

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Condena, accede. Caso de lesión permanente a taxista por ataque guerrillero contra el comando y el CAI de la Policía Nacional ubicado en el sitio El Pailón, Buenaventura / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Principio de precaución establece como elementos el peligro, la amenaza y el daño / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Concepto del alcance del riesgo / PRINCIPIO DE DISTINCIÓN - Derecho internacional y nacional para distinguir entre población civil y combatientes / FALLA DEL SERVICIO - Omisión en el deber de protección a la población civil, deber de acompañar a las víctimas del conflicto. Control de convencionalidad

Con base en los anteriores fundamentos, la Sala tiene en cuenta como criterios para examinar el caso en concreto para determinar la procedencia de la valoración del documento aportado con la demanda en copia, los siguientes: (1) que la entidad demandada en la contestación de la demanda y en sus alegaciones en primera instancia no se opusieron a tener como prueba los documentos aportados por la parte actora; (2) las partes de manera conjunta en ninguna de las oportunidades procesales desconocieron tales documentos, ni los tacharon de falso, sino que conscientemente aceptaron su intención de que el mismo fuese valorados dentro del proceso; (3) las partes no han discutido durante el proceso la autenticidad de los documentos; y, (4) ambas partes aceptaron que el documento fuese apreciable y coincidieron en la valoración del mismo en forma recíproca, no sólo al momento de su aportación, sino durante el trascurso del debate procesal, por lo tanto serán valorados por la Subsección para decidir el fondo del asunto.(...). 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. (...) En el caso concreto, la Sala considera que se encuentra configurada la teoría del daño especial, en atención a que se trató de un ataque sorpresivo; sí se desplegaron las actividades de control y vigilancia correspondientes; se trata de un ataque propio del conflicto armado que vive el país, dentro del cual le corresponde al Estado la búsqueda de soluciones que conlleven la finalización de tal conflicto; los hechos no pudieron atribuirse a una falla del servicio; no se probó ninguna circunstancia que fuera reprochable o atribuible a los miembros de la población civil afectada y se trató de un ataque contra las fuerzas policiales. Adicionalmente debe advertirse que la teoría del daño especial tiene cabida en atención a los criterios de solidaridad y equidad que rigen la función del Estado y de las autoridades públicas, en atención a lo cual se encuentra fáctica y jurídicamente imputable la (sic) (sic) lesión de (...) a la entidad demandada. **NOTA DE RELATORIA:** Con salvamento de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque. A la fecha, en esta Relatoría no se cuenta con el medio magnético ni físico.

PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN - Elementos para su configuración: Peligro, amenaza y daño

Sin duda, el principio de precaución introduce elementos que pueden afectar en el ámbito fáctico el análisis de la causalidad (finalidad prospectiva de la causalidad), ateniendo a los criterios de la sociedad moderna donde los riesgos a los que se enfrenta el ser humano, la sociedad y que debe valorar el juez no pueden reducirse a una concepción tradicional superada(...). Entendida la precaución como principio, esto es, como herramienta de orientación del sistema jurídico “exige tener en cuenta los riesgos que existen en ámbitos de la salud y del medio ambiente pese a la incertidumbre científica, para prevenir los daños que puedan resultar, para salvaguardar ciertos intereses esenciales ligados más a intereses colectivos que a los individuales, de manera que con este fin se ofrezca una

respuesta proporcionada propia a la evitabilidad preocupada de una evaluación de riesgos (...) Si subjetivamente, el principio implica una actitud a tener frente a un riesgo, objetivamente, se dirige directamente a la prevención de ciertos daños en ciertas condiciones determinadas”. Luego, la precaución es un principio que implica que ante la ausencia, o insuficiencia de datos científicos y técnicos, es conveniente, razonable y proporcional adoptar todas aquellas medidas que impida o limiten la realización de una situación de riesgo (expresada como amenaza inminente, irreversible e irremediable) que pueda afectar tanto intereses individuales, como colectivos (con preferencia estos). (...). Se precisa advertir que en la sociedad moderna el instituto de la responsabilidad extracontractual está llamada a adaptarse, de tal manera que se comprenda el alcance del riesgo de una manera evolutiva, y no sujeta o anclada al modelo tradicional. Esto implica, para el propósito de definir el daño antijurídico, que la premisa que opera en la sociedad moderna es aquella según la cual a toda actividad le son inherentes o intrínsecos peligros de todo orden, cuyo desencadenamiento no llevará siempre a establecer o demostrar la producción de un daño antijurídico. Si esto es así, sólo aquellos eventos en los que se encuentre una amenaza inminente, irreversible e irremediable permitirían, con la prueba correspondiente, afirmar la producción de un daño cierto, que afecta, vulnera, 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.

PRINCIPIO DE DISTINCIÓN - Derecho Internacional. Elementos para su configuración

Dentro del catálogo de principios reconocidos por los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario está previsto el principio de distinción, según el cual “las partes dentro de un conflicto armado deberán distinguir entre población civil y combatientes y entre bienes civiles y objetivos militares”. Dicho principio se justifica en la necesidad de que “las hostilidades se libren entre combatientes y contra objetivos militares para que en ninguna circunstancia afecten a los no combatientes y a los bienes civiles (...). En relación con el principio de distinción, la Corte Constitucional ha señalado que “es obligación de las partes en un conflicto el esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles”. En este sentido, los bienes civiles son “aquellos bienes que no pueden ser considerados legítimamente como objetivos militares”; los objetivos militares, por su parte, son “aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida (...). Luego, con base en los anteriores criterios, el juez puede indagar si para un caso en concreto, siguiendo la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera, el daño antijurídico es atribuible (fáctica y jurídicamente) al Estado al demostrarse la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas, por tanto a encajar la imputación en el criterio de imputación del daño especial, y fundamentarse en “el deber de acompañamiento a las víctimas del conflicto”, concretada en la muerte o lesiones de miembros de la población civil, o en la pérdida, destrucción o deterioro de los bienes civiles.

DAÑO A LA SALUD - Reconoce 40 smmlv ante incapacidad laboral de 20.20%. Caso lesión permanente a taxista por ataque guerrillero en el sector el Pailón, Buenaventura

Determinado lo anterior debe proceder la Sala a pronunciarse respecto a uno de los rubros del daño a la salud reclamado. Examinado el acervo probatorio se

cuenta con el (i) Informe pericial de calificación de invalidez citado ut supra ; y con (ii) la certificación de la Junta de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, en la que se consignó que dicha Junta en sesión “llevada a cabo el día 31 de marzo de 2005 y mediante el acta No. 009-2005 de la misma fecha, se procedió a calificar al señor (a) WALTER RAMIREZ GARCIA (...)”, constatándose como pérdida de capacidad laboral el 20.20%, discriminada de la siguiente manera: (1) deficiencia 5.15%; (2) discapacidad 4.30%; y, (3) minusvalía 10,75%. Luego, la Sala en aplicación de la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, expediente 28832, encuentra probado este rubro indemnizatorio y lo reconoce a favor de la víctima. (...) en una suma equivalente a CUARENTA [40] salarios mínimos legales mensuales vigentes, ya que la gravedad de la lesión fue del 20.20%.

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 1 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 4 NUMERAL 1 / CONVENIO IV DE GINEBRA DDE 1949 / PROTOCOLO II ADICIONAL AL CONVENIO IV DE GINEBRA / RESOLUCION 1265 DE 1999 DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / LEY 16 DE 1972 / LEY 446 DE 1998 / RESOLUCION 9969 DE 1992 DE LA POLICIA NACIONAL

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

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

Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02207-01(36343)

Actor: WALTER RAMIREZ GARCIA Y OTROS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: Lesión a persona durante enfrentamiento de la fuerza pública con miembros de grupos al margen de la ley, valor probatorio del documento aportado en copia simple, presupuestos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, daño antijurídico, imputación de la responsabilidad al Estado y motivación de la imputación, la muerte o lesiones de miembros de la población civil durante un enfrentamiento armado entre el Estado y un grupo armado insurgente – Reiteración Jurisprudencial, imputación del daño antijurídico en el caso concreto y liquidación de perjuicios.

Decide la Sala de Sub-sección atendiendo la prelación dispuesta por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009¹, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el recurso de apelación adhesiva presentado por la parte demandante, contra la sentencia de 21 de febrero de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en la que se resolvió:

“1.- DECLARAR que LA NACIÓN (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL) es administrativa y patrimonialmente responsable de los perjuicios ocasionados a los demandantes por la lesión que sufrió el señor WALTER RAMÍREZ GARCÍA el día 4 de agosto de 1998, en el Municipio de Buenaventura – Valle del Cauca.

2.- Como consecuencia de la anterior declaración se condena a la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL a pagar a título de perjuicios morales, a favor de las siguientes personas, las siguientes sumas de dinero:

- Al señor WALTER RAMÍREZ GARCÍA, la suma en pesos colombianos equivalente a veinte (20) s.m.l.m.v. a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

- A la señora JANETH MARÍA MORA PEÑA el equivalente a diez (10) s.m.l.m.v. a la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

- A la menor WENDY RAMÍREZ MORA, por intermedio de sus padres, la suma de diez (10) s.m.l.m.v. a la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

- A GERALD FELIPE RAMÍREZ GARCÍA, JHON FERNANDO RAMÍREZ GARCÍA y SANDRA PATRICIA RAMÍREZ GARCÍA, la suma equivalente a cinco (5) s.m.l.m.v. para cada uno, a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

3.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.”

ANTECEDENTES

1. La demanda

¹ Ley 1285 Artículo 16. “**Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:**

Artículo 63A. *Del orden y prelación de turnos.* Cuando existan razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional, o en el caso de graves violaciones de los derechos humanos, o de crímenes de lesa humanidad, o de asuntos de especial trascendencia social, las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas, Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Constitucional, señalarán la clase de procesos que deberán ser tramitados y fallados preferentemente. Dicha actuación también podrá ser solicitada por el Procurador General de la Nación.”

La demanda fue presentada el 10 de julio del 2000, por Walter Ramírez García y Janeth María Mora Peña actuando en nombre propio y en representación de su hija menor Wendy Ramírez Mora; Gerardo Antonio Ramírez Morales y Oliva García de Ramírez actuando en nombre propio y en representación de su hijo Gerald Felipe Ramírez García; Jhon Fernando, Sandra Patricia y Edna Julieth Ramírez García actuando en nombre propio, por medio de apoderado debidamente facultado y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo [Decreto 01 de 1984], contra la Nación-Policía Nacional [fls.25 a 48 c1], para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“(...)

- 1. Se declara patrimonialmente y administrativamente responsable al ente demandado por los perjuicios ocasionados a mis mandantes.*
- 2. Se condene a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a reconocer y pagar los perjuicios a mis mandantes tal como se relacionan en el correspondiente capítulo.*
- 3. Se de aplicación a los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. en concordancia con el Artículo 16 de la Ley 446 de 1.998.*

Como consecuencia de lo anterior se solicitó el reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y perjuicios fisiológicos.

En la modalidad de perjuicios morales para Walter Ramírez García (víctima), Oliva García de Ramírez (madre), Gerardo Ramírez Morales (padre), Janeth María Mora Peña (cónyuge), Wendy Ramírez Mora (hija) la suma equivalente a 1.000 gramos oro para cada uno de ellos. Y, para Jhon Fernando, Sandra Patricia, Edna Julieth y Gerald Felipe Ramírez García (hermanos) la suma equivalente a 500 gramos oro para cada uno de ellos.

Lo anterior, con fundamento en los hechos que se sintetizan de la siguiente manera:

(1) El día 4 de agosto de 1998, en la ciudad de Buenaventura aproximadamente entre la 1:00 y 1:30 a.m. se presentó un ataque por parte de las FARC, contra el comando y el CAI de la Policía Nacional ubicado en el sitio “El Pailón”, situación que conllevó a un enfrentamiento entre la fuerza pública y los subversivos.

(2) Walter Ramírez García, resultó lesionado en la toma guerrillera con un impacto de bala en la pierna izquierda cuando pasaba por el lugar de los hechos conduciendo el taxi de placas VKG 365, situación que le ocasionó que perdiera el control del vehículo precipitándose a un caño de aguas residuales en donde permaneció hasta que huyeron los subversivos.

3) El señor Ramírez García fue trasladado al Hospital Departamental de Buenaventura, en donde se le diagnosticó "*fractura supracondilea policonminuta de fémur izquierdo*" por proyectil de alta velocidad. Razón por la cual se le practicaron dos cirugías para corregir la lesión.

4) Se indicó, que Walter Ramírez García ejercía labores de taxista conduciendo el vehículo de placas VKG 365 de propiedad del señor Héctor Días, obteniendo mensualmente un promedio de \$750.000, que lleva 23 meses sin trabajar como taxista debido a las lesiones sufridas porque son de carácter permanente.

3) Walter contrajo matrimonio con Janeth María Mora Peña, unión de la cual nació Wendy Ramírez Mora, conviviendo felizmente; adicionalmente, sus padres y hermanos sufrieron unos daños que no se encontraban en la obligación de soportar.

2. Actuación procesal en primera instancia

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca admitió la demanda por auto de 8 de septiembre de 2000 [fls.50 y 51 c1], ordenándose notificar a las partes y al Ministerio Público; entre otras resoluciones.

La Nación-Policía Nacional oportunamente contestó la demanda [fls.56 a 57 c1] aduciendo que: (1) no se podía responsabilizar del daño producido ya que fue un tercero el que lo ocasionó, esto es, las milicias urbanas de las FARC, por lo que no se configuró una falla en el servicio, ni omisión alguna; (2) no puede pretender responsabilizar a la Policía Nacional de los hechos, cuando lo único que hizo fue defender valientemente tanto las instalaciones como al resto de la población; y (3) no se puede llegar al extremo de pretender que el Estado responda por todas las actuaciones de grupos al margen de la ley. Finalmente, la demandada Nación-Policía Nacional se allanó a las pruebas solicitadas por la parte actora.

El proceso se abrió a pruebas por medio del auto de 23 de enero de 2003 [fls.59 y 60 c1], luego, por auto de 5 de agosto de 2005 se corrió traslado a las partes por el término de tres días del dictamen pericial rendido por la Junta Regional De Calificación de Invalidez del Valle del Cauca.

Por auto de 29 de julio de 2005, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.

El apoderado de la parte demandada, dentro de la oportunidad procesal, presentó los alegatos de conclusión [fls.144 a 168 c1] reiterando lo afirmado en la demanda, y agregando que *“es de conocimiento público la forma como actúan esta clase de delincuentes haciendo prácticamente imposible por parte del estado el control de todas las zonas y recodos en las que operan, más cuando la alteración del orden público fue cobarde, inminente, certero y sorpresivo sin que hubiera oportunidad de repeler o evitar el reprochable atentado.”*

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

3. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 21 de febrero de 2008 profirió sentencia en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda [fls.170 a 184 cp], con fundamento en los siguientes argumentos:

“(...) Como quiera que el ataque terrorista en virtud del cual resultó herido el señor WALTER RAMÍREZ GARCÍA estaba dirigido contra instalaciones y miembros de la Policía Nacional, se dará aplicación al título de imputación fundamentado en la actividad generadora de riesgo, en virtud de lo cual pasará a analizarse la acreditación del daño y su nexo causal con el título de imputación.

Sobre el daño inferido a los demandantes por las lesiones del señor WALTER RAMÍREZ GARCÍA, se observa que al expediente se allegaron los documentos públicos (certificados civiles de nacimiento), de los cuales se concluye el parentesco entre el directo afectado y los demás demandantes (...).

En cuanto al nexo causal, es claro para la Sala que fue la presencia de las instalaciones de la Policía Nacional y de los agentes que custodiaban la misma la causa o determinante del ataque perpetrado por el grupo terrorista y por ende, de la herida con arma de fuego sufrida por el señor WALTER RAMÍREZ GARCÍA.

Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Sala que el Estado es administrativa y patrimonialmente responsable de los perjuicios que hayan podido sufrir los demandantes (...).”

4. El recurso de apelación

El apoderado de la parte demandada presentó el 18 de noviembre de 2008, recurso de apelación contra la sentencia del a quo proferida el 21 de febrero de la misma anualidad [fls. 186 a 211 cp], con el objeto que se revoque, y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, al considerar que en el presente caso no se configura falla en el servicio por acción u omisión de la Policía Nacional, pues, se encontró demostrado que fue el hecho de un tercero el que causó todos los daños y perjuicios que alega la parte demandante. En ese orden, mal haría la Nación en responder por circunstancias que no podría llegar a controlar, más aún cuando la jurisprudencia ha manifestado que no puede exigírseles a las autoridades lo imposible, como adoptar medidas fuera de su alcance en cuanto a recursos económicos, para repeler la acción de mentes criminales.

4.1 Apelación adhesiva

El apoderado de la parte demandante presentó memorial el 19 de noviembre de 2008 (Fl. 214 cp), dentro del cual manifestó que se adhería al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca por auto de 27 de noviembre de 2008 [fls.216 y 217 cp] concedió, en el efecto suspensivo, los recursos de apelación presentados por las partes.

5. Actuación en segunda instancia.

Por auto de 12 de febrero de 2009 [fl.223 cp] se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el recurso de apelación adhesiva de la parte demandante.

El 23 de febrero de 2009, la parte demandante sustentó el recurso de apelación adhesiva, en los siguientes términos: **(i)** Que se reconozcan y tasen los perjuicios materiales en las modalidades de daño emergente y lucro cesante en favor de

WALTER RAMÍREZ GARCÍA de conformidad con sus ingresos, su vida probable y el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral establecido en el dictamen; **(ii)** que se reconozcan los perjuicios por el daño fisiológico o daño a la vida de relación, los cuales también procedían y **(iii)** que se reconozcan los perjuicios morales en salarios mínimos legales mensuales vigentes a GERARDO ANTONIO RAMÍREZ MORALES y OLIVA GARCÍA DE RAMÍREZ como padres de la víctima, los cuales no fueron incluidos en la parte resolutive de la sentencia, aun como se les acreditó como tal en la parte motiva.(Fls. 224 a 227 cp)

Mediante auto de 12 de marzo de 2009, se corrió traslado a las partes para que presenten los alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que emita su concepto [fl.229 cp].

El apoderado de la Nación-Policía Nacional oportunamente presentó los alegatos de conclusión [fls.232 a 234 cp], reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Por su parte, el Ministerio Público rindió concepto el 29 de abril de 2009 (Fls. 242 a 249 cp), solicitando que se modifique la sentencia de primera instancia en el sentido de reconocer los perjuicios materiales a Walter Ramírez García, así como la reforma a la cuantía reconocida por concepto de daño moral tanto al accionante como a su familia, y los daños morales sufridos por el señor Gerardo Ramírez y Oliva García, padres del accionante.

La parte demandante, guardó silencio.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

En atención a lo previsto en los artículos 120 del Código Contencioso Administrativo y 1° del Acuerdo 55 de 2003, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y la apelación adhesiva de la parte demandante, contra la sentencia 21 de febrero de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Comoquiera que la sentencia de primera instancia y los recursos de apelación tuvieron lugar para el año 2008, la norma aplicable, a efectos de determinar la segunda instancia, es la Ley 446 de 1998, el cual señala que para el año 2008, fecha de presentación de la demanda, la cuantía mínima para que un proceso en acción de reparación directa fuere susceptible del recurso de apelación era de \$500 SMLMV. En el caso concreto la estimación razonada de la cuantía se tasa en \$130.000.000, esto es, superior a 500 salarios mínimos legales vigentes.

2. Aspectos procesales previos

La Sala previo a estudiar y analizar de fondo este proceso, se pronuncia acerca del valor probatorio de los documentos aportados en copia simple.

2.1. Valor probatorio del documento aportado en copia simple

Respecto del acervo probatorio integrado por las pruebas aportadas directamente por las partes y por las ordenadas por el *A quo*, y concretamente sobre las copias simples la Sección Tercera en reciente sentencia² dijo:

“Ahora bien, una vez efectuado el recorrido normativo sobre la validez de las copias en el proceso, la Sala insiste en que –a la fecha– las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., con la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 – estatutaria de la administración de justicia–.

En el caso sub examine, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por la entidad demandante y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se allegó por el actor, circunstancia que no acaeció, tanto así que ninguna de las partes objetó o se refirió a la validez de esos documentos.

Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.

(...)

² Consejo de Estado; Sala Plena de la Sección Tercera; Sentencia del 28 de agosto de 2013; Exp. 25022; M.P. Enrique Gil Botero

Entonces, la formalidad o solemnidad vinculantes en el tema y el objeto de la prueba se mantienen incólumes, sin que se pretenda desconocer en esta ocasión su carácter obligatorio en virtud de la respectiva exigencia legal. La unificación consiste, por lo tanto, en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido”.

Con base en los anteriores fundamentos, la Sala tiene en cuenta como criterios para examinar el caso en concreto para determinar la procedencia de la valoración del documento aportado con la demanda en copia, los siguientes: (1) que la entidad demandada en la contestación de la demanda y en sus alegaciones en primera instancia no se opusieron a tener como prueba los documentos aportados por la parte actora; (2) las partes de manera conjunta en ninguna de las oportunidades procesales desconocieron tales documentos, ni los tacharon de falso, sino que conscientemente aceptaron su intención de que el mismo fuese valorados dentro del proceso; (3) las partes no han discutido durante el proceso la autenticidad de los documentos; y, (4) ambas partes aceptaron que el documento fuese apreciable y coincidieron en la valoración del mismo en forma recíproca, no sólo al momento de su aportación, sino durante el transcurso del debate procesal, por lo tanto serán valorados por la Subsección para decidir el fondo del asunto³.

3. Presupuestos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado

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 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”⁴.

³ Posición reiterada en: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920.

⁴ 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.

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”⁵. 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.

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 objetiva⁶.

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,

⁵ 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”.

⁶ 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.

Convenios, Acuerdos, etc.] de protección de los derechos humanos⁷ 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*”.

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*”⁸, que tanto se promueve en los sistemas internacionales de

⁷ 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.

⁸ 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

protección de los derechos humanos⁹. 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 imputación¹⁰.

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”¹¹ de la responsabilidad del Estado¹² y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados¹³ y de su patrimonio¹⁴, sin distinguir su condición, situación e interés¹⁵. 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

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.

⁹ 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”.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

¹¹ 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*”.

¹² 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.

¹³ 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”.

¹⁴ 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”.

¹⁵ 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 general de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

equilibrio roto en detrimento de ellos”¹⁶. 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”¹⁷; 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”¹⁸.

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”¹⁹. 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.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado²⁰ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública²¹ tanto por la acción, como por la omisión de

¹⁶ 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.

¹⁷ 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”.

¹⁸ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

¹⁹ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BENOIT, Francis-Paul. “Le regime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Administratif*. Fasc. 700, 715, 716, 720, No.1178, 1954, p.1.

²⁰ 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.

²¹ 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

un deber normativo²², argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012²³ y de 23 de agosto de 2012²⁴.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica²⁵, 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 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 Estado²⁶ según la cláusula social así lo exigen”²⁷.

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.

²² 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”.

²³ Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515.

²⁴ Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

²⁵ SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927. “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”.

²⁶ 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

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad²⁸, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica²⁹. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”³⁰.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”³¹. 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

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].

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

²⁸ 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”.

²⁹ 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”.

³⁰ 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”.

³¹ 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”.

empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”³².

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”³³. 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 causalidad³⁴, donde será determinante la magnitud del riesgo³⁵ y su carácter permisible o no³⁶. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad [no afecte a la calidad de la actividad], sí incide en el nivel de la actividad [incide en la cantidad de actividad] del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de

³² MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

³³ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

³⁴ 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].

³⁵ 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”.

³⁶ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sección Tercera, sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente 14170.

actividad [el nivel óptimo] y, con ello, la causación de un número menor de daños”³⁷.

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 proporcionalidad³⁸ 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 ponderación³⁹ 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”⁴⁰.

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

³⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

³⁸ 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 sea 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”.

³⁹ 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”.

⁴⁰ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “[...] la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección⁴¹ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁴². 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”⁴³.

⁴¹ 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”.

⁴² Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. A lo que se agrega por el mismo precedente: “En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la

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 garante⁴⁴.

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 universal⁴⁵, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse [...] que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales⁴⁶, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho⁴⁷”.

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”.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁴⁵ 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”.

⁴⁶ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.204.

⁴⁷ 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

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 Estado⁴⁸, 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 normativos⁴⁹, 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 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*

que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”.

⁴⁸ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

⁴⁹ 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.

un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”⁵⁰.

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 preventivo⁵¹ que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

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 causalidad⁵²), ateniendo a los criterios de la sociedad moderna donde los riesgos a los que se enfrenta el ser humano, la sociedad y que debe valorar el juez no pueden reducirse a una concepción tradicional superada.

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-*,”

⁵⁰ 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*”.

⁵¹ 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.

⁵² “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.

*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*⁵³. 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”⁵⁴. Entendida la precaución como principio⁵⁵, esto es, como herramienta de orientación del sistema jurídico⁵⁶ “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”⁵⁷. Luego, la precaución es un principio que implica que ante la ausencia, o insuficiencia de datos científicos y técnicos⁵⁸, 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).

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

⁵³ BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, París, 2005, p.3

⁵⁴ BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, ob., cit., p.4.

⁵⁵ 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”.

⁵⁶ 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”.

⁵⁷ BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, ob., cit., p.5.

⁵⁸ 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”.

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 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» [...]”⁵⁹.

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 eventual⁶⁰. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto⁶¹⁻⁶², 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”⁶³.

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

⁵⁹ 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.

⁶⁰ CHAPUS. “Responsabilité Publique et responsabilité privée”, ob., cit., p.507.

⁶¹ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

⁶² Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente 4333.

⁶³ 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.

indemnización⁶⁴. 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 actual⁶⁵.

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 extracontractual⁶⁶ 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

⁶⁴ 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”.

⁶⁵ 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

⁶⁶ 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 patrimonio⁶⁷; 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 cosa⁶⁸; 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 “irrazonable⁶⁹, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos⁷⁰; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general⁷¹, o de la cooperación social⁷².

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

⁶⁷ 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.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ 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”.

⁷⁰ 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”.

⁷¹ 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.

⁷² 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”.

de la víctima”⁷³. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado “que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”⁷⁴.

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”⁷⁵.

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

⁷³ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, 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)”.

⁷⁴ 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”.

⁷⁵ 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.

un daño antijurídico. Si esto es así, sólo aquellos eventos en los que se encuentre una amenaza inminente, irreversible e irremediable permitirían, con la prueba correspondiente, afirmar la producción de un daño cierto, que afecta, vulnera, 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 padece⁷⁶.

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”⁷⁷. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁷⁸, anormal⁷⁹ y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁸⁰.

⁷⁶ HENAO, Juan Carlos, “De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés”, en VVAA, *Daño ambiental*, T.II, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.194, 196 y 203. “[...] el daño que se presenta a partir de la simple amenaza que permite inferir el agravamiento de la violación del derecho, sin que suponga su destrucción total, no se incluye en los estudios de la doctrina sobre el carácter cierto del perjuicio. Y sin embargo, esta situación también se expresa en el carácter cierto del perjuicio. La única diferencia radica en que la proyección en el futuro se hará a partir de la amenaza y hasta la lesión definitiva y no respecto de las consecuencias temporales de esta última. Por esta razón es necesario tener en cuenta esta nueva situación y hacer una proyección en el futuro partiendo de la amenaza del derecho que implicará un agravamiento de la lesión del mismo [...] Se parte, en acuerdo con C. THIBIERGE cuando expone las carencias actuales de la responsabilidad civil, de tener en cuenta “el desarrollo filosófico del principio de responsabilidad y la idea de una responsabilidad orientada hacia el futuro que le permitiría al derecho liberarse de la necesidad de un perjuicio consumado y de crear una responsabilidad sólo por la simple amenaza del daño, con la condición de que éste último sea suficientemente grave” [...] La alteración del goce pacífico de un derecho es un perjuicio cierto. Aunque se pudiese reprochar que la amenaza de un derecho es por definición contraria a su violación, y por consecuencia, es contraria (sic) a la noción de daño, se reitera que la mera amenaza de violación es de por sí un daño cierto y actual. En efecto, el sentido común indica que el uso alterado de un derecho no es un goce pleno y pacífico de este, precisamente porque supone que se encuentra disminuido [...] La necesidad de estudiar la amenaza de agravación del derecho en la certeza del daño. Los desarrollos de esta primera parte nos permiten concluir que la amenaza de daño pertenece al ámbito del régimen jurídico del daño y por ende de la responsabilidad civil. Excluirla de la materia deja una parte esencial del daño sin estudio, permitiendo que se instauren concepciones en las cuales el derecho procesal limita el derecho sustancial”.

⁷⁷ Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550. Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirse al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”.

⁷⁸ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

⁷⁹ Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166. “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”.

⁸⁰ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

5. La muerte o lesiones de miembros de la población civil durante un enfrentamiento armado entre el Estado y un grupo armado insurgente – Reiteración Jurisprudencial⁸¹

Ahora bien, en el específico caso que se encuentra bajo examen de la Sala se hace necesario valorar la imputación en una doble perspectiva: en primer lugar, desde la producción del daño antijurídico ocurrido durante un ataque armado y el enfrentamiento entre el Estado y un grupo armado insurgente, bien sea como consecuencia de la acción, omisión o inactividad en los deberes de protección, seguridad y ejercicio de la soberanía en las que hayan podido incurrir las entidades demandadas, y que representen, también, la vulneración de los derechos reconocidos a la vida e integridad, dentro del marco de la dignidad humana, y los derechos humanos que por el mismo bloque merecen ser objeto de protección en cabeza de las fallecidas y los lesionados en los hechos acaecidos el 27 de agosto de 1999, como miembros de la población civil. De tal manera, cabe observar la atribución jurídica del daño antijurídico, en principio, a las entidades demandadas por falla en el servicio consistente en el incumplimiento e inobservancia de los deberes positivos derivados de exigencias constitucionales, legales, y del bloque ampliado de constitucionalidad (artículo 93), esto es, del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, que pueden ser constitutivos de una falla en el servicio.

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

Desde la perspectiva del derecho internacional humanitario, debe observarse lo consagrado en el Convenio IV de Ginebra del 12 de agosto de 1949, “relativo a la

⁸¹ Consejo de Estado, sentencia de 22 de octubre de 2012, Exp. 24.070, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra” (ratificado por Colombia el 8 de noviembre de 1961), y en el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, “relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”.

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

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

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

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

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

se establece que todas “las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor (...) Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes” (artículo 4.1); y, v) se prohíben los “atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio (...) o toda forma de pena corporal” (artículo 4.2).

En este marco, cabe afirmar que “ante la inevitabilidad de los conflictos, se hace perentorio garantizar, por las vías que sean –internacionales o internas–, el respeto de las reglas básicas de humanidad aplicables en cualquiera situaciones de violencia bélica; situaciones que al día de hoy se presentan en su mayor parte como conflictos armados sin carácter internacional”⁸².

Dentro del catálogo de principios reconocidos por los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario está previsto el principio de distinción⁸³, según el cual “las partes dentro de un conflicto armado deberán distinguir entre población civil y combatientes y entre bienes civiles y objetivos militares”⁸⁴. Dicho principio se justifica en la necesidad de que “las hostilidades se libren entre combatientes y contra objetivos militares para que en ninguna circunstancia afecten a los no combatientes y a los bienes civiles”⁸⁵.

⁸² “Y es de resaltar el hecho de que en la mayoría de los conflictos actuales las principales víctimas son las personas civiles, que corren el riesgo de perder la vida o de ser mutiladas en el curso de los combates, y a menudo se ven obligadas a abandonar sus lugares de origen, convirtiéndose en desarraigadas”. PEREZ GONZALEZ, Manuel. “Introducción; El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto”, en RODRIGUEZ – VILLASANTE, José Luis (Coord) Derecho internacional humanitario., ob., cit., p.41.

⁸³ Ramelli Arteaga, Alejandro. “Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia” GIZ, 2011. Pp. 145. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007.

⁸⁴ Marco Sassoli. “Legitimate targets of attacks under international humanitarian law”. Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research. 2003. Disponible en: <http://www.hpcrresearch.org/sites/default/files/publications/Session1.pdf>.

⁸⁵ Valencia Villa, Alejandro. “Derecho Internacional Humanitario. Conceptos básicos, infracciones en el conflicto armado colombiano”. USAID y Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2007. P. 121. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. “Uno de las reglas esenciales del derecho internacional humanitario es el principio de distinción, según el cual las partes en conflicto deben diferenciar entre combatientes y no combatientes, puesto que estos últimos no pueden ser nunca un objetivo de la acción bélica. Y esto tiene una razón elemental de ser: si la guerra busca debilitar militarmente al enemigo, no tiene por qué afectar a quienes no combaten, ya sea porque nunca han empuñado las armas (población civil), ya sea porque han dejado de combatir (enemigos desarmados), puesto que ellos no constituyen potencial militar. Por ello, el derecho de los conflictos armados considera que los ataques militares contra esas poblaciones son ilegítimos, tal y como lo señala el artículo 48 del protocolo I, aplicable en este aspecto a los conflictos internos, cuando establece que las partes “en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”.

El Protocolo I Adicional a los IV Convenios de Ginebra⁸⁶ establece el principio de distinción en relación con los bienes militares y civiles en los siguientes términos:

“Artículo 52: Protección general de los bienes de carácter civil

1. Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataque ni de represalias. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2.

2. Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.

3. En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin.”

Si bien el Protocolo II Adicional a los IV Convenios de Ginebra no contiene expresamente la prohibición de atacar a bienes civiles⁸⁷, ésta ha sido incorporada en varios instrumentos de Derecho Internacional Humanitario aplicables a conflictos armados internos. En efecto, los artículos 3.7 del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos enmendado el 3 de mayo de 1996⁸⁸ y 2.1 del Protocolo III sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias⁸⁹ establecen la prohibición de atacar bienes civiles.

Así mismo, la Resolución 1265 de 1999 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas condenó todos los ataques dirigidos en contra de bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario⁹⁰.

⁸⁶ Cfr. Ley 11 de 21 de julio de 1992, "por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, adoptado en Ginebra el 8 de junio de 1977". Corte Constitucional, sentencia C-088 de 1993.

⁸⁷ Algún sector de la doctrina ha señalado que dicha prohibición podría entenderse incorporada en el artículo 13 del Protocolo II Adicional según el cual "1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares."

⁸⁸ "Artículo 3: Restricciones generales del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos "7. Queda prohibido, en todas las circunstancias, emplear las armas a las que se aplica el presente artículo, sea como medio de ataque, como medio de defensa o a título de represalia, contra la población civil propiamente dicha o contra personas civiles o bienes de carácter civil."

⁸⁹ "Artículo 2. : Protección de las personas civiles y los bienes de carácter civil 1. Queda prohibido en todas las circunstancias atacar con armas incendiarias a la población civil como tal, a personas civiles o a bienes de carácter civil".

⁹⁰ Puede consultarse: [<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1946.pdf?view=1>].

Por su parte, el Customary International Humanitarian Law también establece el principio de distinción entre los bienes civiles y militares en los siguientes términos:

“Regla 7. Las partes en conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Los ataques sólo podrán dirigirse contra objetivos militares. Los bienes de carácter civil no deben ser atacados.

Regla 8. Por lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida.

Regla 9. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares.

Regla 10. Los bienes de carácter civil gozan de protección contra los ataques, salvo si son objetivos militares y mientras lo sean⁹¹.

De esta manera, y tal como lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia, el principio de distinción pretende *“la protección de la población civil y de objetos civiles, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca pueden hacer a los civiles objeto de ataques, y en consecuencia nunca pueden utilizar armas que sean incapaces de diferenciar entre objetivos civiles y militares”⁹².*

Es preciso resaltar que según la jurisprudencia constitucional tales normas convencionales y consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario integran el denominado bloque de constitucionalidad⁹³. Al respecto, la propia Corte Constitucional ha señalado que “[e]l hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben

⁹¹ ICRC. Customary International Humanitarian Law. “Rule 7. The parties to the conflict must at all times distinguish between civilian objects and military objectives. Attacks may only be directed against military objectives. Attacks must not be directed against civilian objects. Rule 8. In so far as objects are concerned, military objectives are limited to those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose partial or total destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage. Rule 9. Civilian objects are all objects that are not military objectives. Rule 10. Civilian objects are protected against attack, unless and for such time as they are military objectives”.

⁹² Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, 1996. “[it] is aimed at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants; States must never make civilians the object of attack and must consequently never use weapons that are incapable of distinguishing between civilian and military targets”.

⁹³ Corte Constitucional, sentencias C-225 de 1995 y C-291 de 2007.

atenerse a sus prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados. (...) El hecho de compartir la jerarquía del texto formal de la Carta convierte a los dispositivos del bloque en “eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad”, y la condición de ocupar con ellos el máximo peldaño en la escala normativa obliga a que toda la legislación interna acondicione su contenido y ajuste sus preceptos a los estatutos por aquellas adoptados, pues éstos irradian su potestad sobre todo el ordenamiento normativo.”⁹⁴

Además de estar previsto en la normativa de Derecho Internacional Humanitario, el principio de distinción constituye una norma consuetudinaria e integra el *ius cogens*. En este sentido, la Corte Constitucional estableció que “el principio de distinción –el cual es obligatorio para el Estado colombiano por su doble naturaleza de norma convencional y consuetudinaria de derecho internacional, además de ser una norma de *ius cogens*-, que incluyen la prohibición de dirigir ataques contra la población civil o contra personas civiles, y la prohibición de llevar a cabo actos dirigidos a aterrorizar a la población civil”⁹⁵.

En relación con el principio de distinción, la Corte Constitucional ha señalado que “es obligación de las partes en un conflicto el esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles”⁹⁶. En este sentido, los bienes civiles son “aquellos bienes que no pueden ser considerados legítimamente como objetivos militares”⁹⁷; los objetivos militares, por su parte, son “aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida”⁹⁸.

⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-067 de 2003.

⁹⁵ Corte Constitucional, auto 092 de 2008. Cfr. Sentencia SU 747 de 1998. “Como se señala en la sentencia C-225/95 de esta Corporación, los no combatientes no pueden ser en ningún momento objeto de acciones militares y, además, no pueden ser involucrados dentro del conflicto armado, pues eso los convertiría en actores del mismo y, en consecuencia, en objetivos militares. Es claro entonces que el Estado colombiano no está autorizado para atacar o aterrorizar a la población civil ni para involucrarla en el conflicto armado, en calidad de actor militar.”

⁹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007. Cfr. TPIY. Caso Fiscal Vs. Tihomir Blaskic. “Las partes en un conflicto están obligadas a esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles” [Traducción informal: “The parties to the conflict are obliged to attempt to distinguish between military targets and civilian persons or property”].

⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007.

⁹⁸ *Ibidem*.

Por último, resulta pertinente resaltar que en pretéritas ocasiones la Sección Tercera ha establecido que las vulneraciones a principios del Derecho Internacional Humanitario constituyen supuesto suficiente para declarar la responsabilidad del Estado con fundamento en el título de imputación “falla del servicio”⁹⁹.

De otra parte, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, y considerados singularmente dichos derechos, se tiene que cuando *“un conflicto asume las dimensiones de una confrontación armada, la vida de la nación se considera inmediatamente en peligro, lo que lleva a invocar las cláusulas derogatorias. En tales casos, todas las normas de derechos humanos cuya derogación está prohibida siguen en pleno vigor. Estas normas están confirmadas o complementadas por la normativa específica de los conflictos armados no internacionales, que forman parte de la normativa humanitaria”*¹⁰⁰. Dicha protección tiene su base en los derechos constitucionalmente reconocidos a la vida e integridad de las personas, y los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos -artículos 1¹⁰¹, 4.1.-, (que fue incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 16 de 1972).

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

⁹⁹ Sección Tercera, sentencia de 6 de julio de 2005, expediente 13969.

¹⁰⁰ “Aunque la Declaración universal tuvo influencia en los redactores de las convenciones de Ginebra, la normativa internacional sobre derechos humanos y las normas humanitarias afrontan el problema de los conflictos armados internos de diferentes modos. La primera se encuadra en el marco del ius ad bellum según lo previsto en la Carta de las Naciones Unidas, de acuerdo con la cual queda prohibido el recurso a la fuerza y, en consecuencia, está dirigido a la conservación de la paz. La segunda, por su parte, forma parte (sic) del ius in bello: establece las normas que rigen el uso de la fuerza sin examinar las causas del conflicto de acuerdo a los principios de la Cruz Roja y, en especial, los principios humanitarios”. NEWMAN, Frank C; VASAK, Karel. “Derechos civiles y políticos”, en VASAK, Karel (ed) Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. V.I. Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, pp.285 y 286.

¹⁰¹ “Como se puede observar, de la lectura de este artículo (artículo 1° de la Convención Americana) se desprenden dos obligaciones para los Estados parte, en relación con los derechos consagrados en el texto de la Convención, a saber: i) la obligación de respeto, que exige del Estado una conducta de abstención, denominada también obligación negativa y, por otro lado, ii) se impone una obligación de garantía, que exige a los Estados parte emprender las acciones necesarias tendientes a asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y garantizarlos. Sobre el alcance de esta disposición, (artículo 2° de la Convención Americana) la Corte Interamericana, ha precisado que este deber tiene dos implicaciones: “Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”. Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273.

artículos 28 y 29 de la Declaración universal y en el párrafo quinto del preámbulo de los Convenios internacionales sobre derechos humanos”¹⁰².

6. Imputación del daño antijurídico en el caso concreto.

En el caso concreto se encuentra acreditado que el día 4 de agosto de 1998, Walter Ramírez García, fue herido con un impacto de bala en la pierna izquierda cuando quedó en medio del fuego cruzado entre miembros de la Policía Nacional y grupos armados al margen de la ley, al parecer pertenecientes a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC.

Tales hechos se constatan de los siguientes medios probatorios:

- Historia clínica del señor Ramírez García en el Hospital Departamental de Buenaventura de 4 de agosto de 1998¹⁰³ en el que se indicó:

*“(...) Causa de consulta: Herida en muslo izquierdo con fractura femur (sic)
(...)
Diagnóstico: Fx Abierta femur Izq...”*

- Poligrama SB 002, No. 0353 de 4 de agosto de 1998, suscrito por el comandante del Distrito Policial del Pacífico, Coronel Miguel Ángel Vargas Campos, en el que se consignó:

*““(...) PERMITOME INFORMAR ESAS DIRECCIONES coma DÍA HOY ENTRE 01:00 Y 01:30 HORAS PRESENTOSE ATAQUE SIMULTANEO CONTRA INSTALACIONES COMANDO DISPA Y CAI PAILÓN SIENDO DESTRUIDAS EN SU TOTALIDAD (...) RESULTÓ LESIONADO (...) COMERCIANTE **WALTER RAMIREZ GARCIA** coma 28 AÑOS coma **TAXISTA** (...)”* (fl. 22 c1);

- De estos hechos también se formuló denuncia el 10 de agosto de 1998 por el señor Gerardo Ramírez (padre de la víctima), ante la Fiscalía General de la Nación por el delito de lesiones personales “y otros”, en la cual manifestó¹⁰⁴:

“(...) Mi hijo dice que se encontraba trabajando pues él maneja un taxi (...) como a las dos y media de la mañana el día martes día de la toma

¹⁰² La “vida humana en sus múltiples relaciones sociales halla reconocimiento y expresión bajo la tutela de la promoción y protección de los derechos humanos”. BOVEN, Theodoor C. Van. “Criterios distintivos de los derechos humanos”, en VASAK, Karel (ed) Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. V.I. 1A ed. Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, p.95.

¹⁰³ Fl.13 c1.

¹⁰⁴ Fl.23 C.1

guerrillera, se encontraba laborando y fue una casualidad que en ese momento se cruzara por el lugar del Cai del Bolívar (sic), habiendo recibido un tiro en una pierna que le astilló el hueso y tubo (sic) que ser intervenido quirúrgicamente encontrándose en este momento en el Hospital de Buenaventura, el vehículo no es de propiedad de él y en ese momento del tiroteo (...) el vehículo perdió el control y salió al vacío (sic) donde se encuentra el caño de aguas negras (...)”

- Certificado expedido por la Policía Nacional – Distrito Policial del Pacífico el 25 de agosto de 1999¹⁰⁵, suscrito por el Comandante Distrito Policial del Pacífico TC. Elmer Arfait Wilches Tijo, en el que se dejó constancia de lo siguiente:

*“Que el señor **WALTER RAMIREZ**, identificado con Cédula de Ciudadanía Nro. 19.507.963, en toma guerrillera efectuada por el treinta XXX Frente de FARC en esta ciudad, el día 04 de agosto de 1998, fue herido con un impacto de bala en la pierna izquierda, cuando conducía el vehículo de placas VKG-365 (...)*”.

Vistos los hechos que anteceden, esto es, la ocurrencia de una emboscada por parte de miembros de grupos subversivos al margen de la ley contra el comando “DISPA” y CAI “PAILÓN” de la Policía Nacional, que arrojó como resultado cuatro uniformados de la policía muertos, un civil muerto y tres civiles heridos, dentro de los cuales se encuentra el señor Walter Ramírez García.

Cabe señalar que en la dilatada jurisprudencia de la Corporación se ha abordado la responsabilidad del Estado con ocasión de actos de grupos armados a partir de diferentes criterios de imputación, a saber: falla en el servicio, riesgo excepcional y el daño especial, según la determinación fáctica de cada caso y la atribución jurídica que proceda.

Por ejemplo, observa la Sala que según la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 21 de febrero de 2008, obrante dentro del plenario, en la cual se debatieron los mismos hechos que aquí se discuten, dicho Tribunal resolvió declarar a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional administrativamente responsable por las lesiones sufridas por el señor Walter Ramírez García, bajo el título de imputación del “*riesgo excepcional*”.

Sin embargo, la Sala considera pertinente resaltar que, en casos similares, esta Corporación ha declarado la responsabilidad de la Administración con fundamento

¹⁰⁵ Fl. 24 C. 1

en el título de imputación “*daño especial*”¹⁰⁶ tratándose de actos terroristas dirigidos a socavar las instituciones del Estado, “*lo que se explica por la selección del personaje contra el cual se ejecutó. El fenómeno violento se dirigió, pues, contra la organización estatal con el fin de destruirla, o a la búsqueda de concesiones importantes*”¹⁰⁷.

Y, asimismo, en tratándose de daños antijurídicos causados por grupos armados insurgentes, esta Corporación ha juzgado tales hechos a la luz de los criterios que informan la falla en el servicio, bien sea bajo la existencia de mandatos de abstención –deberes negativos- como de acción –deberes positivos- a cargo del Estado, por el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, la omisión o inactividad de la administración pública o el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración.

Ahora bien, con relación a los deberes normativos a cargo del Estado, nuestra Constitución Política – artículo 2°, define dentro de los fines esenciales del Estado el asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, para lo cual se instituyeron las autoridades públicas, con el propósito fundamental de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, postulado que, en relación con la Policía Nacional fue desarrollado mediante el artículo 218 superior, al contemplarla como

“un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”

En este sentido, tenemos que el servicio de policía, es un servicio público a cargo del Estado encaminado a mantener y garantizar el orden público interno de la Nación y la convivencia pacífica, entre otros. Este servicio lo presta el Estado en forma permanente, exclusiva, obligatoria, directa, indelegable, inmediata e indeclinable, con el propósito esencial de procurar el desarrollo de la vida en comunidad, cuyo ejercicio se encuentra limitado en la observancia de la primacía

¹⁰⁶ Consejo de Estado – Subsección C, sentencia de 25 abril de 2012, Exp. 22.387, MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁰⁷ Apartes transcritos en Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. No. 8577, septiembre 23 de 1994, C.p. Julio Cesar Uribe Acosta del aparte “Los actos terroristas y el derecho privado” en El seguro en la propiedad horizontal y ante los actos terroristas, Medellín, 1986, p. 76 y 77. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 3 de mayo de 2007. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 16696.

de los derechos inalienables de las personas y los principios contenidos en la Constitución Política, las leyes y en la finalidad específica que su prestación persigue¹⁰⁸.

Así las cosas, en relación con el juicio de imputación a la luz de la falla del servicio, éste consiste, fundamentalmente, en revisar la actuación de la autoridad pública demandada, representada en el desempeño de los agentes de policía que ejecutaron el operativo, actuación que debe encontrarse plenamente ajustada a los contenidos normativos e imperativos que regulan la prestación del servicio de policía, contenidos en la Constitución, las leyes y los reglamentos que para el efecto hayan expedido los miembros del Gobierno Nacional, en concordancia con el principio de legalidad que rige la actuación de los servidores públicos, contenido en el artículo 6° constitucional, que los responsabilizó por infringir la Constitución o las leyes, ya sea mediante una acción, omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Específicamente, encontramos dentro de la normatividad aplicable en el sub lite, la Resolución 9969 del 13 de noviembre de 1992, por medio de la cual el Director General de la Policía Nacional aprobó el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural, previendo la necesidad de actualizar y ajustar la prestación del servicio policial a los nuevos principios establecidos en la Constitución Política de 1991, con la función primordial de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos, libertades públicas y la convivencia pacífica.

Allí se denominó servicio de policía a la vigilancia permanente que el Estado presta por intermedio de la Policía Nacional, para conservar el orden público, proteger las libertades y prevenir y controlar la comisión de delitos, y se dijo que este servicio lo integran la vigilancia urbana y rural que son la base fundamental de las actividades preventivas y operativas de la Policía Nacional¹⁰⁹, clasificándolo según su objeto en de vigilancia y Judicial¹¹⁰.

En dicho reglamento, se establecieron las normas de carácter general que regulan la prestación del servicio policial, se fijaron los criterios, pautas y procedimientos

¹⁰⁸ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C, Sentencia 15 de febrero 2012, Exp. 21244, MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁰⁹ Artículo 34 Resolución 9969/1992 – Policía Nacional.

¹¹⁰ Artículo 35 ibidem.

para asegurar el cabal cumplimiento de la misión constitucional asignada a la Policía Nacional y se estableció una guía permanente de consulta para unificar procedimientos en la prestación del servicio de vigilancia¹¹¹, a los cuales deben ceñirse las actuaciones del personal oficial, suboficial y agentes de la Institución¹¹², que son funcionarios profesionales, preparados y estructurados en el ejercicio de su función, quienes deben cumplir en todo momento los deberes que impone la ley, sirviendo a la comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión, para lo cual, en el desempeño de sus tareas, se encuentran obligados a respetar y proteger la dignidad humana y mantener y defender los derechos humanos de todas las personas, y sólo están habilitados para usar la fuerza cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas¹¹³, es decir dentro de los límites de razonabilidad y proporcionalidad que la situación fáctica demande.

Ahora bien, en relación con el servicio de vigilancia se estableció que la Policía, en el ejercicio de sus funciones de vigilancia, debe desarrollar un espíritu de observación, sagacidad e iniciativa, con el propósito de vigilar preferentemente a personas sospechosas que deambulen por su lugar de facción, concertar su atención en aquellas personas cuyas actitudes le merezcan duda en su proceder y velar por la seguridad en el sector a su cargo, especialmente en los turnos de noche¹¹⁴, entre otras, y en todo caso con la obligación de intervenir, cualquiera sea la circunstancia en que se encuentre¹¹⁵ y de desplegar toda su iniciativa para procurar la prevención de delitos, desordenes, o cualquier otro acto que tienda a perturbar la seguridad y el bienestar de la comunidad¹¹⁶, de lo cual se resalta que el servicio de vigilancia policial es eminentemente preventivo.

Dicho lo anterior, la Sala considera que en el caso de autos no se encuentra probado que la Policía Nacional haya faltado a sus deberes normativos, de manera que no se tiene probada la configuración de una falla en el servicio policial.

¹¹¹ Artículo 1° ibídem.

¹¹² Artículo 2° ibídem.

¹¹³ Artículo 23 ibidem.

¹¹⁴ Artículo 38 ibidem.

¹¹⁵ Artículo 39 ibidem.

¹¹⁶ Artículo 47 ibidem.

No obstante, y como antes se dijo, en casos similares, esta Corporación ha declarado la responsabilidad de la Administración con fundamento en el título de imputación “daño especial”, teniendo en cuenta la ruptura del equilibrio de las cargas públicas de los miembros de la población civil afectados con el ataque armado y enfrentamiento entre el Estado y un grupo armado insurgente.

Al respecto, la más reciente jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera¹¹⁷ considera que tratándose de daños antijurídicos derivados de un ataque armado o del enfrentamiento del Estado y un grupo armado insurgente, cabe afirmar varios argumentos: 1) debe tenerse en cuenta *“la especial naturaleza de este tipo de ataques que son de suyo sorpresivos y pocas veces predecibles”*; 2) así mismo, es necesario observar si se desplegaron “actividades de control y vigilancia permanentes sobre los distintos sectores de la población”, reconociendo el *“alto grado de presencia subversiva”* en un área concreta; 3) determinar si los *“ataques llegaban a producirse por efecto mismo de la naturaleza y dimensión del conflicto armado”*; 4) afirmar que *“es al Estado a quien corresponde la búsqueda de soluciones que conlleven a la terminación de la guerra, de ahí que debe convenirse en que se aparta de los más elementales criterios de justicia y equidad que al producirse estos ataques subversivos, el Estado no acuda a socorrer a sus víctimas”*; 5) considerar que no pueda atribuirse el daño antijurídico a alguna falla en el servicio, ya que se *“actuó dentro del marco de sus posibilidades”*; 6) que tampoco se pueda *“reprochar la conducta”* de los actores como miembros de la población civil; y, 7) que se trate de un ataque “dirigido contra el Estado, cuyo radio de acción no se limitó a objetivos estrictamente militares, sino que comprendió también a la población civil”.

Luego, con base en los anteriores criterios, el juez puede indagar si para un caso en concreto, siguiendo la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera, el daño antijurídico es atribuible (fáctica y jurídicamente) al Estado al demostrarse la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas, por tanto a encajar la imputación en el criterio de imputación del daño especial¹¹⁸, y fundamentarse en “el deber de

¹¹⁷ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

¹¹⁸ “(...) En conclusión, la Sección considera que en este caso resulta aplicable la teoría del daño especial, habida cuenta que el daño, pese a que se causó por un tercero, lo cierto es que ocurrió dentro de la ya larga confrontación que el Estado ha venido sosteniendo con grupos subversivos, óptica bajo la cual, no resulta constitucionalmente aceptable que el Estado deje abandonadas a las víctimas y, que explica que la imputación de responsabilidad no obedezca a la existencia de conducta alguna que configure falla en el servicio, sino que se concreta como una forma de materializar los postulados que precisamente justifican esa lucha contra la subversión y representan y hacen visible y palpable, la legitimidad del Estado”. Sección Tercera, sentencias

acompañamiento a las víctimas del conflicto”¹¹⁹, concretada en la muerte o lesiones de miembros de la población civil, o en la pérdida, destrucción o deterioro de los bienes civiles.

En el caso concreto, la Sala considera que se encuentra configurada la teoría del daño especial, en atención a que se trató de un ataque sorpresivo; sí se desplegaron las actividades de control y vigilancia correspondientes; se trata de un ataque propio del conflicto armado que vive el país, dentro del cual le corresponde al Estado la búsqueda de soluciones que conlleven la finalización de tal conflicto; los hechos no pudieron atribuirse a una falla del servicio; no se probó ninguna circunstancia que fuera reprochable o atribuible a los miembros de la población civil afectada y se trató de un ataque contra las fuerzas policiales.

Adicionalmente debe advertirse que la teoría del daño especial tiene cabida en atención a los criterios de solidaridad y equidad que rigen la función del Estado y de las autoridades públicas, en atención a lo cual se encuentra fáctica y jurídicamente imputable la (sic) (sic) lesión de WALTER RAMÍREZ GARCÍA a la entidad demandada.

Finalmente, por cuanto se trata de la imputación de responsabilidad en tratándose de daños causados por las acciones de grupos armados insurgentes – HECHO DEL TERCERO, se destaca que la concepción del hecho del tercero debe superar como hipótesis la necesidad de determinar un vínculo material u orgánico para que pueda atribuirse la responsabilidad, ya que lo sustancial es el rol que juega la administración pública, su “*posición de garante de vigilancia*”, de la que derivan todos los deberes del actor llamado a ofrecer la protección debida y corresponderse con los deberes positivos que implican actuar frente a situaciones que amenacen o puedan desencadenar un daño como consecuencia de las acciones de terceros, porque es el Estado el llamado a ejercer una intervención mucho más profunda ante fenómenos de violencia, o de insurgencia que tiene plenamente definidos.

Debe tenerse en cuenta, también, que el “*Estado será responsable de los actos de particulares si los órganos del Estado hubieran podido actuar para prevenir o*

de 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

¹¹⁹ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

*reprimir el comportamiento de éstos, o si existiese una relación de hecho específica entre la persona o entidad que observó el comportamiento y el Estado*¹²⁰.

El hecho del tercero no es una causal que permita al juez crear una regla general como máxima, sino que, por el contrario, lo invita a analizar, teniendo en cuenta las especiales condiciones del Estado colombiano, cuándo, en qué medida, y bajo qué proporcionalidad el Estado estaría llamado a responder, o con otras palabras, le sería atribuible (fáctica y jurídicamente) un daño antijurídico producido por un tercero, sin acudir a verificar los vínculos o relaciones de éste con la administración pública, sino a partir de la exigencia máxima de la tutela de la víctima como premisa de la responsabilidad extracontractual del Estado en la visión moderna y humanista.

Sin duda, el tratamiento que se pueda dar al hecho del tercero en la visión propia a los tiempos que corren, no permite que sigamos anclados en el modelo clásico causalista, y nos centremos en la vocación que el instituto de la responsabilidad debe atender: herramienta complementaria para tutela de los derechos de los administrados, especialmente de los derechos humanos; factor de convivencia y del logro de la paz, e; instrumento que permita la aplicación de una justicia redistributiva donde sea el principio de solidaridad el que opere, no la visión individualista propia a los orígenes del mismo instituto.

El hecho del tercero debe convertirse en una excepción a la regla general de la primacía de la víctima en la determinación de la responsabilidad extracontractual del Estado, como criterio garantístico, finalístico y principal para dotar al Estado de una herramienta con vocación preventiva, no simplemente como verificación de hechos que sistemáticamente se producen y no tienen eco en la actividad del Estado para procurar tratarlos, superarlos y, así alcanzar la reconciliación nacional.

En síntesis, la Sala considera que en el caso de autos el hecho del tercero no tiene la entidad para exonerar de responsabilidad a la administración en tanto que se está en presencia de un criterio de imputación cuyo fundamento se halla en la

¹²⁰ RODRIGUEZ H, Gabriela. “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”, en MARTIN, Claudia; RODRIGUEZ-PINZON, Diego; GUEVARA B., José A. (Comp) Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 1ª ed. México, Fontamara; Universidad Iberoamericana, 2004, pp.56.

posición de garante, la solidaridad y la equidad frente a la población civil afectada por el conflicto armado interno.

7. Reconocimiento y liquidación de los perjuicios

7.1 Perjuicios morales

En la demanda se solicitó el reconocimiento de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de perjuicios morales, a favor de **WALTER RAMÍREZ GARCÍA** como víctima directa, **JANETH MARÍA MORA PEÑA** como su cónyuge, **WENDY RAMÍREZ MORA** como su hija, de **GERARDO RAMÍREZ MORALES** y **OLIVA GARCÍA DE RAMÍREZ** como padres de la víctima, la suma equivalente a mil gramos de oro fino (demanda) o salarios mínimos legales mensuales vigentes (recurso de apelación), para cada uno de ellos.

Para los hermanos, **EDNA JULIETH, JHON FERNANDO, GERALD FELIPE Y SANDRA PATRICIA RAMÍREZ GARCÍA**, la suma equivalente a quinientos gramos de oro fino (demanda) o salarios mínimos legales mensuales vigentes (recurso de apelación), para cada uno de ellos.

La Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, mediante sentencias de 28 de agosto de 2014¹²¹, 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.

Con relación a la víctima **WALTER RAMÍREZ GARCÍA** la Sala encuentra que la relación de parentesco con sus familiares y la calificación de su lesión, se acredita de la siguiente manera:

- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Walter Ramírez García (fl. 4 C1).

¹²¹ Consejo de Estado sentencia de 28 de agosto de 2014, No. 26.251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; No. 27.709 M.P. Carlos Alberto Zambrano.

- Copias auténticas de los registros civiles de nacimiento de sus hermanos: Sandra Patricia, Gerald Felipe, Jhon Fernando y Edna Julieth Ramírez García (fls. 4 a 8 C1).

- Copia del registro civil de nacimiento de Wendy Ramírez Mora (fl. 9 C1).

- Copia de la partida de matrimonio celebrado en junio de 1994, entre Walter Ramírez García y Janeth María Mora Peña (fl. 11 C1).

- Copia de la historia clínica de Walter Ramírez García (fls. 13 a 21 C1).

- Certificación y Dictamen pericial emanados de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, en donde se tazó la pérdida de capacidad laboral para Walter Ramírez García en un 20.20% (fls. 132 a 139 C1).

- Testimonio rendido por EVERARDO DE JESÚS CORREA ARIAS (fls. 107 a 108 C1), en el que manifestó que conocía a la familia de Walter Ramírez y que le constaba que era muy unida y convivían bajo el mismo techo. Sobre los hechos, narró que Walter conducía un taxi la noche de los hechos y como hubo un enfrentamiento entre *“la ley y la guerrilla”* a él le pegaron un disparo en la pierna por lo que quedó mal herido y el taxi que conducía quedó en un caño. Que como consecuencia de lo anterior quedó en un mal estado de salud y dificultad para caminar, que no se encontraba trabajando para la fecha de la declaración y que como taxista se ganaba \$750.000 mensuales. Sobre la relación de la víctima con sus hermanos sostuvo que era muy buena que se quieren mucho y todos han sufrido por lo que le pasó.

- Testimonio rendido por ROBERTO QUESADA MEDINA (fls. 110 a 112 C1), en el que manifestó que el 4 de agosto de 1998, hubo una incursión de la guerrilla en Buenaventura, en el sitio del CAI del Pailón y allí salió afectado el señor WALTER RAMÍREZ GARCÍA porque una bala perdida se incrustó en la puerta y pasó la pierna del señor Walter, motivo por el cual quedó inhabilitado de la pierna. Respecto de la unión familiar, indicó que la familia ha sufrido mucho porque todos viven bajo el mismo techo y Walter no ha podido conseguir más trabajo.

- Testimonio rendido por JOSÉ JANUARIO CARDONA MARIN (fls. 113 y 114 C1), en el que manifestó sobre los hechos, que hubo un enfrentamiento entre la policía

y la guerrilla porque se querían tomar el CAI Pailón, momento en el cual iba pasando Walter y resultó herido en una pierna. Sobre el sueldo que devengaba Walter, señaló que por ser el también taxista sabía que el ingreso era de \$700.000 a \$750.000., Finalmente, afirmó que Walter y su familia se encuentran tristes y dolidos con todo lo que pasó.

- Testimonio rendido por ROBINSON CARVAJAL LONDOÑO (fls. 116 y 117 C1), en el que narró los mismos hechos anteriormente citados, que Walter Ramírez le contaba que devengaba de \$750.000 a \$800.000 mensuales ejerciendo su labor de taxista, el cual por las lesiones padecidas no ha podido volver a ejercer. Sobre la familia, indicó que ha sufrido mucho y lo ha visto porque va a visitar a Walter y que en la misma casa viven todos, menos la hermana que se encuentra radicada en Bogotá.

De acuerdo a lo anterior, la Sala encuentra acreditado el dolor y el sufrimiento padecido por Walter Ramírez y su familia, con ocasión de la lesión sufrida en la pierna izquierda en el desarrollo de un enfrentamiento armado entre miembros de la Policía Nacional e integrantes de la FARC.

Así las cosas, para la liquidación de los perjuicios morales, los cuales serán objeto de modificación con relación a la sentencia de primera instancia, la Sala de Subsección tiene en cuenta, la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 28 de agosto de 2014, expediente 32988, así como el Documento Final aprobado mediante Acta del 28 de agosto de 2014 “Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales”, así como las sentencias de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera en la materia y de la misma fecha, en las que se fijó:

“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 fija 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 |
| GRAVEDAD DE LA LESIÓN | 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 |
| | S.M.L.M.V. | S.M.L.M.V. | S.M.L.M.V. | S.M.L.M.V. | S.M.L.M.V. |
| 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%”.

Con base en los anteriores argumentos, en el Informe pericial de calificación de invalidez, de 31 de marzo de 2005, relacionado a WALTER RAMÍREZ GARCÍA, de treinta [30] años, identificado con cédula de ciudadanía 16.507.963 de Buenaventura (Valle) [fls. 137 a 139 C1], y en Certificación de la Junta de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, de 31 de marzo de 2005 [fl.132 c1], se determinó que la gravedad de la lesión ascendía al 20.20%, por lo que la Sala reconoce y liquida los perjuicios morales con ocasión las lesiones padecidas en la pierna izquierda de WALTER RAMÍREZ GARCÍA, de la siguiente manera:

| Nivel | Demandante | Monto Indemnizatorio |
|--------------|---|-----------------------------|
| No. 1 | Walter Ramírez García (víctima) | 40 SMLMV |
| No. 1 | Janeth María Mora Peña (cónyuge) | 40 SMLMV |
| No. 1 | Wendy Ramírez Mora (hija) | 40 SMLMV |
| No. 1 | Oliva García de Ramírez (madre) | 40 SMLMV |
| No. 1 | Gerardo Ramírez Morales (padre) | 40 SMLMV |
| No. 2 | Gerald Felipe Ramírez García (hermano) | 20 SMLMV |
| No. 2 | Jhon Fernando Ramírez García (hermano) | 20 SMLMV |
| No. 2 | Sandra Patricia Ramírez García (hermana) | 20 SMLMV |
| No. 2 | Edna Julieth Ramírez García (hermana) | 20 SMLMV |

7.2 Daño a la salud

Determinado lo anterior debe proceder la Sala a pronunciarse respecto a uno de los rubros del daño a la salud reclamado. Examinado el acervo probatorio se cuenta con el (i) Informe pericial de calificación de invalidez citado *ut supra* ; y con (ii) la certificación de la Junta de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, en la que se consignó que dicha Junta en sesión “*llevada a cabo el día 31 de marzo*

de 2005 y mediante el acta No. 009-2005 de la misma fecha, se procedió a calificar al señor (a) **WALTER RAMIREZ GARCIA** (...)", constatándose como pérdida de capacidad laboral el 20.20%, discriminada de la siguiente manera: (1) deficiencia 5.15%; (2) discapacidad 4.30%; y, (3) minusvalía 10,75%.

Luego, la Sala en aplicación de la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, expediente 28832, encuentra probado este rubro indemnizatorio y lo reconoce a favor de la víctima **WALTER RAMÍREZ GARCÍA** en una suma equivalente a CUARENTA [40] salarios mínimos legales mensuales vigentes, ya que la gravedad de la lesión fue del 20.20%

7.3 Perjuicio material a título de daño emergente

La parte demandante no solicitó en el escrito de demanda reconocimiento alguno como daño emergente.

7.4 Perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante consolidado y futuro

Entiéndase por lucro cesante, la ganancia o provecho que dejó de reportarse a consecuencia de la concreción del daño antijurídico. Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que el lucro cesante, puede presentar las variantes de consolidado y futuro, y este ha sido definido como *"el reflejo futuro de un acto ilícito sobre el patrimonio de la víctima, que justamente por ser un daño futuro exige mayor cuidado en caracterización o cuantificación"*¹²²

En el caso de autos, la petición de lucro cesante se efectuó a favor de Walter Ramírez Ortiz, en su calidad de víctima directa, con base en el salario que manifestó devengar como taxista, el cual oscilaba entre \$700.000 y \$750.000.

Con base en las pruebas citadas *ut supra* las cuales se valoraron de forma conjunta y críticamente, se encuentra que la víctima **WALTER RAMÍREZ GARCÍA** para el 4 de agosto de 1998, fecha de los hechos, tenía una actividad productiva, que se vio afectada por las lesiones padecidas, la cual se calificó por medio de dictamen pericial en un 20.20%, sin embargo, no se encontró acreditado dentro

¹²² CAVALIERI FILHO, Sergio, Programa de responsabilidade civil, 6ª edic., Malheiros editores, Sao Paulo, 2005, pág. 97.

del proceso tal emolumento, razón por la cual se liquidará el lucro cesante con el salario mínimo legal mensual vigente.

7.4.1. Lucro cesante consolidado

El lucro cesante consolidado corresponde al periodo indemnizable comprendido entre la fecha de los hechos y la fecha de esta sentencia, es decir, entre el 4 de agosto de 1998 y el 25 de febrero de 2016, para un total de 210,7 meses a indemnizar.

El salario mínimo para 1998, ascendía a la suma de doscientos tres mil ochocientos veintiséis pesos [\$203.826.00], fijado por el decreto 3106 de diciembre de 1997. Dicha suma será actualizada tomando como índice inicial el de la fecha de los hechos [4 de agosto de 1998], y como índice final el de la presente providencia [enero 2016].

$$Ra = \$203.826,00 \times \frac{\text{índice final [127,78]}}{\text{Índice inicial [51,28]}}$$

$$Ra = \$507.895,59$$

Como la suma actualizada es inferior al actual salario mínimo legal mensual vigente, que asciende a la suma de seiscientos ochenta y nueve mil cuatrocientos cincuenta y cinco pesos [\$689.455.00] fijado por el decreto 2552 de 30 de diciembre de 2015, será éste último el valor a emplear para liquidar el lucro cesante consolidado. A dicha suma se le incrementa en el 25% por concepto de prestaciones sociales, arrojando como base de liquidación la suma de: \$861.818,75

Así las cosas, se liquidará con base en la siguiente fórmula jurisprudencialmente aceptada donde S es la suma a lograr; Ra la renta actualizada, i el interés legal o puro equivalente a 0,004867, n el número de meses del periodo indemnizable y 1 una constante actuarial.

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

De acuerdo con lo anterior se procede a liquidar el lucro cesante consolidado así:

$$S = \$861.818,75 \frac{(1 + 0,004867)^{210,7} - 1}{0,004867}$$

$$S = \$315.456.747,76$$

Ahora bien, sobre el total del valor anterior, se reconocerá la pérdida de capacidad laboral del 20.20% establecido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca por medio del dictamen No. 0155-5327.

$$315.456.747,76 \times 0.2020 = 63.722.236,04$$

En consecuencia, por concepto de lucro cesante consolidado se reconocerá a **WALTER RAMÍREZ GARCÍA** la suma de sesenta y tres millones setecientos setenta y dos mil doscientos treinta y seis pesos con cuatro centavos (**\$63.722.236,04**)

7.4.2 Lucro Cesante futuro

Sobre el lucro cesante futuro, debe aclararse que él no puede construirse sobre conceptos hipotéticos, pretensiones fantasiosas o especulativas que se fundan en posibilidades inciertas de ganancias ficticias sino que, por el contrario, debe existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso en concreto,¹²³ de manera que el mecanismo para cuantificar el lucro cesante consiste en un cálculo sobre lo que hubiera ocurrido de no existir el evento dañoso¹²⁴.

El lucro cesante futuro corresponde a la diferencia entre el tiempo de vida probable de la víctima -635,64- y el periodo que se utilizó para liquidar el lucro cesante consolidado -210,7- lo que arroja un total de 424,94 meses a indemnizar, sobre un ingreso base de liquidación de \$861.818,75 y con aplicación de la siguiente fórmula:

¹²³ TRIGO REPRESAS, Felix A., LOPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil – Cuantificación del daño, Edic. FEDYE, edición 2008, pág. 82, con fundamento en la Decisión del Tribunal supremo de España, Sala 1ª, 30/11/93.

¹²⁴ Obra ibídem, pág. 83.

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

S = suma calculada

Ra = renta actualizada, \$861.818,75

n= número de meses del período indemnizable, 424,94

i = tasa de interés constante, 0,004867

$$S = \$861.818,75 \frac{(1 + 0.004867)^{424,94} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{424,94}}$$

$$S = \$154.576.489,70$$

Ahora bien, sobre el total del valor anterior, se reconocerá la pérdida de capacidad laboral del 20.20% establecido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca por medio del dictamen No. 0155-5327.

$$154.576.489,70 \times 0.2020 = 31.224.450,92$$

En consecuencia, por concepto de lucro cesante futuro se reconocerá a **WALTER RAMÍREZ GARCÍA** la suma de treinta y un millones doscientos veinticuatro mil cuatrocientos cincuenta pesos con noventa y dos centavos **(\$31.224.450,92)**.

8. 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 y por autoridad de la Ley,

FALLA

MODIFICAR la sentencia del 21 de febrero de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por los motivos expuestos en esta providencia, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARESE administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional de los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes como consecuencia de la lesión ocasionada a Walter Ramírez García, ocurrida el 4 de agosto de 1998, dentro del enfrentamiento suscitado entre miembros de la entidad demandada y miembros de grupos armados al margen de la ley.

SEGUNDO: CONDENESE a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a pagar a los demandantes por concepto de perjuicios morales las siguientes sumas:

| Nivel | Demandante | Monto Indemnizatorio |
|--------------|--|-----------------------------|
| No. 1 | Walter Ramírez García (víctima) | 40 SMLMV |
| No. 1 | Janeth María Mora Peña (cónyuge) | 40 SMLMV |
| No. 1 | Wendy Ramírez Mora (hija) | 40 SMLMV |
| No. 1 | Oliva García de Ramírez (madre) | 40 SMLMV |
| No. 1 | Gerardo Ramírez Morales (padre) | 40 SMLMV |
| No. 2 | Gerald Felipe Ramírez García (hermano) | 20 SMLMV |
| No. 2 | Jhon Fernando Ramírez García (hermano) | 20 SMLMV |
| No. 2 | Sandra Patricia Ramírez García (hermana) | 20 SMLMV |
| No. 2 | Edna Julieth Ramírez García (hermana) | 20 SMLMV |

TERCERO: CONDENESE a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a pagar a WALTER RAMÍREZ GARCÍA por concepto de daño a la salud 40 SMLMV.

CUARTO: CONDENESE a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a pagar a WALTER RAMÍREZ GARCÍA, por concepto de perjuicios materiales a título de lucro cesante, las siguientes sumas:

| Concepto | Valor |
|---------------------------|-----------------|
| Lucro Cesante consolidado | \$63.722.236,04 |
| Lucro Cesante futuro | \$31.224.450,92 |
| Total Lucro Cesante | \$94.946.686,96 |

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: DESE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

SÉPTIMO: NIEGUESE las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: DEVUÉLVASE inmediatamente el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Salvamento de voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala