, la omisión del Estado puede desencadenar la producción de actos de genocidio o de violencia que como lo señala la Observación General No. 6 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su artículo 6.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la aplicación de ius in bellum. Precedente jurisprudencial. Consultar sentencias de 25 de mayo de 2011, expedientes números 15838, 18075, 25212 y 18747.

ESTACION DE POLICIA DE BARBACOAS - Toma guerrillera. Ataque guerrillero / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Ataque de grupo armado insurgente / FALLA DEL SERVICIO - Omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia / FALLA DEL SERVICIO - Configuración

Cuando la imputación de la responsabilidad debe formularse a partir de la ocurrencia de un ataque de un grupo armado insurgente, en el marco del conflicto armado en el que se encuentra inmerso el país, el precedente de la Sala se orienta hacia el título de la falla “cuando el daño se produce como consecuencia de la omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia, es decir, cuando la imputación se refiere a la actuación falente o irregular de la Administración por su actuar omisivo, al no utilizar todos los medios que a su alcance tenía con conocimiento previo (previsible) para repeler, evitar o atenuar el hecho dañoso del tercero. Para determinar si la conducta del Estado fue anómala o irregular, por acción o por omisión, frente al hecho dañoso perpetrado por el tercero debe analizarse si para la Administración y para las autoridades era previsible que se desencadenara el acto insurgente. Este aspecto constituye uno de los puntos más importantes a analizar dentro de este régimen, pues no es la previsión de la generalidad de los hechos (estado de anormalidad del orden público) sino de aquellas situaciones que no dejan casi margen para la duda, es decir, las que sobrepasan la situación de violencia ordinaria vivida, a título de ejemplo: región en la que se ha declarado turbado el orden público, paro de transportes, revueltas masivas callejeras, población bajo toque de queda, amenaza de toma subversiva anunciada a una población esto en cuanto hace a los conglomerados sociales; amenazas o atentados previos contra la vida en cuanto hace a las personas individualmente consideradas, etc. Queda claro entonces que la sola circunstancia de que el afectado no haya solicitado protección previa especial no siempre será causal que permita exonerar a la

administración de su deber de protección y vigilancia sino dependiendo del caso particular pueden existir otras circunstancias indicadoras que permitieran a las autoridades entender que se cometería un acto terrorista”.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la solicitud de protección previa especial, consultar sentencia 27 de noviembre de 2002, expediente número 13774

ESTACION DE POLICIA DE BARBACOAS - Toma guerrillera. Ataque guerrillero / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Ataque de grupo armado insurgente / FALLA DEL SERVICIO - Causal eximente de responsabilidad. Causal exonerativa de responsabilidad / HECHO DE UN TERCERO - Causal eximente de responsabilidad. No se configura. Precedente jurisprudencial

Y si bien, el a quo entendió que operó la causal exonerativa del hecho de un tercero, la Sala debe consolidar el precedente en los siguientes aspectos: i) es cierto que en la producción del daño hubo tanto participación de un tercero, un grupo armado insurgente respecto del cual no puede negarse su existencia y su realidad dentro del conflicto armado interno que vive nuestro país, como al mismo contribuyó la omisión e incumplimiento de las entidades demandadas al no adoptar las medidas de seguridad, de protección y de prevención, tal como se advertía en el informe realizado por la propia autoridad policial, donde se indicó la amenaza inminente y sería de un ataque por alguno de los grupos armados insurgentes que operaban en la zona; ii) en este tipo de eventos se produce la concurrencia de acciones y omisiones distintas a la propia de la víctima, que deriva en la generación de una obligación solidaria [solidaridad que se expresa en cuanto al grupo armado insurgente en su responsabilidad internacional por la violación de derechos humanos y de las normas del derecho internacional humanitario, artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, al afectar con sus acciones indiscriminadas a la población civil, y al uso de material bélico no convencional y lesivo de los derechos no sólo de la víctima, sino también de los propios uniformados que son objeto de este tipo de ataques], que permite a la víctima del daño exigir la indemnización a cualquiera de los sujetos que contribuyeron a la producción del mismo [en aplicación de los expresos mandatos de los artículos 2344 y 1568 del Código Civil]; iii) luego, el hecho del tercero [grupo armado insurgente] no es única, exclusiva y determinante, sino que contribuye a la producción del daño, por lo que persiste la obligación solidaria de indemnizar el daño [en aplicación del artículo 1571 del CC]; iv) desde el ámbito fáctico, no se produce una ruptura, porque el incumplimiento de las medidas de seguridad, y la omisión de permitir la presencia de la víctima como personal civil durante el ataque del grupo armado insurgente no deja de enervar la responsabilidad de las entidades demandadas, y de permitir su atribución jurídica.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1568 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1571 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 2344

NOTA DE RELATORIA: Sobre toma guerrillera y la no configuración del hecho de un tercero como causal exonerativa de responsabilidad, consultar sentencia 27 de noviembre de 2002, expediente número 13774

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Causal eximente de responsabilidad. Hecho de un tercero / HECHO DE UN TERCERO - Configuración

Aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos de otro particular, aquél no es

automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones positivas. Por el contrario, cabe reforzar su encuadramiento en el título de la falla del servicio, afirmando la posibilidad de que la misma se consolide no sólo por el incumplimiento u omisión de las entidades demandadas, sino que también por no haber observado los deberes positivos a los que debió sujetarse en este caso específico, en especial por no haber atendido las solicitudes de refuerzo humano, logístico y de armamento, y de procurar por la terminación de las instalaciones de la Estación de la Policía [posición de garante de vigilancia], a tenor de lo manifestado por el precedente de la Sala según el cual “el Estado asume un papel de garante que se desprende de la obligación que emana del artículo 2 de la Constitución Política, disposición según la cual ” las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2

NOTA DE RELATORIA: Sobre posición de garante del Estado, consultar sentencia 9 de junio de 2010, expediente número 19849

ESTACION DE POLICIA DE BARBACOAS - Toma guerrillera. Ataque guerrillero / DERECHOS HUMANOS - Violación / ESTADO - Exigencia de solicitar la elaboración de una Opinión Consultiva por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - Establecer si hubo violación

Del análisis del acervo probatorio y del caso, la Sala encuentra que el ataque, perpetrado por el grupo armado insurgente FARC, pudo implicar el incumplimiento de mandatos de protección de los derechos humanos, que no pueden quedar desprovistos de mención, y que exigirán que el Estado solicite, por los canales y en ejercicio de las competencias del Ejecutivo, la elaboración de una Opinión Consultiva por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme a lo exigido por el reglamento de dicha instancia internacional, y con el objetivo de determinar si se produjeron violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos, asociadas al accionar del mencionado grupo armado insurgente, y relacionadas con el incumplimiento, a su vez, del Derecho Internacional Humanitario, especialmente lo relacionado al uso de armamento, al trato al combatiente y al secuestro que pudo materializarse durante el tiempo que fueron sometidos, cuando los miembros del grupo armado insurgente ingresaron a las instalaciones de la Estación de la Policía Nacional de Barbacoas, Nariño. En ese sentido, y en aplicación del bloque ampliado de constitucionalidad para la tutela de los derechos humanos y el respeto del derecho internacional humanitario, se debe tener en cuenta que pudo producirse por parte del grupo armado insurgente FARC violaciones a los Convenios de Ginebra, especialmente el II y III, en sus artículos 43 y siguientes, debiéndose establecer si se produjo la comisión de conductas que vulneraran el trato digno y humano, la desatención de los heridos (artículo 8 y siguientes), la tortura psicológica a la que se sometió a los policiales durante el término en el que se encontraron plenamente sometidos a los insurgentes. En cuanto al armamento empleado, donde se mencionó el uso de “rockets”, granadas, ametralladoras de alto calibre, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977, establece en su artículo 35, claramente que en “todo conflicto armado, el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado”.

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / CONVENIOS II Y III DE GINEBRA / - ARTICULOS - ARTICULO 8 Y SS / CONVENIOS II Y III DE GINEBRA / - ARTICULO 43 Y SS / PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1977 - ARTICULO 35

LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Perjuicio moral / PERJUICIO MORAL - Acreditación / PERJUICIO MORAL - Toma estación de policía de Barbacoas / PRESUNCION DE DOLOR MORAL - Muerte de agente de la policía nacional / PERJUICIO MORAL - Presunción de dolor. Aplicación reglas de la experiencia

Revisadas las pretensiones de la demanda, y tratándose de la muerte del agente de la Policía nacional Henry Alejo, se encuentra acreditado el parentesco con los registros civiles, lo que lleva a la Sala a tener por demostrado el perjuicio moral en cabeza de los demandantes con ocasión de la muerte del hijo y hermano, lo que aplicando las reglas de la experiencia hace presumir que la muerte en las circunstancias violentas en las que ocurrieron, hacen presumir que los parientes cercanos (que conforman su núcleo familiar) debieron afrontar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad. (...). En el proceso la demandada no desvirtuó en ningún momento la presunción de aflicción causada a los demandantes por la pérdida del hijo y hermano, lo que lleva a concretar la existencia de los perjuicios morales en cabeza de todos y cada uno de aquellos.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la aplicación de las reglas de la experiencia para acreditar el dolor moral por la pérdida de un ser querido. Precedente jurisprudencial, consultar sentencia de 17 de julio de 1992, expediente número 6750, Consejero Ponente doctor Daniel Suárez Hernández. Del parentesco cercano con la víctima se infiere el padecimiento moral que su muerte inflige a los suyos. El parentesco es indicio vehemente del daño moral. Sobre el particular consultar sentencia de 30 de marzo de 2004, expediente número S 736, reiterada en sentencia de 30 de agosto de 2007, expediente número 15724, Consejero Ponente doctor Ramiro Saavedra Becerra y sentencia de de 15 de octubre de 2008, expediente número 18586

PERJUICIOS MORALES - Arbitrio judicial. Discrecionalidad del juez / PERJUICIOS MORALES - Intensidad del daño / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Intensidad del daño

Si bien a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente (en una suerte de equivalencia con los gramos oro reconocidos en la primera instancia), no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (arbitrio iudicis) del juez de tasar tales perjuicios, sin lograr, aún, la consolidación de elementos objetivos en los que pueda apuntarse la valoración, estimación y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con lo que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada "cierta discrecionalidad". Así mismo, para el reconocimiento y tasación el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por la cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y

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

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Toma a estación de policía de Barbacoas. Muerte de agente de Policía / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Aplicación del test de proporcionalidad / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Determinación y dosificación del quantum indemnizatorio del perjuicio moral / TEST DE PROPORCIONALIDAD - Fundamento / TEST DE PROPORCIONALIDAD - Sub principios

La Sala empleará un test de proporcionalidad para la tasación de los perjuicios morales. (...) Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la determinación y dosificación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral (...) (...) El fundamento, por lo tanto, del test de proporcionalidad no es otro, según los precedentes anteriores, el cual, a su vez, comprende tres sub-principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Toma estación de policía de Barbacoas. Muerte de agente de Policía / PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Idoneidad / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Idoneidad

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

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Toma estación de policía de Barbacoas. Muerte de agente de Policía / PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Necesidad / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Necesidad

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

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Toma estación de policía de Barbacoas. Muerte de agente de Policía / PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Proporcionalidad stricto sensu / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Proporcionalidad stricto sensu

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

LIQUIDACION DE PERJUICIOS MORALES - Toma estación de policía de Barbacoas. Muerte de agente de policía / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Aplicación del test de proporcionalidad / TEST DE PROPORCIONALIDAD - Aplicación de los sub principios / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Aplicación de los sub principios

De acuerdo con lo anterior, para el reconocimiento y tasación del perjuicio moral en el presente caso se sujetara a los anteriores criterios objetivos, los que ordinariamente están demostrados con base en la prueba testimonial, de la que se deriva la denominada "presunción de aflicción" la que debe aplicarse conjuntamente con los mencionados criterios, de manera que la tasación de este tipo de perjuicios responda a la complejidad de una sociedad articulada, plural y heterogénea que exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada, sin que constituya una tarifa legal o judicial. En este sentido, se establece la siguiente metodología para determinar el quantum indemnizatorio por concepto de perjuicios morales: Si solamente se encuentra satisfecho el requisito de idoneidad se concederá de la siguiente forma: (...) Si se encuentran conjugados los sub principios de idoneidad y necesidad la liquidación se efectuará en los siguientes términos: (...) En el caso que se encuentren reunidos los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, se tasa así: (...) En cuanto al lesionado, la tasación se hará conforme a la intensidad, necesidad y proporcionalidad que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción de verse con la pérdida de su ojo izquierdo. De acuerdo con lo anterior, los perjuicios morales quedarán tasados para los actores de la siguiente manera: (...).

LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Perjuicio material / PERJUICIO MATERIAL - Daño emergente / DAÑO EMERGENTE - Toma estación de policía de Barbacoas. Muerte de agente de policía / DAÑO EMERGENTE - Prueba / DAÑO EMERGENTE - Actualización. Cálculo y fórmula

La parte actora solicitó en el escrito de demanda se condenara por los perjuicios materiales, específicamente por concepto de daño emergente constituido por los gastos funerarios, diligencias judiciales y honorarios de abogado en que incurrieron como consecuencia de la muerte del señor Henry Alejo Escobar Fernández. Se observa dentro del acervo probatorio que la parte demandante únicamente probó lo relativo a los gastos funerarios visto a folios 29 a 33 del cuaderno No.1. Por lo anterior, la Sala reconocerá el valor del daño emergente a favor de la señora Helen Zobeida Benítez de Escobar, actualizando el valor de cada factura desde la fecha en que se expidió cada una de ellas, hasta la fecha de esta sentencia, conforme a la fórmula utilizada para ello, de la siguiente manera: (...).

PERJUICIO MATERIAL - Toma a estación de policía de Barbacoas. Muerte de agente de policía / PERJUICIO MATERIAL - Lucro cesante / LUCRO

**CESANTE - Consolidado. Cálculo y fórmula / LUCRO CESANTE - Futuro.
Cálculo y fórmula**

La Sala reconocerá a la señora Helen Zobeida Benitez de Escobar el lucro cesante consolidado, así como a los hijos menores del causante, y que de acuerdo con la jurisprudencia, se concederá hasta que cada uno de ellos cumpliera 25 años. Con base en lo anterior, la liquidación se hará de la siguiente manera: Se encuentra acreditado que el señor Henry Alejo Escobar Fernández, de acuerdo con el certificado de sueldo remitido por el Policía Nacional, para el mes de mayo de 1997 devengaba un salario básico de \$287.279. Por su parte, según el registro civil de nacimiento del señor Escobar Fernández, se sentó como fecha de nacimiento el 17 de febrero de 1962, para la época de los hechos (6 de junio de 1997) tenía 35 años, por lo tanto, la vida probable del mismo según las Tablas de Mortalidad expedidas por la entonces Superintendencia Bancaria (Resolución No. 0497 del 20 de mayo de 1997) era de 47.20 años. Teniendo en cuenta lo anterior, se concederá a favor de la esposa el lucro cesante desde la fecha de la ocurrencia de los hechos (6 de junio de 1997) hasta el día de la sentencia (31 de agosto de 2011), y para los hijos menores, desde la época de los hechos hasta la edad en que cada uno cumpliera 25 años. Actualizado el valor devengado por el causante, se tiene como resultado lo siguiente (...).

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL - Toma a estación de policía de Barbacoas. Muerte de agente de policía / PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL - Aplicación / REPARACION INTEGRAL - Medidas de satisfacción. Vulneración de derechos humanos / MEDIDAS DE SATISFACCION - Precedente jurisprudencial / REPARACION INTEGRAL - Medidas complementarias / MEDIDAS COMPLEMENTARIAS - Elementos / MEDIDAS COMPLEMENTARIAS - Opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Sala en aplicación del principio de reparación integral, y a lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, ordenará una medida de satisfacción singular, teniendo en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la "restitutio in integrum", máxime cuando existe la vulneración a un derecho humano." (...) De acuerdo con el precedente de la Sala, es necesario examinar varios elementos para que en virtud de la reparación integral sea posible ordenar medidas complementarias, para procurar que se deje indemne, o lo más cercano a las víctimas o demandantes. En primer lugar, se sostiene por la Sala que no sólo se produjo un daño antijurídico del que son víctimas Henry Alejo Escobar Fernández y sus familiares, sino también este se produjo como consecuencia necesaria de la violación de su derecho humano a la vida, lo que plantea que se afirme la existencia de la obligación de repararse integralmente el daño ocasionado. En segundo lugar, si se vulneró el derecho humano a la vida cabe exigir al Estado que en cumplimiento de los expresos mandatos constitucionales (artículos 1 y 2 de la Carta Política), como reparación integral del daño, procure que se establezca si terceros, para el caso concreto el grupo armado insurgente que perpetró el ataque, cometieron violaciones a derecho humano alguno de la víctima, por todos los medios a su alcance, incluyendo que se solicite a instancias internacionales la evaluación o valoración de las mismas. En tercer lugar, dicha exigencia contribuye al restablecimiento del derecho humano vulnerado y al respeto de la dignidad humana como meta-principio constitucional, radicado no sólo en cabeza de la víctima, sino también de sus familiares, a quienes debe ofrecerse la verdad de las circunstancias en las que perdió la vida el agente, desde la perspectiva de la acción desplegada por el tercero, esto es, del grupo armado insurgente. La Sala

dando continuidad al precedente, ordenará que el Estado, por los canales adecuados, solicite una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la (s) violación (es) a los derechos humanos que se hayan producido en el caso en concreto por parte del grupo armado insurgente FARC, y que una vez rendida sea puesta en conocimiento de la opinión pública por los medios de comunicación de circulación nacional.

NOTA DE RELATORIA: Sobre principio de reparación integral y medidas de satisfacción, consultar sentencias de 8 de junio de 2011, expediente número 19972 y sentencia de 8 de junio de 2011, expediente número 19973

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto y salvamento parcial de voto del doctor Enrique Gil Botero

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011)

Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08938-01(19195)

Actor: FELISA FERNANDEZ DE ESCOBAR

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA-SENTENCIA-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, el 8 de septiembre de 2000, mediante la cual se dispuso denegar todas las súplicas de la demandada (fl.173 cp).

ANTECEDENTES

1. La demanda

1 Fue presentada el 30 de octubre de 1997 por Felisa Fernández de Escobar, Dominga Emelda Escobar Fernández, Damaso Escobar Fernández, Helen Zobeida Benítez de Escobar, quienes actúan en nombre propio y esta última en

representación de sus hijos menores, Brainy Yesenia, Cristian Andrés, Emilsen Johana y Lucy Fernanda Escobar Benítez, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, con el objeto de que se declare patrimonialmente responsable de los perjuicios causados por la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional como consecuencia de la muerte de su hijo, hermano, esposo y padre Henry Alejo Escobar Fernández, ocurrida el 6 de junio de 1997, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA.

LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL) es responsable administrativa y civilmente de todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, ocasionados a la señora FELISA FERNANDEZ DE ESCOBAR, a sus hijos DOMINGA EMELDA y DAMASO ESCOBAR FERNANDEZ; a la señora HELEN ZOBEBIDA BENITEZ DE ESCOBAR, y a sus hijos menores de edad BRAINY YESENIA, CRISTIAN ANDRES, EMILSEN JOHANA y LUCY FERNANDA ESCOBAR BENITEZ, los mayores vecinos de Tumaco (Nariño), con la muerte violenta de que fué (sic) víctima el señor HENRY ALEJO ESCOBAR FERNANDEZ, quien fuera hijo de la primera, hermano los siguientes, esposo DE HELEN ZOBEBIDA y padre de los menores, en hechos sucedidos el día 6 de junio de 1.997 en la población de Barbacoas (Nariño), al ser masacrado junto con un grupo de compañeros por una agrupación subversiva, debido a que carecían de las mínimas medidas de seguridad y protección para contrarrestar (sic) un ataque enemigo a pesar de encontrarse en plena zona roja y con el agravante de que el Comandante del puesto de policía huyó del lugar dejando a la deriva a sus subordinados, en una falla evidente, presunta y probada en el servicio atribuible a la Policía Nacional.

SEGUNDA.

Condénase (sic) a la NACION (MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL), a pagar a la señora FELISA FERNANDEZ DE ESCOBAR, a sus hijos DOMINGA EMELDA y DAMASO ESCOBAR FERNANDEZ; a la señora HELEN ZOBEBIDA BENITEZ DE ESCOBAR, y a sus hijos menores de edad BRAINY YESENIA, CRISTIAN ANDRES, EMILSEN JOHANA y LUCY FERNANDA ESCOBAR BENITEZ, los mayores vecinos de Tumaco (Nariño), por intermedio de su apoderado, todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, que se les ocasionaron con la muerte violenta de su hijo, hermano, esposo y padre, señor HENRY ALEJO ESCOBAR FERNANDEZ, conforme a la siguiente liquidación o la que se demostrase en el proceso así:

a. CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$150.000.000.00) por concepto de lucro cesante, que se liquidarán a favor de la esposa e hijos del fallecido HENRY ALEJO ESCOBAR FERNANDEZ, correspondientes a las sumas que el mismo dejó de producir en razón a su muerte prematura e injusta y por todo el resto posible de vida que le quedaba, en la actividad económica a que se dedicaba (agente de Policía)...

b. Daños y perjuicios patrimoniales directos o daño emergente, por concepto de gastos funerarios, diligencias judiciales, honorarios de abogado, etc., y en fin, todos los gastos que se sobrevinieron con la muerte del señor HENRY ALEJO ESCOBAR FERNANDEZ, que se estima en la suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3.000.000.00).

c. El equivalente en moneda nacional de 1.000 gramos de oro fino para cada uno de los demandantes por concepto de perjuicios morales o "pretium doloris", consistentes en el profundo trauma (sic) psíquico que produce el hecho de saberse víctima de un acto arbitrario nacido de la falta de responsabilidad en la administración, en aplicación del Art. 106 del Código Penal, máxime cuando el hecho se comete por grave omisión atribuible (sic) a miembros de la Policía Nacional, entidad que tiene el deber constitucional de velar por la vida de los asociados y con él se ha causado la muerte a un ser querido, como lo es un hijo, un hermano, un esposo y un padre. Lo anterior con excepción de la señora FELISA HERNANDEZ (sic) DE ESCOBAR, madre del fallecido, para quien se solicita el equivalente en pesos a 2.000 gramos de oro, en razón del severo dolor moral sufrido por la misma y que estuvo a punto de conducirla a la muerte" (fls.2 y 3 c1).

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

“3o. El señor HENRY ALEJO ESCOBAR FERNANDEZ, había fijado su residencia en la ciudad de Tumaco (Nariño) en compañía de su madre, hermanos, esposa e hijos, dedicándose a laborar como agente de la Policía Nacional, actividades en las cuales ganaba para 1.997 la suma de \$350.000 mensuales, con los cuales atendía sus necesidades y las de su esposa e hijos.

4o. Para el día 6 de junio de 1.997, el señor HENRY ALEJO ESCOBAR FERNANDEZ, había sido asignado a desempeñar sus labores en la población de Barbacoas (Nariño), lugar que por su difícil acceso y por lo espeso de las selvas aledañas, se ha convertido en un fortín de grupos guerrilleros, llegándose a establecer que está rodeado por un campamento de mas (sic) de 300 insurgentes fuertemente armados. A pesar de lo mencionado en la región solo se encuentran asignados por parte de la Policía Nacional aproximadamente 15 agentes, escasamente armados y que residen en la maltrecha estación de policía de la localidad.

5o. El día 6 de junio de 1.997, efectivamente más de 150 subversivos fuertemente armados, que conocían el terreno y que habían tenido todo el tiempo para planear el ataque, irrumpieron a sangre y fuego en la mencionada población Barbacoas (Nariño), atacando inclementemente la Estación de Policía, sin que encontrasen mayor reacción por parte de sus desprevenidos ocupantes, quienes nada pudieron hacer ante el feroz ataque, primero por que (sic) su Comandante, el Subteniente WILLIAM EDUARDO ESTRADA REINA puso pies en polvorosa una vez se percató del ataque, abandonando a sus subalternos y en segundo lugar el apoyo solicitado por radio solo llegó (sic) 24 horas después, cuando ya habían masacrados (sic) cerca de ocho uniformados entre los que se contó al agente HENRY ALEJO ESCOBAR FERNANDEZ" (fls.4 y 5 c1).

2. Actuación procesal en primera instancia.

3 El Tribunal Administrativo de Nariño admitió la demanda mediante providencia de 10 de noviembre de 1997 (fl.35 c1), notificándose al Ministerio de Defensa por conducto del señor Comandante del Departamento de Policía de Nariño (fl.43 c1).

4 La demandada mediante apoderado contestó la demanda en la oportunidad legal, en escrito en el que manifestó que se oponía a todas las pretensiones, así como que algunos hechos deben probarse y otros son ciertos. En la misma, la demandada afirmó,

“En el sub-lite, se presenta como causa de exoneración de la entidad que represento, el llamado hecho de un tercero, por cuanto como la misma parte actora ha manifestado en la demanda la muerte del Agente Escobar Fernández, fue producto único y exclusivo de los alzados en armas “guerrilla” cuando atacaron la estación de Policía de Barbacoas. Situación esta (sic) que hace que se exonere la entidad demandada ya que no existió falla en el servicio” (fl.49 c1).

5 Agotado el periodo probatorio, el cual se inició mediante auto de 3 de febrero de 1998 (fl.54 c1) y, habiéndose citado a audiencia de conciliación por providencia de 13 de abril de 2000 (fl.133 c1) la cual fue fallida, mediante auto de 21 de julio de 2000 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fl.146 c1).

6 La demandada presentó sus alegatos de conclusión en la oportunidad legal, por escrito en el que reiteró lo manifestado en la contestación de la demanda (fls.148 a 150 c1).

7 El Ministerio Público emitió el concepto 138 de 16 de agosto de 2000 en el que consideró,

“Conforme a los documentos allegados, se establece que la Estación se hallaba dotada de 20 fusiles galil, cuatro revólveres 38 largo, 25 granadas de fragmentación, 6.210 cartuchos calibre 7.62 y 236 calibre 38, y 84 proveedores para fusil galil. Y que en la Estación se hallaban 1 Oficial. 1 Suboficial y 19 Agentes. Lo que contraría rotundamente (sic) el que solo fueran 15 agentes como lo expone la demandante, y que estuvieran escasos de armamento.

El hecho de que el Comandante de la Estación Subteniente WILLIAM E. ESTRADA REINA, haya escapado del lugar abandonado a su hombre (sic), no pasó en el proceso de ser una afirmación sin prueba que la respalde, pues apesar (sic) de que al Subteniente se le adelantó disciplinario, por motivo de que la parte actora no dió (sic) los medios necesarios no se adjuntaron las fotocopias del proceso que fura (sic) puesto a disposición, y no se sabe cómo terminó el disciplinario, lo que significa que tampoco se probó éste acerto (sic). Tampoco existe prueba en el proceso de el (sic) momento en que arribaron los refuerzos, no pudiendo establecerse si su llegada fué (sic) tardía u oportuna, amén de las difíciles condiciones de acceso de la zona que la misma parte actora pone de presente.

Por lo tanto, los Hechos (sic) en que se hace baser (sic) la Falla (sic) del Servicio (sic), no fueron probados en el proceso, ni siquiera para establecer la

existencia de concausa de falla y Hecho (sic) de Tercero (sic). Quedando solo demostrado en el proceso que la muerte del agente HENRY ALEJO ESCOBAR se debió únicamente a la Acción (sic) de la Guerrilla (sic), o sea, probándose (sic) una causal de exoneración de responsabilidad de la parte demandada como es el Hecho (sic) exclusivo de un Tercero (sic)" (fls.155 y 156 c1).

8 La parte actora guardó silencio.

3. Sentencia de primera instancia.

9 El Tribunal Administrativo de Nariño, en su decisión denegó las pretensiones de la demanda. En ese sentido, argumentó el a quo,

"(...) Pero aquí y como se viene sosteniendo, el actor no ha probado cuál fue la acción u omisión en que incurrió la Policía para que se le pueda imputar la muerte al Agente HENRY ALEJO ESCOBAR FERNANDEZ. Pues, como se ha establecido, la muerte de este personaje ocurrió en la toma guerrillera de un grupo insurgente a la Sub-Estación de Policía acantonada en Barbacoas, donde aquel prestaba sus servicios.

(...)

El informativo formado aquí, no acredita que la acción del grupo guerrillero que se le atribuyó el hecho, hubiera sido perpetrado por falta o falla del servicio de la administración, o lo que es lo mismo de acuerdo a lo señalado en la demanda, porque falló la inteligencia militar y como consecuencia de ello se indujo en error en la aplicación de la estrategia militar a las fuerzas de contraataque encargadas de la represión.

Es de entender por lo mismo, que los hechos materia de esta demanda fueron el resultado del hecho de un tercero y no del actuar de la administración. En efecto, la Policía Nacional por los momentos en que ocurrieron los hechos se encontraba en su Cuartel (sic) que tenía su custodia permanente. Se ubica por tanto la situación dentro de lo que se conoce como acto terrorista y ello semeja fuerza mayor o caso fortuito. Y no admitirlo así, equivaldría a considerar un motivo de anormalidad social como legítimo, a pesar del estado de indefensión a la cual se ve avocada la nación en casos como éste. Pues, si bien el Estado responde por omisiones, no lo hace de una manera absoluta o incondicional como se pretende considerar aquí, sino en forma relativa, condicionada (sic) como se ha dicho a la solicitud expresa de intervención de la autoridad con capacidad funcional.

(...)

Así como ya se dijo, se comprobó que la muerte del Policía Henry Alejo Escobar Fernández, fue en ataque guerrillero; que el Cuartel (sic) se hallaba dotado de armamento suficiente y conforme a los lineamientos policiales y que en el territorio de Barbacoas existe marcada presencia e influencia guerrillera.

(...)

Pues, la presencia de operaciones guerrilleras, no presuponen necesariamente que ese estado sea declarado oficialmente. La magnitud de esta clase de operaciones militares, determinará el sentido de lo que deberá entenderse por operación de guerra, que no siempre resulta fácil como tarea en acciones irregulares como las que tenemos en Colombia. Y por eso se ha definido, que cuando la confrontación se hace frente a frente, por defender un

objetivo militar o cuando, por razones preventivas, previas a un combate, el Estado causa daño a los particulares, poblado o una región, las operaciones son de guerra y en este hay un consenso (sic) en que eventualmente podría admitirse responsabilidad por daño especial.

Así las cosas y en este caso especial, bien podremos afirmar que no se puede endilgar responsabilidad a un ente como el ahora demandado, cuando se sabe en términos generales, que los cuarteles de Policía están rodeados de buenas seguridades, donde se toman todas las precauciones necesarias y en donde existe buen armamento y municiones suficientes para repeler un ataque. Se puede pensar igualmente, que los integrantes de esos Cuarteles (sic), con (sic) gente preparada en tales actividades y que su vinculación a la Policía, se hizo precisamente para cumplir con una serie de cometidos, entre ellos el de participar en operativos, custodiar las poblaciones, ciudades y sus cuarteles, etc. donde casi en todos ellos están en juego su integridad personal y su vida misma.

(...)

En resumen, la muerte del agente HENRY ALEJO ESCOBAR FERNANDEZ se produjo como consecuencia de la acción sorpresiva de algún grupo armado, posiblemente de las FARC, que reivindicaron para ellos tal situación, por lo que debe descartarse consiguientemente que hubo (sic) falla en el servicio. El daño, se repite, se produjo como consecuencia de la prestación del servicio público que cumplía el ejército en forma rutinaria. Se puso de presente por lo mismo el factor de la imprevisibilidad, como exonerativo de responsabilidad, ya que a pesar de que la zona es de guerra interna, no se podía pensar en la disposición de ataque. Y por otro la Irresistibilidad (sic), toda vez que sí sabemos de la buena dotación de armamento y de la disposición que siempre tuvieron los mandos altos del ejército para brindar ayuda o protección a las guarniciones menores que están acantonadas en esos lugares” (fls.164, 166, 172 y 173 cp).

4. Recurso de Apelación.

10 El 19 de septiembre de 2000 la parte actora interpuso el recurso de apelación (fl.176 cp).

11 Mediante auto de 27 de septiembre de 2000 el a quo concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fl.178 cp).

5. Actuación en segunda instancia.

12 La parte actora presentó la sustentación del recurso el 22 de noviembre de 2001, por escrito en el que reiteró lo sostenido en otras instancias procesales y agregó,

“En efecto, el presente asunto puede ser dilucidado a la luz de la teoría de la FALLA EN EL SERVICIO o con fundamento en la teoría del DAÑO EXCEPCIONAL, toda vez que se considera que se configuró la falla en el servicio a cargo de la Entidad demandada, porque la Policía Nacional era

conocedora de las difíciles condiciones de orden público que se viven en la región; porque no se adoptaron los planes estratégicos o acciones de Comando con miras a la seguridad personal y de la (sic) instalaciones a sabiendas de que la zona era considerada como de "orden público"; porque se ocuparon instalaciones nuevas de la Policía Nacional, sin tener en cuenta de que no ofrecían ninguna seguridad para el personal que se encontraba prestando los servicios en el lugar.

Estos cargos los hace la propia entidad demandada al culminar la investigación administrativa disciplinaria que se tramitó por los hechos contra el Sr. Comandante de la estación Barbacoas, en la providencia del 21 de enero de 1998 proferida por el Comando de Policía Nariño, la que en su parte resolutive determinó solicitar a la Dirección General de la Policía Nacional **la destitución del cargo del subteniente William Estrada Reina.**

(...)

La peligrosidad de la región y el riesgo inminente que se presentaba para los agentes de la Estación de Policía de Barbacoas, esta evidenciado mediante los respectivos informes de inteligencia, rendidos por la propia entidad, en el sentido de la permanencia de grupos subversivos quienes planeaban incursionar en la población y atentar contra miembros de la Policía Nacional, razón por la cual las municiones y material de guerra tenía como destino final la población de Barbacoas no fue remitido oportunamente por parte del mayor Luis Hernando Jiménez Chegwin por que (sic) **"no se dieron las condiciones de seguridad para su traslado teniendo en cuenta que la vía por donde deberían movilizarse es frecuentada por la subversión"**.

(...)

Por otra parte, de la prueba recaudada e (sic) el proceso se evidencia que el ataque guerrillero a la población era previsible al tenor de lo expresado en las declaraciones de los señores Luis Guillermo Rosero y Jorge Antonio Cortes Inspector de Policía de Barbacoas, rendidas dentro del respectivo proceso administrativo disciplinario que se tramitó por los hechos, quienes señalan que antes de la toma los agentes taponaron las vías de acceso al Comando porque era de público conocimiento que la guerrilla se iba a tomar el Cuartel (sic) de Policía y que los uniformados también estaban informados de esa situación y temían ser víctimas de una incursión guerrillera" (fls.183 a 185 cp¹).

13 Mediante auto de 5 de diciembre de 2000 el despacho, de la época, admitió el recurso de apelación (fl.198 cp) y, por providencia de 9 de febrero de 2001 se corrió traslado al Ministerio Público y a las partes para emitir el concepto de rigor y presentar los alegatos de conclusión (fl.200 cp).

14 La demandada presentó sus alegatos de conclusión en la oportunidad legal, mediante escrito en el que reiteró lo sostenido en otras instancias procesales (fls.212 a 215 cp), agregando,

"En el presente caso, los demandantes pretenden obtener una indemnización con la declaratoria de responsabilidad administrativa de la Nación-Policía Nacional como consecuencia de la muerte del agente HENRY ALEJO

¹ Aparece en el expediente otro escrito de sustentación del recurso de apelación presentado el 23 de noviembre de 2000, en cuyos folios 190 a 193 (cp) se consignó los mismos argumentos.

ESCOBAR FERNANDEZ quien se encontraba cumpliendo una misión del servicio policial como es la de ser miembro de la Policía Nacional, conociendo que su actividad policial y más dentro de ciertos sitios del territorio nacional, los cuales son considerados como zona roja, es decir, en donde se encuentra acantonada la guerrilla o grupos subversivos al margen de la ley, en esas unidades los riesgos son grandes, por ello todo uniformado conoce los riesgos a los que se enfrentan, además, los policiales son reentrenados para combatir este tipo de delincuencia, por lo que nos encontramos frente a otro eximente de responsabilidad administrativa como es EL RIEGSO PROPIO DEL SERVICIO.

(...)

*... se debe insistir en que **no es dable exigir del estado que los hechos y daños causados por terceros** que si bien obraron al margen de la ley, no por ello automática e indefectiblemente vinculan patrimonialmente al Estado para que éste resarza los perjuicios, pues aquellas cargas que superen su verdadera capacidad de acción y reacción para controlar el orden público, no le es posible a ella, ni se puede permitir disponer que para cada ciudadano, en cada metro de las vías, en cada rincón del país se coloque a un agente del orden para garantizar la seguridad en términos absolutos de nuestra organización política" (fls.213 y 214 cp).*

15 La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

16 Por informe secretarial del 28 de abril de 2004 se indicó que se pasaba al despacho del magistrado ponente los anexos remitidos por el Tribunal Administrativo de Nariño, entre las que se encuentra documentos de la investigación penal y disciplinaria adelantada por los hechos ocurridos el 6 de junio de 1997 (fls.219 y 220 cp).

CONSIDERACIONES

1. Competencia

1 Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño del 8 de septiembre de 2000, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

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

3 En cuanto a la prueba trasladada, la Sala tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 168 del C.C.A,

“En los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”.

Así mismo, de acuerdo con el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil,

“Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”.

Adicionalmente, el artículo 185 del C.P.C. establece que el traslado de la prueba practicada en el proceso original, solo procede cuando fue solicitada por la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción.

El precedente de la Sala ha sostenido, que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, como ocurre en el presente proceso, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hayan sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el contencioso administrativo², considerando que en tales casos resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión³.

La posibilidad de apreciar tales pruebas dependerá de si en el proceso al cual se trasladan se atienden las formalidades que la ley ha establecido respecto de cada una de éstas, asunto precisado por la Sala en los siguientes términos⁴:

*“... El artículo 229 del mismo código dispone:
“Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos:
“Cuando se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior.*

² Sentencia de 21 de febrero de 2002. Exp.12789.

³ Sentencia de 26 de enero de 2011. Exp.18429.

⁴ Sentencia de 13 de abril de 2000. Exp.11.898.

“Cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299.

“Se prescindirá de la ratificación cuando las partes lo soliciten de común acuerdo, mediante escrito autenticado como se dispone para la demanda o verbalmente en audiencia, y el juez no la considera necesaria.

“Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior”.

“Conforme a lo anterior, se tiene que los testimonios practicados en un proceso diferente de aquél en el que se pretende su valoración sólo pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador cuando son trasladados, en copia auténtica, y siempre que hayan sido practicados con audiencia de la parte contra la cual se aducen, o cuando, sin cumplir este último requisito, son ratificados en el nuevo proceso, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 229 del C. de P. C. Si no se dan estas condiciones, las pruebas aludidas no podrán apreciarse válidamente (se subraya).

“En relación con la indagatoria de un agente estatal, practicada dentro de un proceso penal, debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que no puede ser trasladada a un proceso administrativo, ya que no puede valorarse, en ningún caso, como prueba testimonial ni someterse a ratificación. En efecto, si bien se trata de una declaración rendida por un tercero, que no se identifica con la entidad estatal que tiene la calidad de parte dentro del proceso administrativo, no cumple los requisitos del testimonio, porque no se rinde bajo juramento. Así las cosas, siempre que se quiera hacer valer la declaración del respectivo agente estatal, dentro de este tipo de procesos, debe ordenarse la práctica de su testimonio.

“En cuanto a los documentos, públicos o privados autenticados, podrán ser valorados en el proceso contencioso administrativo al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, una vez allegado el documento, deberá expedirse un auto que ordene tenerlo como prueba; la parte contra la cual se aduce podrá tacharlo de falso dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Debe tenerse en cuenta que, según lo dispuesto en la misma norma, no se admitirá la tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión, o se trate de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica.

“Sobre los informes técnicos y peritaciones de entidades y dependencias oficiales, el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil establece que deberán ponerse en conocimiento de las partes por el término de tres días, para que puedan pedir su complementación o aclaración, de manera que, una vez trasladados a un proceso administrativo, deberá surtirse este trámite para garantizar el derecho de contradicción de la parte contra la que se pretenden hacer valer.

“Finalmente, las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquéllos en los que fueron practicados, cuando ello no se hizo a petición o con audiencia de la parte contra la cual se aducen. En efecto, para garantizar el derecho de contradicción, estas pruebas deben practicarse, en todo caso, dando oportunidad a las partes de estar presentes, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 237 y 246 del Código de Procedimiento Civil, lo que, obviamente, no podrá lograrse con el simple traslado posterior del acta o del informe respectivos. Por lo anterior, la inspección o el peritazgo deberán practicarse nuevamente en el nuevo proceso” (subrayado fuera de texto).

A la luz de tales criterios, es preciso resaltar que los testimonios practicados en el curso del proceso penal militar, podrán valorarse en este caso, toda vez que cumplen los requisitos de ley para su traslado, pues la entidad demandada intervino en su práctica, y fueron coadyuvados por dicha entidad en el proceso contencioso administrativo.

En relación con la prueba documental y los informes técnicos de dependencias oficiales, se agotaron las formalidades del traslado que cada medio de prueba exige, razón por la cual las pruebas documentales y los informes técnicos de dependencias oficiales serán apreciadas en este proceso con el valor legal que les corresponde.

Ahora bien, en cuanto a la eficacia probatoria de la prueba trasladada, el precedente de la Sala sostiene que cabe valorarlo a instancias del proceso contencioso administrativo, siempre que se cumpla lo exigido en el artículo 185 del CPC, esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional siempre y cuando en el (los) proceso (s) del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con su audiencia.

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

2. La responsabilidad por daños a miembro de la Policía Nacional con ocasión de ataque de grupo armado insurgente.

5 De acuerdo con el precedente más reciente de la Sala, cuando se trata de un ataque de un grupo armado insurgente a una Estación de la Policía Nacional en la que muere un agente, debe considerarse:

“Esta circunstancia demuestra cómo, los pocos agentes de la POLICIA NACIONAL que prestaban sus servicios en dicha localidad, tuvieron que enfrentar y resistir solos y durante mucho tiempo a un nutrido y bien armado grupo de guerrilleros, sin contar con el necesario apoyo de su propia institución como tampoco del Ejército, al cual también le cabe responsabilidad por los daños derivados de tal omisión pero que, sin embargo, no fue citado al presente proceso en representación de la Nación, como entidad demandada.

Observa la Sala que el caso que se analiza en el **sub-lite**, no es el único de su especie, pues han sido varios los eventos similares en los que se ha concluido la existencia de falla del servicio de la entidad demandada por la misma razón, es decir por abandono de los agentes de la POLICIA NACIONAL, destacados en distintos municipios que fueron objeto de fuertes ataques guerrilleros, sin recibir apoyo alguno por parte de la institución a la que pertenecían, a pesar de que el hecho era previsible y, sin embargo, no se tomaron medidas para brindar una pronta respuesta frente a tales incursiones subversivas, permitiendo con ello la causación de daños antijurídicos que los agentes no estaban en la obligación de soportar, al obligarlos a resistir durante horas, con escaso armamento y municiones, los embates de los grupos guerrilleros que se tomaban los municipios, los cuales quedaban a su entera disposición; al respecto, ha dicho la Sala:

“Considera la Sala que en el caso concreto se incurrió en una falla del servicio porque a pesar de que la presencia de grupos subversivos en la región era ampliamente conocida por las autoridades militares, no se tomaron las medidas que ellos mismos habían diseñado para enfrentarlos. Así, aunque la evaluación citada en las pruebas se había realizado en el mismo mes en que se produjo el ataque, no se movilizaron grupos de antiguerrillera, ni se dotó la estación de Policía del municipio de Pasca de mejor armamento o mayor número de agentes preparados para enfrentar un combate de considerable magnitud.

Pero la mayor omisión atribuible a la entidad demandada, es la de no haberle brindado apoyo a los agentes que se hallaban en el municipio de Pasca, a pesar de que en la estación de Fusagasugá se tuvo conocimiento de la incursión guerrillera desde antes de su inicio y a pesar de que estos dos municipios, así como otras bases militares y de policía del departamento, incluida la capital, quedan muy cerca del sitio del enfrentamiento.

Aunque, como lo ha reiterado la Sala, no es dable al juez evaluar las estrategias militares asumidas para establecer si fueron o no acertadas, lo cierto es que la omisión o retardo injustificado en prestar ayuda a seis hombres que se enfrentaban a más de cien no puede considerarse una estrategia militar sino un abandono. Se destaca que de acuerdo con los mismos informes de la Policía, se tuvo conocimiento de la inminencia del ataque a la población de Pasca desde antes de las 8:00 p.m., pero sólo hasta la 0:0 horas del día siguiente salieron a prestarle refuerzos a los agentes que se encontraban allí.

La aparente ayuda prestada por el Ejército con el sobrevuelo del helicóptero del Ejército resultó inane, pues en nada contribuyó a la defensa de los agentes de la Policía.

En consecuencia, aunque la muerte de los agentes fue causada por terceros, no hay lugar a exonerar a la entidad demandada porque el hecho no era imprevisible ni se ejecutaron acciones tendientes a resistirlo. Por lo tanto, ésta deberá indemnizar los daños causados a los demandantes por haber incurrido en una falla del servicio, que contribuyó a la causación del daño.

Si bien los agentes de la Policía asumen los riesgos inherentes a su actividad y por lo tanto, deben soportar los daños que sufran como consecuencia del desarrollo de dicha actividad, su decisión tiene límites que no pueden llegar hasta el extremo de exigirles que asuman un comportamiento heroico, cuando de manera desproporcionada e irrazonable se los somete sin ninguna ayuda real a confrontar una situación

de peligro que conducirá inexorablemente a lesionar su integridad física o la pérdida de su vida, como ocurrió en el caso concreto”⁵.

En otra ocasión, la Sala estudió las reclamaciones patrimoniales que se presentaron como consecuencia de los daños sufridos por los demandantes con ocasión de la toma del municipio de La Calera (Cundinamarca) por parte de la guerrilla, en circunstancias similares a las que se presentaron en el **sub-lite**, en donde la entidad demandada estaba plenamente informada de la posibilidad del ataque subversivo a las poblaciones del Departamento de Cundinamarca y cercanas a la capital, a pesar de lo cual, la toma se produjo sin obtener apoyo oportuno por parte de la misma⁶:

“El Consejo de Estado ha considerado tradicionalmente, con fundamento en algunos de los regímenes de responsabilidad desarrollados con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, que, en determinados eventos, la Administración Pública puede resultar responsable de los perjuicios antijurídicos que sufran los ciudadanos como consecuencia de atentados terroristas.

En efecto, si bien ha sido reiterada la jurisprudencia extranjera, y fundamentalmente la francesa y la española⁷, en el sentido de expresar que el Estado no asume responsabilidad patrimonial alguna por este tipo de actos -incluidos dentro de las denominadas operaciones de guerra-, esta Sala se ha apartado de aquéllas, al considerar, entre otras circunstancias, que, dados los aspectos concretos en que los mismos se producen, podrían resultar imputables a una acción u omisión de la Administración, lo cual bien puede consistir, como se alega en este caso, en una falla del servicio.

(...)

Así pues, cuando un atentado terrorista resulta previsible porque de las circunstancias especiales en que se desarrollen los hechos, las autoridades pueden tener conocimiento sobre un alto grado de probabilidad respecto de la ocurrencia del mismo, el Estado está en la obligación de prestar la protección que se requiere y, por lo tanto, el incumplimiento de este deber configura la falla del servicio.

Dado que la Sala estima que en este caso los hechos que se demandan pueden estar inmersos en el régimen de falla del servicio, es necesario precisar que este régimen de responsabilidad supone, para la prosperidad de las pretensiones de la demanda, la acreditación, por parte de los demandantes, de los elementos constitutivos de la responsabilidad de la Administración, esto es, la existencia de un elemento de imputación que permita atribuir el daño al Estado, por la omisión en el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, elementos que habrán de verificarse en el caso concreto.

(...) se pudo establecer que, efectivamente, las autoridades de la Fuerza Pública tenían amplio conocimiento de los niveles de inseguridad que se estaban presentando tanto en las zonas rurales como urbanas del municipio de La Calera desde el mes de febrero del año 1994 (...), la información anterior fue ratificada por el Departamento de Policía de

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2003. M.P.: Ricardo Hoyos Duque.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia del 9 de abril de 2008. Expediente 18.769 (Acumulados 12.561, 12.581, 12.582). Actor: Alvaro Herrera González y otros.

⁷ Ver, al respecto, TAMAYO JARAMILLO, Javier. La responsabilidad del Estado, edit. Temis, Santafé de Bogotá, 1997, p. 110 a 115.

Cundinamarca mediante el oficio 010 del 24 de marzo de 1997, con el cual se remitieron al proceso 18 poligramas enviados en su momento a las estaciones de policía del Departamento de Cundinamarca durante todo el mes de julio de 1994, informando sobre la posible ocurrencia de atentados terroristas por parte de guerrilleros de las Farc en los municipios cercanos a Bogotá y ordenando, en virtud de la grave situación de orden público, que se reforzaran las medidas de seguridad.

Nótese que de acuerdo con lo manifestado por la entonces Alcaldesa del municipio (...), la estación de policía de La Calera contaba con tres agentes de policía para el 9 de febrero de 1994 y el 19 de julio siguiente se encontraban 6 policías. Así mismo, del informe rendido por el Departamento de Policía el 7 de marzo de 1997, se pudo establecer que esa dependencia tenía amplio conocimiento sobre la eventualidad e inminencia de la toma que para el mes de julio del año 1.994 pretendían llevar a cabo en el municipio de La Calera, razón por la cual se dispuso alertar a las unidades cercanas por medio de poligramas, difusiones y policlaves (...).

De manera que a pesar de ser un hecho previsible no se adoptaron las medidas pertinentes para prevenir o para contrarrestar el ataque.

(...)

También se advierte, que a pesar de que se conocía claramente la intención guerrillera de efectuar una toma en el municipio y aún habiéndose reportado la información respecto de su ocurrencia, hacia las 9:00 p.m., en el sentido de que los subversivos estaban atacando esa localidad (...), la Fuerza Pública sólo llegó al municipio dos horas después de que se había iniciado el ataque y cuando ya los subversivos habían abandonado el lugar.

(...)

Se hace referencia a las diferentes formas de acceder al municipio de La Calera por vía terrestre, en cuanto resulta evidente que para repeler el ataque guerrillero, para apoyar a los pocos agentes existentes para ese entonces en dicho municipio y para auxiliar y proteger a la población civil afectada por esa cruenta e ilegal toma, las fuerzas del orden habían podido llegar por muy diversas rutas –como además lo exige la estrategia que debe observarse en relación con confrontaciones o actos de guerra, cuando se trata de hacerle frente a los ataques del enemigo-, máxime si se tiene presente que para esa época la Fuerza Pública había tenido noticia anticipada en relación con los planes que contemplaba la guerrilla para atacar diversos municipios del Departamento de Cundinamarca, lo cual obligaba a aquella a diseñar y a tener listos para activar diversos planes tanto de contención como de contingencia y reacción.

Por lo anterior no resultan de recibo, en modo alguno, que el Ejército haya tardado en llegar al municipio blanco del ataque guerrillero dos horas, para cuyo efecto habría de asumirse que ese es el tiempo que toma el desplazamiento terrestre desde las instalaciones del “*Cantón Norte*” en la ciudad de Bogotá, puesto que, ante la gravedad de los hechos sucedidos, acerca de cuya planeación y factible ocurrencia la Fuerza Pública tenía suficiente y anticipado conocimiento, lo menos que podía esperarse es que los planes de reacción inmediata que las fuerzas del orden hubieran diseñado y preparado para hacerle frente a cualquier ataque de ese estilo, también contemplaren, como resulta apenas obvio, la posibilidad de arribar a La Calera desde diversos puntos geográficos, contando para ello con las tropas y recursos que estuvieren acantonados en los municipios circunvecinos –como lo son Sopó y Guasca-, así como con aquellos refuerzos y apoyos que igualmente habrían podido disponerse para situaciones de emergencia –como la que aquí se examina-, provenientes

de todos aquellos elementos humanos y materiales que, como es ampliamente conocido, permanentemente se destinan a la protección y custodia de la represa del Guavio, dada la condición estratégica que a la misma le corresponde a nivel nacional.

(...).

A lo anterior se adiciona el hecho de que un ataque guerrillero de la gravedad y la magnitud de aquel que dio lugar al ejercicio de la acción que ahora se decide en segunda instancia –acerca de cuyo planeamiento tuvo anticipada noticia la Fuerza Pública y oportuna comunicación recibió acerca de su concreción-, en modo alguno permite aceptar, de manera pacífica, que la vía terrestre sea la única forma que hubieren contemplado las fuerzas del orden para llegar a La Calera, puesto que igualmente conocido es que la República cuenta con múltiples y variados recursos para contrarrestar esa clase de hechos y brindar protección efectiva y oportuna a la población, por manera que en ese propósito debieron conjugarse y ponerse en marcha diversas formas de desplazamiento que aseguraran una presencia oportuna de las tropas en el sitio de los hechos, lo cual de ninguna manera podría limitarse a los elementos propios de infantería sino que, también debió disponerse de los elementos que integran la caballería (montada y mecánica) y aquellos que forman parte de la Fuerza Aérea, de tal suerte que al sitio de los acontecimientos se habría podido llegar en pocos minutos, contados a partir del recibo de la primera noticia del ataque, si para ello se hubieren puesto en ejecución operaciones militares y de policía a través de fuerzas helicópteras o con la intervención de aviones artillados, cuyo origen, en tales casos, bien habría podido tener lugar, según correspondiere, tanto en las propias instalaciones del mencionado “*Cantón Norte*”, como en aquellas otras de las cuales dispone el país para el efecto, como por ejemplo, para solo mencionar algunas: la base aérea de CATAM, ubicada en la misma ciudad de Bogotá; la base aérea de Madrid (Cundinamarca); la base aérea de Melgar o incluso la base aérea de Apiay, en el Departamento del Meta.

Así pues, se tiene que el ataque guerrillero que se pretendía ejecutar en los municipios cercanos al Distrito Capital fue un hecho previsible para la Administración y que, por tanto, ésta debió adoptar un plan de reacción inmediata para cuyo efecto debió acudir a todos los elementos tanto instrumentales como personales de la Fuerza Pública, esto es, de la Policía Nacional, del Ejército Nacional y de la Fuerza Aérea, de manera que hubiese sido posible acudir oportunamente al lugar de los hechos, bien por vía terrestre, bien por vía aérea o por ambas.

Así pues, a pesar de que la Fuerza Pública tuvo conocimiento previo de la intención subversiva, que posteriormente se materializó mediante los hechos a que se ha venido haciendo alusión, lo cierto es que sólo llegó a hacerle frente al ataque guerrillero después de dos (2:00) horas de haberse iniciado, para lo cual únicamente contempló y utilizó la vía terrestre, partiendo desde el Distrito Capital de Bogotá y sin que al parecer, para ello, se hubieren diseñado con suficiente anticipación planes efectivos y serios de contingencia o de reacción inmediata, respecto de cuya existencia ninguna mención se hizo, siquiera, dentro del proceso que aquí se falla, de lo cual se infiere que la parte demandada no sólo no adoptó las medidas necesarias e indispensables para evitar, disuadir o prevenir el ataque de manera efectiva –*ex ante*-, sino que, peor aun, nada realmente efectivo hizo para reducirlo, neutralizarlo o al menos contrarrestarlo –*ex post*- cuando ya tuvo conocimiento acerca de su realización”.

Las circunstancias que se presentaron en el caso que es objeto de decisión en el **sub-lite**, son muy similares a las relatadas en las anteriores jurisprudencias, pues se trató de la invasión guerrillera de un municipio del Departamento de Cundinamarca, que había sido prevista por las autoridades, quienes sin embargo no tomaron medidas suficientes para evitar tal ataque ni mucho menos para contrarrestarlo, una vez el mismo se presentó; y la entidad demandada, POLICIA NACIONAL, a pesar de haber sido oportunamente informada de que se estaba produciendo el ataque en el Municipio de Gachalá, dejó abandonados a los pocos agentes de Policía que prestaban sus servicios en el mismo y no acudió a brindarles apoyo para salvaguardar, no sólo el orden público alterado en el municipio, sino la vida misma y la integridad de los 7 miembros de la Policía allí destacados y de toda la población, amenazada por la arremetida guerrillera; en consecuencia, resulta procedente la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la entidad demandada, por la muerte violenta de WILMAR ANTONIO CORREA GALLEG0, en la forma como fue descrita en párrafos anteriores”⁸.

Luego del anterior precedente, se pueden extraer unos elementos que permiten examinar las condiciones en las que cabe imputar la responsabilidad extracontractual al Estado en eventos en los que se produce un ataque por un grupo armado insurgente: i) enfrentar y resistir un ataque sin el apoyo de la institución, o de cualquier otro cuerpo y fuerza militar del Estado; ii) el ataque que lleve a cabo un grupo armado insurgente debe entenderse como un evento previsible, del que se pudo tener noticia o conocimiento de su inminencia, o del que se tenía elementos que advertían de una amenaza seria, sin que pueda dotarse de incidencia, que no de elemento de realidad fáctica, a las condiciones de orden público de la zona o área donde ocurren los hechos; iii) que ante el ataque, los policiales (o militares) deban afrontarlo con escasez de medios, esto es, de armamento, de capacidad de reacción o defensa, e incluso de limitaciones de infraestructura y logística de las instalaciones contra las cuales se dirige el ataque o incursión, por parte de un grupo armado insurgente, y; iv) que no se adopten las medidas precautorias y preventivas, de diferente naturaleza, como puede ser de inteligencia, de refuerzo, de aprovisionamiento o, de adecuación de las instalaciones.

3. Las garantías de los derechos de los ciudadanos-policías en el marco del conflicto armado interno.

6 La Sala advierte que los hechos ocurridos en la Estación de Policía de Barbacoas, en el Departamento de Nariño, son producto o resultado del conflicto

⁸ Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.17194.

armado interno⁹ que el país viene sufriendo desde hace décadas, lo que hace exigible al Estado un deber positivo de protección no sólo respecto a los ciudadanos o población civil, sino también en relación con los propios miembros de la fuerza pública. De acuerdo con el precedente de la Subsección,

“Dicho deber positivo (u objetivo) de protección que está en cabeza del Estado se hace exigible imperativamente si se quiere corresponderse con el respeto de las reglas de derecho internacional humanitario, en especial con lo establecido en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, el cual reza:

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, 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 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).

En ese sentido, la invocación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 no tiene otro objeto que la afirmación del **principio de humanidad**, que es inherente al respeto de la dignidad. En el precedente jurisprudencial constitucional se indica,

“Según la Corte Internacional de Justicia, el artículo 3 común es uno de los principios generales fundamentales del derecho humanitario¹⁰, y las reglas que lo componen reflejan lo que se denominó en la sentencia de 1949 sobre el Estrecho de Corfú como “consideraciones elementales de humanidad”¹¹. En la Opinión Consultiva de 1996 sobre las armas nucleares, la Corte Internacional de Justicia enfatizó que la naturaleza humanitaria de las reglas plasmadas en el Artículo 3 común subyace a la totalidad del derecho internacional humanitario y se aplica a todo tipo de conflictos y de armas: “El carácter intrínsecamente humanitario de los principios legales en cuestión (...) permea la totalidad del derecho del conflicto armado, y se aplica a todas las formas de guerra y a todo tipo de armas, las del pasado, las del presente y las del futuro”¹². El carácter imperativo del principio

⁹ Reconocido así en el precedente jurisprudencial constitucional: sentencias C-802 de 2002; C-172 de 2004; C-291 de 2007; T-444 de 2008; T-496 de 2008; T-922^a de 2008.

¹⁰ Corte Internacional de Justicia, caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, 1986.

¹¹ Traducción informal: “and they are rules which, in the Court’s opinion, reflect what the Court in 1949 called ‘elementary considerations of humanity’”. Corte Internacional de Justicia, caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, 1986.

¹² Traducción informal: “[T]he intrinsically humanitarian character of the legal principles in question (...) permeates the entire law of armed conflict and applies to all forms of warfare and to all kinds of

humanitario subyacente al Artículo 3 Común y a los instrumentos universales y regionales de derechos humanos ha sido resaltado también por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, al indicar que “las disposiciones del Artículo 3 Común y de los instrumentos universales y regionales de derechos humanos comparten un núcleo común de estándares fundamentales que son aplicables en todo tiempo, en todas las circunstancias y a todas las partes, y de los cuales no se permite ninguna derogación”¹³. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de cumplir con el artículo 3 común de los convenios de Ginebra es una obligación de carácter absoluto, que no está sujeta a reciprocidad¹⁴. El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia también ha señalado que la obligación esencial impuesta a las partes de un conflicto armado internacional o interno por el Artículo 3 Común—cuyo carácter consuetudinario es indudable— es la de cumplir ciertos estándares humanitarios fundamentales, mediante “la aplicación de las reglas de humanidad reconocidas como esenciales por las naciones civilizadas”¹⁵ y el establecimiento de un nivel mínimo de protección para las personas que no toman parte activa en las hostilidades¹⁶; todo lo cual contribuye a que el Artículo 3 común sea en sí mismo una fuente autónoma y consuetudinaria de responsabilidad penal individual¹⁷. Según ha explicado el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, el propósito mismo del Artículo 3 común es el de reivindicar y proteger la dignidad humana inherente al individuo; por ello, el listado de posibles contravenciones de ese principio de dignidad es una mera enunciación, no taxativa, de formas particularmente graves de maltrato que son fundamentalmente incompatibles con el principio subyacente de trato humano¹⁸. Según han precisado tanto la Comisión Interamericana de

weapons, those of the past, those of the present and those of the future”. Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad o el Uso de Armas Nucleares, 1996.

¹³ Traducción informal: “the provisions of Common Article 3 and the universal and regional human rights instruments share a common “core” of fundamental standards which are applicable at all times, in all circumstances and to all parties, and from which no derogation is permitted.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Sefer Halilovic, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

¹⁴ “la obligación de dar cumplimiento al artículo 3 común es absoluta para ambas partes e independiente de la obligación de la otra parte.” Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

¹⁵ Traducción informal: “Common Article 3 requires the warring parties to abide by certain fundamental humanitarian standards by ensuring ‘the application of the rules of humanity which are recognized as essential by civilized nations.’” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Sefer Halilovic, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

¹⁶ Traducción informal: “Common Article 3 of the Geneva Conventions (...) sets out a minimum level of protection for ‘persons taking no active part in the hostilities’”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Momcilo Krajisnik, sentencia del 27 de septiembre de 2006.

¹⁷ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

¹⁸ El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia explicó en este sentido en el caso Aleksovski: “Una lectura del párrafo (1) del artículo 3 común revela que su propósito es el de reivindicar y proteger la dignidad humana inherente al individuo. Prescribe trato humano sin discriminación basada en raza, color, religión o credo, sexo, nacimiento, o riqueza, u otros criterios similares. En lugar de definir el tratamiento humano allí garantizado, los Estados partes eligieron proscribir formas particularmente odiosas de maltrato que son, sin duda, incompatibles con el trato humano.” [Traducción informal: “A reading of paragraph (1) of common Article 3 reveals that its purpose is to uphold and protect the inherent human dignity of the individual. It prescribes humane treatment without discrimination based on ‘race, colour, religion or faith, sex, birth, or wealth, or any other similar criteria’. Instead of defining the humane treatment which is guaranteed, the States parties chose to proscribe particularly odious forms of mistreatment that are without question incompatible with humane treatment.”]

*Derechos Humanos como el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, las garantías mínimas establecidas en el artículo 3 común se aplican, en el contexto de los conflictos armados internos, a quienes no toman parte directa o activa en las hostilidades, incluida la población civil y las personas puestas fuera de combate por rendición, captura u otras causas*¹⁹.

Como se mencionó en apartados anteriores, el carácter consuetudinario de las normas básicas de las Convenciones de Ginebra de 1949, concretamente los artículos comunes 1 y 3, ha sido confirmado por distintos tribunales internacionales; entre otras, por la Corte Internacional de Justicia en el caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, en el cual las clasificó como “los principios generales fundamentales del derecho humanitario”²⁰.

Sin duda, el deber positivo que el Estado tiene para con los soldados que prestan el servicio militar obligatorio se extrema en condiciones específicas de conflicto armado interno y, específicamente, cuando ocurren hechos como los ocurridos en la Base Militar de las Delicias en los que se producen flagrantes violaciones al derecho a la vida y a la integridad personal. Se trata, sin duda alguna, de exigir no sólo el respeto de los derechos consagrados constitucionalmente (reconocido como quedó que el ciudadano-soldado no renuncia a estos), sino que también debe acatarse las reglas del derecho internacional humanitario (como la señalada) como forma de hacer efectivos tales derechos, y como corolario del respeto a las reglas del derecho internacional humanitario, como la señalada, es un

“... imperativo para la efectiva protección de los derechos y garantías consagrados en la Carta, a la vez que constituye un presupuesto para la realización de la dignidad de los individuos que son afectados por el conflicto armado. Estos elementos cobran especial relevancia en la situación actual del país, que exige un reforzamiento de los procedimientos que estén dirigidos a la salvaguarda de la población civil.

El carácter prevalente del derecho internacional humanitario impide que pueda ser desconocido a través de las medidas de estado de excepción.

Es evidente que al pertenecer el derecho de los conflictos armados al ámbito del derecho internacional general, su preceptiva adquiere la misma función que los derechos intangibles a los que se hizo referencia al analizar los artículos 4 del Pacto Internacional y 27 de la Convención Americana, lo que a su vez es reforzado por la obligación de cumplir con los compromisos

¹⁹ En términos de la Comisión: “El objetivo básico del artículo 3 común es disponer de ciertas normas legales mínimas que se puedan aplicar en el curso de hostilidades para proteger a las personas que no tomaron, o que ya no toman parte directa o activa en las hostilidades. Las personas que tienen derecho a la protección que legalmente les confiere el artículo 3 común, incluyen a los miembros del gobierno y de las fuerzas disidentes que se rinden, son capturados o están fuera de combate (*hors de combat*). De igual modo, los civiles están protegidos por las garantías del artículo 3 común, cuando son capturados o de alguna otra manera quedan sujetos a la autoridad de un adversario, incluso aunque hayan militado en las filas de la parte opositora”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997. En igual sentido, ver el caso Limaj del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia: “dado que el Artículo 3 Común protege a las personas que no toman parte activa en las hostilidades, las víctimas de la violación alegada no deben haber estado tomando parte activa en las hostilidades al momento de la comisión del crimen” [Traducción informal: “as Common Article 3 protects persons taking no active part in the hostilities, the victims of the alleged violation must have taken no active part in the hostilities at the time the crime was committed”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005.]

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007.

que el Estado colombiano ha suscrito en virtud de la ratificación y aprobación de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales”.

Es precisamente la salvaguardia del derecho a la vida y a la integridad personal un mandato positivo (objetivo) del Estado, que tiene su sustento no sólo en nuestra Carta Política, sino que encuentra fundamento (invocando la cláusula del bloque de constitucionalidad del artículo 93 de la Constitución) en el derecho internacional humanitario, donde la premisa indica que “el derecho a no ser arbitrariamente privado de la vida se aplica también durante las hostilidades”²¹, lo que comprende las situaciones de conflicto armado interno como en el que se encuentra el país.

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

“La muerte de los combatientes es justificable (...) únicamente cuando la propia guerra es legal. Pero cuando la guerra es ilegal (...), no hay nada que justifique las muertes y esos asesinatos no pueden distinguirse de aquellos que cometen el resto de las bandas de salteadores al margen de la ley”²².

A lo que cabe agregar,

“Por lo que respecta a la dirección de las hostilidades, no debe considerarse permitido causar <<ningún perjuicio que no tienda materialmente al fin (de la victoria), ni ningún perjuicio cuyo carácter de medio conducente al fin sea leve en comparación con la entidad del perjuicio>>²³. Lo que aquí se prohíbe es el daño excesivo. Hay dos criterios propuestos para determinar el exceso. El primero es el de la victoria misma o el de lo habitualmente recibe el nombre de necesidad militar. El segundo depende de cierta noción de proporcionalidad: hemos de valorar <<el perjuicio causado>>, lo que, presumiblemente, no sólo se refiere al daño inmediatamente producido a los individuos, sino también a cualquier ofensa infligida a los intereses permanentes de la humanidad, y valorarlo por contraposición que aporta el perjuicio respecto al fin de la victoria.

Así expuesto, no obstante, el argumento estipula que los intereses de los individuos y los de la humanidad tienen menor valor que la victoria que se está buscando. Es probable que cualquier acto de fuerza que contribuya de modo significativo al objetivo de ganar la guerra sea considerado

²¹ Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, 1996.

²² Citado en TUCKER, Robert W. *The Law of War and Neutrality at Sea*. Washington, 1957, p.6.

²³ *Elements of Politics*, op. cit., pág.254; para un informe de la época desde un punto de vista aproximadamente parecido, véase R. B. Brandt, <<Utilitarianism and the Rules of War>> en *Philosophy and Public Affairs*, vol.1, 1972, págs..145-165.

permisible; también es probable que cualquier mando militar que exponga aquello a lo que <<conduce>> el ataque que está planeando encuentre apoyo para realizarlo. Una vez más, la proporcionalidad se revela como un criterio difícil de aplicar, ya que no existe ninguna forma rápida de establecer un punto de vista independiente o estable respecto a los valores que deban actuar como contraste para medir la destrucción la guerra. Nuestros juicios morales (si Sidgwick tiene razón) descansan sobre consideraciones puramente militares y rara vez podrán sostenerse frente a un análisis de las condiciones imperantes en la batalla o de las estrategias de campaña que pueda realizar un profesional cualificado.

(...)

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

(...)

Si se pusiera efectivamente en práctica, eliminaría buena parte de la crueldad de la guerra, ya que, respecto a la muerte de muchas de las personas que sucumben en el transcurso de una guerra, ya sean civiles o militares, debe decirse que no es una muerte que se haya producido porque <<tienda materialmente al fin (de la victoria)>> y que la contribución que dichas muertes representan respecto a ese fin es en realidad <<leve>>. Esas muertes no son más que la consecuencia inevitable de poner armas mortales en manos de soldados carentes de disciplina, el resultado de confiar hombres armados al criterio de generales fanáticos o estúpidos. Toda historia militar es un relato de violencia y destrucción desprovisto de cualquier relación con las exigencias del combate: por un lado, masacres y, por otro, batallas ruinosas y mal planeadas que sólo son un poco mejores que las masacres²⁴ (subrayado fuera de texto).

Desde nuestra propia realidad, el precedente jurisprudencial constitucional señala,

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

(...)

De este modo, en manera alguna se trata de hechos sobrevinientes pues todas ellas son situaciones que de tiempo atrás afectan a la sociedad colombiana. No obstante, no puede perderse de vista que a pesar de tratarse de hechos arraigados en la historia del conflicto armado que afronta el país, las dimensiones que esos comportamientos adquirieron últimamente, fundamentalmente tras la ruptura del proceso de paz, les dan unas implicaciones completamente diferentes. Es cierto, todas esas modalidades delictivas tienen un profundo contenido de lesividad y plantean un palmario desconocimiento de los valores mínimos que posibilitan la

²⁴ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*. Barcelona, Paidós, 2001, pp.181 y 182.

*pacífica convivencia. Pero, no obstante ese contenido de antijuridicidad, esas conductas pueden redefinirse por sus autores a partir de una nueva dimensión que los lleva a alentarse de unos nuevos propósitos, a modificar sustancialmente las circunstancias de su comisión y, en consecuencia, a generar unas implicaciones que en el anterior marco eran inconcebibles*²⁵.

Siendo esto es así, no cabe duda que al ciudadano-soldado le es aplicable la exigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos según la cual también puede generarse responsabilidad internacional del Estado por atribución a éste de actos violatorios de derechos humanos cometidos por terceros o particulares, en el marco de las obligaciones del Estado de garantizar el respeto de esos derechos entre individuos²⁶. En este sentido, la Corte Interamericana ha considerado que:

*“Dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. [Las obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección, a cargo de los Estados Partes en la Convención,] proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención”*²⁷.

Igualmente en su opinión consultiva sobre *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte señaló que “[...] se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares”²⁸²⁹.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-802 de 2002.

²⁶ No olvidemos lo señalado por Ferrajoli: “Pues el derecho es en todo caso un instrumento de paz, es decir, una técnica para la solución pacífica de las controversias y para la regulación y la limitación del uso de la fuerza. En la cultura jurídica moderna, éste se justifica como remedio al *bellum omnium*, gracias al cual se produce la superación del estado de naturaleza en el estado civil”. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 2. Madrid, Trotta, 2011, p.486.

²⁷ *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párrafo 211; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 109, párrafo 183; *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103, párrafo 71; *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párrafo 111.

²⁸ *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párrafo 140. También hizo lo propio al ordenar medidas provisionales para proteger a miembros de grupos o comunidades de actos y amenazas causados por agentes estatales y por terceros particulares.

²⁹ Sentencias de 25 de mayo de 2011. Exps.15838, 18075 y 25212; de 25 de mayo de 2011. Exp.18747. Sentencias de 8 de junio de 2011. Exp.19772; de 8 de junio de 2011. Exp.19773.

7 Ahora bien, el deber positivo se concreta, a su vez, en la obligación de prevención por parte del Estado, que abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que su eventual vulneración sea efectivamente considerada y tratada como un hecho ilícito susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales³⁰, que actuando puedan producir violaciones a los derechos humanos, sin que el Estado se haya correspondido con su ineludible obligación positiva.

En especial, los derechos a la vida y a la integridad personal revisten un carácter esencial en la Convención Americana de Derechos Humanos y conforme al artículo 27.2 forman parte del núcleo inderogable de derechos que no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas. No basta que los Estados se abstengan de violar estos derechos, sino que deben adoptar medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre³¹, o por la propia naturaleza del conflicto armado interno que singulariza los medios y la necesidad de reforzar la eficacia en la protección de los mencionados derechos.

Desde la perspectiva del conflicto armado interno, el deber positivo derivado de la tutela de los derechos humanos a la que el Estado está llamado a responder, se concreta en la aplicación de medidas de precaución (anticipación del riesgo) y de prevención. Cuando se trata de la situación de los miembros de la fuerza pública que se encuentran involucrados en la atención, defensa y despliegue de las actividades propias al mantenimiento de la seguridad y del orden público, con ocasión de las acciones realizadas por los diferentes grupos armados insurgentes en el territorio de nuestro país, también es dable exigir el cumplimiento del deber positivo propio a la tutela de los derechos humanos de los miembros de la fuerza

³⁰ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrafo 166; *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párrafo 149; *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, Serie C No. 202, párrafo 63; *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 252.

³¹ *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C No. 147, párrafo 81; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrafo 154; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 111.

pública, los cuales, como sujetos, no renuncian a los mismos, ni a su tutela por parte del Estado.

En ese sentido, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación, la preservación o, siquiera, la existencia de las condiciones necesarias para evitar la vulneración del derecho a la vida, que precisado en el caso concreto no se produjo con ocasión del ataque de un grupo armado insurgente a la Estación de la Policía Nacional en Barbacoas, Nariño, el 6 de junio de 1997, como consecuencia del cual devino la muerte del agente Henry Alejo Escobar Fernández. La observancia del artículo 4, en conjunción con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente, sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida, conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción³² (incluidos los ciudadanos-policiales).

8 Se advierte, por lo tanto, que las obligaciones asumidas por los Estados miembros de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con la protección del derecho a la vida, pueden incumplirse especialmente en dos tipos de situaciones: (1) cuando el Estado no adopta las medidas de protección eficaces frente a las acciones de particulares que pueden amenazar o vulnerar el derecho a la vida de las personas que habitan en su territorio; y (2) cuando sus cuerpos de seguridad del Estado (Ejército, Policía, etc.) utilizan la fuerza letal fuera de los parámetros internacionalmente reconocidos (en el caso del ataque a la Estación de la Policía Nacional de Barbacoas, cabe encuadrar en el primer supuesto)³³. En

³² *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párrafo 144; *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Peru*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párrafo 237; y *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 155, párrafo 75.

³³ Debe tenerse en cuenta que los "Estados han reconocido ciertas obligaciones y estándares internacionales en materia de derechos humanos, bien por vía convencional, bien por vía consuetudinaria, tal sería el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de Hombre. Dichas obligaciones incluyen deberes tanto positivos como negativos, y se encuentran plasmados, aunque de manera general, tanto en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas [Particularmente los artículos 1, 3, 55 c) y 56 de la Carta de la ONU que imponen a todos los miembros la obligación de promover el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades] como en la Organización de Estados Americanos [Reformada por el Protocolo de Cartagena. Según el artículo 3º: Los Estados Americanos reafirman los siguientes principios: "k) Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo"], y han sido desarrollados por los tratados y los órganos internacionales de derechos humanos. RODRIGUEZ H, Gabriela. "Normas de responsabilidad internacional de los Estados", en MARTIN, Claudia; RODRIGUEZ-PINZON, Diego;

tanto que, dichas obligaciones comprenden: “a) adoptar medidas jurídicas y administrativas apropiadas para prevenir las violaciones; b) investigar las violaciones, y cuando proceda, adoptar medidas contra los violadores de conformidad con el derecho interno e internacional; c) dar a las víctimas acceso imparcial y efectivo a la justicia con independencia de quien sea en definitiva el responsable de la violación; d) poner recursos apropiados a disposición de las víctimas y e) proporcionar o facilitar reparación a las víctimas³⁴35”.

La tutela de los derechos humanos inherentes e intrínsecos a los miembros de la fuerza pública que puede ser objeto de vulneración no se reduce a la acción directa del Estado, sino que puede derivar de la concurrencia de la acción de terceros y de la omisión del Estado a los expresos mandatos constitucionales y legales de protección de tales derechos y de la dignidad humana. En este contexto, cuando es un tercero el que produce una acción bélica armada, o un acto criminal, y del mismo se produce la vulneración de derechos humanos se exige que las autoridades hubieran tenido conocimiento, o debían haber sabido de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitarlo.

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

GUEVARA B., José A. (Comp) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*.1ª ed. México, Fontamara; Universidad Iberoamericana, 2004, p.68.

³⁴ Artículos 1 y 2 de “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, E/CN.4/2000/62, 18 de enero de 2000, (<http://www.unhchr.ch>).

³⁵ 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.68 y 69.

automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía³⁶.

4. Régimen aplicable por la responsabilidad patrimonial del estado derivada de los daños sufridos por quienes prestan servicio en los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.

9 Dentro de este marco, cabe examinar cómo el precedente de la Sala viene dando tratamiento a la responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por quienes prestan el servicio de policía.

10 En cuanto al régimen aplicable por los daños sufridos por quienes prestan el servicio policial, se ha venido encuadrando en un título de imputación objetivo, bien sea el daño especial, o el riesgo excepcional. La premisa de la que se parte es que se produce la ruptura del principio de igualdad en la asunción de las cargas públicas, teniendo en cuenta que el ingreso a la fuerza pública ocurre en razón del acatamiento del mandato constitucional previsto en el artículo 216 de la Carta Política.

11 Cuando se trata de personal que voluntaria o profesionalmente ingresa a los cuerpos o fuerzas de seguridad del Estado, el régimen aplicable varía y se encuadra en la falla del servicio debido a que la conducta haya sido negligente o indiferente, de tal manera que se deja al personal expuesto a una situación de indefensión. En este segundo supuesto, el precedente de la Sala emplea como premisa el concepto de “acto propio” o de “riesgo propio del servicio”³⁷ (que como se dijo, dadas las especiales circunstancias del ataque a la Estación de la Policía Nacional de Barbacoas, puede resultar contradictorio con los expresos mandatos constitucionales, que puede derivar en el incumplimiento de las obligaciones de protección de los derechos humanos), que ha llevado a plantear que los

“... derechos a la vida y a la integridad personal del militar profesional constituye un riesgo propio de la actividad que dichos servidores públicos ordinariamente despliegan, riesgo que se concreta, por vía de ejemplo, en

³⁶ *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 280; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 123; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrafo 155; y *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párrafo 78.

³⁷ Sentencia de 4 de febrero de 2010. Exp.18371.

*eventos en los cuales infortunadamente tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones como consecuencia de combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de operaciones de inteligencia*³⁸.

12 De acuerdo con el mismo precedente, el común denominador del daño antijurídico reclamado como consecuencia de la muerte o de las lesiones de un miembro de las fuerzas armadas es el de la “exposición a un elevado nivel de riesgo para la integridad personal”. Esto indica, pues, que quien ingresa voluntaria o profesionalmente a las fuerzas armadas está advertido que debe afrontar situaciones de alta peligrosidad, entre las que cabe encuadrar el eventual enfrentamiento con la delincuencia³⁹. En ese sentido, el precedente de la Sala indica que las fuerzas militares y los cuerpos de seguridad del Estado se

*“... encuentran expuestos en sus “actividades operativas, de inteligencia o, en general, de restauración y mantenimiento del orden público... conllevan la necesidad de afrontar situaciones de alta peligrosidad, entre ellas el eventual enfrentamiento con la delincuencia de la más diversa índole o la utilización de armas”*⁴⁰.

13 Como consecuencia de lo anterior, se establece un régimen prestacional especial, que reconoce la circunstancia del particular riesgo a que se somete a todo aquel que ingresó voluntaria y profesionalmente⁴¹, a lo que se agrega que dicho régimen se encuentra ligado a la presencia de una vinculación o relación laboral para con la institución armada⁴². Esto llevará a que se active la denominada “indemnización a for-fait”⁴³, lo que no excluye la posibilidad que pueda deducirse la responsabilidad y por tanto la obligación de reparar el daño causado⁴⁴, si se demuestra que el daño fue causado por falla del servicio o por exposición de la víctima a un riesgo excepcional⁴⁵. En reciente precedente de la

³⁸ Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

³⁹ Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

⁴⁰ Cuando una persona ingresa libremente a las fuerzas militares y cuerpos de seguridad del Estado “está aceptando la posibilidad de que sobrevengan tales eventualidades y las asume como una característica propia de las funciones que se presta cumplir”. Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

⁴¹ Cuando se concreta un riesgo usual “surge el derecho al reconocimiento de las prestaciones y de los beneficios previstos en el régimen laboral especial... sin que en principio resulte posible deducir responsabilidad adicional la Estado por razón de la producción de los consecuentes daños, a menos que se demuestre que los mismos hubieren sido causados... por una falla del servicio o por la exposición de la víctima a un riesgo excepcional en comparación con aquel que debían enfrentar”. Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

⁴² En recientes precedentes se dijo que los daños sufridos “por quienes ejercen funciones de alto riesgo” no compromete la responsabilidad del Estado, ya que se producen con ocasión de la relación laboral y se indemnizan a for fait. Sentencias de 21 de febrero de 2002. Exp.12799; 12 de febrero de 2004. Exp.14636; 14 de julio de 2005. Exp.15544; 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

⁴³ Sentencias de 15 de febrero de 1996. Exp. 10033; 20 de febrero de 1997. Exp.11756.

⁴⁴ Sentencias de 1 de marzo de 2006. Exp.14002; de 30 de agosto de 2007. Exp.15724; de 25 de febrero de 2009. Exp.15793.

⁴⁵ Sentencias de 15 de noviembre de 1995. Exp.10286; 12 de diciembre de 1996. Exp.10437; 3 de abril de 1997. Exp.11187; 3 de mayo de 2001. Exp.12338; 8 de marzo de 2007. Exp.15459; de 17 de marzo de 2010. Exp.17656.

Sala se reiteró que debe haberse sometido a los miembros de la fuerza pública “a asumir riesgos superiores a los que normalmente deben afrontar como consecuencia de las acciones u omisiones imputables al Estado”⁴⁶. Precisamente, y siguiendo el mismo precedente, la

“... asunción voluntaria de los riesgos propios de esas actividades modifica las condiciones en las cuales el Estado responde por los daños que éstos puedan llegar a sufrir”⁴⁷.

14 Por el contrario, cuando se trata de personas que se encuentran prestando el servicio policial se afirma que no quedan sometidos a los riesgos inherentes a la actividad militar voluntariamente, “sino que corresponde al cumplimiento de los deberes que la Constitución impone a las personas, “derivados de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social”, para “defender la independencia nacional y las instituciones públicas”⁴⁸.

5. Hechos Probados.

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

- Copia auténtica del Registro de Matrimonio de Domingo Escobar Obregón (fallecido) y Felisa Fernández (fl.18 c1).
- Copia auténtica del registro de nacimiento de Damaso Escobar Fernández (fl.19 c1).
- Copia auténtica del registro de nacimiento de Henry Alejo Escobar Fernández (fl.20 c1).
- Copia auténtica del registro de nacimiento de Dominga Emelda Escobar Fernández (fl.21 c1).
- Copia auténtica del registro de nacimiento de Helen Zobeida Benítez Rodríguez (fl.22 c1).
- Copia auténtica del registro de matrimonio de Henry Alejo Escobar Fernández y Helen Zobeida Benítez Rodríguez (fl.23 c1).

⁴⁶ Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

⁴⁷ Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

⁴⁸ Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158. El deber del Estado de proteger la vida de todas las personas tiene alcance limitado respecto a los miembros de las fuerzas militares y los cuerpos de seguridad, puesto que estos asumen voluntariamente “los riesgos propios de esas actividades”. Los “riesgos inherentes a la actividad militar no se realizan de manera voluntaria, sino que corresponde al cumplimiento de los deberes que la Constitución impone”. Sentencia de 3 de abril de 1997. Exp.11187.

- Copia auténtica del registro de nacimiento de Emilse Johana Escobar Benítez (fl.24 c1).
- Copia auténtica del registro de nacimiento de Cristian Andrés Escobar Benítez (fl.25 c1).
- Copia auténtica del registro de nacimiento de Brainy Yesenia Escobar Benítez (fl.26 c1).
- Copia auténtica del registro de nacimiento de Lucy Fernanda Escobar Benítez (fl.27 c1).
- Copia auténtica del registro de defunción de Henry Alejo Escobar Hernández (fl.28 c1).
- Factura número 00226 expedida por Funerales Andrade de 7 de junio de 1997, a nombre de Helen Benítez, en la que se consignó que se cobró por gastos funerarios la suma de \$400.000.00 (fl.29 c1).
- Recibo de caja número 0575 expedido por Flores Patty el 16 de junio de 1997, a nombre de Helen Benítez, por valor de \$45.400.00 (fl.30 c1).
- Recibo de caja expedido por la Floristería y Papelería "NATHALIA" el 6 de junio de 1997^a nombre de Helen Sobeida (sic) Benítez, por valor de \$140.000.00 (fl.31 c1).
- Factura de venta número 2203 expedida por el Supermercado "LA AVENIDA" el 7 de junio de 1997, a nombre de Helen Benítez, por valor de \$27.100.00 (fl.32 c1).
- Recibo expedido por Producciones Estrella TV el 10 de junio de 1997, a nombre de Helen Benítez, por valor de \$100.000 (fl.33 c1).
- Oficio 0257 ASDIS-DENAR-C.744 de 19 de febrero de 1998, del Jefe de Asuntos Disciplinarios DENAR, del Departamento de Policía de Nariño, en el que se consignó,
 - "... informándole (sic) que en el proceso disciplinario radicado bajo la partida 279/97 adelantado contra el Subteniente ESTRADA REINA WILLIAM por los hechos ocurridos el día 060697 en Barbacoas (N) se encuentra en etapa de fallo de segunda instancia por parte de la Dirección General de la Policía Nacional" (fl.57 c1).
- Oficio 051 de 26 de febrero de 1998, de la Directora Encargada del Hospital San Antonio. (fl.60 c1).
- Copia auténtica de la necropsia realizada al cuerpo de Henry Alejo Escobar Fernández (fls.61 y 62 c1).
- Oficio 0387 REHUM DENAR de 10 de marzo de 1998, del Jefe de Recurso Humanos DENAR, del Departamento de Policía Nariño (fls.67, 68, 69, 70 c1).
- Oficio 077 NDTUM de 20 de febrero de 1998, del Comandante del Cuarto Distrito Tumaco (fl.72 c1).

- Denuncia penal presentada por el Comandante del Cuarto Distrito de Policía Tumaco, del Departamento de Policía Nariño, contra el Comandante e integrantes del frente XXIX de las FARC, (fl.73 c1).
- Extracto de la hoja de vida del agente Henry Alejo Escobar Fernández, en la que consignó que fue dado de alta como agente alumno el 12 de noviembre de 1991 y retirado el 6 de junio de 1997, habiendo prestado el servicio durante 7 años un mes y 28 días (fl.77 c1).
- Testimonio rendido por María Ninfa Vivas de Tello (sic Telles) (fls.91 y 92 c1).
- Testimonio rendido por María Dominga Castillo (fl.92 c1).
- Testimonio rendido por Gregorio Preciado Landazury (fl.93 c1).
- Testimonio rendido por Segundo Antonio Cabezas Salazar (fl.93 c1).
- Testimonio rendido por Gloria Inés Landazury (fl.94 c1).
- Oficio 4255 del Jefe de la Oficina de Telemática de la Policía Nacional con el que se remitieron las constancias de sueldo del agente Henry Alejo Escobar Fernández, de los meses de marzo, abril y mayo, en el primero de los cuales se informó que tenía como sueldo básico la suma de \$244.187.00, en el segundo \$244.187.00 y en el tercero de \$287.279.00 (fls.120 a 126 c1).

20 Prueba trasladada:

- Informativo de la incursión guerrillera del Comandante de la Estación de Barbacoas (fls.223 a 227 cp).
- Testimonio rendido por el agente Cristian Pacheco Zambrano (fls.261 a 265 cp).
- Testimonio rendido por el agente Walter Cabezas Belalcazar (fl.274 cp).
- Testimonio rendido por el agente Pedro Jesús Hurtado (fls.289 a 294 cp).
- Testimonio rendido por el Subintendente Arcesio Barsenubio Rivera Nates (fls.300 a 303 cp).
- Testimonio rendido por el agente Duvier Arley Arteaga Eraso (fl.306 cp).
- Testimonio rendido por el agente Marino López Manbuscay (fl.311 cp).
- Testimonio rendido por el agente Wilsón Armando Rosales Romero (fls.327 y 328 cp).
- Copia auténtica de la Resolución del Juzgado 69 de Instrucción Penal Militar por medio de la cual se definió **"INHIBIRSE** de iniciar acción penal formal con base en la Indagación Preliminar... relacionados con los hechos presentados el 060697 cuando la subversión se tomó la estación de Policía Barbacoas" (fls.343 a 346 cp).

6. Problema jurídico

16 De lo anterior se puede plantear como problema jurídico: ¿cabe atribuir fáctica y jurídicamente la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas por los daños causados como consecuencia de las lesiones sufridas por Henry Alejo Escobar Hernández, en atención a que al resultado dañoso y perjudicial sus familiares obligados a soportar?

7. Daño antijurídico.

17 La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la muerte del agente Henry Alejo Escobar Fernández, como se desprende de la copia auténtica del registro de defunción del mencionado agente, en el que se consignó que murió el 6 de junio de 1997, habiendo sido la causa un shock hipovolémico (fl.28 c1); del oficio 051 de 26 de febrero de 1998, de la Directora Encargada del Hospital San Antonio, con el que se remitió copia auténtica de la diligencia de necropsia practicada al cadáver de Henry Alejo Escobar Fernández; de la copia auténtica de la necropsia realizada al cuerpo del agente Escobar Fernández, en la que se concluyó que su fallecimiento “se debió directamente a la destrucción y perforación de órganos vitales como: Pulmón e Intestino por proyectil de Arma (sic) de fuego) (fls.61 y 62 c1).

18 En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la,

“... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”⁴⁹.

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”⁵⁰.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”⁵¹.

Así mismo, 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”⁵². Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁵³, anormal⁵⁴ y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁵⁵.

19 Se trata de un daño que la víctima, Escobar Fernández, no estaba llamado a soportar como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de su dignidad humana y de sus derechos constitucionales a la vida y a la integridad personal, que es incuestionable en un Estado Social de Derecho⁵⁶. Sin

⁵⁰ 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.

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

⁵² 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”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

⁵³ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

⁵⁴ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

⁵⁵ Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

⁵⁶ “La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración [sentencia C-333 de 1996].

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

8. La imputación de la responsabilidad.

20 Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”⁵⁷ de la responsabilidad del Estado⁵⁸ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados⁵⁹ y de su patrimonio⁶⁰, sin distinguir su condición, situación e interés⁶¹. Como bien se sostiene en la doctrina,

Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución [sentencia C-832 de 2001]”. Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006.

⁵⁷ En precedente jurisprudencial constitucional se indica: “*El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente*”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁵⁸ La “*responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización*”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “*consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos*”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

⁵⁹ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “*son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado*”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

⁶⁰ “*La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos*”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁶¹ La “*razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal*”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad⁶²; 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”⁶³.

21 Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁶⁴ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁶⁵ tanto por la acción, como por la omisión.

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

⁶² *“La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”.* MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.* 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

⁶³ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., pp.120-121.

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

⁶⁵ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política *“los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”.* Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues *“menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”.* Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: *“En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”.* Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”⁶⁶.

23 Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁶⁷, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁶⁸. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁶⁹.

24 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*”⁷⁰. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “*atribución*”, lo que

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁶⁷ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “*Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)*”. KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “*La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública*”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁶⁸ El “*otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados*”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁶⁹ “*Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas*”. MIR PUIG, Santiago. “*Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal*”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

⁷⁰ “*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 condicionados por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre*”. GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*. Madrid, 1990, pp.77 ss.

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”⁷¹.

25 Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “*excluír del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar*”⁷². Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no⁷³.

26 Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁷⁴ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas

⁷¹ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁷² LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁷³ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “*De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia*”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

⁷⁴ “*El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*, ob., cit., p.62.*

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 ponderación⁷⁵ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”⁷⁶.

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

*“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección⁷⁷ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁷⁸. 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*

⁷⁵ “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.64.

⁷⁶ 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.

⁷⁷ Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

⁷⁸ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”⁷⁹.

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*

⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

*garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos*⁸⁰⁸¹.

*16. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante*⁸².

27 Apreciado el acervo probatorio, se encuentra que es imputable la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas, pese a que en los hechos haya intervenido un tercero (grupo armado insurgente), ya que no fue esta la causa determinante o capaz de enervar la sustancia fenomenológica y fáctica, que sigue residiendo en el resultado mismo achacable al Estado, que no sólo está llamado a enfrentar a la delincuencia, a los grupos irregulares, sino que también está obligado, principalmente, a adoptar las medidas de precaución, prevención y contención adecuadas para enfrentar todas las manifestaciones del delito, ya que de lo contrario estaríamos asistiendo a la escenificación de una tragedia colectiva en la que los muertos y los heridos son compatriotas que en cumplimiento de un deber, o en la realización de una misión deben sacrificarse para mantener las instituciones, el sistema democrático, las libertades y el respeto de los derechos en el marco del Estado Social, Democrático y de Derecho⁸³.

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 éstos⁸⁴, o si existiese una relación de hecho específica entre la persona o entidad que observó el comportamiento y el Estado⁸⁵⁸⁶.

⁸⁰ 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.

⁸¹ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

⁸² Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁸³ Se sigue el precedente de la Sub Sección sentencias de 25 de mayo de 2011. Exps. 15838, 18075, 25212; y de 25 de mayo de 2011. Exp. 18747.

⁸⁴ Un Estado sólo incurre en responsabilidad por un delito político cometido en su territorio contra la persona de extranjeros si no ha adoptado las disposiciones pertinentes para prevenir el delito y para perseguir, detener y juzgar al delincuente. *Caso Tellini*, Sociedad de las Naciones, Noviembre 1923. Las obligaciones de prevención se conciben por lo general como obligaciones de realizar los máximos esfuerzos, es decir, que obligan a los Estados a adoptar todas las medidas razonables o necesarias para evitar que se produzca un acontecimiento determinado, aunque sin garantizar que el acontecimiento no vaya a producirse, la violación de una obligación de prevención puede ser un hecho ilícito de carácter continuo.

⁸⁵ Generalmente se trata de casos en los que el Estado complementa su propia acción contratando o instigando a personas privadas o a grupos que actúen como auxiliares, pero sin pertenecer a la estructura oficial del Estado. La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex

En ese sentido, las circunstancias de tiempo, modo y lugar se acreditan a partir del Oficio 0387 REHUM DENAR de 10 de marzo de 1998, del Jefe de Recurso Humanos DENAR, del Departamento de Policía Nariño, con el que se allegó: i) "Informe sobre el caso emanado del Comando del Cuarto Distrito"; ii) "Fotocopia del Denuncio Penal instaurada por el Comandante del Cuarto Distrito para la época (sic) del ataque subversivo"; iii) "Extracto hoja de vida, acta de posesión y resolución de nombramiento pertenecientes al ST. ESTRADA REINA WILLIAM EDUARDO" (fls.67, 68, 69, 70 c1).

Así mismo, obra denuncia penal presentada por el Comandante del Cuarto Distrito de Policía Tumaco, del Departamento de Policía Nariño, contra el Comandante e integrantes del frente XXIX de las FARC, en el que se consignó,

"(...) hechos sucedidos en el Municipio de Barbacoas el día 6 de Junio del año en curso, en ataque llevado a cabo a las 03:00 horas por mas (sic) de 160 subversivos, quienes también saquearon las Instalaciones de la Caja Agraria, hurtándose una elevada suma de dinero y destruyendolas (sic)" (fl.73 c1).

De otra parte, el Informativo de la incursión guerrillera del Comandante de la Estación de Barbacoas, consignó,

"Por medio del presente me permito informar a mi Coronel, Comandante del Departamento de Policía Nariño, que el día Viernes 060697 en el Municipio de Barbacoas, donde me desempeñé como Comandante de Estación, siendo aproximadamente las 02:50, se presentó una incursión guerrillera y toma subversiva la que se puede resumir así:

La Estación de Policía contaba para ese día con el suscrito Oficial Como (sic) Comandante. Un Suboficial, arranchado (sic) en el Cuartel y doce Agentes que pernoctaban en las instalaciones del Cuartel.

Los insurgentes, según se ha podido establecer, en número aproximado a los doscientos, vestían todos prendas militares y aprovecharon el mal tiempo reinante en la zona, el fuerte invierno y la oscuridad que reinaba en el caserío donde no hay alumbrado público, sino desde las 18:30 horas hasta las 23:30 horas.

BARBACOAS es un Municipio del Departamento de Nariño, aislado totalmente de la Carretera Central que de Pasto lleva a Tumaco, sede del Cuarto Distrito al cual pertenece la Estación Barbacoas. Desde el comienzo de la incursión,

Yugoslavia, en el asunto *Fiscal c. Tadic*, destacó que: "En derecho internacional, la condición para que se atribuyan al Estado actos realizados por particulares es que el Estado ejerza un control sobre esos particulares". Asunto IT-94-1, *Prosecutor c. Tadic*, (1999), I.L.M., vol.38, párr.117. Otro ejemplo lo constituye la captura de Adolf Eichmann, por un grupo israelíes en Buenos Aires el 1o de mayo de 1960 llevándolo posteriormente en avión a Israel donde fue sometido a juicio.

⁸⁶ 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.

02:50, aproximadamente, quedamos aislados en las comunicaciones y solo a las 03:15, aproximadamente se pudo pasar un reporte a Tumaco avisando que estábamos siendo atacados por guerrilleros.

El Cuartel (sic) de la Policía de Barbacoas estaba ubicado en la misma cuadra donde están las instalaciones de la Caja Agraria, blanco de la incursión guerrillera, según se deduce por los resultados. El Cuartel (sic) quedó totalmente destruido por el ataque de los subversivos quienes utilizaron roquet. El cuartel era de dos plantas aunque estaba en servicio o terminada una planta.

Pasamos a la recogida a las 23:25 horas del día 050697 y a las 02:50 horas aproximadamente del 060697 sentimos explosiones al parecer de roquet las que hicieron tambalear en principio la edificación. Eso nos obligó a reaccionar y a colocarnos en nuestros puestos de defensa. Yo como Comandante tomé mi fusil y la munición completa y me atrincheré o ubiqué en la Guardia (sic), tras de las trincheras que protegían el frente del Cuartel (sic). Como pude y observando que el ataque procedía de las Instalaciones de la Agraria y que habían volado las trincheras del Cuartel pasé a casa del Señor JOSE BENAVIDES que queda al frente y desde allí seguí defendiéndome.

A las siete horas aproximadamente los subversivos se tomaron la casa donde estaba atrincherado y en número de cuatro me sorprendieron por la espalda, me encañonaron y me dominaron porque la munición se me había agotado ya. Me llevaron a un punto llamado "EL FERRI" sobre el Río Telembí donde nos esperaban de quince a veinte guerrilleros mas (sic) y donde me soltaron después de unas dos horas...

(...)

El desconcierto fue grande y general entre el personal de la Policía Nacional de Barbacoas a todo el cual se le agotó la munición circunstancia que aprovecharon los insurgentes para adueñarse de armamento, de prendas policiales. Cada Unidad (sic) contaba con trecientos cartuchos para fusil galil. Varias de las granadas no accionaron.

(...)

Entre las 05:40 a las 06:30 aproximadamente hubo un cese al fuego de los guerrilleros y pensé en la retirada de los mismos, pero se sintió un avión fantasma que abría fuego. Los subversivos reaccionaron nuevamente e incluso en el Helipuerto (sic) de la Caja Agraria ubicaron una M-60 con la cual siguieron el ataque.

(...)

4.- MUNICION GASTADA EN EL ASALTO

Seis mil diez cartuchos para fusil Galil y veinticuatro granadas.

(...)

7.- INSTALACIONES

El Cuartel (sic) o instalaciones de la Estación de Policía de Barbacoas quedaron totalmente destruídas (sic).

A raíz (sic) de la destrucción total hubo saqueo del equipo de radio y pérdida del material logístico.

(...)

No está por demás advertir a mi Coronel que llevo cinco meses como Comandante y desde cuando llegué a ese lugar me preocupé por brindar instrucción especial a los subalternos teniendo en cuenta que es zona roja y haciendo ver la necesidad de refuerzo sea de la Policía o del Ejército. También me dí (sic) cuenta que esa Estación es como lugar de castigo y así lo resalté en un Informe a mi Coronel. Es importante tener en cuenta esto porque el personal que entiende que está castigado no rinde normalmente y al verse desterrado en esos lugares, lejos de la civilización, es ese personal verdadero problema porque se atormentan por la situación que viven" (fls.223 a 227 cp).

Ahora bien, de acuerdo con el testimonio rendido por el agente Cristian Pacheco Zambrano,

“PREGUNTADO: ---- Sírvase hacer un relato claro y preciso de cuanto le consta sobre la toma guerrillera efectuada en la población de Barbacoas el día 6 de junio del presente año. ----- CONTESTO: ---- La toma guerrillera en la población de Barbacoas se produjo aproximadamente a las 2:45 horas del día 6 de junio de este año, yo había pasado a descansar dentro del mismo Cuartel (sic) ya que me tocaba realizar segundo turno, cuando se escuchó una ráfaga de M-60, por esta razón todos los compañeros que estábamos dentro del Cuartel (sic) empezamos a tomar nuestras armas para defendernos del ataque de los subversivos, que eran aproximadamente tres cuadrillas o sea unos ciento ochenta subversivos, quienes atacaron con roques (sic), granadas, fusiles y M-60, destruyendo el Cuartel (sic) de la Policía... y asesinaron a mis compañeros, a las seis de la mañana aproximadamente, murieron cuatro uniformados... es de anotar que aproximadamente a las 08:00 horas se sintió un avión y que soltó una ráfaga hacia el río (sic)... el Coronel ROJAS TORRES, subcomandante del Departamento, llamó a Telecón (sic) para que le pasaran a cualquier agente para constatar novedades, yo pasé al teléfono y le di parte de que teníamos cuatro muertos y tres heridos y que uno de los heridos estaba grave que nos colaborara para enviar un helicóptero (sic) para poderlo transportar (sic) a Pasto, y dijo que tuviéramos clama que el refuerzo (sic) iba en camino, la llamada fue aproximadamente a las 10:30 de la mañana pero el refuerzo llegó aproximadamente a las tres de la tarde... antes de esta toma se tuvo un hostigamiento en el mes de abril, de esto se informó a los Comandos... PREGUNTADO: ---- Cuantos (sic) uniformados laboraban en la Estación de barbacoas, cuantos (sic) se encontraban en la madrugada de la toma guerrillera... CONTESTO: ---- Nosotros eramos (sic) 20 uniformados... PREGUNTADO: ---- Aproximadamente cuanta munición se gastó y que (sic) armamento se perdió en la toma guerrillera.---- CONTESTO: ---- Aproximadamente seis mil cartuchos que era la munición de la Estación, que fue que se nos acabo (sic) y por esta razón la guerrilla nos tomo (sic) de rehenes... PREGUNTADO: ----- Se dió (sic) aviso al Comando del Departamento apenas ocurrió la toma guerrillera, quien lo hizo, con quien se comunicaron----- CONTESTO: ----- Se comunicaron con la central a Dado Cuatro osea el Cuarto Distrito, con el radio operador, habló el Agente ERASO MUÑOZ que se encontraba (sic) de comandante de Guardia, pero no me consta que dijo.----- PREGUNTADO: ---- Que (sic) medidas de seguridad se habían tomado en el Cuartel después del hostigamiento que se tubo (sic) en el mes de Abril.... CONTESTO: ---- Se hicieron unas trincheras.... Cómo era la dotación en armamento para la defensa de los uniformados y del Cuartel, como estaban las instalaciones para pernotar (sic) en él (sic) Comando---- Las instalaciones no estaban adecuadas para pernotar (sic) faltaba su terminación en la construcción, en la segunda planta, en la primera solo había una piesa (sic) para el comandante de guardia, donde iba a hacer el comedor estábamos (sic) durmiendo porque no había alojamiento, en cuanto al armamento hacía falta la munición” (fls.261 a 265 cp).

A su vez, en el testimonio rendido por el agente Walter Cabezas Belalcazar, expresó,

“PREGUNTADO: ----- Usted manifiesta que la Estación Barbacoas, estaba amenazada, que (sic) hizo el Comandante de la Estación para comunicar al Señor Comandante del Departamento,----- CONTESTO:----- El día 8 de abril de este año nos hicieron una incursión guerrillera donde afortunadamente no hubo baja del personal de la Policía, y sobre eso se mandaba informes poligramas avisando al Comandante del Departamento y de Distrito manifestando que la Estación estaba amenazada, y se les pedía refuerzos (sic), por que (sic) en la primera incursión guerrillera gastamos munición y esa munición no fue repuesta, y refuerzo no llegó allá, el Comando mandaba poligramas para la seguridad del personal----- PREGUNTADO:----- Cúal (sic) era el estado de mantenimiento del Cuartel de Barbacoas, y que (sic) armamento tenían para la defensa del personal----- CONTESTO:-----El cuartel no estaba acabado de construir no tenía puertas ni ventanas las parte despejada estaba llena de barro, esas instalaciones no ofrecían seguridad para el personal, estaba situado en un hueco, era la construcción más baja de todas, la mayoría de las casas vecinas tenían acceso a él por la parte de atrás, teníamos un alojamiento dentro del cuartel que cuando llovía tocaba levantarse a sacar el agua, estaba parte de abajo del cuartel, por que (sic) la parte de arriba no tenía pared era despejado, el alojamiento era visible para el personal civil de la calle se miraba, nosotros las ventanas las tapábamos con plástico, no tenía trinchera y nosotros la construimos, en cuestión de armamento solo había galil por que (sic) las granadas eran viejas no estallaron, de munición estábamos escasos, cada policía solo teníamos (sic) 300 tiros” (fl.274 cp).

Mientras que en el testimonio rendido por el agente Pedro Jesús Hurtado, se expresó,

“(…) siendo las 03:00 horas del día (sic) 06-697 (sic), escuché una fuerte detonación seguida por unas ráfagas de tiros que por su sonido era fácil (sic) deducir que era con armamento de largo alcance, basado a que Barbacoas es una zona que desde mucho tiempo atrás esta (sic) considerada de orden público y que precisamente aproximadamente unos dos meses antes fuimos objeto de un hostigamiento por un espacio de media hora aproximadamente (sic) que en manera afortunada no dejó (sic) consecuencias en el personal.... hizo presencia el avión fantasma... a eso de las 05:00 horas aproximadamente, lo que no resultó así, porque el avión, no podía abrir fuego contra los subversivos ya que estaba en peligro la integridad de la población civil, siendo las 08:00 horas aproximadamente... me di cuenta que los subversivos se dirigía (sic) al río (sic) Telembí... en la compañía de mi teniente ESTRADA REINA, señor Comandante de la estación llegamos hasta Telembí (sic) y el reportó los hechos a los respectivos comandos... Manifieste al Juzgado, si las municiones que tenía el personal de Barbacoas, eran suficientes para repeler algún ataque subversivo... CONTESTO:----- ... yo considero que 360 cartuchos para cada unidad es un material muy poco, si tenemos en cuenta que los ataques subversivos contra el personal e instalaciones y toma de localidades lo vienen realizando un alto número de subversivos que sobre pasan (sic) de 100 o 150 hombres, y ellos saben que el primer paso a seguir es hacer que el personal (sic) que enfrenta una incursión agote la munición, ami (sic) me sorprende porque la estación Barbacoas no había sido dotada con granadas de fusil y un mayor número de munición e incluso de mas (sic) proveedores y granadas de fragmentación de mano, siendo que ya existía el antecedente del hostigamiento que primeramente

mencioné... Diga si las instalaciones del cuartel de Barbacoas (sic), ofrecían seguridad y comodidad al personal que residía en el (sic)-----CONTESTO:-----
... las instalaciones del cuartel donde se encontraba acantonado el personal de la Policía que fue objeto del ataque no reunía las condiciones de seguridad que las actuales circunstancias del orden público lo ameritan pues era un cuartel que escasamente estaba semi terminado, osea medio terminada la primera planta, referente a la segunda planta estaba descubierta por todos sus costados en (sic) St. ESTRADA REINA WILLIAM... gracias a sus agotables (sic) diligencias y al mínimo apoyo brindado por la Alcaldía Municipal y con el concurso del personal logró hacer unas trincheras y colocar mayas antigranadas pero de acuerdo al numero (sic) de subversivos y la forma como atacaron el día 060697, el Cuartel (sic) que disponia (sic) el personal no era garantía para nuestra integridad” (fls.289 a 294 cp).

En tanto que en su testimonio el Subintendente Arcesio Barsenubio Rivera Nates afirmó,

“PREGUNTADO:---- Las instalaciones del Cuartel ofrecían medidas de seguridad para el personal----CONTESTO:----- Esas instalaciones no ofrecían seguridad para el personal, porque estaban sin terminar las construcciones, no había ni agua, ni luz, tampoco ofrecía seguridad para ataques guerrilleros, nosotros hicimos unas trincheras con el personal después de un hostigamiento guerrillero que hubo en el mes de abril aproximadamente, pero el Comando no nos colaboró con nada de materiales para la construcción de trincheras----
PREGUNTADO:----- Manifieste al Despacho, si el personal contaba con armamento y munición suficiente para contrarestar (sic) algún ataque guerrillero.----CONTESTO:---- No teníamos munición suficiente para contrarestar (sic) el ataque guerrillero, ya que ni siquiera se nos había repuesto la munición gastada en el primer hostigamiento, y que según tengo entendido se encontraba autorizada... Pues que la toma a la estación se había informado al Comando desde hace tiempo a tras (sic), como también solicitamos que se nos reforzara en armamento como en personal, y no se nos hizo caso, ni tampoco se les prestó atención a los comunicados que nosotros enviábamos con relación a una presunta toma guerrillera” (fls.300 a 303 cp).

Además, en su testimonio el agente Duvier Arley Arteaga Eraso expresó,

“(...)
... las instalaciones no estaban adecuadas y aptas para un ataque subversivo subversivo no tenían trinchera en concreto, no tenían zona de arrastre, el segundo piso totalmente descubierto, solo columnas y la plancha, contabamos (sic) con 300 cartuchos cada uno, no contabamos (sic) con granadas de fusil” (fl.306 cp).

Y en el testimonio rendido por el agente Marino López Manbuscay, se dijo,

“(...)
PREGUNTADO:----- Exprese al Despacho si el Cuartel (sic) ofrecía medidas de seguridad para el personal que residía en él, al igual que si tenía las condiciones mínimas para ser habitado por los uniformados.---- No, puesto que era una obra en construcción, la cual estaba medio adecuada la primera planta... ya que carecía de los ventanales, de trincheras, sanjas (sic) de arrastres, mallas antigranadas, y es de agregar que el lugar que utilizábamos

como alojamiento estaba en condiciones insalubres ya que existía una humedad total, y también carecían de servicios públicos, tales como agua potable energía permanente servicio médicos (sic), referente a la seguridad la segunda planta tenía una pared de unos ochenta centímetros de altura y debido a la posición de la estación se hacía visible por todos los flancos---- PREGUNTADO:----- Manifieste al Despacho, si las mauniciones (sic) y el armamento de dotación de; (sic) la Estación Barbacoas era suficiente para repeler algún ataque subversivo, y cual (sic) era su estado de conservación para poder ser utilizado.---- CONTESTO:----- En comparación al armamento que poseían los facinerosos era insuficiente osea estaba mal dotada la Estación ya que el armamento galil la mayoría tenía el cañón picado y dilatado, en cuanto a las granadas era un material muy viejo las cuales muchas de ellas no habían estallado e (sic) de agregar, que había sido destinada una dotación de granadas para fusil la cuales la tenía el comandante del Cuarto Distrito y que a pesar de las solicitudes del Comandante de la Estación, nunca fueron enviadas a su destino final que era la Estación Barbacoas” (fl.311 cp).

Finalmente, el agente Wilsón Armando Rosales Romero en su testimonio sostuvo,

“PREGUNTADO.---- La estación estaba adecuada para resistir ataques y como vivienda.---- CONTESTO.----No, no era adecuada puesto que estaba a medio construir no estaba totalmente terminada y su falta de paredes en el segundo piso hizo (sic) o fue el motivo principal para que nos impactaran de un flanco del cual no podíamos (sic) cubrirnos prácticamente imposible y esto hizo que quedáramos en medio de dos fuegos de lo cual reintero (sic) es imposible salir avante, salir bien esto y muchas cosas más como de seguridad porque esta construcción no era apta porque no contaba con servicio de agua y luz solamente durante el día y hasta la once de la noche y muy deficiente, contaba solamente con un alojamiento lo cual hacía que el personal que estaba descansando no estuviera bien distribuido y sabemos que esto es importante en cuanto al servicio de agua era casi nulo debido a esto teníamos que ir a bañarnos al río exponiendo la vida ya que es una zona roja y no podíamos (sic) ir a bañarnos todos a la vez para que alguien prestara seguridad... PREGUNTADO.---- Diga si la munición y el armamento eran suficientes para repeler un ataque guerrillero.---- CONTESTO.---- El armamento si era bueno la munición (sic) escasa porque todos tenemos claros que hay que mantener una disciplina de fuego pero cuando el fuego del enemigo es muy nutrido se hace necesario disparar en la misma forma entonces la munición en este caso fue escasa porque por cada agente contábamos (sic) con trescientos cartuchos para un combate que duro (sic) o combatí yo durante cuatro horas y media lo mismo que las granadas hicieron falta y las que habían eran o de mala calidad o viejas porque la que active (sic) yo no exploto (sic) además no contábamos (sic) con granadas de fusil que hubiesen servido para igualar o tratar de igualar la fuerza en el combate puesto que ellos contaban con roquets y ametralladoras.--- PREGUNTADO:--- - A qué hora llegó el helicóptero con refuerzos militares o policiales.---- Más o menos llegaron pasado el medio día (sic) y fueron policias (sic)” (fls.327 y 328 cp).

28 De los anteriores medios probatorios cabe extraer: i) es cierto que el 6 de junio de 1997 entre las 2:50 y 3:00 de la madrugada se produjo un ataque de un grupo armado insurgente [FARC] contra las instalaciones de la Estación de Policía y de la Caja Agraria del municipio de Barbacoas, Departamento de Nariño, en el que

murió el agente Henry Alejo Escobar Fernández; ii) se tenía información (por parte de las autoridades policiales) acerca de las potenciales actividades y/o ataques que los grupos insurgentes que operaban la región podían realizar en diferentes circunscripciones municipales, entre las que se contaba el municipio de Barbacoas (Nariño); iii) que en atención a los informes de la fuerza pública, se solicitó el incremento del pie de fuerza, el material logístico y coordinar el envío de apoyo; iv) que las instalaciones de la Estación de Policía de Barbacoas no estaban terminadas, por lo que no garantizaba la seguridad e idoneidad ni para el alojamiento, mucho menos para la defensa frente a un ataque; v) durante el ataque se informó de tal situación a Tumaco; vi) que la munición se agotó, de tal manera que permitió que a la mañana del 6 de junio de 1996 los policiales fueran sometidos por el grupo armado insurgente; vii) el apoyo inicial sólo fue prestado por el avión fantasma hacia las 6:00 de la mañana, aproximadamente, y luego llegó el refuerzo hacia las 3:00 de la tarde, aproximadamente; viii) que en abril de 1996 la misma Estación ya había sufrido un hostigamiento por un grupo armado insurgente; ix) finalmente, que cada uniformado contaba tan sólo con 300 cartuchos para enfrentar el ataque realizado por un grupo de 150 insurgentes armados, aproximadamente.

29 La Sala llega, sin duda, a la conclusión que del examen conjunto de los medios probatorios allegados al proceso permiten establecer que el daño antijurídico causado a Henry Alejo es atribuible [fáctica y jurídicamente] a las entidades demandadas a título de falla del servicio⁸⁷, por cuanto se probó que había 19 agentes de la Policía Nacional, algunos descansando y otros de guardia, los cuales tuvieron que enfrentar el 6 de junio de 1996, aproximadamente a las 2:50 de la mañana, el ataque perpetrado por el grupo armado insurgente FARC, escuchándose y sintiéndose, inicialmente, el impacto de un “rocket” que hizo mover los cimientos de las instalaciones policiales, lo que llevó a que los agentes tomaran sus posiciones de defensa en una infraestructura insuficiente y en obra negra.

De acuerdo con el oficio 077 NDTUM de 20 de febrero de 1998, del Comandante del Cuarto Distrito Tumaco,

⁸⁷ Pese a que la parte actora en la demanda y en su apelación propuso distintos títulos de imputación, falla del servicio y daño especial, la Sala encuentra procedente encuadrar en el título de imputación de la falla del servicio en aplicación expresa del principio *iura novit curia*.

“(…) Para el día 06-06-97 cuando fue atacada la estación barbacoas por el Frente XXIX de la FARC con apoyo de otros grupos subversivos, el personal integrante de la Unidad prestaba el servicio de Policía en la localidad con las medidas de seguridad que se requerían debido a la influencia y presencia subversiva en la jurisdicción, atendían los casos que se presentaban y prestaba el apoyo a las Autoridades (sic) legalmente constituidas.

La Estación tenía como dotación 20 fusiles Galil, cuatro revólveres calibre 38 largo, veinticinco granadas de fragmentación, 6-210 cartuchos calibre 7,62 y 236 calibre 38. Contaban con 84 proveedores para fusil galil.

Se encontraba ubicada en unas Instalaciones recién construidas y aún en obra negra, carecían de trincheras y aún faltaba por terminar trabajos en la misma.

En el ataque subversivo fue hurtado todo el material de guerra, material de comunicaciones, elementos personales de los Agentes y destruido totalmente el Cuartel. Fueron asesinados cuatro Agentes y heridos tres. La Estación contaba con 1-1-19 Unidades”. (fl.72 c1).

30 De la apreciación conjunta de los medios probatorios, y de la rigurosa valoración de la prueba testimonial, se llega a demostrar que existen por lo menos dos declaraciones en las que se advierte que la Estación de la Policía Nacional del municipio de Barbacoas, Nariño, fue objeto de hostigamiento por un grupo armado insurgente en el mes de abril de 1997, lo que aunado a las advertencias realizadas por el Comandante de la misma Estación, lleva a inferir que existía una amenaza inminente, irreversible e indudable de un ataque por uno de los grupos armados insurgentes que operaban en la jurisdicción.

31 La desatención de la información suministrada por el personal de la Estación de la Policía Nacional de Barbacoas, Nariño, es constitutivo de una falla del servicio, la que se agrava por las lamentables condiciones en las que se encontraban las instalaciones de la Estación para el 6 de junio de 1997, ya que no ofrecía, siquiera, condiciones aptas para alojar a los uniformados, menos ofrecía las garantías de seguridad, como se desprende de la apreciación conjunta de la prueba testimonial y de los demás medios probatorios, para afrontar y llevar a cabo defensa idónea alguna ante un ataque por un grupo armado insurgente, como el ocurrido en la fecha de los hechos.

A los anteriores supuestos, configuradores de la falla del servicio, cabe agregar por la Sala la falta de apoyo o refuerzo armado por la Policía Nacional o el Ejército Nacional de manera oportuna, adecuada y suficiente, lo que denotó que los policiales, entre los que se contaba Henry Alejo Escobar Fernández, fueron dejados a su suerte, abandonados en la práctica cuando se produjo el ataque por el grupo armado insurgente FARC, ya que el primer apoyo sólo vino a presentarse, con carácter ocasional, hacia las 6:00 de la mañana, aproximadamente, y los

refuerzos y apoyos llegaron sólo hasta las 3:00 de la tarde, cuando el ataque había iniciado en la madrugada del 6 de junio de 1997.

Dicho abandono se reflejó, y es de remarcar, en el agotamiento de la munición por parte de los policiales de la Estación, cuyo Comandante había solicitado suministro de misma y de elementos logísticos con antelación, ya que sólo portaban su arma de dotación oficial y 300 cartuchos, aproximadamente, lo que por reglas de la experiencia y de sentido común no son suficientes cuando se produce un ataque por un grupo armado insurgente que en un número considerable, aproximadamente 150 insurgentes, y con mayor capacidad de armamento superó la reacción o la defensa que haya podido ser desplegada por los 19 policiales que se encontraban en la Estación de la Policía Nacional de Barbacoas, Nariño.

Luego, hay pruebas suficientes para acreditar la omisión de prevenir o atender adecuadamente la situación de riesgo objetiva creada por el Estado, al permitir que un resultado dañoso como el ocurrido en la toma de la Estación de Barbacoas, lo que no se constituía en un imposible material, policial, ni jurídico, a tenor de lo reflejado en el acercamiento probatorio, en el informativo administrativo y en lo afirmado por los propios policiales que se encontraban en la misma Estación, por la falta de atención a las amenazas inminentes de ataques por grupos armados insurgentes, insuficiente e inadecuada dotación logística, de material de guerra y equipos de comunicación, retardo injustificado en el apoyo, debilidades en el diseño y establecimiento de la Estación, lo que facilitó que en la toma no sólo se haya producido la muerte de Henry Alejo Escobar Fernández, sino que se haya consumado el secuestro masivo de varios policiales y la muerte de otros tantos más.

32 Es determinante para la imputación de la responsabilidad que el Estado el incumplimiento de la planeación, organización, seguimiento y despliegue de la fuerza policial, especialmente en zonas donde el conflicto armado tenía las más complejas, serias y graves circunstancias. Y no debe olvidarse que si se aplica el *ius in bellum*, el fin último al que debió responder el Estado era “atenuar, en la medida de lo posible, el sufrimiento causado a las víctimas de las hostilidades”⁸⁸, entre las que cabe tener a los policiales que prestando su servicio están

⁸⁸ RAMELLI, Alejandro. *Derecho internacional humanitario y estado de beligerancia*. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p.52. Puede verse el precedente sentencias de 25 de mayo de 2011. Exp.15838, 18075 y 25212; de 25 de mayo de 2011. Exp.18747.

cumpliendo con el principio de solidaridad que exige cumplir con ese deber patriótico constitucional⁸⁹.

33 Y si esto es, así el estado es responsable del resultado perjudicial ya que no se correspondió con los principios de humanidad, esto es, con aquellos que exigen que el ejercicio de toda actividad, como por ejemplo las misiones de seguridad asignadas a los miembros de las fuerzas armadas, debe estar orientada hacia la preservación de los derechos, y no al sacrificio absoluto de estos por una causa que legal y democrática no está llamado ningún individuo a soportar porque implicaría la supresión de la esencia propia del ser humano como destinatario de la protección, convirtiendo al Estado en prioridad en la búsqueda de la paz. En ese sentido, debe prodigarse la aplicación de la responsabilidad objetiva en este tipo de casos, siempre que se cumplan ciertas condiciones (siguiendo lo propuesto por Erns Fosrthoff): i) debe nacer cuando la administración pública crea una situación de peligro individual y extraordinaria (eine individuelle un auBergewöhnliche Gefahrenlage); ii) debe tratarse de un riesgo especial, incrementado (Besondere, erhöhte Gefahr), “que supere netamente los riesgos normales a que todos se encuentran expuestos”, y; iii) que “el daño... sufrido por la víctima sea consecuencia inmediata de la realización de dicho peligro”⁹⁰.

34 En ese sentido, también es imputable el resultado dañoso a las entidades demandadas porque se quebró e incumplió la cláusula general de la “buena administración pública”⁹¹, que se refuerza especialmente cuando el Estado está a cargo de las estaciones policiales, de salvaguarda de la seguridad y de enfrentar con suficientes y plenas garantías a la delincuencia. Porque en caso de producirse, la omisión del Estado puede desencadenar la producción de actos de genocidio o de violencia que como lo señala la Observación General No. 6 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su artículo 6, los

“Estados tienen la suprema obligación de evitar las guerras, los actos de genocidio y demás actos de violencia de masas que causan la pérdida arbitraria de vidas humanas”.

35 Lo que se corresponde, siguiendo la misma Observación, con la exigencia de extender dicha obligación a los propios miembros de las fuerzas militares, que

⁸⁹ Montesquieu señaló: “Il est clair que, lorsque la conquete este faite, le conquérant n'a plus le droit de tuer; puisqu'il n'est plus dans le cas de la défense naturelle, et de sa propre conservation”.

⁹⁰ FORSTHOFF, Erns. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts Band I. Allgemeiner Teil*. 10a ed. Münche, CH Beck, 1973, pp.359 a 364.

⁹¹ MIRPUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.201.

participan al prestar el servicio militar obligatorio, de manera que se comprenda que la “expresión “el derecho a la vida es inherente a la persona humana” no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas”⁹², que como en la toma de la Estación de Policía de Barbacoas brillaron por su ausencia, lo que lleva a imputar a las entidades demandadas la responsabilidad por la muerte de Henry Alejo Escobar Fernández, teniendo en cuenta el deficiente funcionamiento que se acreditó de la actividad obligada a desplegar por parte de la administración pública, esto es “teniendo en cuenta si hay o no defectos imputables a la estructura administrativa que sean relevantes en la producción del efecto lesivo”⁹³.

36 En la doctrina se ha dicho,

“Los estados existen para defender los derechos de quienes los integran, pero una de las dificultades de la teoría de la guerra estriba en el hecho de que la defensa colectiva de los derechos vuelve individualmente problemáticos. El problema inmediato consiste en que los soldados que participan en la lucha, aunque rara vez pueda decirse que haya escogido luchar, pierden los derechos que supuestamente defienden. Ganan las guerras en tanto que combatientes y prisioneros en potencia, pero pueden ser atacados y muertos a voluntad por sus enemigos. Por el simple hecho de luchar, sean cuales sean sus esperanzas e intenciones privadas, han perdido el derecho que tenían a la vida y a la libertad y lo han perdido incluso en el caso de que, a diferencia de los Estados agresores, no hayan cometido ningún crimen. <<Los soldados han sido hechos para que los maten>>, dijo en una ocasión Napoleón; por eso la guerra es un infierno. Pero incluso en el caso de que decidamos observar las cosas desde la perspectiva del infierno, podemos seguir afirmando que nadie más ha sido hecho para que lo maten. Esta precisión es la base de las reglas de la guerra”⁹⁴ (subrayado fuera de texto).

37 La Sala llega a la conclusión que la entidad aquí demandadas es responsables patrimonialmente de los daños causados a Henry Alejo Escobar Fernández y a su familia, con fundamento en la indiscutible posición de garante institucional que residía en dichas entidades, y como consecuencia directa de la creación de la situación objetiva de riesgo⁹⁵, ya que como se dijo atrás, estaba llamado el estado a evitar los riesgos, debilidades y fallas que se cometieron en la Estación de la

⁹² NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General No.6.

⁹³ BARCELONA LLOP, Javier. “Responsabilidad patrimonial por daños causados por, o sufridos por, los miembros de las fuerzas o cuerpos de seguridad”, en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (dir) *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*. T.II. Valencia, tirant lo Blanch, 2009, p.1493.

⁹⁴ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas. Un razonamiento con ejemplos históricos*. Barcelona, Paidós, 2001, p.192.

⁹⁵ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en filosofía y derecho, 2006, pp. 65 y ss.

Policía Nacional de Barbacoas (Nariño), que permitió el ataque guerrillero, con el resultado funesto y desafortunado para la familia del demandante y de todos los que resultaron víctimas del mismo, quienes debieron ser amparados como ciudadanos-policial en sus derechos fundamentales y humanos. Fue, por lo tanto, la omisión protuberante, ostensible, grave e inconcebible del Estado de la que se desprende la responsabilidad por el resultado dañoso de los demandantes, quien estaba en la obligación de ofrecer, por lo menos, una intervención proporcionada y adecuada a las circunstancias riesgosas creadas por el mismo.

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

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

particular pueden existir otras circunstancias indicadoras que permitieran a las autoridades entender que se cometería un acto terrorista⁹⁶.

39 Y si bien, el *a quo* entendió que operó la causal exonerativa del hecho de un tercero, la Sala debe consolidar el precedente en los siguientes aspectos: i) es cierto que en la producción del daño hubo tanto participación de un tercero, un grupo armado insurgente respecto del cual no puede negarse su existencia y su realidad dentro del conflicto armado interno que vive nuestro país, como al mismo contribuyó la omisión e incumplimiento de las entidades demandadas al no adoptar las medidas de seguridad, de protección y de prevención, tal como se advertía en el informe realizado por la propia autoridad policial, donde se indicó la amenaza inminente y seria de un ataque por alguno de los grupos armados insurgentes que operaban en la zona; ii) en este tipo de eventos se produce la concurrencia de acciones y omisiones distintas a la propia de la víctima, que deriva en la generación de una obligación solidaria [solidaridad que se expresa en cuanto al grupo armado insurgente en su responsabilidad internacional por la violación de derechos humanos y de las normas del derecho internacional humanitario, artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, al afectar con sus acciones indiscriminadas a la población civil, y al uso de material bélico no convencional y lesivo de los derechos no sólo de la víctima, sino también de los propios uniformados que son objeto de este tipo de ataques], que permite a la víctima del daño exigir la indemnización a cualquiera de los sujetos que contribuyeron a la producción del mismo [en aplicación de los expresos mandatos de los artículos 2344 y 1568 del Código Civil]; iii) luego, el hecho del tercero [grupo armado insurgente] no es única, exclusiva y determinante, sino que contribuye a la producción del daño, por lo que persiste la obligación solidaria de indemnizar el daño [en aplicación del artículo 1571 del CC]; iv) desde el ámbito fáctico, no se produce una ruptura, porque el incumplimiento de las medidas de seguridad, y la omisión de permitir la presencia de la víctima como personal civil durante el ataque del grupo armado insurgente no deja de enervar la responsabilidad de las entidades demandadas, y de permitir su atribución jurídica⁹⁷.

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

⁹⁶ Sentencia de 27 de noviembre de 2002. Exp.13774.

⁹⁷ En sentido similar se encuentra el siguiente precedente: sentencia de 27 de noviembre de 2002. Exp.13774.

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

“La muerte de los combatientes es justificable (...) únicamente cuando la propia guerra es legal. Pero cuando la guerra es ilegal (...), no hay nada que justifique las muertes y esos asesinatos no pueden distinguirse de aquellos que cometen el resto de las bandas de salteadores al margen de la ley”⁹⁸.

A lo que cabe agregar,

“Por lo que respecta a la dirección de las hostilidades, no debe considerarse permitido causar <<ningún perjuicio que no tienda materialmente al fin (de la victoria), ni ningún perjuicio cuyo carácter de medio conducente al fin sea leve en comparación con la entidad del perjuicio>>⁹⁹. Lo que aquí se prohíbe es el daño excesivo. Hay dos criterios propuestos para determinar el exceso. El primero es el de la victoria misma o el de lo habitualmente recibe el nombre de necesidad militar. El segundo depende de cierta noción de proporcionalidad: hemos de valorar <<el perjuicio causado>>, lo que, presumiblemente, no sólo se refiere al daño inmediatamente producido a los individuos, sino también a cualquier ofensa infligida a los intereses permanentes de la humanidad, y valorarlo por contraposición que aporta el perjuicio respecto al fin de la victoria.

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

(...)

Aparentemente, Sidgwick creía que, tan pronto como aceptamos no emitir ningún juicio sobre la utilidad relativa de los diferentes resultados, esta

⁹⁸ Citado en TUCKER, Robert W. *The Law of War and Neutrality at Sea*. Washington, 1957, p.6.

⁹⁹ *Elements of Politics, op. cit.*, pág.254; para un informe de la época desde un punto de vista aproximadamente parecido, véase R. B. Brandt, <<Utilitarianism and the Rules of War>> en *Philosophy and Public Affairs*, vol.1, 1972, págs..145-165.

conclusión resulta inevitable porque en ese caso debemos conceder que los soldados están autorizados a intentar ganar las guerras en las que tienen derecho a combatir.

(...)

Si se pusiera efectivamente en práctica, eliminaría buena parte de la crueldad de la guerra, ya que, respecto a la muerte de muchas de las personas que sucumben en el transcurso de una guerra, ya sean civiles o militares, debe decirse que no es una muerte que se haya producido porque <<tienda materialmente al fin (de la victoria)>> y que la contribución que dichas muertes representan respecto a ese fin es en realidad <<leve>>. Esas muertes no son más que la consecuencia inevitable de poner armas mortales en manos de soldados carentes de disciplina, el resultado de confiar hombres armados al criterio de generales fanáticos o estúpidos. Toda historia militar es un relato de violencia y destrucción desprovisto de cualquier relación con las exigencias del combate: por un lado, masacres y, por otro, batallas ruinosas y mal planeadas que sólo son un poco mejores que las masacres¹⁰⁰ (subrayado fuera de texto).

Desde nuestra propia realidad, el precedente jurisprudencial constitucional señala,

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

(...)

*De este modo, en manera alguna se trata de hechos sobrevinientes pues todas ellas son situaciones que de tiempo atrás afectan a la sociedad colombiana. No obstante, no puede perderse de vista que a pesar de tratarse de hechos arraigados en la historia del conflicto armado que afronta el país, las dimensiones que esos comportamientos adquirieron últimamente, fundamentalmente tras la ruptura del proceso de paz, les dan unas implicaciones completamente diferentes. Es cierto, todas esas modalidades delictivas tienen un profundo contenido de lesividad y plantean un palmario desconocimiento de los valores mínimos que posibilitan la pacífica convivencia. Pero, no obstante ese contenido de antijuridicidad, esas conductas pueden redefinirse por sus autores a partir de una nueva dimensión que los lleva a alentarse de unos nuevos propósitos, a modificar sustancialmente las circunstancias de su comisión y, en consecuencia, a generar unas implicaciones que en el anterior marco eran inconcebibles*¹⁰¹¹⁰².

No se trata, no obstante, de hacer radicar en el Estado una responsabilidad ilimitada frente a cualquier acto o hecho de los particulares (hecho de un tercero),

¹⁰⁰ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*. Barcelona, Paidós, 2001, pp.181 y 182.

¹⁰¹ Corte Constitucional, sentencia C-802 de 2002.

¹⁰² Sentencias de 25 de mayo de 2011. Exps.15838, 18075, 25212; de 25 de mayo de 2011. Exp.18747; de 8 de junio de 2011. Exp.19972; de 8 de junio de 2011. Exp.19973.

pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo que es achacable directamente al Estado como garante principal. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones positivas¹⁰³.

Por el contrario, cabe reforzar su encuadramiento en el título de la falla del servicio, afirmando la posibilidad de que la misma se consolide no sólo por el incumplimiento u omisión de las entidades demandadas, sino que también por no haber observado los deberes positivos a los que debió sujetarse en este caso específico, en especial por no haber atendido las solicitudes de refuerzo humano, logístico y de armamento, y de procurar por la terminación de las instalaciones de la Estación de la Policía [posición de garante de vigilancia], a tenor de lo manifestado por el precedente de la Sala según el cual “el Estado asume un papel de garante que se desprende de la obligación que emana del artículo 2 de la Constitución Política, disposición según la cual ” las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”¹⁰⁴.

40 Finalmente, del análisis del acervo probatorio y del caso, la Sala encuentra que el ataque, perpetrado por el grupo armado insurgente FARC, pudo implicar el incumplimiento de mandatos de protección de los derechos humanos, que no pueden quedar desprovistos de mención, y que exigirán que el Estado solicite, por los canales y en ejercicio de las competencias del Ejecutivo, la elaboración de una Opinión Consultiva por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme a lo exigido por el reglamento de dicha instancia internacional, y con el objetivo de determinar si se produjeron violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos, asociadas al accionar del mencionado grupo armado

¹⁰³ *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 280; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 123; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrafo 155; y *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párrafo 78.

¹⁰⁴ Sentencia de 9 de junio de 2010. Exp.19849.

insurgente, y relacionadas con el incumplimiento, a su vez, del Derecho Internacional Humanitario, especialmente lo relacionado al uso de armamento, al trato al combatiente y al secuestro que pudo materializarse durante el tiempo que fueron sometidos, cuando los miembros del grupo armado insurgente ingresaron a las instalaciones de la Estación de la Policía Nacional de Barbacoas, Nariño.

En ese sentido, y en aplicación del bloque ampliado de constitucionalidad para la tutela de los derechos humanos y el respeto del derecho internacional humanitario, se debe tener en cuenta que pudo producirse por parte del grupo armado insurgente FARC violaciones a los Convenios de Ginebra, especialmente el II y III, en sus artículos 43 y siguientes, debiéndose establecer si se produjo la comisión de conductas que vulneraran el trato digno y humano, la desatención de los heridos (artículo 8 y siguientes), la tortura psicológica a la que se sometió a los policiales durante el término en el que se encontraron plenamente sometidos a los insurgentes.

En cuanto al armamento empleado, donde se mencionó el uso de "rockets", granadas, ametralladoras de alto calibre, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977, establece en su artículo 35, claramente que en "todo conflicto armado, el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado". A lo que se agrega dos postulados en el mismo Protocolo:

"Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios
Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente".

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

9. Perjuicios

9.1. Perjuicios morales

42 La parte actora solicitó que el reconocimiento de perjuicios morales a favor de todos los actores. En el acervo probatorio se aportó, como prueba para su

reconocimiento, copia auténtica del Registro de Matrimonio de Domingo Escobar Obregón (fallecido) y Felisa Fernández (fl.18 c1); copia auténtica del registro de nacimiento de Damaso Escobar Fernández (fl.19 c1); copia auténtica del registro de nacimiento de Henry Alejo Escobar Fernández (fl.20 c1); copia auténtica del registro de nacimiento de Dominga Emelda Escobar Fernández (fl.21 c1); copia auténtica del registro de nacimiento de Helen Zobeida Benítez Rodríguez (fl.22 c1); copia auténtica del registro de matrimonio de Henry Alejo Escobar Fernández y Helen Zobeida Benítez Rodríguez (fl.23 c1); copia auténtica del registro de nacimiento de Emilse Johana Escobar Benítez (fl.24 c1); copia auténtica del registro de nacimiento de Cristian Andrés Escobar Benítez (fl.25 c1); copia auténtica del registro de nacimiento de Brainy Yesenia Escobar Benítez (fl.26 c1); copia auténtica del registro de nacimiento de Lucy Fernanda Escobar Benítez (fl.27 c1), y; copia auténtica del registro de defunción de Henry Alejo Escobar Hernández (fl.28 c1).

43 Revisadas las pretensiones de la demanda, y tratándose de la muerte del agente de la Policía nacional Henry Alejo, se encuentra acreditado el parentesco con los registros civiles, lo que lleva a la Sala a tener por demostrado el perjuicio moral en cabeza de los demandantes con ocasión de la muerte del hijo y hermano, lo que aplicando las reglas de la experiencia hace presumir que la muerte en las circunstancias violentas en las que ocurrieron, hacen presumir que los parientes cercanos (que conforman su núcleo familiar) debieron afrontar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad. En este sentido, el precedente de la Sala indica,

“Las reglas de la experiencia, y la práctica científica¹⁰⁵ 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 1992¹⁰⁶ donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así:

¹⁰⁵ Fernández Liria, B. Rodríguez Vega. Intervenciones sobre problemas relacionados con el duelo para profesionales de Atención Primaria: El proceso del duelo. Universidad Autónoma de Madrid. [Http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf](http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf) *“Aunque es difícil establecer inequívocamente relaciones causa-efecto, numerosos estudios han relacionado las pérdidas de diverso tipo con alteraciones de la salud¹. Hoy se acepta generalmente que en torno a un tercio de los pacientes que acuden a las consultas de Atención Primaria presentan problemas de salud mental que requerirían algún tipo de tratamiento y, aproximadamente una cuarta parte del total presenta problemas que podrían considerarse relacionados con algún tipo de pérdida¹.”*

¹⁰⁶ Radicado 6750, actor: Luis María Calderón Sánchez y otros. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

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

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

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

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

“1º. Los descendientes legítimos;

“2º. Los ascendientes legítimos;

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

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

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

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

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

“Si la persona fuera casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a la potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos.”

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

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

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

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

“Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien.”¹⁰⁷ (Negrillas de la Sala)¹⁰⁸.

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

45 Ahora bien, respecto de los perjuicios morales en cabeza de los demás demandantes con ocasión de la muerte de Henry Alejo Escobar Fernández, con base en las reglas de la experiencia, hace presumir, en las circunstancias en que

¹⁰⁷ Posición que ha sido reiterada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 30 de marzo de 2004. S 736 Actor: Nelly Tejada. Consejero Ponente Camilo Arciniegas Andrade. “Del parentesco cercano con la víctima se infiere el padecimiento moral que su muerte inflige a los suyos. El parentesco es indicio vehemente del daño moral.” Y recientemente por la Sección Tercera, en sentencia de 30 de agosto de 2007. Expediente 15.724, actor: Oswaldo Pérez Barrios. Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁰⁸ Sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586.

ocurrió, que los parientes cercanos debieron afrontar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad¹⁰⁹. Se recaudaron, además para determinar lo anterior, entre otros, el testimonio rendido por María Ninfa Vivas de Tello (sic Telles), en el que afirmó,

“CONTESTO: Las relaciones familiares heran (sic) muy estrechas quiero decir amplias, eran muy unidos, la muerte de HENRY fue demasiado terrible un golpe muy doloroso, la esposa era inconsolable y la mamá mucho mas (sic) sus hijos todos andaban muy triste... CONTESTO: El era P-olicia (sic) no me consta cuanto se ganaba, con su plata se dedicaba a su familia a criar a sus hijos y ayudar a sus padres, les compro (sic) unacasa (sic) a sus hijos y a la esposa, a la mamá le pasaba su parte cuando recibia (sic)” (fls.91 y 92 c1).

En su testimonio María Dominga Castillo manifestó que,

“(...) cuando murio (sic) don HENRY la familia quedo (sic) atemorizada (sic) cuando supieron la mamá se desmallo (sic) los hijos se traumatizaron, los vecino tenían (sic) que alludarlos (sic), la familia lo sigue recordando la mamá la esposa los hijos los hermanos, cuando viene (sic) un tiempo de fiesto (sic) ellos están pendiente (sic) que hace falta, ese vacio (sic) y ese silencio (sic) de él... CONTESTO: El era Policia (sic) y se ganaba 350.000 a 400.000, con la plata la dedicaba a su hogar a las (sic) esposa, a la mamá y sus hermano (sic) si asia (sic) falta comida el compraba y les llebaba (sic)...”. (fl.92 c1).

En tanto que, en el testimonio rendido por Gregorio Preciado Landazury, se dijo,

“(...) El era Agente de Policia (sic), el ganaba entre 350.000,00 a 400.000,00 a su hogar gastos personales a su familia, a la mamá, ayudaba a los hermanos él era muy bueno con los vecinos” (fl.93 c1).

Por su parte, Segundo Antonio Cabezas Salazar en su testimonio expresó,

“(...) La (sic) relaciones muy buena con su familia, mamá, hermano hijos, esposa, con los vecinos, fue muy desesperante la muerte del finado para toda la familia, a los amigos, por que (sic) era muy bueno... Era Policia, mas (sic) o meno (sic) 400.000,00, el (sic) plata la destinaba a su hogar, su mamá, sus hermanos y sus hijos el (sic) le compro (sic) casa a la esposa y ayudaba mucho a su familia” (fl.93 c1).

Ahora, Gloria Inés Landazury en su testimonio manifestó,

“(...) Fue un esposo ejemplar, como hijo, como hermano, como padre y como amigo, fue impacto muy grande fue algo inesperado, la familia lo sintió mucho

¹⁰⁹ Sentencias del 18 de marzo de 2010, Expedientes: 32651 y 18569 M.P. Enrique Gil Botero

su suegra, están así que todavía (sic) todos los domingo (sic) le lleban (sic) flores al sementerio (sic), la mamá todavía (sic) llora lo mismo que los hermanos sus hijos y en si (sic) toda su familia... El era Policia (sic), el ganaba aproximadamente de unos 350.000,00 a 440.000, y esa plata era para su (sic) hijos, su esposa, a su mamá que le daba mensualmente y a los hermano (sic) también (sic) ayudaba” (fl.94 c1).

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

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

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

“En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en a su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para con cimiento en la equidad arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material”¹¹⁰.

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009. Exp. 1995-10351.

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

“La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución–, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 C.P.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 C.P.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 C.P.). En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez, como se analiza en la presente providencia.

De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona. Es por ello que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general -como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público- de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad¹¹¹. Tal distinción entre un sentido genérico y uno específico con que se usa el concepto de proporcionalidad conduce al problema de los métodos para su aplicación. 8.2. Un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación. La relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc., se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado. Se afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez

¹¹¹ Sobre la proporcionalidad como elemento del juicio de igualdad únicamente cuando el test es estricto, ver la sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería

constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto.

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

Por lo anterior, el análisis de proporcionalidad del límite de mil salarios mínimos legales, se hará de conformidad con el siguiente método: (i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida grava de manera manifiestamente desproporcionada¹¹² uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución¹¹³ (subrayado fuera de texto).

Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la determinación y dosificación ponderada del quantum

¹¹² Ver entre otras la sentencia C-758 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis. Allí la Corte justifica que en materia de sanciones el límite entre lo constitucionalmente inadmisibles y lo permitido se traza con el criterio de la desproporción manifiesta

¹¹³ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

indemnizatorio del perjuicio moral, respecto de lo que el precedente jurisprudencial constitucional señala,

“Frente a los llamados perjuicios morales objetivables, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha estimado que en algunos casos pueden ser valorados pecuniariamente¹¹⁴, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas¹¹⁵, el perjuicio estético causado¹¹⁶ o el daño a la reputación¹¹⁷. Si de la aplicación de tales criterios surge que dichos perjuicios superan el límite fijado por el legislador, habría una afectación grave del interés de las víctimas por lograr una indemnización integral de los perjuicios que se le han ocasionado y cuyo quantum ha sido probado. Al igual que con los perjuicios materiales, el límite resultaría manifiestamente desproporcionado frente al derecho de las víctimas a la reparación integral, como quiera que el riesgo de arbitrariedad del juez es menor cuando el valor de los perjuicios ha sido acreditado en el juicio por factores que no dependen de su apreciación subjetiva.

Esta desproporción resulta más evidente si se tiene en cuenta que ni en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales. En dichas jurisdicciones se ha fijado una cifra para la valoración de ciertos perjuicios que depende de consideraciones puramente subjetivas y cuyo quantum ha sido reconocido tradicionalmente hasta por 1000 gramos oro, o más recientemente hasta por 2000 y 4000 gramos oro^{118,119}.

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

¹¹⁴ Ver entre otras las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 13 de abril de 2000, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No. 11892; 19 de julio de 2001, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 13086; 10 de mayo de 2001, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No.13.475 y del 6 de abril de 2000, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 11.874. Ver también, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 29 de mayo de 1997, MP: Juan Manuel Torres Fresneda, Radicación 9536

¹¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de agosto de 1982, CP: Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 3139, donde se reconoció como perjuicio moral el “malestar psíquico” sufrido a raíz del accidente. Consejo de Estado, Sección Tercera, 4 de abril de 1997, CP: Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente 12007, que reconoció como perjuicio moral por el hecho de que la víctima “estuvo sometida al miedo, la desolación, a la zozobra, a la tristeza, mientras se produjo su liberación.”

¹¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de julio de 1989, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 2852. Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, CP: Julio César Uribe Acosta, Expediente 7428

¹¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

¹¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 25 de septiembre de 1997, Sección Tercera, Expediente 10.421, CP: Ricardo Hoyos Duque, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 2.000 gramos oro. Sentencia del 19 de julio de 2000, Expediente 11.842, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 4.000 gramos oro

¹¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto¹²⁰.

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

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

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

¹²⁰ La doctrina señala que "la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control". ARROYO JIMENEZ, Luis. "Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo", en ORTEGA, Luis; SIERRA, Susana de la (Coords). *Ponderación y derecho administrativo*. Madrid, Marcial Pons, 2009, p.33.

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

Si solamente se encuentra satisfecho el requisito de **idoneidad** se concederá de la siguiente forma:

	Con convivencia	Sin convivencia pero con relación de cercanía	Sin convivencia y sin relación de cercanía (simple presunción de Registro Civil)
Familiares inmediatos y cónyuge	50 SMMLV	10 SMMLV	5 SMMLV
Familiares derivados	20 SMMLV	5 SMMLV	2 SMMLV

Si se encuentran conjugados los sub principios de **idoneidad y necesidad** la liquidación se efectuará en los siguientes términos:

	Con convivencia	Sin convivencia pero con relación de cercanía	Sin convivencia y sin relación de cercanía (simple presunción de Registro Civil)
Familiares inmediatos y cónyuge	80 SMMLV	20 SMMLV	10 SMMLV
Familiares derivados	35 SMMLV	5 SMMLV	2 SMMLV

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

	Con	Sin convivencia	Sin convivencia y
--	------------	------------------------	--------------------------

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

En cuanto al lesionado, la tasación se hará conforme a la intensidad, necesidad y proporcionalidad que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción de verse con la pérdida de su ojo izquierdo. De acuerdo con lo anterior, los perjuicios morales quedarán tasados para los actores de la siguiente manera:

Felisa Fernández (madre)	60 smlmv
Dominga Emelda Escobar Fernández (hermana)	30 smlmv
Damaso Escobar Fernández (hermano)	30 smlmv
Helen Zobeida Benítez de Escobar (esposa)	100 smlmv
Brainy Yesenia Escobar Benítez (hija)	100 smlmv
Cristian Andrés Escobar Benítez (hijo)	100 smlmv
Emilsen Johana Escobar Benítez (hija)	100 smlmv
Lucy Fernanda Escobar Benítez (hija)	100 smlmv

9.2. Perjuicios materiales

9.2.1 Daño emergente

49 La parte actora solicitó en el escrito de demanda se condenara por los perjuicios materiales, específicamente por concepto de daño emergente constituido por los gastos funerarios, diligencias judiciales y honorarios de abogado en que incurrieron como consecuencia de la muerte del señor Henry Alejo Escobar Fernández.

50 Se observa dentro del acervo probatorio que la parte demandante únicamente probó lo relativo a los gastos funerarios visto a folios 29 a 33 del cuaderno No.1. Por lo anterior, la Sala reconocerá el valor del daño emergente a favor de la señora Helen Zobeida Benítez de Escobar, actualizando el valor de cada factura desde la fecha en que se expidió cada una de ellas, hasta la fecha de esta sentencia, conforme a la fórmula utilizada para ello, de la siguiente manera:

a. Factura número 00226 expedida por Funerales Andrade con fecha de 7 de junio de 1997, a nombre de Helen Benítez, en la que se consignó que se cobró por gastos funerarios la suma de \$400.000.00 (fl.29 c1).

$$\text{Ra} = \text{Rh} (\$400.000) \frac{\text{Índice final - julio/2011 (108,05)}}{\text{Índice inicial - junio/1997 (42,28)}} = \mathbf{\$1.022.232}$$

b. Recibo de caja número 0575 expedido por Flores Patty el 16 de junio de 1997, a nombre de Helen Benítez, por valor de \$45.400.00 (fl.30 c1).

$$\text{Ra} = \text{Rh} (\$45.400) \frac{\text{Índice final - julio/2011 (108,05)}}{\text{Índice inicial - junio/1997 (42,28)}} = \mathbf{\$116.023}$$

c. Recibo de caja expedido por la Floristería y Papelería "NATHALIA" el 6 de junio de 1997 a nombre de Helen Sobeida (sic) Benítez, por valor de \$140.000.00 (fl.31 c1).

$$\text{Ra} = \text{Rh} (\$140.000) \frac{\text{Índice final - julio/2011 (108,05)}}{\text{Índice inicial - junio/1997 (42,28)}} = \mathbf{\$357.781}$$

d. Factura de venta número 2203 expedida por el Supermercado "LA AVENIDA" el 7 de junio de 1997, a nombre de Helen Benítez, por valor de \$27.100.00 (fl.32 c1).

$$\text{Ra} = \text{Rh} (\$27.100) \frac{\text{Índice final - julio/2011 (108,05)}}{\text{Índice inicial - junio/1997 (42,28)}} = \mathbf{\$69.256}$$

e. Recibo expedido por Producciones Estrella TV el 10 de junio de 1997, a nombre de Helen Benítez, por valor de \$100.000 (fl.33 c1).

$$\text{Ra} = \text{Rh} (\$100.000) \frac{\text{Índice final - julio/2011 (108,05)}}{\text{Índice inicial - junio/1997 (42,28)}} = \mathbf{\$255.558}$$

51 El total de los valores actualizados es de \$1.820.850.00 por lo tanto, éste es el valor a reconocer por concepto de daño emergente.

9.2.2 Lucro cesante

52 En la demanda se solicitó el reconocimiento de lucro cesante por un valor de ciento cincuenta millones de pesos que se liquidará a favor de los hijos y de la esposa del fallecido, correspondiente a las sumas que dejó de percibir por su muerte prematura e injusta y, por todo el resto de la vida probable que le quedaba, teniendo en cuenta la edad en que murió y la esperanza de vida del mismo.

Respecto de la señora Helen Zobeida Benitez de Escobar, se tiene acreditado que contrajo matrimonio con el señor Henry Alejo Escobar Fernández de acuerdo con la copia auténtica del registro civil de matrimonio (fl. 23 c1). Así mismo, de los testimonios recepcionados, entre ellos los de María Ninfa Vivas de Téllez, María Dominga Castillo, Gregorio Preciado Landazury, Segundo Antonio Cabezas Salazar y Gloria Inéz Landazury, se puede verificar claramente que el dinero que devengaba el señor Escobar Fernández como agente de policía, era destinado para el hogar, especialmente para la esposa e hijos. Así mismo, se encuentra acreditado que los menores eran hijos del fallecido, de acuerdo con los registros civiles de nacimiento obrantes en el proceso y que para la época de los hechos, dependían económicamente de éste, tal como lo corrobora las declaraciones contenidas en el acervo probatorio.

9.2.2.1 Lucro cesante consolidado.

53 Conforme a lo anterior, la Sala reconocerá a la señora Helen Zobeida Benitez de Escobar el lucro cesante consolidado¹²¹, así como a los hijos menores del

¹²¹ En sentencia del 26 de abril de 2006 se dijo lo siguiente: "(...) de la existencia del vínculo marital y filial, que crea la obligación alimentaria, se infiere el perjuicio material en la modalidad de lucro cesante, que le causó a los demandantes la muerte de su compañero y padre. En efecto, los artículos 411 y 422 del Código Civil establecen que corresponde al cónyuge y padre proveer alimentos a su cónyuge e hijos hasta el día anterior de la mayoría de edad. En consecuencia, si bien el derecho a la reparación de los perjuicios morales y materiales que se cause a una persona por la muerte de otra no se derivan de su condición de heredero sino de damnificado, cuando existe la obligación alimentaria se infiere la existencia del perjuicio material, que dará derecho al titular del mismo a la indemnización de tal perjuicio por el término de la obligación, esto es, en el caso de los hijos hasta el cumplimiento de la mayoría de edad y de los cónyuges hasta el término de vida probable del mayor entre los dos".

causante, y que de acuerdo con la jurisprudencia, se concederá hasta que cada uno de ellos cumpliera 25 años¹²².

54 Con base en lo anterior, la liquidación se hará de la siguiente manera:

Se encuentra acreditado que el señor Henry Alejo Escobar Fernández, de acuerdo con el certificado de sueldo remitido por el Policía Nacional (fl.121 c1.) para el mes de mayo de 1997 devengaba un salario básico de \$287.279. Por su parte, según el registro civil de nacimiento del señor Escobar Fernández (fl. 20 c1), se sentó como fecha de nacimiento el 17 de febrero de 1962, para la época de los hechos (6 de junio de 1997) tenía 35 años, por lo tanto, la vida probable del mismo según las Tablas de Mortalidad expedidas por la entonces Superintendencia Bancaria (Resolución No. 0497 del 20 de mayo de 1997) era de 47.20 años.

55 Teniendo en cuenta lo anterior, se concederá a favor de la esposa el lucro cesante desde la fecha de la ocurrencia de los hechos (6 de junio de 1997) hasta el día de la sentencia (31 de agosto de 2011), y para los hijos menores, desde la época de los hechos hasta la edad en que cada uno cumpliera 25 años.

Actualizado el valor devengado por el causante, se tiene como resultado lo siguiente

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

Donde: Ra = renta actualizada
Rh = renta histórica, 287.279 (salario devengado)
I. final = IPC correspondiente al mes de la liquidación. Último conocido, julio de 2011 (108.05)
I. inicial = IPC que corresponde al mes en que se causó el daño. Junio de 1997 (42.28)

$$Ra = Rh (\$287.279,00) \frac{\text{Índice final - julio/2011 (108,05)}}{\text{Índice inicial - junio/1997 (42.28)}} = \mathbf{\$ 734.164.}$$

¹²² En sentencia del 4 de octubre de 2007, expediente 16.058 y 21.112 se dijo lo siguiente: “De igual forma, se modifica el criterio jurisprudencial que se tenía en relación con la presunción de manutención de los hijos hasta la mayoría de edad si no se acreditaba la escolaridad, desechando esta distinción, y dando por presumido que la condición de dependencia económica de aquellos respecto de los padres se mantiene hasta la edad de 25 años, con fundamento en los artículos 13 y 45 de la Constitución Política y en consideración además, a las reglas de la experiencia, siempre y cuando se acredite tal dependencia por cualquier medio probatorio”.

Al anterior, valor se le adiciona un 25% (\$183.541) por concepto de prestaciones sociales y se descuenta un 25% (\$229.426.00) correspondiente al rubro que destinaba para su propia subsistencia, obteniéndose como resultado el valor de **\$688.279**. El valor se dividirá en cinco (5) para efectuar la liquidación de la esposa e hijos, dando como resultado **\$137.655.00**.

i) Lucro cesante consolidado para Helen Zobeida Benitez de Escobar (esposa)

- **El periodo consolidado** inicia desde la fecha de los hechos (6 de junio de 1997) hasta la fecha de esta sentencia (31 de agosto de 2011) es decir 170.83 meses
- Ra: \$137.655.
- I. final = IPC correspondiente al mes de la liquidación, último que se conoce, julio de 2011 (108.05)
- I. inicial = IPC que corresponde al mes en que se causó el daño. Junio de 1997 (42.28)

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

$$S = \$137.655 \frac{(1 + 0.004867)^{170.83} - 1}{0.004867} = \mathbf{\$36.541.297}$$

ii) Lucro cesante para Emilsen Johana Escobar Benítez:

- **El periodo consolidado** inicia desde la fecha de los hechos (6 de junio de 1997) hasta la fecha en que cumpliera 25 años (26 de diciembre de 2008) es decir 138 meses.
- Ra: \$137.655
- I. final = IPC correspondiente al mes de la liquidación, último que se conoce, julio de 2011 (108.05)
- I. inicial = IPC que corresponde al mes en que se causó el daño. Junio de 1997 (42.28)

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

$$S = \$137.655 \frac{(1 + 0.004867)^{138} - 1}{0.004867} = \mathbf{\$26.989.945}$$

iii) Lucro cesante para Cristian Andrés Escobar Benítez:

- **El periodo consolidado** inicia desde la fecha de los hechos (6 de junio de 1997) hasta la fecha de la sentencia (31 de agosto de 2011) es decir 170.83 meses.

- Ra: \$137.655
- I. final = IPC correspondiente al mes de la liquidación, último que se conoce, julio de 2011 (108.05)
- I. inicial = IPC que corresponde al mes en que se causó el daño. Junio de 1997 (42.28)

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

$$S = \$137.655 \frac{(1 + 0.004867)^{170.83} - 1}{0.004867} = \$36.541.297$$

iv) Lucro cesante para Brainy Yesenia Escobar Benitez:

- **El periodo consolidado** inicia desde la fecha de los hechos (6 de junio de 1997) hasta la fecha de la sentencia (31 de agosto de 2011) es decir 170.83 meses.
- Ra: \$137.655
- I. final = IPC correspondiente al mes de la liquidación, último que se conoce, julio de 2011 (108.05)
- I. inicial = IPC que corresponde al mes en que se causó el daño. Junio de 1997 (42.28)

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

$$S = \$137.655 \frac{(1 + 0.004867)^{170.83} - 1}{0.004867} = \$36.541.297$$

v) Lucro cesante para Lucy Fernanda Escobar Benitez:

- **El periodo consolidado** inicia desde la fecha de los hechos (6 de junio de 1997) hasta la fecha de la sentencia (31 de agosto de 2011) es decir 170.83 meses.
- Ra: \$137.655
- I. final = IPC correspondiente al mes de la liquidación, último que se conoce, julio de 2011 (108.05)
- I. inicial = IPC que corresponde al mes en que se causó el daño. Junio de 1997 (42.28)

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

$$S = \$137.655 \frac{(1 + 0.004867)^{170.83} - 1}{0.004867} = \mathbf{\$36.541.297}$$

9.2.2.2 Lucro cesante futuro.

i) Lucro cesante para Helen Zobeida Benitez de Escobar

Se liquidará este periodo desde el día siguiente de la fecha de esta sentencia hasta la expectativa total de vida del señor Henry Alejo Escobar Fernández:

- El señor Henry Alejo Escobar Fernández nació el 17 de febrero de 1962, para la época de los hechos tenía 35 años de edad, según las tablas de mortalidad proferidas por la entonces Superintendencia Bancaria la expectativa de vida equivale a 47.20 años que en meses son 566.4
- Periodo futuro (n): 396.4 que se deriva de la resta entre los meses de la expectativa total de vida del señor Henry Alejo Escobar Fernández (566.4 meses) y el periodo consolidado (170 meses)
- Ra: \$172.069 correspondiente a la división del salario \$688.279 entre 4 personas que se van a indemnizar conforme al lucro cesante futuro

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

$$S = \$172.069 \frac{(1 + 0,004867)^{395.57} - 1}{0,004867 (1+ 0,004867)^{395.57}} = \mathbf{\$30.173.997}$$

ii) Lucro cesante futuro para Cristian Andrés Escobar Benítez

- Cristian Andrés Escobar nació el 7 de noviembre de 1989 (tenía al momento de los hechos 7 años y 7 meses aproximadamente) cumpliría los 25 años de edad el 7 de noviembre de 2014
- Periodo futuro (n): 39 meses que corresponden desde la fecha de la sentencia (31 de agosto de 2011) hasta el 7 de noviembre de 2014, fecha en la cual cumple 25 años de edad.
- Ra: \$172.069.

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

$$S = \$251.062.50 \frac{(1 + 0,004867)^{39} - 1}{0,004867 (1+ 0,004867)^{39}} = \mathbf{\$6.098.790}$$

iii) Lucro cesante futuro para Brainy Yesenia Escobar Benítez

- Brainy Yesenia nació el 13 de abril de 1991 (tenía al momento de los hechos 6 años) cumpliría los 25 años de edad el 13 de abril de 2016.
- Periodo futuro (n): 56 meses que corresponden desde la fecha de la sentencia (31 de agosto de 2011) hasta el 13 de Abril de 2016, fecha en la cual cumple 25 años de edad.
- Ra: \$172.069.

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

$$S = \$251.062.50 \frac{(1 + 0,004867)^{56} - 1}{0,004867 (1 + 0,004867)^{56}} = \mathbf{\$8.416.518}$$

iv) Lucro cesante futuro para Lucy Fernanda Escobar Benítez

- Lucy Fernanda nació el 28 de agosto de 1993 (tenía al momento de los hechos 3 años) cumpliría los 25 años de edad el 28 de agosto de 2018.
- Periodo futuro (n): 84 meses que corresponden desde la fecha de la sentencia (31 de agosto de 2011) hasta el 28 de agosto de 2018, fecha en la cual cumple 25 años de edad.
- Ra: \$172.069.

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

$$S = \$251.062.50 \frac{(1 + 0,004867)^{84} - 1}{0,004867 (1 + 0,004867)^{84}} = \mathbf{\$11.840.563}$$

56 De acuerdo con las fórmulas y la tasación realizada, a favor de la esposa e hijos de Henry Alejo Escobar Fernández, por concepto de lucro cesante (consolidado y futuro) habrá lugar a pagar totalmente la suma de **\$229.685.001.00**.

10. De la reparación integral

57 La Sala en aplicación del principio de reparación integral, y a lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, ordenará una medida de satisfacción singular, teniendo en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de

congruencia ante la primacía del principio sustancial de la “restitutio in integrum”, máxime cuando existe la vulneración a un derecho humano. En el precedente de la Sala se sostiene,

Toda reparación, parte de la necesidad de verificar la materialización de una lesión a un bien jurídico tutelado (daño antijurídico), o una violación a un derecho que, consecuentemente, implica la concreción de un daño que, igualmente, debe ser valorado como antijurídico dado el origen del mismo (una violación a un postulado normativo preponderante). Así las cosas, según lo expuesto, es posible arribar a las siguientes conclusiones lógicas: Toda violación a un derecho humano genera la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento. No todo daño antijurídico reparable (resarcible), tiene fundamento en una violación o desconocimiento a un derecho humano y, por lo tanto, si bien el perjuicio padecido debe ser reparado íntegramente, dicha situación no supone la adopción de medidas de justicia restaurativa. Como se aprecia, en la primera hipótesis, nos enfrentamos a una situación en la cual el operador judicial interno, dentro del marco de sus competencias, debe establecer en qué proporción puede contribuir a la reparación integral del daño sufrido, en tanto, en estos eventos, según los estándares normativos vigentes (ley 446 de 1998 y 975 de 2005), se debe procurar inicialmente por la restitutio in integrum (restablecimiento integral) del perjuicio y de la estructura del derecho trasgredido, para constatada la imposibilidad de efectuar la misma, abordar los medios adicionales de reparación como la indemnización, rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos. Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido éste como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad al tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional, o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH). En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la (sic) persona (sic) reconocidas internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (strictu sensu), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, per se, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio. Como corolario de lo anterior, para la Sala, la reparación integral propende por el restablecimiento efectivo de un daño a un determinado derecho, bien o interés jurídico y, por lo tanto, en cada caso concreto, el operador judicial de la órbita nacional deberá verificar con qué potestades y

facultades cuenta para obtener el resarcimiento del perjuicio, bien a través de medidas netamente indemnizatorias o, si los supuestos fácticos lo permiten (trasgresión de derechos humanos en sus diversas categorías), a través de la adopción de diferentes medidas o disposiciones¹²³ (subrayado fuera de texto). Así mismo, el precedente de la Sala en su momento consideró,

“En ese orden de ideas, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos implica no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también supone la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual era posible la implementación de una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (*strictu sensu*), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos vulnerados. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona específicamente con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas de rehabilitación, o de no repetición, ello no implica en manera alguna que no se repare íntegramente el perjuicio¹²⁴.”

58 De acuerdo con el precedente de la Sala, es necesario examinar varios elementos para que en virtud de la reparación integral sea posible ordenar medidas complementarias, para procurar que se deje indemne, o lo más cercano a las víctimas o demandantes.

En primer lugar, se sostiene por la Sala que no sólo se produjo un daño antijurídico del que son víctimas Henry Alejo Escobar Fernández y sus familiares, sino también este se produjo como consecuencia necesaria de la violación de su derecho humano a la vida, lo que plantea que se afirme la existencia de la obligación de repararse integralmente el daño ocasionado.

En segundo lugar, si se vulneró el derecho humano a la vida cabe exigir al Estado que en cumplimiento de los expresos mandatos constitucionales (artículos 1 y 2 de la Carta Política), como reparación integral del daño, procure que se establezca si terceros, para el caso concreto el grupo armado insurgente que perpetró el

¹²³ Sentencia de 19 de octubre de 2007. Exp.29273A. Ver de la Corte Permanente de Justicia Internacional, caso Factory of Chorzów, Merits, 1928, Series A, No. 17, Pág. 47. Citada por CRAWFORD, James “Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado”, Ed. Dykinson, Pág. 245; Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso de la Masacre de Puerto Bello (vs) Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006; de la Corte Constitucional Sentencia T-563 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En igual sentido T- 227 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1094 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-175 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional, sentencia T-188 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis

¹²⁴ Sentencias de 8 de junio de 2011. Exp.19972; de 8 de junio de 2011. Exp.19973.

ataque, cometieron violaciones a derecho humano alguno de la víctima, por todos los medios a su alcance, incluyendo que se solicite a instancias internacionales la evaluación o valoración de las mismas.

En tercer lugar, dicha exigencia contribuye al restablecimiento del derecho humano vulnerado y al respeto de la dignidad humana como meta-principio constitucional, radicado no sólo en cabeza de la víctima, sino también de sus familiares, a quienes debe ofrecerse la verdad de las circunstancias en las que perdió la vida el agente, desde la perspectiva de la acción desplegada por el tercero, esto es, del grupo armado insurgente.

La Sala dando continuidad al precedente, ordenará que el Estado, por los canales adecuados, solicite una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la (s) violación (es) a los derechos humanos que se hayan producido en el caso en concreto por parte del grupo armado insurgente FARC, y que una vez rendida sea puesta en conocimiento de la opinión pública por los medios de comunicación de circulación nacional.

59 Finalmente, no habrá lugar a condenar en costas porque para el momento en que se dicta este fallo la ley 446 de 1998 indica, en el artículo 55, que sólo hay lugar a su imposición cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente, y en este proceso no se demuestra y señala la temeridad de las partes.

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

REVOQUESE la sentencia apelada de 8 de septiembre de 2000 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, la que quedará así:

PRIMERO. DECLARAR que la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL** es administrativa y patrimonialmente responsable de los daños y perjuicios sufridos por **HENRY ALEJO ESCOBAR FERNÁNDEZ**, como consecuencia de los hechos ocurridos el 6 de junio de 1997.

SEGUNDO. CONDENAR a la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL** a pagar por concepto de perjuicios morales a favor de **FELISA FERNÁNDEZ DE ESCOBAR** la suma equivalente a SESENTA (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes; a favor de **DOMINGA EMELDA ESCOBAR FERNÁNDEZ** y de **DAMASO ESCOBAR FERNÁNDEZ**, la suma equivalente a TREINTA (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno, y; a favor de **HELEN ZUBEIDA BENÍTEZ DE ESCOBAR, BRAINY YESENIA, CRISTIAN ANDRES, EMILSEN JOHANA** y **LUCY FERNANDA ESCOBAR BENÍTEZ**, la suma equivalente a CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO. CONDENAR a la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL** a pagar en la modalidad de perjuicios materiales, por concepto de daño emergente a favor de **HELEN ZUBEIDA BENÍTEZ DE ESCOBAR**, la suma de UN MILLÓN OCHOCIENTOS VEINTE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA PESOS MCTE (\$1.820.850.00).

CONDENAR a la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL** a pagar por concepto de perjuicios materiales, por concepto de lucro cesante (consolidado y futuro) a favor de **HELEN ZUBEIDA BENÍTEZ DE ESCOBAR, BRAINY YESENIA, CRISTIAN ANDRES, EMILSEN JOHANA** y **LUCY FERNANDA ESCOBAR BENÍTEZ** la suma de DOSCIENTOS VIENTINUEVE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL UN PESOS MCTE (\$229.685.001.00).

CUARTO. ORDENAR que el Estado, por los canales adecuados, solicite la opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la (s) violación (es) a los derechos humanos que se hayan producido en el caso en concreto por parte del grupo armado insurgente FARC, y que una vez rendida sea puesta en conocimiento de la opinión pública por los medios de comunicación de circulación nacional

QUINTO. ABSTENERSE de condenar en costas a las partes.

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. Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado

**ACLARACION DE VOTO Y SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL DOCTOR
ENRIQUE GIL BOTERO**

ACLARACION DE VOTO

INDEMNIZACION DEL DAÑO MORAL - Toma estación de policía de Barbacoas. Muerte de agente de Policía / INDEMNIZACION DEL DAÑO MORAL - Principio de proporcionalidad / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - No ha alterado o modificado la jurisprudencia de la Sección Tercera / PERJUICIO MORAL - Arbitrio juris / INDEMNIZACION POR DAÑO MORAL / No permite ser tasada de forma objetiva

Me aparto de manera muy respetuosa, desde luego, de las afirmaciones y metodologías transcritas, con fundamento en las siguientes consideraciones: 1. Sea lo primero advertir que el sistema o la metodología empleada en la sentencia no refleja el criterio mayoritario de esta Subsección y de la Sección Tercera, ni el de la Sala Plena, razón por la cual constituye un obiter dictum que quedó contenido en la sentencia mencionada, sin que hubiera obtenido la mayoría para constituirse en un cambio del precedente fijado por la Corporación sobre la materia. En ese orden de ideas, es preciso advertir que el principio de proporcionalidad que se prohíja en la sentencia –por cierto, no pertinente para el tópico objeto de análisis– no ha alterado o modificado la jurisprudencia de la

Sección, motivo por el cual el sistema para fijar el perjuicio moral derivado del daño antijurídico continúa siendo el arbitrio juris, debido a que se trata de una afectación que, a diferencia de otros tipos de daños, no permite ser tasada de forma objetiva, pues indiscutiblemente no existe científicamente la forma de establecer el grado de sufrimiento o de dolor que tiene una persona, ya que el padecimiento de cada individuo pertenece a su esfera individual, subjetiva y personal, circunstancia por la que este tipo de aflicciones es de carácter inconmensurable y constituye en el campo del pensamiento y del conocimiento como comprensión del mundo una dificultad aporética. 2. En mi criterio, la sentencia debió limitarse a reiterar el precedente vinculante de la Sección, contenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646 (...). De allí que, la aplicación –a mi modo de ver errónea e inadecuada– del principio de proporcionalidad o de ponderación para la fijación del monto o quantum indemnizatorio del perjuicio moral debió ser sometida a consideración de los miembros de la Sala Plena de la Sección Tercera, ya que supone un drástico giro respecto del criterio jurisprudencial transcrito. 3. De otro lado, estoy convencido que el perjuicio o daño moral a diferencia de lo sostenido en la sentencia no puede ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño moral constituye una lesión a la órbita individual e íntima del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada a establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables. Así las cosas, la teoría expuesta en la sentencia yerra al indicar que es pertinente y adecuado el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio moral.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el perjuicio causado y su intensidad y la garantía del derecho a la igualdad, consultar sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes números 13232 y 15646, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez

INDEMNIZACION DEL DAÑO MORAL - Toma a estación de policía de Barbacoas. Muerte de agente de policía / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Noción. Definición. Concepto / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Aplicación / APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Sub principios / SUB PRINCIPIOS - Idoneidad, necesidad y proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es un criterio metodológico por medio del cual se establecen cuáles son los deberes jurídicos que imponen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su aplicación se realiza a través de los tres subprincipios mencionados -idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido-, el primero de ellos, se relaciona con que la intervención en los derechos fundamentales debe ser “adecuada” para conseguir un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, se refiere a que la medida de intervención debe ser la mas “benigna” entre todas las que pueden ser aplicadas, y el tercer y último subprincipio, atañe a las ventajas de la intervención en los derechos fundamentales las cuales deben “compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad”. En el subprincipio de proporcionalidad se desarrolla el método de la ponderación, como un tipo de juicio mediante el cual se determina cuál derecho o principio debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales o principios. Esta técnica contiene tres

elementos que la estructuran y desarrollan: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. El primero se explica así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. El segundo elemento hace referencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados. Finalmente, el tercer elemento consiste en las cargas argumentativas que los principios tienen “per se” y se utilizan si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios enfrentados.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Aplicación. Precedente jurisprudencial constitucional

De otro lado, la jurisprudencia constitucional vernácula ha empleado el principio de proporcionalidad, principalmente, para definir la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en la órbita de derechos fundamentales o para definir cuándo existe una vulneración al principio de igualdad. (...) Como se aprecia, el principio de proporcionalidad sirve para solucionar colisiones de principios o derechos fundamentales, toda vez que la pugna entre preceptos jurídicos se soluciona a través de los métodos hermenéuticos tradicionales, específicamente con la validez y la concreción de la norma para el caso concreto, tales como que la disposición posterior prevalece sobre la anterior, la especial sobre la general, etc. Ahora bien, como desde la teoría jurídica y la filosofía del derecho, los principios y derechos fundamentales tienen igual validez y jerarquía constitucional, no es posible que uno derogue o afecte la validez del otro, motivo por el que es preciso acudir a instrumentos como la ponderación o la proporcionalidad para determinar cuál tiene un mayor peso y, por lo tanto, cuál debe ceder frente al otro en casos de tensión o en hipótesis de intervenciones o limitaciones contenidas en las leyes.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad. Consultar Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001, M.P. Alvaro Tafur Gálvis

INDEMNIZACION DEL DAÑO MORAL - Toma a estación de policía de Barbacoas. Muerte de agente de policía / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Manejo en la sentencia es inadecuado / PRINCIPIO ARBITRIO JURIS - Aplicación

El manejo del principio de proporcionalidad que se refleja en la sentencia es inadecuado, ya que no está orientado a solucionar una tensión o colisión de principios o derechos fundamentales, y mucho menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador. Por el contrario, el manejo que se le da en esta ocasión a la ponderación es a cubrir con un velo de “aparente” o “presunta” objetividad la determinación de criterios de valoración de un daño que ya eran aplicados por el operador judicial bajo la égida del arbitrio juris. 4. Así las cosas, la supuesta aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación del daño moral parte de un equivocado argumento que consiste en equiparar el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad. Nada más alejado de la realidad, puesto que el arbitrio juris ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico (...). Por consiguiente, desde mi perspectiva, lejos de que en el fallo se haya aplicado un criterio objetivo de liquidación del perjuicio moral, se devela bajo el epígrafe del principio de proporcionalidad una concreción del arbitrio judicial, ya que los principios de idoneidad, necesidad y

proporcionalidad en sentido estricto, a diferencia de lo sostenido en la sentencia no aportan elementos nuevos a la controversia de cuál debe ser la metodología para liquidar la afectación a bienes o intereses jurídicos inconmensurables.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el arbitrio iudicis, consultar Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 18 de septiembre de 2009, expediente número 2005-00406, Magistrado Ponente doctor William Namén Vargas

DAÑO MORAL - Resarcimiento / RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL - Principios del arbitrio juris y la equidad

La única forma que hasta el momento ha encontrado la doctrina y la jurisprudencia para resarcir –vía compensación– el daño moral es a través de los principios del arbitrio juris y la equidad, razón por la cual la aplicación de un criterio de proporcionalidad o ponderación, lejos está de introducir elementos objetivos que permitan identificar parámetros indemnizatorios con fundamento en el dolor o la aflicción padecida. Lo anterior se evidencia de forma palmaria en la sentencia, puesto que al margen de la carga argumentativa que defiende la pertinencia del principio de proporcionalidad, lo cierto es que cuando se liquida para el caso concreto el daño moral no se tienen en cuenta ni la idoneidad, ni la necesidad, así como tampoco el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en tanto, se itera, no existen dos o más elementos que ponderar. De ese modo, se retorna al arbitrio judicial de manera inexorable, al margen de que se defienda la relevancia del principio de proporcionalidad.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Aplicación. Criterios subjetivos de valoración por parte del funcionario judicial

Por la vía de la aplicación del incorrecto principio de proporcionalidad para la liquidación del daño moral, se pueden llegar a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la convivencia, pues si bien la misma es un hecho objetivo y apreciable empíricamente, lo cierto es que aquélla no puede constituir –a diferencia de lo sostenido por el proyecto– un criterio o variable para la cuantificación del perjuicio moral. A modo de ejemplo, baste indicar que es perfectamente posible que exista una familia que, por circunstancias laborales o personales de sus miembros, éstos convivan en distintas zonas de una misma ciudad, o de un mismo país o incluso en el extranjero, sin que esto altere el fuerte y cercano vínculo afectivo y sentimental que existe entre ellos, esto es, la distancia geográfica no significa desamor o falta de afecto. A partir del ejemplo anterior, extraído de la experiencia, y con aplicación irrestricta del llamado test de proporcionalidad que se defiende en la sentencia, se concluiría que al margen de la muerte de uno de los integrantes de ese núcleo familiar, habría que reducir la indemnización por el daño moral porque la convivencia es factor determinante en la liquidación del mismo. (...) Entonces, la distinción introducida sí que afecta un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual la providencia de la referencia –ella sí mas no la cuantificación del perjuicio moral– podría ser pasible de un análisis de proporcionalidad en una eventual vía de hecho, en caso de que por cuenta de la aplicación del criterio jurisprudencial mencionado se resquebraje la mencionada garantía esencial

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

SENTENCIA - Toma a estación de policía de Barbacoas. Muerte de agente de policía / CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - Función

consultiva / FUNCION CONSULTIVA - Alcance / FUNCION CONSULTIVA - Se refiere a decisiones relacionadas con casos concretos / FUNCION CONSULTIVA - Diferente a la contenciosa / FUNCION CONSULTIVA - Solicitud / SOLICITUD DE OPINION CONSULTIVA - Error técnico

Me aparto de la decisión mayoritaria de la Subsección al ordenar que el Gobierno Nacional solicite una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acerca de la violación a derechos humanos cometidos por el grupo subversivo FARC, en los hechos relacionados con el asalto a la población de Barbacoas, Nariño, el 6 de junio de 1997. 3.1. En primer lugar, porque se desconoce la naturaleza de la función consultiva de la Corte y por esa vía se comete un craso error técnico, en cuanto a forzar un pronunciamiento que no guarda relación alguna con su objeto y fin, al confundirla con su función contenciosa. El artículo 64 de la Convención Americana de Derechos establece: (...) De la norma no resulta difícil deducir que el alcance de la función consultiva, de la Corte, tiene que ver con el pronunciamiento de opiniones autorizadas sobre la interpretación de la Convención Americana y otros tratados internacionales sobre derechos humanos y, por otra parte, con opiniones, de la misma corporación, sobre la compatibilidad de leyes internas de un Estado Parte con la mencionada convención. De ninguna manera se refiere a decisiones relacionadas con casos concretos. La Corte, desde el inicio de su mandato ha entendido que la función consultiva, a pesar de su amplitud, no debe confundirse con la contenciosa, toda vez que ese tipo de confusiones pueden llevar a debilitar el sistema de protección y a conculcar los derechos de las víctimas. Así lo señaló en la opinión consultiva OC 1/82, que fijó los alcances y límites de esta función: (...) la Corte ha de considerar las circunstancias de cada caso, y si por razones determinantes concluye que no sería posible emitir la opinión solicitada sin violentar esos límites y desnaturalizar su función consultiva, se abstendrá de responderla por decisión motiva". Como puede observarse ese razonamiento no es gratuito, pues la Corte podría llegar a abstenerse de cualquier pronunciamiento sobre el asunto puesto a su consideración.

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 64

SENTENCIA - Toma a estación de policía de Barbacoas. Muerte de agente de policía / SENTENCIA - Desconoce el carácter subsidiario de la jurisdicción internacional / INSTANCIA INTERNA - Agotamiento

La parte de la providencia de la cual me aparto desconoce el carácter subsidiario de la jurisdicción internacional de derechos humanos y se arriesga a una condena internacional sin haber agotado la instancia interna. En efecto, la providencia olvida que, el Estado colombiano no sólo se hace responsable internacionalmente porque uno de sus agentes transgreda directamente alguno de los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, el denominado deber de respeto; sino, también, por el tratamiento que se haga violaciones cometidas por terceros, en este caso el grupo subversivo FARC, es decir: si las previno, investigó, sancionó y reparó adecuadamente, lo que se denomina deber de garantía. Si bien en el presente caso se condenó a la demandada por falla del servicio, se desconoce, en absoluto, en el proceso, cual fue el tratamiento que ha dado el Estado a las violaciones cometidas por ese grupo armado y si éste fue conforme a los parámetros establecidos en la Convención. Por tales razones, la orden dada por la mayoría de la Subsección excluye de manera evidente el agotamiento de las instancias internas, requisito sin el cual no es posible recurrir a la instancia internacional. Así mismo, desconoce el precedente de la Sala, sobre la

manera como debe afrontarse el problema de la cosa juzgada internacional: Por ser ésta una jurisdicción eminentemente subsidiaria [la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos], la responsabilidad estatal, bajo el sistema interamericano, sólo puede ser exigida, a nivel internacional, luego de que el Estado haya tenido la oportunidad de investigar, sancionar y reparar una presunta violación de derechos humanos con los recursos de su jurisdicción interna.

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

SENTENCIA - Toma a estación de policía de Barbacoas. Muerte de agente de policía / CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - Conocimiento de casos de violación de derechos humanos. Requisitos

De otra parte, para que la Corte Interamericana pueda conocer de un caso de violación a los derechos humanos, necesariamente se tiene que haber tramitado de manera previa, el procedimiento ante la Comisión Interamericana, y se debe haber agotado una serie de requisitos, entre los que se encuentran: La materia o el asunto, debe versar sobre hechos que constituyan una trasgresión de los derechos humanos consagrados en alguno de los instrumentos que hacen parte del sistema interamericano, y que le atribuyan esa competencia a la Comisión Interamericana. Deben haber sido agotados los recursos contemplados en la jurisdicción interna, salvo las excepciones contempladas en la Convención Americana. La petición deberá ser presentada dentro de los seis meses siguientes al agotamiento de los recursos internos.

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 46 / REGLAMENTO DE LA COMISION INTERAMERICANA - ARTICULO 32

SENTENCIA - Toma a estación de policía de Barbacoas. Muerte de agente de policía / CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - Opinión consultiva / OPINION CONSULTIVA - Solicitud / SOLICITUD DE OPINION CONSULTIVA - Riesgos

La orden de la Sala de solicitar una opinión consultiva en un caso concreto, implica un doble riesgo: que la Corte se abstenga de pronunciarse y se interprete la solicitud como un deseo de socavar el sistema interamericano de derecho humanos o, que se pronuncie sobre el caso, con omisión de la instancia interna, requisito básico para acceder a él, y que, para agravar la situación, pues se desconoce que tratamiento se dio a las violaciones cometidas por el grupo subversivo, el Estado resulte nuevamente condenado por violación al deber de garantía establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011)

Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08938-01(19195)

Actor: FELISA FERNANDEZ DE ESCOBAR

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA-SENTENCIA-

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales si bien compartí la decisión adoptada el 31 de agosto de 2011, aclaro el voto y salvo parcialmente el voto en relación con dos aspectos contenido en la parte motiva.

1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto

1.1. En el proveído, en cuanto concierne a la reparación del perjuicio moral se señaló que el mismo se determinaría de conformidad con el principio de proporcionalidad y, por lo tanto, se indicó una metodología para determinar el *quantum* indemnizatorio de conformidad con un sistema escalonado que se presenta a través de cuadros, con empleo del sistema cartesiano, y tiene en cuenta los siguientes escenarios o hipótesis (páginas 60 a 68 de la sentencia):

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

Bajo este escenario la indemnización máxima podría llegar hasta 50 SMMLV, si se trata de un familiar inmediato o cónyuge con convivencia, mientras que la mínima sería de 2 SMMLV si quien reclama es un familiar derivado sin convivencia y sin relación de cercanía, quien sólo allegó su registro civil que demuestra el parentesco.

2) Si se concurren los requisitos de idoneidad y necesidad, la liquidación se haría con fundamento en las mismas variables pero, en este supuesto, la reparación podría llegar hasta 80 SMMLV para los familiares inmediatos o el cónyuge cuando exista convivencia y el mínimo, al igual que en el escenario anterior sería de 2 SMMLV.

3) Si se validaran los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, la indemnización podría llegar hasta 100 SMMLV cuando el daño lo padece un familiar directo el cónyuge, siempre que demuestre convivencia con el lesionado o el occiso, y el monto mínimo sería de 10 SMMLV si sólo se acredita parentesco derivado con la víctima.

1.2. Respecto de la reparación integral del daño, en la providencia se determinó lo siguiente:

“De acuerdo con el precedente de la Sala, es necesario examinar varios elementos para que en virtud de la reparación integral sea posible ordenar las medidas complementarias, para procurar que se deje indemne, o lo más cercano a las víctimas o demandantes.

“En primer lugar, se sostiene por la Sala que no sólo se produjo un daño antijurídico del que son víctimas Henry Alejo Escobar Fernández y sus familiares, sino también este se produjo como consecuencia necesaria de la violación de su derecho humano a la vida, lo que plantea que se que se afirme la existencia de la obligación de repararse integralmente el daño ocasionado.

“En segundo lugar, si se vulneró el derecho humano a la vida cabe exigir al Estado que en cumplimiento de expresos mandatos constitucionales (artículos 1 y 2 de la Carta Política), como reparación integral del daño, procure que se establezca si terceros, para el caso concreto el grupo armado insurgente que perpetró el ataque, cometieron violaciones a derecho humano alguno de la víctima, por todos los medios a su alcance, incluyendo que se solicite a instancias internacionales la evaluación o valoración de las mismas.

“En tercer lugar, dicha exigencia contribuye al restablecimiento del derecho humano vulnerado y al respeto de la dignidad humana como meta-principio constitucional, radicado no sólo en cabeza de la víctima, sino también de sus familiares, a quienes debe ofrecerse la verdad de las circunstancias en las que perdió la vida el agente, desde la perspectiva de la acción desplegada por el tercero, esto es, del grupo armado insurgente.

“La Sala dando continuidad al precedente, ordena que el Estado, por los canales adecuados, solicite una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la (s) violación (es) a los derechos humanos que se hayan producido en el caso en concreto por parte del grupo armado insurgente FARC, y una vez rendida sea puesta en conocimiento de la opinión pública por los medios de comunicación de circulación nacional” (folios 77 y 78 de la providencia).

En la parte resolutive se prescribe:

“CUARTO. ORDENAR que el Estado, por los canales adecuados, solicite la opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la (s) violación (es) a los derechos humanos que se hayan producido en el caso en concreto por parte del grupo armado insurgente FARC, y que una vez rendida sea puesta en conocimiento de la opinión pública por los medios de comunicación de circulación nacional” (folio 79 de la providencia).

2. Razones y fundamentos de la aclaración en cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad para la cuantificación de la indemnización del daño moral

2. Razones y fundamentos de la aclaración

Me aparto de manera muy respetuosa, desde luego, de las afirmaciones y metodologías transcritas, con fundamento en las siguientes consideraciones:

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

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

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

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

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

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

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

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

los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización.

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

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

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

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

“Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el *quantum* de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que

éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales...”¹²⁵

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

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

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

“El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones

¹²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

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

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

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

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

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

“Los subprincipios de la proporcionalidad son invocados ordinariamente de forma conjunta y escalonada en los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, el principio de proporcionalidad debe ser considerado como un concepto unitario. Cuando el Tribunal Constitucional lo aplica, indaga si el acto que se controla persigue un propósito constitucionalmente legítimo y si es adecuado para alcanzarlo o

por lo menos para promover su obtención. Posteriormente, el Tribunal verifica si dicho acto adopta la medida más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto. Por último, evalúa si las ventajas que se pretende obtener con la intervención estatal, compensan los sacrificios que se derivan para los titulares de los derechos fundamentales afectados y para la propia sociedad.

“(...) El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. **El significado de esta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes, tal como observaremos a continuación.**”¹²⁶ (Se destaca).

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

¹²⁶ BERNAL Pulido, Carlos “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 37 a 39 y 77.

En el subprincipio de proporcionalidad se desarrolla el método de la ponderación¹²⁷, como un tipo de juicio mediante el cual se determina cuál derecho o principio debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales o principios. Esta técnica contiene tres elementos que la estructuran y desarrollan: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación¹²⁸. El primero se explica así: *“cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”*¹²⁹. El segundo elemento hace referencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados. Finalmente, el tercer elemento consiste en las cargas argumentativas que los principios tienen “per se” y se utilizan si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios enfrentados¹³⁰.

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

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

“Cabe recordar que en relación con el concepto de proporcionalidad a que hace referencia la jurisprudencia citada, la Corporación ha precisado que para que un trato desigual guarde armonía con el artículo 13 constitucional debe demostrarse que la norma analizada es (1) adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesaria, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios

¹²⁷ La ponderación es el “procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colisión. En la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto” Ibidem, pág. 575.

¹²⁸Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 99.

¹²⁹Cita de Robert Alexy dentro del texto de Carlos Bernal Pulido. Ibidem pág. 99.

¹³⁰Ibidem, p. 101 a 103.

constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionada en sentido estricto, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. De esta forma el principio de proporcionalidad busca que la medida sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.

“Así mismo y sin que con ello la Corte renuncie a sus responsabilidades o permita la supervivencia en el ordenamiento de regulaciones inconstitucionales, ha buscado racionalizar el examen constitucional a fin de respetar la potestad de configuración de los órganos políticos, modulando la intensidad del juicio de proporcionalidad. En este sentido ha concluido que en aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia potestad de apreciación y configuración el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege. Por el contrario, en aquellos asuntos en que la Carta limita la discrecionalidad del Congreso, la intervención y control del juez constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por la Constitución. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto la Carta así lo exige.”¹³¹

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

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

¹³¹ Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

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

“Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distintas. Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido– uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado no que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro... Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.”¹³²

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

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

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

Nada más alejado de la realidad, puesto que el *arbitrio juris* ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para

¹³² ALEXY, Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 89.

solucionar problemas como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico.

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

“El arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien - como es lo más frecuente- combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación –la ley y el caso- utilizando al efecto primero la técnica de interpretación de la norma y luego su adaptación al caso concreto... El arbitrio es el factor humano que el juez añade a los datos aportados por el ordenamiento jurídico. El arbitrio es fruto del árbol de la prudencia, madurado al sol de la justicia (del sentimiento de justicia) con el transcurso de la experiencia. El arbitrio hace que la sentencia sea una obra humana y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanicista. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfía hasta el punto que se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despeña inevitablemente en la arbitrariedad.”¹³³

¹³³ NIETO, Alejandro “El arbitrio judicial”, Ed. Ariel, 2001, Pág. 219.

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

5. El criterio que se defiende y prohíja en esta aclaración de voto es el mismo que ha trazado la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, y que reafirmó de manera reciente en pronunciamiento que por su importancia se transcribe, *in extenso*¹³⁴:

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

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

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

“De acuerdo con una opinión jurisprudencial bastante difundida, el daño podrá recaer sobre bienes susceptibles *per se* de evaluación pecuniaria inmediata u objetiva o respecto de “intereses que según

¹³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 18 de septiembre de 2009, exp. 2005-00406, M.P. William Namén Vargas.

la conciencia social no son susceptibles de valorización económica” (C. M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 5, *La responsabilità* (1994), reimpresión, Milán, Giuffrè, 1999, p. 166), esto es, afectar valores vitales, consustanciales, inmanentes e intrínsecos del sujeto, inherentes a su personalidad y esfera afectiva, ora extrínsecos y externos al mismo, es decir, ostentar naturaleza material (*Dommages matériels*), ora inmaterial (*Dommages immatériels*), bien patrimonial (*Vermögensschaden*), ya extrapatrimonial (*nicht Vermögensschaden*).

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

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

“En efecto, el daño moral, aún en la hipótesis de provenir de la lesión concurrente de otros intereses, por ejemplo, los derechos de la personalidad, la salud e integridad, es una entidad separada e independiente, cuyo resarcimiento es diferente, al tratarse recta y

exclusivamente, del detrimento experimentado por el sujeto en su espectro interior, afectivo y sentimental, sin comprender su órbita exterior, proyecto, calidad de vida, actividad o desarrollo vivencial.

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

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

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

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

“Por ello, la Corte, partiendo del legítimo derecho a la reparación del daño moral causado, ante las vicisitudes que su apreciación económica apareja, al “*no referirse al daño pecuniario en la hacienda y patrimonio del damnificado*” (XXXI, p. 83) y tratarse de valores “... *económicamente inasibles ...*” (CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143, CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143), en cuanto “*esta especie de daño se ubica en lo más íntimo del ser humano, por ende, como medida de relativa satisfacción, que no de compensación económica, desde luego que los sentimientos personalísimos son inconmensurables y jamás pueden ser íntegramente resarcidos, es dable establecer su quantum a través del llamado arbitrium judicis*”, “*tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo*

sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. “Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada ...’ (G. J. Tomo LX, pág. 290)”. (sentencia del 10 de marzo de 1994)” (cas.civ. sentencias de mayo 5 de 1999, exp. 4978; 25 de noviembre de 1999, exp. 3382; diciembre 13 de 2002, exp. 7692; 15 de octubre de 2004, S-165-2004, exp. 6199).

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

“(…) En el empeño de encarar directamente el asunto, la Sala precisa que, para la valoración del *quantum* del daño moral en materia civil, estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador.

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

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

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

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

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

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

6. Ahora bien, por la vía de la aplicación del incorrecto principio de proporcionalidad para la liquidación del daño moral, se pueden llegar a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la convivencia, pues si bien la misma es un hecho objetivo y apreciable empíricamente, lo cierto es que aquélla no puede constituir –a diferencia de lo sostenido por el proyecto– un criterio o variable para la cuantificación del perjuicio moral.

A modo de ejemplo, baste indicar que es perfectamente posible que exista una familia que, por circunstancias laborales o personales de sus miembros, éstos convivan en distintas zonas de una misma ciudad, o de un mismo país o incluso en el extranjero, sin que esto altere el fuerte y cercano vínculo afectivo y sentimental que existe entre ellos, esto es, la distancia geográfica no significa desamor o falta de afecto¹³⁵.

A partir del ejemplo anterior, extraído de la experiencia, y con aplicación irrestricta del llamado test de proporcionalidad que se defiende en la sentencia, se concluiría que al margen de la muerte de uno de los integrantes de ese núcleo familiar,

¹³⁵ Al respecto, la Sala en otrora oportunidad indicó: "C. Se confirmará el reconocimiento que hizo el Tribunal en favor del padre, por perjuicios morales, pues la distancia geográfica no necesariamente significa desamor o falta de afecto. No existe prueba que destruya la presunción del dolor moral que causa en el padre la muerte de su hijo." Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de octubre de 1991, exp. 6451, M.P. Juan de Dios Montes.

habría que reducir la indemnización por el daño moral porque la convivencia es factor determinante en la liquidación del mismo¹³⁶.

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

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

Entonces, la distinción introducida sí que afecta un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual la providencia de la referencia –ella sí mas no la cuantificación del perjuicio moral– podría ser pasible de un análisis de proporcionalidad en una eventual vía de hecho, en caso de que por cuenta de la

¹³⁶ "Porque en la Constitución de 1991, más claramente que en el Código Civil, la familia no es un producto necesariamente surgido de manifestaciones afectivas. Es un producto y es una institución en donde está clara una visión de solidaridad entre seres humanos y una visión de solidaridad que adquiere todo su sentido, sobre todo frente a los niños, porque los niños tienen el derecho fundamental y prevalente a tener una familia. Tienen ese derecho fundamental y prevalente por encima de las coyunturas en los afectos de sus padres... Aquí viene a ponerse de presente, como la concepción de familia de la Constitución de 1991, es una concepción solidarista – no individualista–. No depende del íntimo querer del marido y mujer o, de hombre y mujer. Depende de lo que exija esa realidad social de la familia. Los conflictos son importantes, muestran desacuerdos, malformaciones, a veces hasta patologías, pero no son los límites a la existencia de esa unidad familiar." ANGARITA Barón, Ciro "La familia en la nueva Constitución", Talleres Macroregionales sobre Conciliación – Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

aplicación del criterio jurisprudencial mencionado se resquebraje la mencionada garantía esencial¹³⁷.

3. Razones y fundamentos del salvamento parcial de voto en cuanto a la orden de una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Me aparto de la decisión mayoritaria de la Subsección al ordenar que el Gobierno Nacional solicite una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acerca de la violación a derechos humanos cometidos por el grupo subversivo FARC, en los hechos relacionados con el asalto a la población de Barbacoas, Nariño, el 6 de junio de 1997.

3.1. En primer lugar, porque se desconoce la naturaleza de la función consultiva de la Corte y por esa vía se comete un craso error técnico, en cuanto a forzar un pronunciamiento que no guarda relación alguna con su objeto y fin, al confundirla con su función contenciosa. El artículo 64 de la Convención Americana de Derechos establece:

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

De la norma no resulta difícil deducir que el alcance de la función consultiva, de la Corte, tiene que ver con el pronunciamiento de opiniones autorizadas sobre la interpretación de la Convención Americana y otros tratados internacionales sobre derechos humanos y, por otra parte, con opiniones, de la misma corporación, sobre la compatibilidad de leyes internas de un Estado Parte con la mencionada

¹³⁷ "Buscando las cosas inciertas, perdemos las ciertas." Plauto.

convención. De ninguna manera se refiere a decisiones relacionadas con casos concretos.

La Corte, desde el inicio de su mandato ha entendido que la función consultiva, a pesar de su amplitud, no debe confundirse con la contenciosa, toda vez que ese tipo de confusiones pueden llevar a debilitar el sistema de protección y a conculcar los derechos de las víctimas. Así lo señaló en la opinión consultiva OC 1/82, que fijó los alcances y límites de esta función:

“De las anteriores consideraciones puede concluirse, por una parte, que un primer grupo de limitaciones a la competencia consultiva de la Corte viene dado, por la circunstancia de que sólo puede conocer, dentro de esta función, sobre la interpretación de tratados en que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano. Por otra parte, que un segundo grupo de limitaciones se desprende de la inadmisibilidad de toda solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte, o en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos. Por último, la Corte ha de considerar las circunstancias de cada caso, y si por razones determinantes concluye que no sería posible emitir la opinión solicitada sin violentar esos límites y desnaturalizar su función consultiva, se abstendrá de responderla por decisión motiva” (se subraya).

Como puede observarse ese razonamiento no es gratuito, pues la Corte podría llegar a abstenerse de cualquier pronunciamiento sobre el asunto puesto a su consideración; en la misma opinión citada, señaló:

[La Corte es de opinión], que, por razones determinantes que expresará en decisión motivada, la Corte podrá abstenerse de responder una consulta si aprecia que, en las circunstancias del caso, la petición excede de los límites de su función consultiva, ya sea porque el asunto planteado concierna principalmente a compromisos internacionales contraídos por un Estado no americano o a la estructura o funcionamiento de órganos u organismos internacionales ajenos al sistema interamericano, ya sea porque el trámite de la solicitud pueda conducir a alterar o a debilitar, en perjuicio del ser humano, el régimen previsto por la Convención; ya sea por otra razón análoga.

Además, en una obra clásica sobre el tema, la doctrina internacional revela especial preocupación en no confundir la función consultiva con la contenciosa:

En un procedimiento contencioso la Corte no solo debe interpretar las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si los mismos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado parte, sino también, si fuera el caso, disponer “que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o su libertad conculcados” (artículo 63.1 de la Convención), en el entendido de que los Estados Partes en este proceso están sujetos a cumplir obligatoriamente el fallo de la Corte –(artículo 68.1 de la Convención). En cambio, en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte, en ese ámbito cumple una función asesora, de tal modo que sus opiniones “no tiene el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa”. (Corte I.D.H., “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 1, párr. N°51; cf. Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, pág. 65) (párr. 32, OC-3/83)¹³⁸

En fin, con la confusión generada por este tipo de ordenes, el Estado Colombiano se arriesga a que se le cuestione por solicitar pronunciamientos que no son de la naturaleza de la función consultiva de la Corte y que, al mismo tiempo, ese tribunal se abstenga de cualquier tipo de pronunciamiento sobre el asunto puesto a su consideración.

3.2. En segundo lugar, la parte de la providencia de la cual me aparto desconoce el carácter subsidiario de la jurisdicción internacional de derechos humanos y se arriesga a una condena internacional sin haber agotado la instancia interna.

En efecto, la providencia olvida que, el Estado colombiano no sólo se hace responsable internacionalmente porque uno de sus agentes transgreda directamente alguno de los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, el denominado deber de respeto; sino, también, por el tratamiento que se haga violaciones cometidas por terceros, en este caso el grupo

¹³⁸ VENTURA, Manuel, ZOVATTO, Daniel, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1982-1987)*, Madrid, Editorial Civitas, 1989, página 165.

subversivo FARC, es decir: si las previno, investigó, sancionó y reparó adecuadamente, lo que se denomina deber de garantía.

Si bien en el presente caso se condenó a la demandada por falla del servicio, se desconoce, en absoluto, en el proceso, cual fue el tratamiento que ha dado el Estado a las violaciones cometidas por ese grupo armado y si éste fue conforme a los parámetros establecidos en la Convención. Por tales razones, la orden dada por la mayoría de la Subsección excluye de manera evidente el agotamiento de las instancias internas, requisito sin el cual no es posible recurrir a la instancia internacional. Así mismo, desconoce el precedente de la Sala, sobre la manera como debe afrontarse el problema de la cosa juzgada internacional:

Por ser ésta una jurisdicción eminentemente subsidiaria [la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos], la responsabilidad estatal, bajo el sistema interamericano, sólo puede ser exigida, a nivel internacional, luego de que el Estado haya tenido la oportunidad de investigar, sancionar y reparar una presunta violación de derechos humanos con los recursos de su jurisdicción interna.

De otra parte, para que la Corte Interamericana pueda conocer de un caso de violación a los derechos humanos, necesariamente se tiene que haber tramitado de manera previa, el procedimiento ante la Comisión Interamericana, y se debe haber agotado una serie de requisitos, entre los que se encuentran:

La materia o el asunto, debe versar sobre hechos que constituyan una trasgresión de los derechos humanos consagrados en alguno de los instrumentos que hacen parte del sistema interamericano, y que le atribuyan esa competencia a la Comisión Interamericana.

-Deben haber sido agotados los recursos contemplados en la jurisdicción interna, salvo las excepciones contempladas en la Convención Americana.

-La petición deberá ser presentada dentro de los seis meses siguientes al agotamiento de los recursos internos¹³⁹.

Como se manifestó anteriormente, dentro del sistema interamericano, el hecho que genera la responsabilidad de los Estados, consiste en

¹³⁹ Artículos 46 de la Convención y 32 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

una violación de alguna de las obligaciones establecidas en los instrumentos suscritos dentro del sistema¹⁴⁰.

La piedra angular sobre la cual se fundamenta la responsabilidad en éste sistema, se encuentra establecida en el artículo 1° de la Convención Americana, que prescribe:

“Obligación de respetar los derechos: Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (...).”

Como se puede observar, de la lectura de este artículo 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.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de los casos **Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, ambos contra el Estado de Honduras**, interpretó estas obligaciones de la siguiente forma:

“165. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.

“166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. El Estado está en el deber jurídico de prevenir razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido

¹⁴⁰ Verdad, Justicia y Reparación, Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos humanos, Instituto interamericano de derechos humanos, 2007. pág 36.

dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”¹⁴¹.

Por su parte, la obligación consagrada en el artículo 2° de la Convención Americana establece:

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1° no estuviese ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos tales derechos y libertades”.

Sobre el alcance de esta disposición, 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”¹⁴².

Para llegar a determinar la responsabilidad de un Estado en un caso particular, dentro del sistema interamericano, se requiere definir si los hechos que se consideran una violación de los derechos son o no imputables al mismo¹⁴³, para ello, la Corte Interamericana ha establecido que no sólo los actos u omisiones del Estado o de sus agentes, que lesionen uno o más de los derechos consagrados por la Convención Americana comprometen la responsabilidad del Estado, puesto que también puede derivarse responsabilidad por actos presumiblemente cometidos por particulares¹⁴⁴.

Así las cosas, un Estado puede incurrir en responsabilidad internacional por las actuaciones de sus agentes, o puede hacerlo por omisión de actuar ante acciones de particulares que afectan los derechos de la Convención Americana¹⁴⁵.

¹⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166 y ss. Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 183 y ss. Caso Gangaram Panday, Sentencia del 21 de enero de 1994, párr. 62.

¹⁴² Caso Fermín Ramírez, párrs. 96 a 98, y Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 113.

¹⁴³ Verdad, Justicia y Reparación, Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos humanos, Instituto interamericano de derechos humanos, 2007. pág 36.

¹⁴⁴ Ibidem, pág 40.

¹⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente: 29273, actor: Roberto Zuleta Arango y otros

De acuerdo con lo anterior, la orden de la Sala de solicitar una opinión consultiva en un caso concreto, implica un doble riesgo: que la Corte se abstenga de pronunciarse y se interprete la solicitud como un deseo de socavar el sistema interamericano de derecho humanos o, que se pronuncie sobre el caso, con omisión de la instancia interna, requisito básico para acceder a él, y que, para agravar la situación, pues se desconoce que tratamiento se dio a las violaciones cometidas por el grupo subversivo, el Estado resulte nuevamente condenado por violación al deber de garantía establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra