

**ACCION DE REPARACION DIRECTA - Condena. Caso de lesión permanente a campesino y comerciante por ataque guerrillero en Puerto Saldaña / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Condena. Falla del servicio en el deber de protección y seguridad a la población civil**

Fijadas como quedaron las premisas fácticas que cuentan con sustento probatorio en el expediente, la Sala deduce la imputación de la responsabilidad a la demandada, esto es, la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, siendo la razón de esta atribución la falla en el servicio en que incurrió la demandada, pues pese a haberse presentado un primer ataque contra dicha población el 1º de abril de 2000 y un segundo ataque que continuó desde el día 25 hasta el 27 de abril del mismo año, no se adoptaron las medidas pertinentes para evitar que se siguieran generando actos de esta naturaleza ni para suspender a tiempo el ataque iniciado el 25 de abril, en el cual fue lesionado el señor Víctor Sánchez Cerquera dos días después. (...) Dicho de otra manera, en este caso la atribución de responsabilidad se explica a partir de la violación de deberes normativos de vigilancia y seguridad que tiene la demandada, deberes que si bien son genéricos y/o abstractos, cuando se llevan a un análisis de contexto en las condiciones particulares de un caso, derivan en un deber jurídico concreto e imperativo de acción u omisión, de manera que su incumplimiento, por omisión o ejecución imperfecta, lleva a derivar la existencia de responsabilidad por parte del agente obligado a tal actuar. (...) En este orden de ideas, en el caso concreto, la inactividad de la demandada, plasmada en no haber adoptado ninguna medida de seguridad tendiente a prevenir o evitar la causación de actos terroristas, como el ocurrido el 25, 26 y 27 de abril de 2000 [y en general todos los ocurridos a lo largo de ese periodo, según lo que aflora del recaudo probatorio] genera la responsabilidad de la misma; es decir, el incumplimiento de sus deberes normativos, fue constitutivo de una generación de un riesgo jurídicamente desaprobado, siendo este riesgo, y no otro diferente, el que finalmente se materializó en el resultado dañoso padecido por los demandantes; ya que como consecuencia del ataque llevado a cabo el 1º de abril del mismo año [situación precedente demostrada en el expediente según el informe policial de 5 abril de 2000], existía una amenaza cierta de la que se tenía pleno conocimiento (por la grave situación de orden público en el lugar y haber vivido un anterior atentado unos pocos días atrás) las autoridades no desplegaron algún tipo de acciones anticipatorias al riesgo y evitar así la causación de otro acto terrorista contra la población civil o las propias instalaciones militares. **NOTA DE RELATORIA:** Con salvamento de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque y aclaración de la consejera Olga Mélida Valle de la Hoz. A la fecha, en esta Relatoría no se cuenta con el medio magnético ni físico.

**DAÑO A LA SALUD - Reiteración sentencia de unificación. Liquidación de indemnización / DAÑO A LA SALUD - Perdida de la capacidad laboral a campesino en un 53.60% / DAÑO A LA SALUD - Lesiones personales permanentes a campesino y comerciante por ataque guerrillero. Reconoce 100 smmlv**

Ahora bien, en el caso de autos, la Sala considera en primer lugar que el señor Víctor Sánchez Cerquera sufrió una pérdida de capacidad laboral del 53,60%, según lo dictaminó la Junta Regional de Calificación de Invalidez, sin que obre en la actuación elemento de convicción que lleve a esta judicatura a variar este porcentaje; razón por la cual corresponde una indemnización por concepto de perjuicios morales equivalente a la suma de 100 SMLMV para el señor Víctor Sánchez Cerquera y su hijo Willington Sánchez Pérez, cuyo parentesco se encuentra acreditado con copia del Registro Civil de Nacimiento de éste; y 50

SMLMV para todos y cada uno de sus hermanos, los señores Gilberto, Idaly, Rufina, Romilio, María del Carmen y Felicitas Sánchez Cerquera, parentescos que se encuentran acreditados con los respectivos Registros Civiles de Nacimiento(...). Al respecto, la Sala parte por precisar que, en orden a considerar la procedencia de dicho perjuicio se impone precisar que ésta será valorada a la luz de los recientes criterios jurisprudenciales decantados por el Pleno de la Sección Tercera, de conformidad con los cuales se ha abrazado la categoría conceptual del daño a la salud. Al respecto la sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 31170 la Sección precisó los criterios de reconocimiento y tasación de dicho perjuicios en los siguientes términos. (...). Conforme a lo anterior, se aprecia en el sub iudice que el señor Sánchez Cerquera fue diagnosticado con una incapacidad permanente del 53,60% de conformidad con la certificación expedida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, lo que atendiendo al precedente mencionado corresponde a una indemnización de 100 SMLMV a favor de la víctima directa, pues con los elementos de juicio que se tienen a disposición, se encuentra que la gravedad de la lesión supera un porcentaje del 50%.

**CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - Reparación integral de la víctima / PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O RESTITUTIUM IN INTEGRUM - Medidas de reparación no pecuniarias: Caso de lesión permanente a campesino y comerciante por ataque guerrillero en Puerto Saldaña**

La Sala, en aras de dar claridad sobre la medida de justicia [en el marco de la reparación integral y en tanto derecho de la víctima] consistente en ordenar la remisión de una copia de esta providencia a la Fiscalía General de la Nación para lo de su cargo, destaca que en el expediente quedó acreditado que el actuar del grupo armado insurgente constituyó (además de una violación al derecho a la vida de Víctor Sánchez Cerquera) una violación al Derecho Internacional Humanitario, consistiendo tal trasgresión en la realización de actividades hostiles en contra de la vida y/o integridad física de miembros de la población civil que, por antonomasia, se encuentran [y deben estar siempre] al margen del conflicto armado interno.(...) Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera, y en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo, la Sala encuentra que procede ordenar y exhortar a las entidades demandadas al cumplimiento de “medidas de reparación no pecuniarias”, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión.

**PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O RESTITUTIUM IN INTEGRUM - Medidas de reparación no pecuniarias: Caso de lesión permanente a campesino y comerciante por ataque guerrillero en Puerto Saldaña / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Medida de remisión de la sentencia al Centro de Memoria Histórica**

La presente sentencia hace parte de la reparación integral, de modo que las partes en el proceso así deben entenderla. Como consecuencia de esto, copia auténtica de esta sentencia deberá ser remitida por la Secretaría de la Sección Tercera al Centro de Memoria Histórica, para así dar cumplimiento a lo consagrado en la ley 1424 de 2010, y se convierta en elemento configurador de la evidencia histórica del conflicto armado de Colombia.

**PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O RESTITUTIUM IN INTEGRUM - Medidas de reparación no pecuniarias: Caso de lesión permanente a campesino y comerciante por ataque guerrillero en Puerto Saldaña /**

## **MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Medida de publicación de la sentencia en página web y medios electrónicos de la entidad condenada**

Como la presente sentencia hace parte de la reparación integral, es obligación de las entidades demandadas la difusión y publicación de la misma por todos los medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su resolutive, por un período ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

## **PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O RESTITUTIUM IN INTEGRUM - Medidas de reparación no pecuniarias: Caso de lesión permanente a campesino y comerciante por ataque guerrillero en Puerto Saldaña / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Medida de remisión de providencia a Fiscalía General de la Nación para investigación penal por graves violaciones a derechos humanos**

Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación para que revise en la Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario si los hechos del presente caso [violación de Derechos Humanos y/o Derecho Internacional Humanitario] se encuadran como merecedor de priorización en su trámite, en los términos de la Directiva No. 01, de 4 de octubre de 2012 [de la Fiscalía General de la Nación], para que se investiguen y juzguen a todos los que hayan participado en las lesiones causadas al señor Víctor Sánchez Cerquera.

## **PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O RESTITUTIUM IN INTEGRUM - Medidas de reparación no pecuniarias: Caso de lesión permanente a campesino y comerciante por ataque guerrillero en Puerto Saldaña / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Medida de exhorto al Gobierno Nacional para que acuda al Comité de Derechos Humanos para que se pronuncie sobre la violación de DDHH**

En caso de no ser eficaces los recursos internos, anteriormente señalados como parte de la reparación integral, la Sub-sección respetuosamente exhorta al Estado colombiano, en cabeza de las entidades demandadas para que acuda ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, para que se pronuncie sobre la violación de Derechos Humanos en el sub judice.

## **PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O RESTITUTIUM IN INTEGRUM - Medidas de reparación no pecuniarias: Caso de lesión permanente a campesino y comerciante por ataque guerrillero en Puerto Saldaña / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Medida de inclusión en el programa de víctimas, Ley 1448 de 2011**

Los familiares víctimas por los hechos sucedidos en el presente caso serán reconocidos como víctimas del conflicto armado, razón por la que se solicita a las instancias gubernamentales competentes incorporarlas y surtir los procedimientos consagrados en la ley 1448 de 2011.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1448 DE 2011

## **PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O RESTITUTIUM IN INTEGRUM - Medidas de reparación no pecuniarias: Caso de lesión permanente a**

**campesino y comerciante por ataque guerrillero en Puerto Saldaña / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Medida de informe de cumplimiento de la sentencia, difusión en medios electrónicos y excepcionalmente revisión por la Procuraduría General de la Nación**

De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al Tribunal de origen y a la Secretaría de la Sección Tercera informes del cumplimiento dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia, con una periodicidad de treinta (30) días calendario y por escrito, de los que deberán las mencionadas entidades dar difusión por los canales de comunicación web, redes sociales, escrito y cualquier otro a nivel local y nacional. En caso de no remitirse el informe pertinente, se solicitara a la Procuraduría adelantar las averiguaciones de su competencia ante la orden dada por sentencia judicial y se adopten las decisiones a que haya lugar de orden disciplinario. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema ver sentencias de unificación de 28 de agosto de 2014, exp. 31172, exp. 31170 y exp. 26251.

**FUENTE FORMAL:** CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / CONVENIO DE GINEBRA DE 1949 / CONSTITUCION POLITICA / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 357 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1614 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55 / LEY 975 DE 2005 / LEY 1448 DE 2011 / LEY 1424 DE 2010 / RESOLUCION 497 DE 1997 (20 de mayo) SUPERINTENDENCIA BANCARIA

## **CONSEJO DE ESTADO**

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

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 73001-23-31-000-2001-02877-01(37226)**

**Actor: VICTOR SANCHEZ CERQUERA Y OTROS**

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

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

Tema: Responsabilidad del Estado por lesiones sufridas por civil en el marco de un ataque a la población de Puerto Saldaña perpetrado por miembros del grupo armado insurgente Farc, Daño antijurídico, Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado, La imputación de responsabilidad tratándose de daños causados por las

acciones de grupos armados, Encuadramiento de la imputación del daño antijurídico ocasionado para el caso en concreto, Reparación de perjuicios materiales, morales y por daño a la salud en caso de lesiones, la víctima y su reconocimiento en el presente caso, Medidas de reparación por afectación relevante a bienes o derechos constitucional y convencionalmente amparados, Pruebas que indican la vulneración al Derecho Internacional de los Derechos Humanos por parte del Grupo Armado Insurgente FARC.

Procede la Sala de Subsección a decidir el presente asunto, correspondiente al recurso de apelación promovido por la parte demandante en contra de la sentencia dictada el 22 de mayo de 2009 por el Tribunal Administrativo del Tolima donde resolvió:

**“Primero. NEGAR** las pretensiones de la demanda de reparación incoada por VICTOR SÁNCHEZ CERQUERA Y OTROS contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL, de conformidad con lo señalado en la parte motiva. [...]”

#### **1.- La demanda.**

Fue presentada el 4 de octubre de 2001 (fls 29 – 39 c1) por Víctor Sánchez Cerquera, actuando en nombre propio y en representación de su menor hijo Willington Sánchez Pérez; y los señores Gilberto Sánchez Cerquera, Idaly Sánchez Cerquera, Rufina Sánchez Cerquera, Romilio Sánchez Cerquera, María del Carmen Sánchez Cerquera y Felicitas Sánchez Cerquera, quienes actúan 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 declara responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por los daños ocasionados a los demandantes derivados de las lesiones corporales sufridas por el señor Víctor Sánchez Cerquera.

Que como consecuencia de la anterior declaración se condenara a la entidad demandada al pago de: i) trescientos millones de pesos (\$300.000.000) por concepto de daño material en la modalidad de lucro cesante; ii) la suma de treinta millones de pesos (\$30.000.000) por concepto de daño material en su modalidad de daño emergente, debido a los gastos médicos en los que debió incurrir la víctima directa; iii) por concepto de daño moral solicitó una indemnización por el

equivalente a 100 salarios mínimos mensuales; iv) finalmente, solicitó el pago del equivalente a 4.000 gramos oro por lo que denominó “merma total en su goce fisiológico”.

Las pretensiones se fundamentan en los hechos presentados por la parte actora y de los cuales la Sala destaca los siguientes:

El 30 de marzo de 2000 en la población de Puerto Saldaña, Municipio de Rioblanco, Tolima, se presentó un enfrentamiento entre miembros de la Policía Nacional y un grupo armado insurgente, cuando éste pretendía tomarse la población. Durante el enfrentamiento el señor Víctor Sánchez Cerquera sufrió un impacto de bala en la pierna izquierda y la zona genital, razón por la cual fue trasladado de urgencia al Hospital de Rioblanco, Tolima, y posteriormente al Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué.

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

El Tribunal Administrativo del Tolima admitió la demanda mediante providencia del 18 de marzo de 2002 (fls 41 c1), la cual fue notificada personalmente al Director General de la Policía Nacional por conducto del Comandante del Departamento de Policía del Tolima el 24 de octubre de 2002 (fl 51 c1).

Dentro de la oportunidad<sup>1</sup>, la Entidad demandada presentó contestación de la demanda por medio de escrito de 12 de noviembre de 2002 (fls 58 – 60, c1), en el cual manifestó que los hechos narrados en la demandada deberán probarse, de la misma manera expresó que los actores pretenden la aplicación del régimen de responsabilidad correspondiente a la falla en el servicio y, en consecuencia, arguyó que los elementos constitutivos de la misma deberán acreditarse.

Mediante auto de 7 de febrero de 2003 (fl 61 del c1) se dio inicio al periodo probatorio, posteriormente se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión en proveído de 14 de marzo de 2007 (fl. 124 del c1.), oportunidad aprovechada por la parte demandada (Fls. 130 – 146 c1).

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

---

<sup>1</sup> El término de fijación en lista transcurrió entre el 6 de noviembre y 20 de noviembre de 2002 (fls 53 y 60 anverso, c1).

El 22 de mayo de 2009 el Tribunal dictó sentencia en la que negó las pretensiones de la demanda.

Luego de recoger los antecedentes de la actuación procesal y de hacer referencia al régimen de responsabilidad aplicable, esto es, el de la falla en el servicio, el *a quo* procedió a analizar el material probatorio obrante en el expediente concluyendo que el ataque en el cual resultó herido el hoy actor fue indiscriminado, dirigido a toda la población, y resaltó el “inmediato actuar de las fuerzas de seguridad del Estado, registrado en el eficiente despliegue del personal de la Policía Nacional”.

Con base en lo anterior, el Tribunal concluyó que:

“[...] encuentra ésta(sic) Sala que no se estructuró el primer elemento jurisprudencial necesario para que se configure la falla en la prestación del servicio, puesto que no existió retraso, irregularidad, ineficiencia, omisión o ausencia del mismo; por el contrario (sic), los organismos de seguridad del Estado de manera eficiente lograron el restablecimiento del orden público, ante el ataque perpetrado por un número considerable de integrantes de las FARC, el cual se desarrollo(sic) de forma indiscriminada contra la población y las autoridades policiales [...]”

Así, el *a quo* no encontró acreditado el primer elemento constitutivo de la falla en el servicio, por lo cual resolvió negar las pretensiones.

El Magistrado Jorge Alfonso Gutiérrez Muñoz salvó el voto (Fl. 164 – 166 del c.p), manifestando que se encuentra acreditado en el expediente que se presentó un riesgo excepcional, en la medida en que fue por la presencia del comando de policía atacado que ocurrió el ataque del grupo armado insurgente.

#### **4. Recurso de apelación**

Contra lo así resuelto la parte actora se alzó mediante el recurso de apelación (fl. 168 del c.p.), impugnación que fue concedida mediante auto del 3 de julio de 2009 por el Tribunal Administrativo del Tolima (Fl. 170 del c.p.). El recurso de apelación fue sustentado por el apoderado de la parte actora mediante escrito presentado el

18 de junio de 2009 (Fls. 171 – 176 del c.p.), en el cual solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se concedan las súplicas de la demanda, para lo anterior sostuvo que la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que “no es suficiente que las autoridades hayan desplegado la actividad que les incumbía, sino que basta que se hayan causado perjuicios a terceros y que esos perjuicios se deriven de una actividad legal de las instituciones pero lesiva para terceros”; y afirmó que, aun en el evento en que los daños ocasionados a civiles por grupos armados insurgentes no deban ser resarcidos por el Estado, en el caso concreto se creó por parte de la demandada un riesgo excepcional, toda vez que, en primer lugar, el ataque iba dirigido contra el Comando de la Policía Nacional de Puerto Saldaña, y en segundo lugar, los miembros de la Policía Nacional se distribuyeron en diversos puntos del lugar, lo que aumentó el riesgo creado para sus habitantes.

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

Recibido el expediente en esta Corporación, en auto de 14 de agosto de 2009 se admitió el recurso interpuesto (fl 181 del c.p.). Seguidamente, en providencia de 4 de diciembre de 2009 (fl 183 del c.p.) se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y rendir concepto de fondo, respectivamente. Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

## **CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

Esta Corporación es funcionalmente competente para conocer del recurso de apelación planteado por los demandantes respecto de la sentencia de 22 de mayo de 2009, comoquiera que, en razón al factor cuantía, el conocimiento de este asunto corresponde, en primera instancia, al respectivo Tribunal Administrativo y en segunda instancia al Consejo de Estado, pues, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6° del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998), la mayor pretensión individualmente considerada corresponde a la suma de \$300.000.000 por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, solicitado para la víctima directa (Fl. 30 del C.1.)

## 2. Objeto del recurso de apelación

2.1.- De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 357 del C.P.C<sup>2</sup>., aplicable en sede contencioso administrativo según se dispone en el artículo 267 del C. C. A., el recurso de apelación se entiende interpuesto en lo que es desfavorable al apelante y por esta razón el *ad quem* no puede hacer más gravosa su situación si fue el único que se alzó contra la decisión<sup>3</sup>.

2.2.- El principio de la *non reformatio un pejus* es un desarrollo de lo establecido en el artículo 31 constitucional que ordena que “*el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.*”

2.3.- En atención a la posición actual de la Sección Tercera de esta Corporación<sup>4</sup>, mediante el recurso de apelación, se ejerce el derecho de impugnación contra la decisión judicial y el juez de segunda instancia no puede empeorar, agravar o desmejorar la situación que en relación con el litigio le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

2.4.- Así mismo, se ha establecido que el marco fundamental de competencia para el juez de segunda instancia “*lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia<sup>5</sup> de la sentencia como el principio dispositivo<sup>6</sup>, razón por la cual la*

---

<sup>2</sup> La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella (...).”

<sup>3</sup> Sentencia de 31 de enero de 2011, expediente: 15800.

<sup>4</sup> Sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, expediente: 21060.

<sup>5</sup> En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrado Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó: “*De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional*”.

<sup>6</sup> Dicho principio ha sido definido por la doctrina como: “*La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin*”. O como dice COUTURE, es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso”.

*jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”<sup>7</sup> 8. (Subrayado por la Sala)*

2.5.- Dicho lo anterior, la Sala encuentra que la parte demandante cuestiona el fallo de instancia en lo que concierne a la no declaratoria de responsabilidad del Estado por los daños causados al hoy actor, en la medida en que consideró que el daño irrogado fue antijurídico, en la medida en que no tenía el deber de soportarlo, y que el mismo es atribuible al Estado, puesto que, éste creó un riesgo excepcional para el señor Víctor Sánchez toda vez que el ataque iba dirigido hacia ésta.

### **3.- Problema jurídico**

De lo anterior se puede plantear como problema jurídico si cabe imputar a las entidades demandadas los daños ocasionados a Víctor Sánchez Cerquera, Willington Sánchez Pérez, Gilberto Sánchez Cerquera, Idaly Sánchez Cerquera, Rufina Sánchez Cerquera, Romilio Sánchez Cerquera, María del Carmen Sánchez Cerquera y Felicitas Sánchez Cerquera derivados de las lesión sufrida por el primero de ellos.

Para abordar dicho problema jurídico, la Sala examinará en primer lugar si el daño ocasionado al demandante reviste las características de ser antijurídico para, luego de ello, proceder a valorar si el mismo es imputable a la demandada.

### **4. Presupuestos del daño antijurídico.**

#### **4.1. La noción de daño en su sentido general.**

Daño ha de entenderse como la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Sin embargo, el daño objeto de la

---

*“Son características de esta regla las siguientes: “(...) El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado” (negritas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.*

<sup>7</sup> Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

<sup>8</sup> Puede verse sentencia de 9 de junio de 2010, expediente: 17605 y 9 de febrero de 2012, expediente: 21060.

reparación sólo es aquel que reviste la característica de ser *antijurídico*. En este sentido, el daño sólo adquirirá el carácter de *antijurídico* y en consecuencia será indemnizable, si cumple una serie de requisitos como lo son, el de ser personal, cierto y directo, tal y como lo explica Mazeaud:

*“Es un principio fundamental del derecho francés, aun cuando no esté formulado en ningún texto legal, que, para proceder judicialmente, hay que tener un interés: «Donde no hay interés, no hay acción». Una vez establecido el principio, ha surgido el esfuerzo para calificar ese interés que es necesario para dirigirse a los tribunales: debe ser cierto, debe ser personal. Pero se agrega: debe ser «legítimo y jurídicamente protegido» [...]”<sup>9</sup>.*

Ahora bien, los elementos constitutivos del daño son: (1) la certeza del daño; (2) el carácter personal, y (3) directo. El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual<sup>10</sup>. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto<sup>11-12</sup>, esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio:

*“[...] tanto doctrinal como hipotéticamente ha sido suficientemente precisado que dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales, es indispensable que el daño sea cierto; es decir, que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas; aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. Lo que se exige es que no exista duda alguna sobre su ocurrencia”<sup>13</sup>.*

La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto, pero, si la existencia del daño es la singularidad de su certeza no se debe sin embargo confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su

---

<sup>9</sup> MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil*. Parte primera. Volumen I. Introducción al estudio del derecho privado, derecho objetivo y derechos subjetivos. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p.510.

<sup>10</sup> CHAPUS. “Responsabilité Publique et responsabilité privée”, ob., cit., p.507.

<sup>11</sup> Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

<sup>12</sup> Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente 4333.

<sup>13</sup> Salvamento de voto del Consejero de Estado Joaquín Barreto al fallo del 27 de marzo de 1990 de la Plenaria del Consejo de Estado, expediente S-021.

indemnización<sup>14</sup>. De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual<sup>15</sup>.

#### **4.2. La noción de daño antijurídico.**

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

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

El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual<sup>16</sup> y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en

---

<sup>14</sup> CHAPUS. “Responsabilité Publique et responsabilité privée”, ob., cit., p.403. En el mismo sentido el profesor CHAPUS ha manifestado “lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y dimensión del perjuicio son la medida de la indemnización. Pero bien puede reconocer que la responsabilidad se compromete cuando la existencia del perjuicio se establece, sin importar las dudas que se tengan acerca de su extensión exacta”.

<sup>15</sup> HENAO, Juan Carlos, *El Daño- Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.131

<sup>16</sup> PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en *Anuario de Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No.4, 2000, p.185. “[...] el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. MARTIN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). *Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA)*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”.

sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio<sup>17</sup>; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa<sup>18</sup>; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”<sup>19</sup>, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos<sup>20</sup>; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general<sup>21</sup>, o de la cooperación social<sup>22</sup>.

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”<sup>23</sup>. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha

---

<sup>17</sup> LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

<sup>18</sup> SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

<sup>19</sup> PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186. “[...] que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”.

<sup>20</sup> MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, 1ª reimp, Alianza, Madrid, 2001, pp.152 y 153. “Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? [...] el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus miembros de todo daño o vejación”.

<sup>21</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

<sup>22</sup> RAWLS, John, *Liberalismo político*, 1ª ed, 1ª reimp, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279. Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: “la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado [...] El otro elemento corresponde a “lo racional”: se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas”.

<sup>23</sup> Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta,

señalado “que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”<sup>24</sup>.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”<sup>25</sup>.

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

---

atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.168. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuricidad (sic)”.

<sup>24</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, ob., cit., p.297. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuricidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”.

<sup>25</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuricidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere”. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, ob., cit., p.298.

correspondiente, afirmar la producción de un daño cierto, que afecta, vulnera, aminora, o genera un detrimento en derechos, bienes o intereses jurídicos, y que esperar a su concreción material podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece<sup>26</sup>.

Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”<sup>27</sup>. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable<sup>28</sup>, anormal<sup>29</sup> y que se trate de una situación jurídicamente protegida<sup>30</sup>.

#### **4.3. El daño antijurídico en el caso en concreto.**

4.6.- 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 herida que sufrió el señor Víctor Sánchez Cerquera con arma

---

<sup>26</sup> HENAO, Juan Carlos, “De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés”, en VVAA, *Daño ambiental*, T.II, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.194, 196 y 203. “[...] el daño que se presenta a partir de la simple amenaza que permite inferir el agravamiento de la violación del derecho, sin que suponga su destrucción total, no se incluye en los estudios de la doctrina sobre el carácter cierto del perjuicio. Y sin embargo, esta situación también se expresa en el carácter cierto del perjuicio. La única diferencia radica en que la proyección en el futuro se hará a partir de la amenaza y hasta la lesión definitiva y no respecto de las consecuencias temporales de esta última. Por esta razón es necesario tener en cuenta esta nueva situación y hacer una proyección en el futuro partiendo de la amenaza del derecho que implicará un agravamiento de la lesión del mismo [...] Se parte, en acuerdo con C. THIBIERGE cuando expone las carencias actuales de la responsabilidad civil, de tener en cuenta “el desarrollo filosófico del principio de responsabilidad y la idea de una responsabilidad orientada hacia el futuro que le permitiría al derecho liberarse de la necesidad de un perjuicio consumado y de crear una responsabilidad sólo por la simple amenaza del daño, con la condición de que éste último sea suficientemente grave” [...] La alteración del goce pacífico de un derecho es un perjuicio cierto. Aunque se pudiese reprochar que la amenaza de un derecho es por definición contraria a su violación, y por consecuencia, es contraria (sic) a la noción de daño, se reitera que la mera amenaza de violación es de por sí un daño cierto y actual. En efecto, el sentido común indica que el uso alterado de un derecho no es un goce pleno y pacífico de este, precisamente porque supone que se encuentra disminuido [...] La necesidad de estudiar la amenaza de agravación del derecho en la certeza del daño. Los desarrollos de esta primera parte nos permiten concluir que la amenaza de daño pertenece al ámbito del régimen jurídico del daño y por ende de la responsabilidad civil. Excluirlo de la materia deja una parte esencial del daño sin estudio, permitiendo que se instauren concepciones en las cuales el derecho procesal limita el derecho sustancial”.

<sup>27</sup> Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550. Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”.

<sup>28</sup> Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

<sup>29</sup> Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166. “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”.

<sup>30</sup> Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

de fuego. Lo anterior se encuentra acreditado con los siguientes medios de prueba:

- Obra la historia clínica del señor Víctor Sánchez Cerquera, en donde consta que el hoy demandante ingresó a la Clínica San Sebastián el 2 de mayo de 2000 remitido de Rioblanco, Tolima, *“por un cuadro de 6 días (sic) de evolución (sic) de herida proyectil arma de fuego trasnfixiante a nivel (sic) de glúteo (sic) izq (sic) con salida regiona (sic) inguinal, y genital”*<sup>31</sup>. Y en otro documento perteneciente a la historia clínica, del día 2 de mayo de 2000, se lee que el señor Sánchez Cerquera es *“[r]emitido de Hospital Rioblanco Tolima, x(sic) herida proyectil arma de fuego que [ilegible] 6 días de evolución”*<sup>32</sup>

- En relación con la gravedad de la lesión que padeció el señor Víctor Sánchez Cerquera, la Sala destaca el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, Ministerio de la Protección Social, del día 23 de septiembre de 2004<sup>33</sup>, en el cual consta que el hoy actor padece una pérdida de capacidad laboral del 53,60%, y en el diagnóstico se lee: *“ARTROPATIA DE CADERA IZQUIERDA POST HERIDA CON ARMA DE FUEGO. – RESTRICCIÓN(Sic) DE MOVIMIENTOS (SIC) DE LA CADERA IZQUIERDA”*

4.7.- 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.

## **5.- Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.**

5.1 La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado que consagra en la Carta Política colombiana de 1991 viene a reflejar, sin duda alguna, la consolidación del modelo de Estado Social de Derecho, y la superación de la idea de la irresponsabilidad de la administración pública. Se trata de afirmar los presupuestos en los que se sustenta el Estado moderno, donde la primacía no se

---

<sup>31</sup> Fl. 16 del C.1.

<sup>32</sup> Fl. 45 del C.2.

<sup>33</sup> Fl. 210 del C.2.

agota al respeto de los derechos, bienes e intereses consagrados en las cartas constitucionales, sino que se desdobra de tal manera que implica, también, su reconocimiento, medidas y objeto de protección por parte de las normas de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, con lo que el ámbito de indagación de la responsabilidad se ha venido ampliando de tal manera que permita lograr un verdadero “garantismo constitucional”<sup>34</sup>.

5.2. Lo anterior no debe extrañar a nadie, ya que la responsabilidad como instituto viene a aflorar, frente al ejercicio del poder de la administración pública, “durante la denominada etapa del Estado-policía (Polizeistaat) cuando aparece el reconocimiento de ciertas especies de indemnización debidas a los particulares como consecuencia del ejercicio del poder”<sup>35</sup>. Por el contrario, cuando se llega al modelo del Estado Social de Derecho, la premisa nos lleva a la construcción de los clásicos alemanes administrativistas según la cual la administración pública ya no está llamada a “no” reprimir o limitar las libertades, sino a procurar su eficaz, efectiva y proporcional protección, de tal manera que el Estado debe obedecer al cumplimiento de obligaciones positivas con las que se logre dicha procura, de lo contrario sólo habría lugar a la existencia de los derechos, pero no a su protección.

5.3 La premisa inicial para abordar el tratamiento del régimen de responsabilidad del Estado parte de la lectura razonada del artículo 90 de la Carta Política, según la cual a la administración pública le es imputable el daño antijurídico que ocasiona. En la visión humanista del constitucionalismo contemporáneo, no hay duda que en la construcción del régimen de responsabilidad, la posición de la víctima adquirió una renovada relevancia, sin que pueda afirmarse que con ello se llegue a concluir que desde la nueva carta constitucional el régimen se orienta hacia una responsabilidad objetiva<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Régimen de víctimas y responsabilidad del Estado. Una aproximación al derecho de daños desde la convencionalidad y la constitucionalidad”, Ponencia presentada en el Foro Interamericano De Derecho Administrativo, Ciudad de México, 2014.

<sup>35</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, en *Revista de Administración Pública*. No.119, mayo-agosto, 1989, p.8. “En la base de la teoría estaba la consideración de que muchas actuaciones del poder no se diferenciaban en absoluto de las que hubiese podido realizar un particular”.

<sup>36</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Régimen de víctimas y responsabilidad del Estado. Una aproximación al derecho de daños desde la convencionalidad y la constitucionalidad”, Ponencia presentada en el Foro Interamericano De Derecho Administrativo, Ciudad de México, 2014.

5.4 En el moderno derecho administrativo, y en la construcción de la responsabilidad extracontractual del Estado lo relevante es la “víctima” y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y de los derechos humanos. Su fundamento se encuentra en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 229 de la Carta Política, y en el ejercicio de un control de convencionalidad de las normas, que por virtud del bloque ampliado de constitucionalidad, exige del juez contencioso observar y sustentar el juicio de responsabilidad en los instrumentos jurídicos internacionales [Tratados, Convenios, Acuerdos, etc.] de protección de los derechos humanos<sup>37</sup> y del derecho internacional humanitario, bien sea que se encuentren incorporados por ley al ordenamiento jurídico nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de “*ius cogens*”.

---

<sup>37</sup> Al analizar el caso Cabrera García y Montiel contra México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ferrer Mac-Gregor consideró: “La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió. A su vez, la jurisdicción internacional debe valorar la legalidad de la detención a la luz de la normatividad interna, debido a que la propia Convención Americana remite a la legislación nacional para poder examinar la convencionalidad de los actos de las autoridades nacionales, ya que el artículo 7.2 del Pacto de San José remite a las “Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas” para poder resolver sobre la legalidad de la detención como parámetro de convencionalidad. Los jueces nacionales, por otra parte, deben cumplir con los demás supuestos previstos en el propio artículo 7 para no violentar el derecho convencional a la libertad personal, debiendo atender de igual forma a la interpretación que la Corte IDH ha realizado de los supuestos previstos en dicho numeral”. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No.131, 2011, p.920. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano contra Chile argumentó: “124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párrs. 123 a 125. En tanto que en el caso Cabrera García y Montiel contra México la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 12 a 22.

5.5 Esta visión, en la que el ordenamiento jurídico colombiano [y su jurisprudencia contencioso administrativa] está en el camino de consolidarse, responde al respeto de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y al principio “*pro homine*”<sup>38</sup>, que tanto se promueve en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos<sup>39</sup>. Cabe, por lo tanto, examinar cada uno de los elementos con base en los cuales se construye el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, fundado en el artículo 90 de la Carta Política: el daño antijurídico, y la imputación<sup>40</sup>.

5.6 Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”<sup>41</sup> de la responsabilidad del Estado<sup>42</sup> y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados<sup>43</sup> y de su patrimonio<sup>44</sup>, sin distinguir su condición, situación e

---

<sup>38</sup> En la jurisprudencia constitucional colombiana dicho principio se entiende como aquel que “impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional. Este principio se deriva de los artículos 1º y 2º Superiores, en cuanto en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social de Derecho, y como fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como la finalidad de las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades”. Corte Constitucional, sentencia T-191 de 2009. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencias C-177 de 2001; C-148 de 2005; C-376 de 2010.

<sup>39</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana de Derechos Humanos”, del 13 de noviembre de 1985. Serie A. No.5, párrafo 46. Principio que “impone que siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos”.

<sup>40</sup> Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

<sup>41</sup> Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001. En la jurisprudencia constitucional se indica: “*El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente*”.

<sup>42</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. La “*responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización*”. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

<sup>43</sup> ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49. Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración. Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.308. La “responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder”.

interés<sup>45</sup>. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”<sup>46</sup>. Como bien se sostiene en la doctrina, la “responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad<sup>47</sup>; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”<sup>48</sup>.

5.7 De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”<sup>49</sup>. La constitucionalización de la responsabilidad del Estado no puede comprenderse equivocadamente como la consagración de un régimen objetivo, ni permite al juez contencioso administrativo deformar el alcance de la misma.

---

<sup>44</sup> Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001. “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”.

<sup>45</sup> Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

<sup>46</sup> RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

<sup>47</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120. “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”.

<sup>48</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

<sup>49</sup> RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BENOIT, Francis-Paul. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Administratif*. Fasc. 700, 715, 716, 720, No.1178, 1954, p.1.

5.8 Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>50</sup> tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública<sup>51</sup> tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo<sup>52</sup>, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012<sup>53</sup> y de 23 de agosto de 2012<sup>54</sup>.

5.9 En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica<sup>55</sup>, 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 la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o

---

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

<sup>51</sup> Sección Tercera, sentencia de 21 de octubre de 1999, expedientes 10948-11643. Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sección Tercera, sentencia de 13 de julio de 1993. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002.

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

<sup>53</sup> Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515.

<sup>54</sup> Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

<sup>55</sup> SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927. “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”.

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<sup>56</sup> según la cláusula social así lo exigen<sup>57</sup>.

5.10 Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad<sup>58</sup>, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica<sup>59</sup>. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”<sup>60</sup>.

5.11 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

---

<sup>56</sup> FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil, 7ª ed, Trotta, Madrid, 2010, p.22. “[...] El paradigma del Estado constitucional de derecho –o sea, el modelo garantista- no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la <<racionalidad formal>> y la <<racionalidad material>> weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía Kelsen, únicamente de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una <<racionalidad formal>>; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una <<racionalidad material>> orientada a fines, como lo sería la propia del moderno Estado social. Todos los derechos fundamentales –no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones – equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho” [subrayado fuera de texto].

<sup>57</sup> Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

<sup>58</sup> KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”.

<sup>59</sup> Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”.

<sup>60</sup> MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-05-2003 [http://criminet.urg.es/recpc], pp.6 y 7. “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”.

límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”<sup>61</sup>. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”<sup>62</sup>.

5.12 Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”<sup>63</sup>. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad<sup>64</sup>, donde será determinante la magnitud del riesgo<sup>65</sup> y su carácter permisible o no<sup>66</sup>. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad

---

<sup>61</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss. “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”.

<sup>62</sup> MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

<sup>63</sup> LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

<sup>64</sup> FABRA ZAMORA, Jorge, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, en BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.25 y 26. “[...] Varios factores, como el acelerado desarrollo industrial y la intervención del Estado en la economía, pusieron en jaque a diferentes nociones y conceptos de la sociedad liberal clásica, sin mencionar los cambios en el paradigma filosófico, con la consolidación de la filosofía analítica como la escuela dominante de pensamiento. El problema de la causalidad jugó un papel muy importante en espolear este tipo de visión filosófica. En particular, la obra de H.L.A. HART y ANTHONY HONORÉ sobre la causalidad desde la perspectiva de la filosofía analítica demostró que la “dogmática tradicional (principalmente ocupada de la coherencia y la explicación de la doctrina de la responsabilidad extracontractual) se había agotado así misma” [subrayado fuera de texto].

<sup>65</sup> FABRA ZAMORA, Jorge, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, en BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, ob., cit., p.103. “[...] Para una teoría adecuada, entonces, propone conceptualizar el estándar de debido cuidado (en su concepto, el fundamento de la compensación), en términos de una imposición razonable de riesgos, en vez de una imposición racional de riesgos, de una forma que determine estándares de conducta y sea compatible con el contrato social”.

<sup>66</sup> JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la

objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad [no afecte a la calidad de la actividad], sí incide en el nivel de la actividad [incide en la cantidad de actividad] del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad [el nivel óptimo] y, con ello, la causación de un número menor de daños”<sup>67</sup>.

5.13 Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación [desde la perspectiva de la imputación objetiva] a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad<sup>68</sup> es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación<sup>69</sup> que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”<sup>70</sup>.

---

conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sección Tercera, sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente 14170.

<sup>67</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

<sup>68</sup> ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62. “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación”.

<sup>69</sup> ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.64. “La ley de la ponderación 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”.

<sup>70</sup> ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “[...] la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la

5.14 En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección<sup>71</sup> frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible<sup>72</sup>. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro [situación de peligro generante del deber] y no le presta ayuda [no realización de la acción esperada]; posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano [capacidad individual de acción]. La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”<sup>73</sup>.

---

ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. Habermas on Law and Democracy. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

<sup>71</sup> CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31. Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”.

<sup>72</sup> Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

<sup>73</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. A lo que se agrega por el mismo precedente: “En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas

5.15 En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante<sup>74</sup>.

5.16 Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal<sup>75</sup>, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse [...] que su actuación [de la

---

*en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe)*. 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss)”. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”.*

<sup>74</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

<sup>75</sup> LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*. Madrid, Tecnos, 1997, p.23. “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”.

administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”<sup>76</sup>, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho<sup>77</sup>.

5.17 Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo criterio de motivación de la imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>78</sup>, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar, en primer lugar, en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos<sup>79</sup>, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo [probatoriamente] se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera “*en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en*

---

<sup>76</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.204.

<sup>77</sup> MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”., ob., cit., p.308. “[...] el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”.

<sup>78</sup> Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

<sup>79</sup> MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, p.211. Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino conditio per quam de la administración”. Para Martín Rebollo: “Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”., ob., cit., p.311.

*particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”<sup>80</sup>.*

5.18 Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo<sup>81</sup> que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

5.19 Además, cabe considerar la influencia que para la imputación de la responsabilidad pueda tener el principio de precaución, al exigir el estudiarla desde tres escenarios: peligro, amenaza y daño. Sin duda, el principio de precaución introduce elementos que pueden afectar en el ámbito fáctico el análisis de la causalidad (finalidad prospectiva de la causalidad<sup>82</sup>), ateniendo a los criterios de la sociedad moderna donde los riesgos a los que se enfrenta el ser humano, la

---

<sup>80</sup> Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. “En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”.

<sup>81</sup> PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.174. “En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente”. De acuerdo con Martín Rebollo “(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa”.

MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, no.4, 2000, p.307.

<sup>82</sup> “La finalidad prospectiva del nexo de causalidad resulta de naturaleza preventiva de la acción de responsabilidad fundada sobre el principio de precaución. El daño no existe todavía, el nexo de causalidad no se ha podido realizar, el mismo (...) se trata a la vez de prevenir el daño y al mismo tiempo evitar que tal actividad no cause tal daño. La finalidad del nexo causal es por tanto prospectiva ya que se busca que el nexo de causalidad sin permitir reparar el perjuicio si se anticipa a él (...) Opuesto a una responsabilidad reparadora que exigiría un nexo causal a posteriori, la responsabilidad preventiva exige en la actualidad un nexo causal a priori, es decir un riesgo de causalidad”. BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, París, 2005, p.560.

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

5.20 La precaución es una acepción que viene del latín *precautio* y se compone del *prae* (antes) y la *cautio* (guarda, prudencia). En su definición, se invoca que el “*verbo precavere implica aplicar el prae al futuro –lo que está por venir-, tratándose de un ámbito desconocido pese a las leyes de la ciencia, incapaces de agotar los recursos de la experiencia humana y el verbo cavere que marca la atención y la desconfianza*”<sup>83</sup>. Su concreción jurídica lleva a comprender a la precaución, tradicionalmente, como aquella que es “utilizada para caracterizar ciertos actos materiales para evitar que se produzca un daño”<sup>84</sup>. Entendida la precaución como principio<sup>85</sup>, esto es, como herramienta de orientación del sistema jurídico<sup>86</sup> “exige tener en cuenta los riesgos que existen en ámbitos de la salud y del medio ambiente pese a la incertidumbre científica, para prevenir los daños que puedan resultar, para salvaguardar ciertos intereses esenciales ligados más a intereses colectivos que a los individuales, de manera que con este fin se ofrezca una respuesta proporcionada propia a la evitabilidad preocupada de una evaluación de riesgos (...) Si subjetivamente, el principio implica una actitud a tener frente a un riesgo, objetivamente, se dirige directamente a la prevención de ciertos daños en ciertas condiciones determinadas”<sup>87</sup>. Luego, la precaución es un principio que implica que ante la ausencia, o insuficiencia de datos científicos y técnicos<sup>88</sup>, es conveniente, razonable y proporcional adoptar todas aquellas medidas que impida o limiten la realización de una situación de riesgo (expresada como amenaza inminente, irreversible e irremediable) que pueda afectar tanto intereses individuales, como colectivos (con preferencia estos).

---

<sup>83</sup> BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, París, 2005, p.3

<sup>84</sup> BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, ob., cit., p.4.

<sup>85</sup> DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p.24: “el principio es una proposición jurídica que no es necesariamente escrita y que da orientaciones generales, a las cuales el derecho positivo debe conformarse. Esto implica que no se aplicará según la modalidad de “all or nothing”, sino que se limitará a dar al juez una razón que milite a favor de un tipo de solución u otro, sin pretender tener la apariencia de una norma vinculante”.

<sup>86</sup> SADELEER, Nicolás, “Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución”, en GARCÍA URETA, Agustín (Coord), *Estudios de Derecho Ambiental Europeo*, Lete, Bilbao, 2005, p.270: “entre otras funciones encontramos la función de inspiración del legislador, de orientación del derecho positivo, de relleno de lagunas, de resolución antinomias, así como la función normativa”.

<sup>87</sup> BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, ob., cit., p.5.

<sup>88</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-57/96 *National Farmers Union* y otros; asunto C-180/96 *Reino Unido c. Comisión*; asunto C-236/01 *Monsanto Agricultura Italia*: “cuando subsistente dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, pueden adoptarse medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos”.

## **6.- La imputación de responsabilidad tratándose de daños causados por las acciones de grupos armados.**

6.1 Determinado el daño antijurídico que fue padecido por los demandantes, consistente en las lesiones ocasionadas al señor Víctor Sánchez Cerquera, la Sala pasa a determinar si este le es imputable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

6.2 Al respecto, cabe señalar que en la dilatada jurisprudencia de la Corporación se ha abordado la responsabilidad del Estado con ocasión de actos de grupos armados atendiendo a los diversos criterios de motivación para la imputación desarrollados, es decir, falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial, los cuales deben ser observados, según las particularidades fácticas y probatorias que cada caso enseñe, siguiendo así lo ya establecido por el pleno de la Sección en la providencia de 19 de abril de 2012, cuando sentenció que *“el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”*<sup>89</sup>.

6.3 En efecto, la *falla del servicio*, que es el criterio de imputación que debe verificarse, ab initio, para establecer la responsabilidad del Estado tratándose de daños causados por grupos armados insurgentes tiene como presupuesto el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención –deberes negativos- como de acción –deberes positivos- a cargo del Estado, empero, para que se genere responsabilidad con fundamento en ello es menester acreditar, a título enunciativo, **i)** el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, **ii)** la omisión en el despliegue de las acciones, medidas o medios razonable y ponderadamente disponibles [no debe olvidarse que por virtud del artículo 2 de la Carta Política y del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado debe realizar o adoptar todas medidas tendientes a la protección de los derechos humanos, en caso de verse afectados bien sea por su acción, o derivados de actos de sujetos privados en lo saque se hace imprescindible y necesaria la acción protectora o positiva del Estado<sup>90</sup>]; **iii)** la inactividad de la

---

<sup>89</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera. Sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515. Postura reiterada en el fallo de 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

<sup>90</sup> “[...] La justicia kantiana requiere la intervención del “derecho público” para la realización completa de los derechos y permitir que todos los títulos provisionales en el estado de naturaleza, sean completos bajo el

administración pública, concretada en el ejercicio de las acciones, medidas o medios disponibles de manera limitada, insuficiente, o sin lograr su pleno despliegue para la protección eficaz de los derechos, bienes e intereses de los ciudadanos; y, o **iv**) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración. Como en los daños causados por la acción de grupos insurgentes se está en presencia de un hecho de un tercero, desde un plano causal, deberá demostrarse la cognosibilidad real del peligro (la situación de amenaza o riesgo) que corre el bien jurídico que debe ser protegido, al igual que la posibilidad material de actuar en defensa del mismo, o bien por el negligente o inadecuado despliegue de las acciones de defensa ejecutadas por la fuerza pública<sup>91</sup>. Al respecto el precedente jurisprudencial de esta Corporación ha precisado:

“Para determinar si la conducta del Estado fue anómala o irregular, por acción o por omisión, frente al hecho dañoso perpetrado por el tercero debe analizarse si para la Administración y para las autoridades era previsible que se desencadenara el acto terrorista. Este aspecto constituye uno de los puntos más importantes a analizar dentro de este régimen, pues no es la previsión de la generalidad de los hechos (estado de anormalidad del orden público) sino de aquellas situaciones que no dejan casi margen para la duda, es decir, las que sobrepasan la situación de violencia ordinaria vivida (...)”<sup>92</sup>

6.4.- Frente a lo anterior, se afirma que la modulación de los derechos constitucional y convencionalmente reconocidos y consagrados (tanto en la Constitución Política como en la Convención Americana de Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales vinculantes de protección de los Derechos

---

Estado”. FABRA ZAMORA, Jorge, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, En: BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds.). La Filosofía de la Responsabilidad Civil, Universidad Externado de Colombia, 2013, p.86.

<sup>91</sup> “Ni hay responsabilidad de un sujeto siempre que el comportamiento de éste se inserta en la cadena causal que lleva a la producción del daño, ni se inserta dicha conducta en tal cadena causal siempre que al sujeto se le imputa responsabilidad por el daño. Lo primero se aprecia siempre que entran en juego aquellos patrones de exclusión de la responsabilidad que los penalistas denominan “reglas de imputación objetiva” y que también en este campo concurren. Dichos patrones no niegan la condición de causa o concausa que reviste la conducta del sujeto, sino que excluyen la relevancia de dicha causalidad a efectos de imputación de la responsabilidad. No se discute tal causación empírica sino que, en el conjunto de las causas, el sistema jurídico realiza una selección y tal selección se lleva a cabo, como no puede ser de otra manera, con patrones propios y específicos del sistema jurídico mismo, con pautas jurídico-normativas.”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Razones para una teoría normativista de la responsabilidad civil extracontractual. En: BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds.). La Filosofía de la Responsabilidad Civil, *Ibíd.* pág. 258-259.

<sup>92</sup> Sección Tercera. Sentencia de 27 de noviembre de 2002. Radicado: 13774.

Humanos) lleva a la construcción teórica según la cual al Estado no solamente le son exigibles deberes de abstención, sino que también, como presupuesto de eficacia de los derechos<sup>93</sup>, es necesario ejecutar acciones positivas; o, en otros términos, que en el modelo de Estado Social de Derecho desarrollado a partir de las disposiciones constitucionales y convencionales se hace imprescindible no sólo el reconocimiento de la existencia de los derechos de los ciudadanos, sino también el despliegue de acciones positivas<sup>94</sup>.

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

---

<sup>93</sup> “[...] Sin embargo, más allá de esto, la idea de que los derechos aparecen delimitados desde la Constitución, o de que [sic] entre los derechos y sus límites existen fronteras nítidas, creo que es una idea errada: desde la Constitución, es imposible formular un catálogo exhaustivo de los supuestos de aplicación de los derechos, así como de todas sus excepciones [...] desde la Constitución sabemos cuáles son los derechos y, con mayor dificultad desde luego, cuáles son sus límites, pero ello no nos permite responder de forma exhaustiva y concluyente a la cuestión de qué conductas –que pueden ser objeto de regulación legal- caen del lado de los derechos o del lado de los límites; es más, en el plano de los enunciados constitucionales, o antes de su interpretación, es perfectamente verosímil afirmar que una acción forma parte de ambas esferas, esto es, presenta propiedades adscribibles [sic] tanto al ámbito del derecho como al ámbito de su límite”. PRIETO SANCHIS, Luis, Justicia constitucional y derechos constitucionales, 2ª ed, Trotta, Madrid, 2009, ps.220, 223 y 224.

<sup>94</sup> Respecto de las acciones positivas fácticas Alexy ha abordado el tema, de manera explicativa, en los siguientes términos: “Se trata de un derecho a una acción positiva fáctica cuando se considera el derecho del propietario de una escuela privada a recibir subvenciones estatales<sup>94</sup>, cuando se fundamenta la existencia de un derecho a un mínimo vital<sup>94</sup> o se considere una <<pretensión individual del ciudadano a la creación de plazas de estudio>><sup>94</sup>. Que la satisfacción de este tipo de derechos se lleve a cabo de una forma, que en ciertos aspectos (sic) es jurídica, no altera en nada el carácter del derecho como un derecho a una acción fáctica”. Y en cuanto a la forma como el obligado (el Estado) debe satisfacer dicha obligación se precisa: “Para la satisfacción del derecho es indiferente la forma como ella se lleve a cabo. Lo decisivo es únicamente que después de la ejecución de la acción, el propietario de la escuela privada disponga de medios suficientes; que el necesitado disponga de las condiciones mínimas de existencia y que le que desea estudiar disponga de una plaza de estudios. La irrelevancia que la forma jurídica de la ejecución de la acción tiene para la satisfacción del derecho<sup>94</sup> es el criterio para delimitar de los derechos a acciones positivas fácticas y a acciones positivas normativas”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, 2ª ed, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008. [Traducción de Carlos Bernal Pulido], p.171.

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

6.7.- En efecto, es claro que en el desarrollo de las actividades cotidianas del mundo moderno la sociedad se enfrenta a situaciones de riesgo que le son ineludibles, y dentro de tal contexto la administración pública, como lo indica Forsthoff “puede crear estas situaciones excepcionales de peligro a las que nadie puede sustraerse y en las que ninguna protección existe para el particular<sup>95</sup>”, lo cual impone al Estado, por razón de justicia distributiva, la reparación de los daños causados<sup>96</sup>. Sobre este tema esta Corporación ha aplicado este criterio de imputación, en ciertas ocasiones, guiado por un argumento causal, como es que el ataque del grupo armado se haya dirigido en contra de un establecimiento del Estado<sup>97</sup>.

6.8.- Y por último, el otro criterio de imputación aplicable en casos en los que se discute la responsabilidad del Estado por acciones de grupos armados insurgentes es el de *daño especial*, que corresponde a un criterio de imputación en donde el desequilibrio de las cargas públicas, la equidad y la solidaridad son sus fundamentos<sup>98</sup>, “como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado”<sup>99</sup>.

---

<sup>95</sup> FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1958. Pág. 467.

<sup>96</sup> Ob cit. Pág. 467.

<sup>97</sup> “También ha determinado la Sala la imputabilidad al Estado por los daños sufridos por quienes son sometidos a la exposición a un riesgo de naturaleza excepcional, creado por la administración en cumplimiento del deber constitucional y legal de proteger a la comunidad en general. Para que el hecho violento del tercero pueda ser imputable al Estado, se requiere que éste haya sido dirigido contra un establecimiento”<sup>97</sup>. Sección Tercera, sentencia de 5 de diciembre de 2006. Radicado: 28459.

<sup>98</sup> “la teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto”. Sección Tercera. Sentencia de 3 de mayo de 2007. Radicado: (16696)

<sup>99</sup> Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 2005. Expediente: 24671.

6.9.- Así, en cada caso, lo que debe examinarse es si por las condiciones que revista el daño antijurídico este se puede considerar como un acentuado y singular desequilibrio anormal de las cargas públicas que deben ser asumidas por los administrados<sup>100</sup> entendiéndose como normal aquella carga que es ordinaria a la vida en sociedad.

6.10.- Para el caso concreto de los ataques de grupos armados insurgentes no hay duda que excede a lo normal la afectación a los bienes muebles o inmuebles que se produce como consecuencia del armamento empleado y que conlleva la destrucción, depreciación o disminución del valor, cantidad y/o destinación de los mismos. Sobre la aplicación del daño especial cuando se presentan actos terroristas la jurisprudencia de la Corporación ha reconocido su aplicación partiendo de la propia concepción de lo que supone un ataque terrorista, pues, este se dirige contra la sociedad en general pero se realiza, materialmente, en una determinada persona o grupo de personas que, en razón a esa excesiva carga asumida, son merecedoras de una indemnización asumida por toda la sociedad<sup>101</sup>.

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

---

<sup>100</sup> Al respecto Michell Paillet, sostiene: “Esta condición es la traducción obligada de la idea según la cual solo hay carga pública cuando el que reclama una compensación ha padecido una suerte más desfavorable que implican los inconvenientes normales de la vida en sociedad. Esta, en efecto, procura ciertas ventajas y sus posibles inconvenientes deben ponerse en la balanza: para que esta especie de balance sea desequilibrado es necesario que el perjuicio causado por la Administración Pública sea verdaderamente anormal y que no constituya “una carga que incumbe normalmente al interesado” (sentencia Couiteas, pret.)” PAILLET, Michell. La Responsabilidad Administrativa. Universidad Externado, Bogotá, 2001. Pág. 220.

<sup>101</sup> Sección Tercera. Sentencia de 18 de marzo de 2010. Radicado: 15591. En dicha providencia se sostiene adicionalmente: “Por lo que queda dicho, utilizar el daño especial como criterio de imputación en el presente caso implica la realización de un análisis que, acorde con el art. 90 Const., tome como punto de partida el daño antijurídico que sufrieron los demandantes; que se asuma que el daño causado, desde un punto de vista jurídico y no simplemente de las leyes causales de la naturaleza, se debe entender como fruto de la actividad lícita del Estado; y, que, por consiguiente, concluya que es tarea del Estado, con fundamento en el principio de solidaridad interpretado dentro del contexto del Estado Social de Derecho, equilibrar nuevamente las cargas que, como fruto de su actividad, soporta en forma excesiva uno de sus asociados, alcanzando así una concreción real el principio de igualdad.”.

“Las explicaciones que se dieron en el capítulo anterior sobre el daño especial como título de imputación por ataques terroristas, permiten deducir la responsabilidad del Estado a partir del resultado dañoso, superior al que ordinariamente deben soportar y diferente del que asumen los demás pobladores, y proveniente del enfrentamiento armado entre las fuerzas del orden y el grupo subversivo de quien provino el ataque terrorista. Si bien como consecuencia de dicho enfrentamiento se causaron daños a los inmuebles contiguos al sitio de ubicación de la estación de policía, objeto central del atentado, la actuación de la fuerza pública fue legítima, en cuanto se desarrolló en cumplimiento de su obligación constitucional de defender la vida y los bienes de los administrados (...)”<sup>102</sup>

6.12.- Es la ruptura del equilibrio las cargas públicas, y la solidaridad como trasfondo filosófico que la orienta, el eje de la atribución de responsabilidad en estos casos, pues comprendida dentro del marco del Estado Social de Derecho, -y consagrada normativamente en el artículo 1° constitucional<sup>103</sup>- resulta razonable imponer al Estado, en representación de la sociedad, la obligación de indemnizar a quienes materialmente se han visto afectados con el despliegue de una acción desplegada por grupos armados insurgentes, pues en virtud de dicho fin constitucional *“al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, (...) a través de la inversión en el gasto social, [o] adoptando medidas en favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.”*<sup>104</sup>

## **7. Encuadramiento de la imputación del daño antijurídico ocasionado para el caso en concreto.**

---

<sup>102</sup> Sección Tercera. Sentencia de 2 de octubre de 2008. Radicado: 52001-23-31-000-2004-00605-02 (AG).

<sup>103</sup> Constitución Política. Artículo 1°. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

<sup>104</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-237/1997. M.P.: Carlos Gaviria Díaz. Y continúa la sentencia indicando: “Es claro que el Estado no tiene el carácter de benefactor, del cual dependan las personas, pues su función no se concreta en la caridad, sino en la promoción de las capacidades de los individuos, con el objeto de que cada quien pueda lograr, por sí mismo, la satisfacción de sus propias aspiraciones.”

7.1.- Conforme al anterior recuento probatorio, la Sala encuentra acreditado diversos supuestos fácticos en el proceso, como son, que el 1º de abril de 2000 en Puerto Saldaña, Municipio de Rioblanco, Tolima, se presentó un ataque por parte de un grupo armado insurgente, de conformidad con los siguientes medios probatorios:

- Informe de toma subversiva dirigido al Comandante Quinto del Distrito de Policía de Chaparral, Tolima, del 5 de abril de 2000, suscrito por el Comandante (E) de la Estación de Puerto Saldaña<sup>105</sup>, en el cual se lee:

“[...] el día(sic) Sábado(sic) 01 del mes de Abril(sic) del 2000 siendo aproximadamente las 06:30 horas cuando subversivos de las FARC pertenecientes a los a los Frentes 50, 21, cuadrillas JOSELO LOZADA, LA GAITANA, HEROES DE MARQUETALIA, SIMACOTA Y PRIAS ALAPE; Incursionaron(sic) contra el Comando de Policía(sic) del Corregimiento de Puerto Saldaña en un grupo aproximado de 1000 hombres, los cuales portaban armamento de largo y corto alcance, Fusiles galil, G-3, AK-47, Ametralladora M-60, morteros, lanza granadas MGL, granadas de fragmentación, de (sic) fusil y armas no convencionales (CILINDROS) de diferente capacidad. Atacando en forma indiscriminada y sin consideración las viviendas de la población civil, Casa Rural, Telecom, Puesto de Salud, Matadero [...]”

- Se encuentra el testimonio rendido por el señor Guillermo Vanegas Neira<sup>106</sup>, el cual manifestó:

“[...] en determinada localidad, o sea en Puerto Saldaña se presentaron varias incursiones guerrilleras, en los meses de marzo, abril del año dos mil, donde allí se presentaban enfrentamientos o cruces de disparos entre la Policía Nacional y la guerrilla la (sic) FARC, con el objeto de destruir totalmente el pueblo de la cual así lo hicieron las últimas tomas que se presentaron donde utilizaron cilindros, bombarderos por parte de la subversión [...]” (subrayado fuera del texto)

---

<sup>105</sup> Fls. 221 – 223 del C.2

<sup>106</sup> Fl. 92 del C.1.

Se determinó también que el ataque a la población de Puerto Saldaña, Rioblanco, Tolima, continuó durante un mes, esto es, desde el 1º de abril de 2000 hasta los días 25, 26 y 27 de abril del mismo año, pues, en primer lugar, se trata de un hecho notorio, toda vez que de ello dan cuenta los medio de comunicación masiva<sup>107</sup>. Sobre este tema, esta Corporación ha dicho que:

“[...] Bajo presupuestos convencionales y garantizando los mandatos de los artículos 1.1, 2 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en plena y sistemática concordancia con los artículos 2, 29, 93 y 229 de la Carta Política, la consideración y valoración probatoria de los medios de prensa en todos sus formatos [escrito, radial, televisivo, internet, etc.], además de los anteriores criterios fijados por la Sala Plena del Consejo de Estado, puede darse siempre (1) que se recojan hecho públicos y notorios, (2) se recojan declaraciones de funcionarios públicos, y (3) se corroboren situaciones o aspectos que se relacionen con el caso, o que puedan quedar acreditados con los demás medios probatorios [...]”<sup>108</sup>

Además, en el expediente obra el Oficio No. 276 ULF del 29 de abril de 2005, suscrito por la Fiscal 50 del Juez Penal Municipal de Chaparral, Tolima, dirigido al Tribunal Administrativo de Tolima<sup>109</sup>, en el cual consta:

“[...] me permito informarle que revisados los libros radicadores existentes en esta Unidad de Fiscalía, no se halló investigación penal con respecto a hechos ocurridos en el Corregimiento de Puerto Saldaña, los días 25, 26 y 27 de abril de 2000. Sin embargo y como quiera que los hechos referidos constituyen un hecho notorio de trascendencia y de connotación, en los que se destruyeron viviendas y murieron personas, tiene conocimiento esta delegada que las investigaciones abiertas por los hechos, las asumió la Unidad de Fiscalía Especializadas de la Ciudad de Ibagué. [...]” (subrayado fuera del texto)

7.2.- Se acreditó también en el proceso que fue durante un ataque perpetrado por dicho grupo armado insurgente el 27 de abril de 2000, que resultó herido el señor

---

<sup>107</sup> <http://www.verdadabierta.com/component/content/article/246-bloques-de-las-farc/4661-asi-se-vivio-el-horror-de-la-tomas-guerrilleras-a-saldana> consultado el 23 de febrero de 2016 a las 16:20 p.m.

<sup>108</sup> Consejo de Estado, Subsección C, sentencia del 10 de agosto de 2015, expediente 76001-23-31-000-2001-03818-01 (48392)

<sup>109</sup> Fl. 217 del C.2.

Víctor Sánchez Cerquera, lo anterior de conformidad con los siguientes elementos de prueba:

- La historia clínica del señor Víctor Sánchez Cerquera, en donde consta que el hoy demandante ingresó a la Clínica San Sebastián el 2 de mayo de 2000 remitido de Rioblanco, Tolima, *“por un cuadro de 6 días(sic) de evolución(sic) de herida proyectil arma de fuego trasnfixiante a nivel(sic) de glúteo(sic) izq(sic) con salida regiona(sic) inguinal, y genital”*<sup>110</sup>. Y en otro documento perteneciente a la historia clínica, del día 2 de mayo de 2000, se lee que el señor Sánchez Cerquera es *“[r]emitido de Hospital Rioblanco Tolima, x(sic) herida proyectil arma de fuego que [ilegible] 6 días de evolución”*<sup>111</sup>.

- El testimonio rendido por el señor Wilson Gómez Lozano el 28 de julio de 2004<sup>112</sup>, en donde manifestó:

“[...] Yo estaba en la localidad de PUERTO SALDAÑA, el día 27 de abril de 2000, a esa de la uno(sic) y dos de la tarde fue cuando la guerrilla intentó tomarse el puesto de Policía del caserío de Puerto Saldaña, y entonces cuando la Policía repelió el ataque guerrillero, yo me encontraba más o menos a unos veinte metros del puesto de Policía, al lado de una compra de café, yo me refugie en la compra de café y el señor VICTOR SANCHEZ venía a refugiarse en la misma parte y fue cuando se formó la balacera y el señor VICTOR SANCHEZ cayo(sic) herido ahí al pie de la compra de café, pues lo disparos salían del puesto de Policía porque la guerrilla estaba en la parte de atrás del caserío y ahí fue cuando una bala le impacto(sic) en la pierna izquierda [...]

PREGUNTADO: Sírvase decir, porque(sic) usted afirma que la bala impacto(sic) al demandante vino del puesto de Policía y porque(sic) sabe que se trataba de una bala de fusil. CONTESTO: En primer lugar porque yo estaba en el lugar de los hechos y en segundo lugar porque fui una de las personas que lo ayude(sic) a recoger cuando lo hirieron, se que fue herido con una bala de fusil porque yo vi la herida en primera medida las armas que portan los agentes de Policía son fusiles galiles y por eso yo afirmo que fue una herida de bala de fusil.[...]”

---

<sup>110</sup> Fl. 16 del C.1.

<sup>111</sup> Fl. 45 del C.2.

<sup>112</sup> Fls. 201 – 204 del C.2

De ese ataque guerrillero yo tengo conocimiento que eso empezó el día 25 de abril de 2000 en horas de la tarde, donde fue donde(sic) desalojaron a mis padres de su casa, le metieron candela a la choza y el día 26 de abril de 2000, fue cuando mataran(sic) a mi hermana AIDEGOMEZ(SIC) LOZANO entre nueve y diez de la mañana quien murió con su esposo y ahí cuando el día 27 arrimaron al caserío y es ahí cuando el señor VICTOR resulta lesionado. [...] (subrayado fuera del texto)

- Obra en el expediente la declaración rendida por la señora Luz Estella Toledo Caviedes en 28 de julio de 2004<sup>113</sup>, en la cual afirmó que:

[...] del 25, 26 y 27 de abril de 2000, que la guerrilla atacó las veredas cercanas a Puerto Saldaña, en los cuales murieron varias personas, el 27 de abril de una a dos de la tarde fue cuando cuando(sic) el señor VICTOR SANCHEZ CERQUERA, fue herido por impacto de arma de largo alcance, causándole daño en la pierna izquierda, testículos y parte del miembro. En ese momento yo me encontraba cerca de una compra de café, cuando empezaron los disparos yo me refugie(sic) dentro de la compra de café, en ese momento el señor VICTOR también se encontraba allí pero él no alcanzó a protegerse y cuando lo vimos fue que cayó herido, entonces las personas que nos encontrábamos allí pues nos dimos cuenta en el momento de que (sic) el cayó. Nos encontrábamos a unos quince o veinte metros del puesto de policía y los disparos provenían del puesto de policía porque ellos se estaban defendiendo del ataque porque la guerrilla estaba a los alrededores del pueblo, ellos, la guerrilla también estaban disparando, se notaba que ellos estaban disparando [...] (subrayado fuera del texto)

- Se encuentra también el testimonio del señor Nolberto Lasso García<sup>114</sup>, en el cual se lee:

[...] me acuerdo que el 27 de abril me encontraba en Puerto Saldaña cuando ocurrieron los hechos, por eso de la uno(sic) o dos de la tarde se presentó un enfrentamiento con la guerrilla, la guerrilla pretendía tomarse

---

<sup>113</sup> Fls. 205 – 206 del C.2.

<sup>114</sup> Fls. 208 y 209 del C.2.

el comando de la Policía y entonces la policía hacían disparos hacía(sic) la guerrilla y la guerrilla hacía(sic) el pueblo, entonces como la policía se encontraba cerquita de la población civil y la guerrilla hacía(sic) desde lejos, el señor VICTOR estaba en una compra de café que queda cerca del comando de policía, vendiendo un cafecito para el mercado de la finca, él como no se refugió ligero un disparo de fusil que salió del puesto de policía lo logro(sic) perforar el cuadril izquierdo, dañándole un testículo y el pene.[...]

PREGUNTADO: Sírvase decir, que(sic) sucedió luego de recibir las heridas el señor VICTOR SANCHEZ. CONTESTO: Fuimos a recogerlo, ayudarlo y prestarle los primeros auxilios y evacuarlo a la CRUZ ROJA para RIOBLANCO, de ahí paso(sic) a la Clínica SAN SEBASTIAN de Girardot y de ahí al Hospital Federico Lleras de aquí de Ibagué.[...]"

- Finalmente, el señor Guillermo Vanegas Neira<sup>115</sup> afirmó:

"[...] en uno de estos enfrentamientos fue donde resultó lesionado gravemente el señor VÍCTOR SÁNCHEZ CERQUERA, en el enfrentamiento del mes de abril a fines, del año dos mil, resultó herido en una pierna en las partes genitales, perdió un testículo y parte del pene, posteriormente fue trasladado al Hospital de Río Blanco (sic) y por su gravedad lo remitieron a una de las Clínicas de Girardot. [...]" (subrayado fuera del texto).

7.3.- Destaca la Sala que en relación con la historia clínica descrita, si bien la fecha en la que el actor ingresó a dicho centro de salud fue el 2 de mayo de 2000, en el mismo documento consta que fue remitido tras presentar un cuadro de evolución de seis (6) días de herida de proyectil con arma de fuego, es decir, del 27 de abril del mismo año, fecha que concuerda con lo narrado en los testimonios transcritos anteriormente. También, la historia clínica, es congruente con las afirmaciones hechas por algunos testigos en el sentido de manifestar que una vez lesionado el señor Sánchez Cerquera fue evacuado en un primer momento a la Cruz Roja de Rioblanco y, posteriormente, fue trasladado a la Clínica San Sebastián lo cual explica el transcurso del tiempo desde la lesión, 27 de abril de 2000, hasta el ingreso a la Clínica San Sebastián, el 2 de mayo siguiente.

---

<sup>115</sup> Fl. 92 del C.1.

7.4.- Finalmente, acreditado que un mes antes de ocurrir el hecho dañoso la población de Puerto Saldaña había sido objeto de fuertes ataques por parte del grupo armado insurgente FARC, sin que la entidad demandada Ministerio de Defensa – Policía Nacional adoptara medidas encaminadas a reforzar la seguridad en dicho sitio, tal como lo refleja la declaración testimonial de Nolberto Lasso García<sup>116</sup>, quien manifestó sobre el particular:

“[...] PREGUNTADO: Sírvase decir, si le consta, qué clase de auxilio recibió la Policía durante ese día (sic) parte del Ejército(sic) o la Fuerza Aérea. CONTESTO: Hasta la presente no había llegado el apoyo del Ejército(sic), la fuerza Aérea hizo presencia con helicópteros y aviones. [...]”

7.5.- Y entre los documentos que obran como prueba dentro del proceso, la Sala destaca el Oficio No. 0729 del 19 de abril de 2005, suscrito por el Comandante del Departamento de Policía del Tolima<sup>117</sup>, en donde consta que para el 1º de abril de 2000 en la Estación de Policía de Puerto Saldaña se encontraban 23 miembros de esta institución y relacionan el armamento con el que contaban. Pese a lo anterior, la parte demandada no acreditó las medidas tomadas para contrarrestar la actuación de los miembros del grupo armado insurgente luego del primer ataque que se encuentra probado en el proceso, esto es, el del día 1º de abril de 2000.

7.6.- Fijadas como quedaron las premisas fácticas que cuentan con sustento probatorio en el expediente, la Sala deduce la imputación de la responsabilidad a la demandada, esto es, la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, siendo la razón de esta atribución la falla en el servicio en que incurrió la demandada, pues pese a haberse presentado un primer ataque contra dicha población el 1º de abril de 2000 y un segundo ataque que continuó desde el día 25 hasta el 27 de abril del mismo año, no se adoptaron las medidas pertinentes para evitar que se siguieran generando actos de esta naturaleza ni para suspender a tiempo el ataque iniciado el 25 de abril, en el cual fue lesionado el señor Víctor Sánchez Cerquera dos días después.

---

<sup>116</sup> Fls. 208 y 209 del C.2.

<sup>117</sup> Fls. 224 – 219 y 220 del C.2.

7.7.- Dicho de otra manera, en este caso la atribución de responsabilidad se explica a partir de la violación de deberes normativos de vigilancia y seguridad que tiene la demandada, deberes que si bien son genéricos y/o abstractos, cuando se llevan a un análisis de contexto en las condiciones particulares de un caso, derivan en un deber jurídico concreto e imperativo de acción u omisión, de manera que su incumplimiento, por omisión o ejecución imperfecta, lleva a derivar la existencia de responsabilidad por parte del agente obligado a tal actuar.

7.8.- En este orden de ideas, en el caso concreto, la inactividad de la demandada, plasmada en no haber adoptado ninguna medida de seguridad tendiente a prevenir o evitar la causación de actos terroristas, como el ocurrido el 25, 26 y 27 de abril de 2000 [y en general todos los ocurridos a lo largo de ese periodo, según lo que aflora del recaudo probatorio] genera la responsabilidad de la misma; es decir, el incumplimiento de sus deberes normativos, fue constitutivo de una generación de un riesgo jurídicamente desaprobado, siendo este riesgo, y no otro diferente, el que finalmente se materializó en el resultado dañoso padecido por los demandantes; ya que como consecuencia del ataque llevado a cabo el 1º de abril del mismo año [situación precedente demostrada en el expediente según el informe policial de 5 abril de 2000], existía una amenaza cierta de la que se tenía pleno conocimiento (por la grave situación de orden público en el lugar y haber vivido un anterior atentado unos pocos días atrás) las autoridades no desplegaron algún tipo de acciones anticipatorias al riesgo y evitar así la causación de otro acto terrorista contra la población civil o las propias instalaciones militares.

7.9.- Se hace énfasis en que la adscripción de este deber normativo para la demandada se fundamenta, tanto en la cláusula del Estado Social de Derecho, que implica el reconocimiento y garantía de los derechos de los ciudadanos, especialmente los Derechos Humanos, así como también, para el *sub judice* en el conocimiento especial que se tenía de la alterada situación de orden público en el sector, comoquiera que tan solo 26 días antes había ocurrido otro ataque por parte de presuntos subversivos contra instalaciones militares en Puerto Saldaña, Rioblanco, Tolima. Este punto ha sido abordado en anteriores ocasiones por la Sala de Subsección:

“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.**”<sup>118</sup>. (Resaltado propio).

7.10.- Las anteriores consideraciones constituyen razón suficiente para que esta Sala encuentre que se configura la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa por el daño antijurídico ocasionado los actores, por los hechos ocurridos el 27 de abril de 2000 en Puerto Saldaña, Municipio de Rioblanco, Tolima, contrario a lo afirmado por el Tribunal en el fallo de primera instancia, en el cual consideró que el ataque fue indiscriminado, dirigido a toda la población, y resaltó el “inmediato actuar de las fuerzas de seguridad del Estado, registrado en el eficiente despliegue del personal de la Policía Nacional”.

Pasa la Sala a ocuparse de la reparación de perjuicios.

## **8.- Los perjuicios solicitados en la demanda.**

### **8.1.- Perjuicios morales.**

8.1.1.- La Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, mediante sentencias de 28 de agosto de 2014<sup>119</sup>, sintetizó el concepto de daño moral en aquel que se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

---

<sup>118</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Exp. 19195.

<sup>119</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz

8.1.2.- A efectos de considerar el reconocimiento y tasación de los perjuicios morales en caso de lesiones, se hace preciso traer a colación los criterios jurisprudenciales fijados de manera unificada por el Pleno de la Sala de Sección Tercera, en la sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 31172, en los siguientes términos:

“La reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.

Para el efecto se fijó como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
<b>GRAVEDAD DE LA LESIÓN</b>	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	<b>S.M.L.M.V.</b>	<b>S.M.L.M.V.</b>	<b>S.M.L.M.V.</b>	<b>S.M.L.M.V.</b>	<b>S.M.L.M.V.</b>
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva, propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). obtendrán el 50% del valor adjudicado al lesionado o víctima directa, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se describe: tendrán derecho al reconocimiento de 50 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 40 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 30 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 20 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 10 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. Adquirirán el 35% de lo correspondiente a la víctima, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se indica: tendrán derecho al reconocimiento de 35 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 28 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 21 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 14 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 7 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por

último, a 3,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. Se reconocerá el 25% de la indemnización tasada para el lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se señala: tendrán derecho al reconocimiento de 25 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 20 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 10 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 5 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 2,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). Se concederá el 15% del valor adjudicado al lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se presenta: tendrán derecho al reconocimiento de 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 12 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 9 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 6 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 3 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 1,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 1% e inferior al 10%.”

8.1.3.- Ahora bien, en el caso de autos, la Sala considera en primer lugar que el señor Víctor Sánchez Cerquera sufrió una pérdida de capacidad laboral del 53,60%, según lo dictaminó la Junta Regional de Calificación de Invalidez, sin que obre en la actuación elemento de convicción que lleve a esta judicatura a variar este porcentaje; razón por la cual corresponde una indemnización por concepto de perjuicios morales equivalente a la suma de **100 SMLMV para el señor Víctor Sánchez Cerquera y su hijo Willington Sánchez Pérez**, cuyo parentesco se

encuentra acreditado con copia del Registro Civil de Nacimiento de éste<sup>120</sup>; y **50 SMLMV para todos y cada uno de sus hermanos, los señores Gilberto, Idaly, Rufina, Romilio, María del Carmen y Felicitas Sánchez Cerquera**, parentescos que se encuentran acreditados con los respectivos Registros Civiles de Nacimiento<sup>121</sup>.

## **8.2.- Perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.**

8.2.1.- Es el artículo 1614 del Código Civil el que establece la disposición normativa respecto de la indemnización de perjuicios materiales a título de lucro cesante, ubicado dentro del Libro IV del Código relativo a las obligaciones y los contratos. En dicho artículo el Código define el lucro cesante como “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento.”. A partir de allí, queda claro que la indemnización de perjuicios abarca el aumento patrimonial que fundadamente podía esperar una persona de no ser por haber tenido lugar, en el caso de la responsabilidad extracontractual, el hecho dañoso, por lo tanto este perjuicio se corresponde con la idea de ganancia frustrada<sup>122</sup>. Al respecto esta Corporación ha sostenido:

“En cuanto al lucro cesante esta Corporación ha sostenido reiteradamente, que se trata de la ganancia frustrada o el provecho económico que deja de reportarse y que, de no producirse el daño, habría ingresado ya o en el futuro al patrimonio de la víctima. Pero que como todo perjuicio, para que proceda su indemnización, debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna<sup>123</sup>.

Así las cosas, este perjuicio, como cualquier otro, si se prueba, debe indemnizarse en lo causado.”<sup>124</sup>

---

<sup>120</sup> Fl. 14 del C.1.

<sup>121</sup> Fls. 11 – 14 del C.1.

<sup>122</sup> Esta Corporación ha sostenido esta idea de lucro cesante. Puede verse, por ejemplo, la sentencia de 6 de febrero de 1986. C.P.: Julio Cesar Uribe Acosta Rad. 3575, en donde se dijo: “El lucro cesante, [es] entendido como la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia del hecho ilícito”.

<sup>123</sup> Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de mayo de 2007. Exp. 15989. C.P.: Mauricio Fajardo y de 1 de marzo de 2006. Exp. 17256. M.P.: María Elena Gómez Giraldo.

<sup>124</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 7 de julio de 2011. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa Exp. 18008.

8.2.2.- En cualquier caso, la indemnización por concepto de lucro cesante no constituye sanción alguna, ya que su vocación es el restablecimiento del equilibrio económico derivado del daño antijurídico producido e imputado al responsable, cuya causación se cuantifica desde la fecha de los hechos<sup>125</sup>.

8.2.3.- Puede tratarse también de a pérdida de utilidad que no siendo actual, la simple acreditación de su existencia es suficiente en cuanto a su certeza<sup>126</sup>, lo que configura el lucro cesante futuro o anticipado, así como debe tenerse en cuenta (1) las circunstancias del caso en concreto y las “aptitudes” de quien resulta perjudicado, esto es, si la ventaja, beneficio, utilidad o provecho económico se habría o no realizado a su favor<sup>127</sup>, o (2) si la misma depende de una contraprestación de la víctima que no podrá cumplir como consecuencia del hecho dañoso, de manera que se calcula a su favor el valor entre el beneficio, utilidad o provecho económico y el valor por la víctima debido<sup>128</sup> [que puede incluir el reconocimiento de labores no remuneradas domésticas con las que apoyaba a su familia]; (3) puede comprender los ingresos que se deja de percibir por las secuelas soportadas por la víctima<sup>129</sup>; (4) debe existir cierta probabilidad objetiva que resulte del curso normal de las cosas y del caso en concreto<sup>130</sup>, pero no cabe reconocer cuando se trata de una mera expectativa<sup>131</sup>; (5) la existencia de la incapacidad no es suficiente para ordenar la indemnización por lucro cesante cuando el lesionado está demostrado que siguió laborando en el mismo oficio que desempeñaba<sup>132</sup>.

8.2.4.- El contenido del lucro cesante, tanto consolidado o debido, como futuro o anticipado, debe fundarse en la aplicación por el juez administrativo del principio de equidad<sup>133</sup> [para determinar la proporción y valoración del perjuicio<sup>134</sup>] y del

---

<sup>125</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 14 de noviembre de 1967, expediente 718.

<sup>126</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 1990, expediente 5835.

<sup>127</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 1990, expediente 5835.

<sup>128</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 1990, expediente 5835.

<sup>129</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de agosto de 2011, expediente 1992.

<sup>130</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 23 de mayo de 2012, expediente 22541; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 8 de agosto de 2012, expediente 23691.

<sup>131</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 30 de marzo de 2011, expediente 19567.

<sup>132</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 13 de diciembre de 1995, expediente 10605.

<sup>133</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 1990, expediente 5835; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de agosto de 2011, expediente 19633; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334.

<sup>134</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 23 de mayo de 2012, expediente 23135; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19959.

respeto del derecho a la reparación integral<sup>135</sup> constitucional y convencionalmente reconocido [artículos 90 y 93 de la Carta Política y 1.1, 2, y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos].

8.2.5.- Para la prueba del lucro cesante [consolidado o debido y futuro o anticipado] todos los medios probatorios son admisibles, especialmente la prueba indiciaria, en cuya valoración deben atenderse a ciertas reglas: (1) que el hecho dañoso del que se desprende el perjuicio comprende su integridad; (2) su cuantía no debe guardar proporción con la gravedad o no de la culpa del hecho dañoso cometido por el responsable; (3) su cuantía no puede superar el hecho dañoso efectivamente producido<sup>136</sup>; (4) cuando se trate de un dictamen pericial debe contar con los soportes suficientes para la determinación y cuantificación<sup>137</sup>.

8.2.6.- En este sentido, cabe precisar que la indemnización por lucro cesante puede provenir bien sea por un daño causado a una persona (bien sea una lesión o la muerte), caso en el cual el rubro indemnizatorio estará determinado por la mengua que sufrió el sujeto y que le limita total o parcialmente para el ejercicio de actividades productivas<sup>138</sup>; como también puede derivarse este perjuicio cuando los daños son sufridos por cosas muebles o inmuebles de las cuales se genera para la víctima un beneficio lucrativo; en este, y para no entrar en confusión con el daño emergente, la indemnización no pretende reparar los daños de los bienes sino verificar la utilidad líquida que dejó de ganar la víctima<sup>139</sup>. En todo caso, siempre se hace énfasis en la capacidad productiva o de explotación económica para determinar la existencia de tal perjuicio material.

---

<sup>135</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 31 de enero de 2011, expediente 17842.

<sup>136</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 1990, expediente 5835.

<sup>137</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de agosto de 2011, expediente 19633.

<sup>138</sup> Sobre este punto destaca Henao lo siguiente: “Cuando fallece una persona, sus deudos tienen derecho a recibir indemnización por el dinero que deja de aportarles el muerto. (...) Cuando la persona es lesionada, el lucro cesante consistirá en el dinero que habría recibido la persona de no haber ocurrido el daño y cuya pérdida o mengua se origina en su incapacidad laboral.”. HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia. 1º edición, 1998. Págs. 210 y 212.

<sup>139</sup> HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El daño. Ob. Cit. pág. 225. Igualmente Tamayo Jaramillo indica: “La destrucción o deterioro de una cosa puede adicionalmente privar a la víctima de la utilidad o provecho que el bien le producía cuando no había sido inmovilizado. Asimismo, cuando la víctima con su propio dinero repara o reemplaza el bien dañado, este vuelve a producir el rendimiento inicial, pero el damnificado se ve privado de la utilidad o provecho que le habría producido ese capital de no haber tenido que invertirlo en la reparación o reemplazo.”. TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. TOMO II. Bogotá, Legis. 2º edición, 2007. Pág. 842.

8.2.7.- Dicho perjuicio requiere ser probado, tanto su existencia o causación como su magnitud patrimonial; en este sentido, no puede ser objeto de indemnización un perjuicio que sea hipotético o meramente eventual, pues para la indemnización del perjuicio es necesario tener certeza, so pena de que este no sea tenido en cuenta; tal consideración aplicable bien para acreditar su existencia como para su tasación<sup>140</sup>.

8.2.8.- Conforme a la anterior estructura conceptual, procede la Sala a analizar el reconocimiento de perjuicio material en la modalidad de lucro cesante a favor del lesionado Víctor Manuel Cerquera, para lo cual encuentra las siguientes declaraciones testimoniales que obran en el expediente y refieren a la actividad económica de la víctima principal:

8.2.9.- El señor Guillermo Vanegas Neira manifestó: “[...] *El(sic) era agricultor, poseían una pequeña parcela, cultivaban café, frijol, maíz, y devengaba de dicha labor aproximadamente trescientos mil pesos.[...]*”<sup>141</sup>, Wilson Gómez Lozano al rendir testimonio expresó: “[...] *Él antes de sufrir la herida era una persona muy alegre, muy era muy trabajador y después de sufrir la herida el(sic) quedo(sic) muy deprimido, quedo(sic) muy triste ya no pudo volver a trabajar[...]*” y Luz Estella Gutiérrez Muñoz refirió sobre este tópico: “[...] *El(sic) devengaba de tres a cuatrocientos mil pesos mensuales, porque él tenía una parcela donde sacaba productos como café, yuca, plátano, cacao, aguacate y animales como cerdo, que los sacaba a vender[...]*”

8.2.10.- La Sala encuentra acreditado que el señor Víctor Sánchez Cerquera era agricultor para el momento de los hechos, sin embargo no existe en el expediente una prueba que de certeza de la cuantía de los ingresos del hoy demandante, pues si bien los testigos manifiestan que devengaba entre \$300.000 y \$400.000 esto no manifiestan cual es la razón de su dicho, por lo cual se acogerá la presunción que ha establecido esta Corporación en el sentido de entender cualquier individuo en edad laboralmente activa (como acontece con el actor)

---

<sup>140</sup> Sobre este punto la jurisprudencia ha sostenido: “En cuanto tiene que ver con el *lucro cesante*, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido reiteradamente que el mismo, para que proceda su indemnización, debe ser *cierto*, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna. El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública<sup>140</sup>.” Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 2 de mayo de 2007. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Radicado: 15989. Igualmente, sentencia de la misma Corporación de 1° de marzo de 2006. C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Rad. 17256.

<sup>141</sup> Fl. 93 del C.1.

percibiría en ejercicio de su actividad económica un salario mínimo mensual legal vigente, esto es, \$689.454,00.

8.2.11.- Por lo anterior, se reconocerá lo dejado de percibir por el señor Sánchez Cerquera desde la fecha de los hechos, 27 de abril de 2000 hasta el 25 de febrero de 2016, fecha en que se dicta este fallo, periodo de tiempo correspondiente al lucro cesante consolidado; y desde el 28 de febrero de 2016 hasta la vida probable de la víctima, periodo que constituye el lucro cesante futuro; así:

**Lucro cesante consolidado:**

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

$$S = \$689.454 \frac{(1 + 0.004867)^{189,93} - 1}{0.004867} = \$ 214.568.486,5$$

**Lucro cesante futuro:** Conforme a la Resolución 0497 del 20 de mayo de 1997 de la Superintendencia Bancaria, una persona que, como Víctor Sánchez Cerquera, en el año de 1996 tenía 39 años, contaba con una expectativa de vida de 37.70 años, es decir 452.4 meses. Sin embargo, como de este tiempo ya se le reconocieron 189.93 meses en el lucro cesante consolidado, habrán de reconocérsele por lucro cesante futuro 262.47 meses. En este orden de ideas, para calcular el lucro cesante futuro se empleará la siguiente fórmula:

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

S= Suma a obtener

Ra= Renta actualizada

i = 0.004867

n= número de meses

Así:

$$S = 689.454 \frac{(1 + 0.004867)^{262,47} - 1}{0.004867 (1+0.004867)^{262,47}} = \$ 102.049.017,8$$

### **8.3.- Perjuicios materiales a título de daño emergente**

La Sala observa que en la demanda se solicitó la suma de treinta millones de pesos (\$30.000.000) por concepto de daño emergente el cual hizo consistir en “gastos médicos, quirúrgicos, hospitalarios, por drogas y, en fin, todos los gastos que se sobrevinieron y sobrevendrán”. Lo anteriormente solicitado no encuentra respaldo probatorio alguno en el expediente, razón por la cual la Sala procederá a negar dicha pretensión.

### **8.4.- Daño a la salud (peticionado como goce fisiológico)**

8.4.1.- En el escrito de demanda se solicitó el reconocimiento de perjuicio fisiológico en favor del señor Sánchez Cerquera en un monto equivalente a 4.000 gramos oro, haciéndolo consistir en la merma al *“quedar de por vida con graves lesiones corporales producto de las heridas recibidas, lo que le imposibilitará para realizarse plenamente en su vida como cualquier ser humano.”*

8.4.2.- Al respecto, la Sala parte por precisar que, en orden a considerar la procedencia de dicho perjuicio se impone precisar que ésta será valorada a la luz de los recientes criterios jurisprudenciales decantados por el Pleno de la Sección Tercera, de conformidad con los cuales se ha abrazado la categoría conceptual del daño a la salud. Al respecto la sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 31170 la Sección precisó los criterios de reconocimiento y tasación de dicho perjuicios en los siguientes términos:

“Para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222, proferidas por esta misma Sala, en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado.

Lo anterior, con empleo del *arbitrio iudice*, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para lo que se emplearán –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos:

<b>GRAVEDAD DE LA LESIÓN</b>	<b>Víctima</b>
Igual o superior al 50%	100 SMMLV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMMLV
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMMLV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMMLV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMMLV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMMLV

Sin embargo, en casos excepcionales, cuando, conforme al acervo probatorio se encuentre probado que el daño a la salud se presenta en una mayor intensidad y gravedad, podrá otorgarse una indemnización mayor, la cual debe estar debidamente motivada y no podrá superar la cuantía equivalente a 400 SMLMV.

Así, el operador judicial debe tener en cuenta las siguientes variables conforme a lo que se encuentre probado en cada caso concreto:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.

- El sexo.
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso.”

8.4.3.- Conforme a lo anterior, se aprecia en el *sub judice* que el señor Sánchez Cerquera fue diagnosticado con una incapacidad permanente del 53,60% de conformidad con la certificación expedida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca<sup>142</sup>, lo que atendiendo al precedente mencionado corresponde a una indemnización de 100 SMLMV a favor de la víctima directa, pues con los elementos de juicio que se tienen a disposición, se encuentra que la gravedad de la lesión supera un porcentaje del 50%.

## **9.- La víctima y su reconocimiento en el presente caso**

9.1.- La premisa inicial para abordar el tratamiento del régimen de responsabilidad del Estado parte de la lectura razonada del artículo 90 de la Carta Política, según la cual a la administración pública le es imputable el daño antijurídico que ocasiona. En la visión humanista del constitucionalismo contemporáneo, no hay duda que en la construcción del régimen de responsabilidad, la posición de la víctima adquirió una renovada relevancia.

9.2.- En el moderno derecho administrativo, y en la construcción de la responsabilidad extracontractual del Estado lo relevante es la “víctima” y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y de los derechos humanos. Su fundamento se encuentra en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 94 de la Carta Política, y en el ejercicio de un control de convencionalidad de las normas, que por virtud del bloque ampliado de constitucionalidad, exige del juez contencioso observar y sustentar el juicio de responsabilidad en los instrumentos jurídicos internacionales [Tratados, Convenios, Acuerdos, etc.] de protección de los derechos humanos<sup>143</sup> y del

---

<sup>142</sup> Fl. 210 del C.2.

<sup>143</sup> Al analizar el caso Cabrera García y Montiel contra México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ferrer Mac-Gregor consideró: “La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió. A su vez, la jurisdicción internacional debe valorar la legalidad de la detención a la luz de la normatividad interna, debido a que la propia Convención Americana

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

9.3.- Esta visión, en la que el ordenamiento jurídico colombiano [y su jurisprudencia contencioso administrativa] está en el camino de consolidarse, responde al respeto de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y al principio “*pro homine*”<sup>144</sup>, que tanto se promueve en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos<sup>145</sup>.

---

remite a la legislación nacional para poder examinar la convencionalidad de los actos de las autoridades nacionales, ya que el artículo 7.2 del Pacto de San José remite a las “Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas” para poder resolver sobre la legalidad de la detención como parámetro de convencionalidad. Los jueces nacionales, por otra parte, deben cumplir con los demás supuestos previstos en el propio artículo 7 para no violentar el derecho convencional a la libertad personal, debiendo atender de igual forma a la interpretación que la Corte IDH ha realizado de los supuestos previstos en dicho numeral”. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No.131, 2011, p.920. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano contra Chile argumentó: “124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párrs. 123 a 125. En tanto que en el caso Cabrera García y Montiel contra México la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 12 a 22.

<sup>144</sup> En la jurisprudencia constitucional colombiana dicho principio se entiende como aquel que “impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional. Este principio se deriva de los artículos 1º y 2º Superiores, en cuanto en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social de Derecho, y como fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como la finalidad de las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades”. Corte Constitucional, sentencia T-191 de 2009. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencias C-177 de 2001; C-148 de 2005; C-376 de 2010.

<sup>145</sup> Principio que “impone que siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana de Derechos Humanos”, del 13 de noviembre de 1985. Serie A. No.5, párrafo 46.

9.4.- Pero el concepto de víctima en el marco de los conflictos armados o guerras no es reciente, su construcción se puede establecer en el primer tratado relacionado con *“la protección de las víctimas militares de la guerra”*, que se elaboró y firmó en Ginebra en 1864. Dicha definición inicial fue ampliada en la Haya en 1899, extendiéndose la protección como víctima a los miembros de las fuerzas armadas en el mar, los enfermos y los náufragos. Ya en 1929, el derecho de Ginebra hizo incorporar como víctimas a los prisioneros de guerra, que luego se consolidará con los Convenios de Ginebra de 1949. Sin duda, se trata de la configuración de todo un ámbito de protección jurídica para las víctimas de las guerras, sin distinción de su envergadura, y que se proyecta en la actualidad como una sistemática normativa que extiende su influencia no sólo en los ordenamientos internos, sino en el modelo de reconocimiento democrático del papel de ciudadanos que como los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad militar y policial de los Estados nunca han renunciado a sus derechos y libertades, por lo que también son objeto de protección como víctimas de las agresiones, ofensas o violaciones de las que sean objeto en desarrollo de un conflicto armado, para nuestro caso interno.

9.5.- A la anterior configuración se debe agregar la delimitación de los titulares de los derechos en el derecho internacional de los derechos humanos, donde lejos de ser afirmada una tesis reduccionista, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, se promueve que todo ser humano es titular de derechos, como sujeto e individuo reconocido democráticamente con una posición en la sociedad y el Estado.

9.6.- Es preciso advertir que el de víctima no es un concepto que se agota sólo en el ordenamiento interno, por el contrario, sino que su pleno e integrador dimensionamiento se encuentra en el derecho convencional [en los sistemas universal y regional de protección de derechos humanos<sup>146</sup>] construyéndose, consolidándose y defendiéndose como afirmación del principio democrático y la

---

<sup>146</sup> Como lo anota Yasemin Soysal. “En el periodo de posguerra el Estado-nación, como estructura de organización formal, se desvincula cada vez más del locus de legitimidad, el cual se ha trasladado al nivel global trascendiendo las identidades y las estructuras territorializadas. En este nuevo orden de la soberanía, el sistema principal asume la labor de definir las reglas y los principios, otorgando a los Estados-nación la responsabilidad de garantizar su respeto y aplicación (Meyer, 1980, 1994). Los Estados-nación siguen siendo los principales agentes de las funciones públicas, aunque la naturaleza y los parámetros de estas funciones son determinadas cada vez más en el nivel global.” SOYSAL, Yasemin. *Hacia un modelo de pertenencia posnacional*, en *Ciudadanía Sin Nación*. (Yasemin Soysal, Rainer Bauböck y Linda Bosniak) Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar. Bogotá, 2010, pp.138-139.

consolidación de la justicia distributiva, como la jurisprudencia constitucional lo reconoce en la sentencia C-253A de 2012 según la cual “[...] también son víctimas aquellas personas que hubieran sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1 de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, sucedidas con ocasión del conflicto armado interno”.

9.7.- No hay duda que el derecho internacional de los Derechos Humanos con su influjo integrador permite que la víctima logre una posición central, en tanto protagonista de un conjunto de disposiciones jurídicas que le protegen de diversas maneras<sup>147-148</sup>.

9.8.- En este orden de ideas, en criterio de la Sala la determinación de lo que constituye víctima, así como los derechos que de tal conceptualización se derivan, se comprende a partir de la convencionalidad subjetiva y objetiva [esto es por la entidad material de los mandatos de protección, y por control que sobre los ordenamientos se puede realizar frente a estándares de protección de los derechos humanos], esto es, de valoración de esta figura jurídica a la luz de los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los criterios jurisprudenciales que al respecto ha decantado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la normativa jurídica constitutiva del sistema universal de protección de Derechos Humanos, como lo es, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup> Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 447-497. Sobre este punto anota Cançado Trindade que “la notable evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y hasta el presente, que proporcionó la realización de aquella meta, por configurarse entera y debidamente *orientado hacia las víctimas*. El advenimiento y la consolidación del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos restituyó a las víctimas su posición *central* en el orden normativo”. Además, la víctima ha recuperado espacio, más recientemente, también en el dominio del derecho penal contemporáneo, - tanto interno como internacional, - como indicado, v.g., por la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas de 1985 sobre Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Crimen y Abuso de Poder (atinentes a crímenes en el derecho interno), y los Principios Básicos y Directrices de las Naciones Unidas de 2006 sobre el Derecho a un Recurso y Reparación para Víctimas de Violaciones Graves del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Violaciones Serias del Derecho Internacional Humanitario (atinentes a crímenes internacionales). Cf., v.g., M.C. Bassiouni, "International Recognition of Victims' Rights", 6 *Human Rights Law Review* (2006) pp. 221-279; and cf.: I. Melup, "The United Nations Declaration on [Basic] Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power", in *The Universal Declaration of Human Rights: Fifty Years and Beyond* (eds. Y. Danieli, E. Stamatopoulou y C.J. Dias), N.Y., U.N./Baywood Publ. Co., 1999, pp. 53-65; Th. van Boven, "The Perspective of the Victim", in *ibid.*, pp. 13-26; B.G. Ramcharan, "A Victims' Perspective on the International Human Rights Treaty Regime", in *ibid.*, pp. 27-35; G. Alfredsson, "Human Rights and Victims' Rights in Europe", in *ibid.*, 309-317.

<sup>148</sup> Voto Razonado del Juez Antonio Augusto Cancado Trindade a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2007 (Interpretación de la sentencia, reparaciones y costas) dictada dentro del caso La Cantuta c. Perú.

<sup>149</sup> Por consiguiente, en la labor de construcción de los derechos de las víctimas es preciso destacar, en el derecho internacional, la existencia de normas jurídicas que disponen i) el reconocimiento a toda persona a la

9.9.- Así mismo, es preciso destacar que existe un concepto amplio y universal de víctima el cual, conforme a los trabajos de las Naciones Unidas [cristalizado en la Resolución de 16 de diciembre de 2005 A/Res/60/147], comprende a “toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización”.

9.10.- Una disgregación de este concepto de víctima permite extraer las siguientes conclusiones elementales: (1) indiferencia de las calidades personales y/o subjetivas de la víctima. A los ojos de esta definición universal, el concepto de víctima no requiere, para su estructuración, que se cuenten con ciertas calidades particulares por parte del sujeto afectado o dañado con la actuación, así mismo, también es claro que si concurren ciertas condiciones particulares de cualquier índole (miembro de población civil, miembro de la fuerza pública, etc) ello no tiene ninguna virtud de afectar la calidad de víctima; (2) indiferencia de las calidades personales y/o subjetivas del victimario. Igualmente, la estructuración del concepto de víctima no pende, en modo alguno, de las calidades del perpetrador y/o responsables de los actos dañosos, en este sentido; (3) cualificación de los actos constitutivos del daño. A diferencia de los dos criterios expuestos, el concepto de víctima descansa, en esencia, sobre el tipo de acciones u omisiones llevadas a cabo. Sobre este punto, es preciso señalar que las acciones ejecutadas en contra de la víctima demandan una cualificación jurídica (normativa) particular, deben corresponderse con violaciones manifiestas o graves del cuerpo normativo que reconoce el derecho internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario, y el derecho de gentes<sup>150</sup>.

---

personalidad jurídica [artículo 3 de la CADH y 17 del PIDCP], ii) el reconocimiento de los derechos que tiene todo afectado por una violación de estos derechos a un recurso judicial efectivo [artículos 8 y 25 de la CADH y 14 del PIDCP] y iii) el deber que tiene todo Estado de respetar los derechos reconocidos así como el deber de adoptar disposiciones de derecho interno en orden a ello [artículos 1º y 2º de la CADH y 2º del PIDCP].

<sup>150</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Auto de 17 de septiembre de 2014, exp. 45092.

9.11.- De acuerdo con estos elementos, la Sala comprende como víctima a todo sujeto, individuo o persona que sufre un menoscabo, violación o vulneración en el goce o disfrute de los derechos humanos consagrados en las normas convencionales y constitucionales, o que se afecta en sus garantías del derecho internacional humanitario<sup>151</sup>. No se trata de una definición cerrada, sino que es progresiva, evolutiva y que debe armonizarse en atención al desdoblamiento de los derechos y garantías. Y guarda relación con la postura fijada por la jurisprudencia constitucional en la sentencia C-781 de 2012, que procura precisar el concepto desde el contexto del conflicto armado, considerando que se “*se trata de víctimas del conflicto armado cuando los hechos acaecidos guardan una relación de conexidad suficiente con este. Desde esa perspectiva ha reconocido como hechos acaecidos en el marco del conflicto armado (i) los desplazamientos intraurbanos, (ii) el confinamiento de la población; (iii) la violencia sexual contra las mujeres; (iv) la violencia generalizada; (v) las amenazas provenientes de actores armados desmovilizados; (vi) las acciones legítimas del Estado; (vi) las actuaciones atípicas del Estado; (viii) los hechos atribuibles a bandas criminales; (ix) los hechos atribuibles a grupos armados no identificados, y (x) por grupos de seguridad privados, entre otros ejemplos. Si bien algunos de estos hechos también pueden ocurrir sin relación alguna con el conflicto armado, para determinar quiénes son víctimas por hechos ocurridos en el contexto del conflicto armado interno, la jurisprudencia ha señalado que es necesario examinar en cada caso concreto si existe una relación cercana y suficiente con el conflicto armado interno*”<sup>152</sup>.

9.12.- En este orden de ideas, es el tipo de acto, acción, actividad, omisión o inactividad vulnerante lo que determina que una víctima esté cobijada bajo el cuerpo normativo de protección a sus derechos, conforme a los criterios elaborados por la jurisprudencia y los organismos de protección de Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario, y del derecho de gentes.

9.13.- En todo caso, la víctima materialmente comprendida, no queda reducida a aquella que es objeto de la simple violación o vulneración de los derechos

---

<sup>151</sup> SALVIOLI, Fabián Omar, “Derecho, acceso, y rol de las víctimas, en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos”, en VVAA, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1997, pp.293 a 342. “[...] En el Derecho Internacional Contemporáneo, puede definirse, en principio, como víctima de una violación a los derechos humanos, a aquella que ha sufrido un menoscabo en el goce o disfrute de alguno de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, debido a una acción u omisión imputable al Estado”.

<sup>152</sup> Corte Constitucional, sentencia C-781 de 10 de octubre de 2012.

humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho de gentes, sino que esta sigue teniendo toda su entidad jurídica y reconocimiento así no se produzca tal violación a estos derechos, ya que de la producción de un daño antijurídico que sea imputado al Estado siempre deviene la determinación de un sujeto [o sujetos] víctima [s] de una afectación en sus derechos, intereses o bienes jurídicos protegidos constitucional y legalmente en el sistema jurídico interno. De igual manera, la concepción convencional no propende por estratificar o discriminar la naturaleza jurídica de la víctima, sino de establecer estándares que deben operar tanto para la protección de los derechos, como para procurar su reparación integral, o plena indemnidad, de manera tal que a toda víctima le es aplicable como máxima sin distinción alguna<sup>153</sup>.

9.14.- Por tanto, la Sala considera que el concepto de víctima descansa sobre la base de la universalidad lo que, por consiguiente, impone la proscripción de distinciones o discriminaciones odiosas por causa de sexo, raza, condición social, religiosa, política o por la posición social o funcional de una persona; de modo que vislumbra que cualquier sujeto de derecho puede ser considerado como una potencial víctima –a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y derecho gentes- siempre que se concreten en él o sus familiares una conducta activa u omisiva constitutiva de una grave violación de Derechos Humanos o de Derecho Internacional Humanitario.

9.15.- Conforme a estas consideraciones, la Sala verifica que en el marco del conflicto armado interno tiene plena aplicabilidad y vigencia el concepto universal de víctima, pues como producto de esta situación se pueden derivar graves violaciones a los Derechos Humanos, al Derecho Internacional Humanitario y al derecho de gentes, bien sea de quienes hacen parte del conflicto armado de manera activa [los combatientes], o de la población civil que, por principio, está excluida de este tipo de confrontaciones.

9.16.- En suma, en este caso se trata de la categorización como víctimas de Víctor Sánchez Cerquera y todos y cada uno de sus familiares en tanto víctimas de violaciones al Derecho Internacional Humanitario al ejecutarse en su perjuicio

---

<sup>153</sup> al entender que los derechos de las víctimas hacen parte del núcleo de los derechos humanos comprende que éstos deben ser reconocidos y garantizados a plenitud por el Estado tanto a nivel normativo (adopción de disposiciones de derecho interno, las que incluso ceden convencionalmente ante contradicciones entre mandatos de principios, normal y reglas internacionales de protección –control objetivo de convencionalidad-) como fáctico.

actos atentatorios de la vida e integridad física, en el marco del conflicto armado interno y a manos del grupo armado insurgente FARC.

## **10.- Medidas de reparación por afectación relevante a bienes o derechos constitucional y convencionalmente amparados.**

10.1.- Una vez establecida la cuantía de la reparación que por concepto de perjuicios materiales, morales y por daños a la salud, la Sala cierra su análisis examinando la procedencia de la imposición de medidas de reparación no pecuniarias con fundamento en la categoría de afectación relevante a bienes o derechos constitucional y convencionalmente protegidos, ya que de acuerdo con la interpretación sistemática y armónica del artículo 90 constitucional, 16 de la ley 446 de 1998 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en los eventos en los que se produce la vulneración de derechos humanos le asiste al juez contencioso el deber de estudiar si procede imponer como condena el cumplimiento de medidas de reparación no pecuniaria, con el objeto del alcanzar la verdad de los hechos con los que se desencadenó la vulneración, la justicia material del caso, y la reparación encaminada al pleno resarcimiento de todos los derechos, y no sólo de los intereses pecuniarios; siguiendo, para el efecto, el amplio precedente jurisprudencial que al respecto existe<sup>154</sup> y el criterio unificado por la Sala de Sección Tercera en fallo de 28 de agosto de 2014 (exp. 26251), providencia en la que se establecieron los siguientes criterios de procedencia para esta tipología de reparación:

“De acuerdo con la decisión de la Sección de unificar la jurisprudencia en materia de perjuicios inmateriales, se reconocerá de oficio o solicitud de parte, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. La cual procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge

---

<sup>154</sup> Entre otras, véase las sentencias de 25 de mayo de 2011 (exp. 15838, 18747), 8 de junio de 2011 (exp. 19772, 19773), 19 de agosto de 2011 (exp. 20227), 31 de agosto de 2011 (exp. 19195), 1° de febrero de 2012 (exp. 21274), 9 de mayo de 2012 (exp. 20334), 7 de junio de 2012 (exp. 23715), 18 de junio de 2012 (exp. 19345), 20 de junio de 2013 (exp. 23603), 12 de agosto de 2013 (exp. 27346), 24 de octubre de 2013 (exp. 25981), 12 de febrero de 2014 (exp. 25813, 26013), 26 de febrero de 2014 (exp. 47437), 8 de abril de 2014 (exp. 28330, 28318), 14 de mayo (exp. 28618), 9 de julio de 2014 (exp. 30823, 29919), entre otras providencias de la Subsección.

o compañero(a) permanente y los parientes hasta el 1° de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “de crianza”.

<b>REPARACIÓN NO PECUNIARIA</b>		
<b>AFECTACIÓN O VULNERACIÓN RELEVANTE DE BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS</b>		
<b>Criterio</b>	<b>Tipo de Medida</b>	<b>Modulación</b>
En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados	Medidas de reparación integral no pecuniarias.	De acuerdo con los hechos probados, la oportunidad y pertinencia de los mismos, se ordenarán medidas reparatorias no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano.

En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocido con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.

<b>INDEMNIZACIÓN</b>		<b>EXCEPCIONAL</b>
<b>EXCLUSIVA PARA LA VÍCTIMA DIRECTA</b>		
<b>Criterio</b>	<b>Cuantía</b>	<b>Modulación de la cuantía</b>
En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, cuya reparación integral, a	Hasta 100 SMLMV	En casos excepcionales se indemnizará hasta el monto señalado en este ítem, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en

<p>consideración del juez, no sea suficiente, pertinente, oportuna o posible con medidas de reparación no pecuniarias satisfactorias.</p>		<p>el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.</p>
---	--	---

”

## **10.2.- Pruebas que indican la vulneración al Derecho Internacional de los Derechos Humanos por parte del Grupo Armado Insurgente FARC.**

10.2.1.- La Sala, en aras de dar claridad sobre la medida de *justicia* [en el marco de la reparación integral y en tanto derecho de la víctima] consistente en ordenar la remisión de una copia de esta providencia a la Fiscalía General de la Nación para lo de su cargo, destaca que en el expediente quedó acreditado que el actuar del grupo armado insurgente constituyó (además de una violación al derecho a la vida de Víctor Sánchez Cerquera) una violación al Derecho Internacional Humanitario, consistiendo tal trasgresión en la realización de actividades hostiles en contra de la vida y/o integridad física de miembros de la población civil que, por antonomasia, se encuentran [y deben estar siempre] al margen del conflicto armado interno.

10.2.2.- Normativamente ello tiene sustento en lo dispuesto en el artículo 3° Común a los Convenios de Ginebra de 1949, sobre garantías en conflictos no internacionales<sup>155</sup>, donde se afirma como premisa que “En caso de conflicto

<sup>155</sup> “Artículo 3 - Conflictos no internacionales

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:

1) 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 la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

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

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

armado que no sea de índole internacional (...) las personas que no participen directamente en las hostilidades (...) serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión, o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo”, disposición normativa que se encuentra, también, en el artículo 4° del Protocolo II de 1977 a los Convenios de Ginebra, que trata de las garantías fundamentales de protección de las víctimas en los conflictos armados que no tienen carácter internacional<sup>156</sup>.

10.2.3.- Al respecto la Sala encuentra el Informe de toma subversiva dirigido al Comandante Quinto del Distrito de Policía de Chaparral, Tolima, del 5 de abril de 2000, suscrito por el Comandante (E) de la Estación de Puerto Saldaña<sup>157</sup>, en el cual se lee:

*“[...] el día(sic) Sábado(sic) 01 del mes de Abril(sic) del 2000 siendo aproximadamente las 06:30 horas cuando subversivos de las FARC pertenecientes a los a los Frentes 50, 21, cuadrillas JOSELO LOZADA, LA*

---

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

<sup>156</sup> Protocolo II de 1977 a los Convenios de Ginebra. Artículo 4. Garantías fundamentales.

**1. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes.**

2. Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1:

a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal;

b) los castigos colectivos;

c) la toma de rehenes;

d) los actos de terrorismo;

e) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor;

f) la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas;

g) el pillaje;

h) las amenazas de realizar los actos mencionados.

3. Se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular:

a) recibirán una educación, incluida la educación religiosa o moral, conforme a los deseos de los padres o, a falta de éstos, de las personas que tengan la guarda de ellos;

b) se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas;

c) los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades;

d) la protección especial prevista en este artículo para los niños menores de quince años seguirá aplicándose a ellos si, no obstante las disposiciones del apartado c), han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados;

e) se tomarán medidas, si procede, y siempre que sea posible con el consentimiento de los padres o de las personas que, en virtud de la ley o la costumbre, tengan en primer lugar la guarda de ellos, para trasladar temporalmente a los niños de la zona en que tengan lugar las hostilidades a una zona del país más segura y para que vayan acompañados de personas que velen por su seguridad y bienestar.

<sup>157</sup> Fls. 221 – 223 del C.2

*GAITANA, HEROES DE MARQUETALIA, SIMACOTA Y PRIAS ALAPE; Incursionaron(sic) contra el Comando de Policia(sic) del Corregimiento de Puerto Saldaña en un grupo aproximado de 1000 hombres, los cuales portaban armamento de largo y corto alcance, Fusiles galil, G-3, AK-47, Ametralladora M-60, morteros, lanza granadas MGL, granadas de fragmentación,de (sic) fusil y **armas no convencionales (CILINDROS) de diferente capacidad**. Atacando en forma indiscriminada y sin consideración las viviendas de la población civil, Casa Rural, Telecom, Puesto de Salud, Matadero [...]" (Negrilla y subrayado fuera del texto)*

10.2.4.- Corolario de ello, se tiene que la Sala no puede pasar por alto que el grupo armado insurgente violó, en perjuicio de Víctor Sánchez Cerquera y sus familiares, las normas de Derecho Internacional Humanitario relativas al principio de humanidad y la indemnidad de los civiles (su vida, integridad física, libertad, bienes y demás derechos) en el marco de un conflicto armado interno.

10.2.5.- Y es que recuerda esta Sala que el actor armado irregular tiene también deberes de protección respecto de la población civil; razón por la cual también se encuentra compelido a respetar y no atacar a quienes no han tomado parte en las hostilidades, como lo es la población civil y sus actores políticos.

10.2.6.- Se debe precisar que lo anterior no significa que la Sala se esté atribuyendo una competencia para juzgar a los miembros del grupo armado insurgente; la referencia se hace en cumplimiento del deber que le asiste de evaluar todas las pruebas del expediente y de ordenar la expedición de copias en relación con todos aquellos casos que juzga, sobre todo cuando se trata de temas altamente susceptibles al interés colectivo, como son los de derechos humanos y el flagrante desconocimiento del derecho de la guerra.

10.2.7.- Lo anterior lleva a sostener, entonces, que las medidas generales de reparación no pecuniarias aquí adoptadas se dictan en beneficio de las víctimas y respecto de toda la sociedad en general. Así, a efectos de dar pleno y cabal cumplimiento a estas medidas, las partes del presente proceso –y particularmente la demandada- debe tomar en consideración el carácter general, amplio e incluyente de las mismas, a efecto de no cercenar o limitar el efecto reparador que con ellas se persigue.

10.3.- Así mismo, se observa que para la consideración de este tipo de medidas la base constitucional se desprende los artículos 90, 93 y 214, la base legal del artículo 16 de la ley 446 de 1998 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Adicionalmente, y para garantizar el derecho a la reparación integral de la víctima, se tiene 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 existió un grave atentado a la integridad física de un ciudadano con los hechos sucedidos el 27 de abril de 2000 en Puerto Saldaña, Rioblanco, Tolima.

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

10.5.- 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.

10.6.- En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño [strictu sensu], sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial.

10.7.- Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, per se, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio. Como corolario de lo anterior, para la Sala, la reparación integral propende por el restablecimiento efectivo de un daño a un determinado derecho, bien o interés jurídico y, por lo tanto, en cada caso concreto, el operador judicial de la órbita nacional deberá verificar con qué potestades y facultades cuenta para obtener el resarcimiento del perjuicio, bien a través de medidas netamente indemnizatorias o, si los supuestos fácticos lo permiten [trasgresión de derechos humanos en sus diversas categorías], a través de la adopción de diferentes medidas o disposiciones”<sup>158</sup>.

10.8.- Así mismo, en su momento la jurisprudencia de la Sección Tercera consideró que 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

---

<sup>158</sup> Sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273<sup>a</sup>. Ver de la Corte Permanente de Justicia Internacional, caso *Factory of Chorzów*, Merits, 1928, Series A, No. 17, Pág. 47. Citada por CRAWFORD, James “Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado”, Ed. Dykinson, Pág. 245; Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso de la Masacre de Puerto Bello (vs) Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006; de la Corte Constitucional Sentencia T-563 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En igual sentido T- 227 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1094 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-175 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional, sentencia T-188 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis

violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también supone la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual era posible la implementación de una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (*strictu sensu*), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos vulnerados. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona específicamente con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas de rehabilitación, o de no repetición, ello no implica en manera alguna que no se repare íntegramente el perjuicio”<sup>159</sup>.

10.9.- Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera, y en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo, la Sala encuentra que procede ordenar y exhortar a las entidades demandadas al cumplimiento de “medidas de reparación no pecuniarias”, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “*restitutio in integrum*”, que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión.

10.10.- En este orden de ideas las medidas decretadas son:

(1) La presente sentencia hace parte de la reparación integral, de modo que las partes en el proceso así deben entenderla. Como consecuencia de esto, copia auténtica de esta sentencia deberá ser remitida por la Secretaría de la Sección Tercera al Centro de Memoria Histórica, para así dar cumplimiento a lo consagrado en la ley 1424 de 2010, y se convierta en elemento configurador de la evidencia histórica del conflicto armado de Colombia.

(2) Como la presente sentencia hace parte de la reparación integral, es obligación de las entidades demandadas la difusión y publicación de la misma por todos los medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su resolutive, por un período ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

---

<sup>159</sup> Sentencias de 8 de junio de 2011, expediente 19972; de 8 de junio de 2011, expediente 19973.

(3) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación para que revise en la Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario si los hechos del presente caso [violación de Derechos Humanos y/o Derecho Internacional Humanitario] se encuadran como merecedor de priorización en su trámite, en los términos de la Directiva No. 01, de 4 de octubre de 2012 [de la Fiscalía General de la Nación], para que se investiguen y juzguen a todos los que hayan participado en las lesiones causadas al señor Víctor Sánchez Cerquera.

(4) En caso de no ser eficaces los recursos internos, anteriormente señalados como parte de la reparación integral, la Sub-sección respetuosamente exhorta al Estado colombiano, en cabeza de las entidades demandadas para que acuda ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, para que se pronuncie sobre la violación de Derechos Humanos en el *sub judice*.

(5) Los familiares víctimas por los hechos sucedidos en el presente caso serán reconocidos como víctimas del conflicto armado, razón por la que se solicita a las instancias gubernamentales competentes incorporarlas y surtir los procedimientos consagrados en la ley 1448 de 2011.

De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al Tribunal de origen y a la Secretaría de la Sección Tercera informes del cumplimiento dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia, con una periodicidad de treinta (30) días calendario y por escrito, de los que deberán las mencionadas entidades dar difusión por los canales de comunicación web, redes sociales, escrito y cualquier otro a nivel local y nacional. En caso de no remitirse el informe pertinente, se solicitara a la Procuraduría adelantar las averiguaciones de su competencia ante la orden dada por sentencia judicial y se adopten las decisiones a que haya lugar de orden disciplinario.

## **11.- Costas**

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de 22 de mayo de 2009 dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se desestimaron las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO: DECLARAR** administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional por los perjuicios causados a los demandantes como consecuencia de las lesiones causadas al señor Víctor Sánchez Cerquera, por las razones expuestas en esta providencia.

**TERCERO: CONDENAR**, como consecuencia de la anterior declaración, a la demandada al reconocimiento y pago de perjuicios morales en favor de los demandantes, en los siguientes términos:

<b>Nombre</b>	<b>Calidad</b>	<b>Monto reconocido</b>
Víctor Sánchez Cerquera	Víctima directa	100 SMMLV
Willington Sánchez Pérez	Hijo	100 SMMLV
Gilberto Sánchez Cerquera	Hermano	50 SMMLV
Idaly Sánchez Cerquera	Hermano	50 SMMLV
Rufina Sánchez Cerquera	Hermana	50 SMMLV
Romilio Sánchez Cerquera	Hermano	50 SMMLV
María del Carmen Sánchez Cerquera	Hermana	50 SMMLV
	Hermana	50 SMMLV
Felicitas Sánchez Cerquera		

**CUARTO: CONDENAR** como consecuencia de lo anterior, a la entidad demandada a pago de \$315.617.504,3 a favor del señor Víctor Sánchez Cerquera, por concepto de perjuicios materiales, en su modalidad de lucro cesante.

**QUINTO: ORDENAR** el cumplimiento de las siguientes medidas generales de reparación no pecuniaria a título de reparación por afectación relevante a bienes o derechos constitucional y convencionalmente amparados:

(1) La presente sentencia hace parte de la reparación integral, de modo que las partes en el proceso así deben entenderla. Como consecuencia de esto, copia auténtica de esta sentencia deberá ser remitida por la Secretaría de la Sección Tercera al Centro de Memoria Histórica, para así dar cumplimiento a lo consagrado en la ley 1424 de 2010, y se convierta en elemento configurador de la evidencia histórica del conflicto armado de Colombia.

(2) Como la presente sentencia hace parte de la reparación integral, es obligación de las entidades demandadas la difusión y publicación de la misma por todos los medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su resolutoria, por un período ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

(3) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación para que revise en la Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario si los hechos del presente caso [violación de Derechos Humanos y/o Derecho Internacional Humanitario] se encuadran como merecedor de priorización en su trámite, en los términos de la Directiva No. 01, de 4 de octubre de 2012 [de la Fiscalía General de la Nación], para que se investiguen y juzguen a todos los que hayan participado en las lesiones causadas al señor Víctor Sánchez Cerquera.

(4) En caso de no ser eficaces los recursos internos, anteriormente señalados como parte de la reparación integral, la Sub-sección respetuosamente exhorta al Estado colombiano, en cabeza de las entidades demandadas para que acuda ante el Comité de Derechos Humanos de las

Naciones Unidas, para que se pronuncie sobre la violación de Derechos Humanos en el *sub judice*.

(5) Los familiares víctimas por los hechos sucedidos en el presente caso serán reconocidos como víctimas del conflicto armado, razón por la que se solicita a las instancias gubernamentales competentes incorporarlas y surtir los procedimientos consagrados en la ley 1448 de 2011.

De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al Tribunal de origen y a la Secretaría de la Sección Tercera informes del cumplimiento dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia, con una periodicidad de treinta (30) días calendario y por escrito, de los que deberán las mencionadas entidades dar difusión por los canales de comunicación web, redes sociales, escrito y cualquier otro a nivel local y nacional. En caso de no remitirse el informe pertinente, se solicitara a la Procuraduría adelantar las averiguaciones de su competencia ante la orden dada por sentencia judicial y se adopten las decisiones a que haya lugar de orden disciplinario.

**SEXTO: EXPEDIR** copia auténtica de la presente sentencia así como la de primer grado con las pertinentes constancias de notificación y ejecutoria. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando. Igualmente expídase copia de esta providencia con destino a las Entidades mencionadas en el numeral sexto de la parte resolutive de esta providencia.

**SÉPTIMO: DAR** cumplimiento a esta sentencia conforme a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

**OCTAVO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen, una vez en firme esta providencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

**Magistrada  
Aclaró voto**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE  
Magistrado  
Salvó voto**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA  
Presidente**