

PRUEBA TRASLADADA - Valor probatorio. Proceso penal / PRUEBA TRASLADADA - Ausencia de valor probatorio. Testimonios en proceso penal

La Sala advierte que obra prueba trasladada del expediente del proceso penal No. 037 adelantado contra Pedro Elías Mora Ortiz, por el homicidio de María Isabel Yepes Quintero, cuyas piezas procesales fueron incorporadas mediante oficio remitario No. 777 del Juzgado 2 Penal del Circuito de Pamplona (...) A este respecto es preciso indicar, siguiendo el precedente de la Sala, que no obstante que la parte demandada no coadyuvó la solicitud probatoria elevada por el actor en relación al proceso penal adelantado en contra del señor Pedro Elías Mora, esta será valorada en razón a que tales documentos han permanecido a disposición de las partes e intervinientes en el proceso, sin que se hubiere controvertido, por parte de alguna de ellas, la veracidad de lo allí contenido, esto es, su autenticidad; por ende serán apreciadas con el valor probatorio que les corresponde. No ocurre lo mismo con la prueba testimonial practicada en el trámite de la correspondiente investigación penal, puesto que respecto de ella no se cumplieron los requisitos de traslado, la misma no fue aportada al proceso por solicitud de la demandada, razones por las cuales dicho material no podrá ser imputado en su contra en aras de proteger el derecho de defensa de la Administración y de impedir la violación a su derecho de contradicción de la prueba.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 185

NOTA DE RELATORIA: Sobre la prueba trasladada ver sentencia de 26 de marzo de 2008, exp. 34038.

DEMANDA - Requisitos para su admisión. Debe indicarse lo que se demanda / INEPTA DEMANDA - Artículo 137 del C.C.A. / INADMISION DEMANDA - No cumple con los requisitos del artículo 137 del C.C.A.

Toda demanda debe cumplir con los requisitos formales que estatuye el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, so pena de su inadmisión y eventual rechazo, según lo prescribe el artículo 143 del C.C.A. Dentro de tales exigencias se encuentra la de señalar “lo que se demanda”, prescripción que se materializa en la formulación de las pretensiones del actor, bien sea solicitando el reconocimiento de un derecho que ha sido vulnerado por la actividad de la administración o con la obtención de las indemnizaciones con las cuales se repare el daño causado; en cualquiera de los dos sentidos, las mismas deben formularse de manera individual, precisa, clara y determinada, a fin que no induzca a confusiones o impida su materialización por ser oscura o ambigua (...) la Sala observa que se encuentra estructurada, en debida forma, la pretensión por perjuicios patrimoniales en la demanda, por lo cual, se desestimará la excepción formulada por la apoderada del Ministerio de Defensa y se procederá a abordar el conocimiento de fondo del presente asunto.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 137 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 143

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Cláusula general de responsabilidad

El artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño

antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

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

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Daño antijurídico. Constitucionalidad / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL O EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Daño antijurídico. Noción

El precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”. (...) es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida.

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

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

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

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). (...) resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. (...) todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de

los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. (...). Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”. (...) la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico).

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Régimen de responsabilidad por daños causados con armas de dotación oficial / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Régimen objetivo. Uso arma de dotación oficial / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Muerte a trabajadora sexual. Uso arma de dotación oficial / RIESGO EXCEPCIONAL - Título de imputación / FALLA DEL SERVICIO - Título de imputación / NEXO DE CAUSALIDAD - Demostración de la relación causal entre el agente del servicio público y el daño causado

Las reglas específicas que dominan el tópico acerca de la responsabilidad del Estado por los daños causados con armas de dotación oficial han estado influenciadas por la noción de actividad riesgosa, que lleva a considerar que el uso de medios bélicos por parte de las autoridades públicas genera, de suyo, una potencialidad de lesión en los intereses legítimos de un sujeto de derecho (...) el desarrollo de actividades peligrosas trae por consecuencia la generación objetiva de una amenaza de lesión para los bienes, derechos y/o intereses de una persona; esta situación desde la perspectiva de la responsabilidad hace prescindir de la demostración de la falla, falta o culpa de la entidad administrativa como elemento para estructurar el juicio de responsabilidad del Estado, de manera que la misma deviene en objetiva (...) Aun así, sin perjuicio del riesgo excepcional como título de imputación, la Sala también considera la posibilidad de imputar la responsabilidad del Estado, en tratándose de actividades peligrosas, a partir de la falla del servicio. (...) es preciso decir que la responsabilidad del Estado se deriva siempre que se registre una acción u omisión, generadora de un daño, en virtud del cual se desconozca el contenido obligacional imperativo que funcionalmente le es exigible a una persona jurídica de derecho público determinada; por tal razón, calificar si una conducta de un agente del Estado corresponde a un actuar de la administración, que tenga la virtualidad de comprometer la responsabilidad del Estado, requiere de la demostración de un nexo del agente con el servicio público, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Responsabilidad personal del agente. Comportamiento autónomo y propio

La responsabilidad personal del agente debe estructurarse a partir de un comportamiento autónomo y propio, diferente a la actividad pública, donde el funcionario obre por virtud de su fuero interno y personal, como lo haría cualquier particular. Por ello, si la conducta del agente ha sido propiciada, o se ha estructurado, a partir de un incumplimiento de los deberes normativos a cargo del Estado, o si para la realización de la conducta el autor del hecho lesivo se

benefició de un actuar irregular de la administración, habrá lugar a considerar la responsabilidad del Estado por falla del servicio como título de imputación.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto, se puede consultar las sentencias: 16 de septiembre de 1999, exp. 10922 y 16 de febrero de 2006, exp. 15383.

TRABAJADORA SEXUAL O TRABAJO SEXUAL - Licitud

La prostitución, como actividad social, no es susceptible de ser reprobada o prohibida por el Estado, en razón a que prescripciones de tal índole rebasarían los límites del orden público y desconocerían derechos fundamentales de libertad, de manera que, para la Corte, la regulación de la prostitución debe circunscribirse en lo pertinente a evitar que se afecten ilegítimamente derechos de particulares o intereses colectivos la prostitución, como modo de vida legítima, es protegida por las normas jurídicas, bien reconociendo la existencia de vínculos laborales entre las personas que intervienen en tales actos, o regulando los sitios en donde pueden prestarse tales servicios sexuales, en últimas, se trata de una actividad reconocidas y reglada por el derecho, por lo cual no se pueden desprender consecuencias negativas cuando se le sindique de ser un proceder inmoral - criterio subjetivo y particular que pertenece a la cosmovisión que sobre cada sujeto social puede imperar en un momento determinado.

PERJUICIOS - Indemnización por perjuicios pecuniarios / TRABAJADORA SEXUAL - Indemnización por perjuicios de índole patrimonial

En razón a la licitud de la prostitución, los perjuicios de índole patrimonial que se deriven de la muerte y/o afectación de quien se desempeña como trabajador o trabajadora sexual son susceptible de ser indemnizados; esto es, tal situación se integra dentro del carácter personal del daño que quiere significar que quien reclama judicialmente la reparación de un daño es el titular de un derecho o interés que se encuentra amparado por el ordenamiento jurídico.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el ejercicio de la prostitución, se puede ver también: Corte Constitucional, sentencia SU-476 de 1997; T-620 de 2005; C-636 de 2009 y T-629 de 2010.

PERJUICIOS - Perjuicios materiales / PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante / LUCRO CESANTE - Falta de prueba para su reconocimiento en favor de hermanos de la víctima. No existe dependencia económica

Se observa que no procede ninguna clase de reconocimiento de indemnización por concepto de lucro cesante en favor de los (...) hermanos de la víctima, en razón a que no existe prueba alguna a partir de la cual se sustente una dependencia económica de estos con relación a la señora María Isabel Yepes Quintero.

PERJUICIOS MATERIALES - Madre de la víctima. No procede reconocimiento por falta de representación judicial. Ausencia de poder debidamente otorgado para representar / PODER - Finalidad. Representación legal

En relación a la madre de la víctima, la Sala se abstendrá de reconocer una indemnización en su favor debido a que en el expediente no reposa poder amplio y suficiente otorgado por la mencionada señora al abogado demandante, razón por la cual se deduce que no existe, en debida forma, un representante judicial que pueda disponer de sus derechos en el presente proceso. La Sala precisa que

no se trata de un problema de legitimación en la causa, sino de adecuada representación de la parte en el proceso judicial, razón por la cual no se puede establecer ningún tipo de relación procesal en la que la señora Oliva Quintero sea reconocida (...) mediante el apoderamiento se permite a una persona cualificada la defensa, representación y disposición de los derechos del mandante, por lo cual debe consistir en un acto expreso, esto es, mediante la suscripción de un poder bien sea general, que aplica para toda clase de procesos, o especial, el cual consiste en la representación en asuntos puntuales o específicos.

PERJUICIOS MATERIALES - Padre de la víctima. No procede reconocimiento por falta de prueba de dependencia económica

En lo que concierne al reconocimiento de perjuicios de índole pecuniario en la modalidad de lucro cesante en favor del Juan Emilio Yepes, padre de la víctima, la Sala precisa que de las declaraciones acopiadas en el proceso no se puede estructurar con certeza que el mencionado actor se encontrara en una situación de dependencia económica respecto de la fatal víctima.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 63 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 65

LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Perjuicio moral / PERJUICIOS MORALES - muerte de trabajadora sexual. Presunción de dolor moral

En los eventos en los que se sufre una lesión y ésta es imputable al Estado, ello puede desencadenar la indemnización de perjuicios morales, y su tasación dependerá de la gravedad del daño padecido, de tal manera que las personas que se sientan perjudicadas por dicha situación, podrán reclamar indemnización de perjuicios acreditando el parentesco con la víctima directa del daño, pues éste se convierte en un indicio suficiente para tener por demostrado el perjuicio sufrido, siempre que no hubieren pruebas en el plenario que indiquen o demuestren lo contrario, y su tasación, como se anotó, será proporcional al daño padecido.

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

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

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

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

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

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

PERJUICIOS MORALES - Prueba. Prueba testimonial / PERJUICIOS MORALES - Liquidación. Presunción de aflicción

Para el reconocimiento y tasación del perjuicio moral en el presente caso se sujetara a los anteriores criterios objetivos, los que ordinariamente están demostrados con base en la prueba testimonial, de la que se deriva la denominada "presunción de aflicción" la que debe aplicarse conjuntamente con los mencionados criterios, de manera que la tasación de este tipo de perjuicios responda a la complejidad de una sociedad articulada, plural y heterogénea que exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada, sin que constituya una tarifa legal o judicial.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Carga de la prueba / LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Demostración culpa grave / LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Procedencia. Uso de vehículo, embarcación, armamento o equipo de dotación oficial

Existe la carga de aportar prueba sumaria de la existencia del derecho legal o contractual a formular el llamamiento en garantía. Es decir, es indispensable para la procedencia del llamamiento en garantía, además del cumplimiento de los requisitos formales, que el llamante allegue prueba siquiera sumaria del derecho legal o contractual en que apoya la vinculación del tercero al proceso, dado que dicha vinculación implica la extensión de los efectos de la sentencia judicial al tercero, causándole eventualmente una posible afectación patrimonial. En el presente caso se observa que el llamamiento en garantía fue formulado dentro de la oportunidad procesal pertinente y con el lleno de los requisitos formales exigidos por la ley, como quiera que está demostrado la existencia de un vínculo legal, de carácter laboral entre el funcionario llamado en garantía, el militar Mora Ortiz, y la entidad demandada, esto es, Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. Por otra parte, se hace evidente que el señor Pedro Elías Mora Ortiz desplegó un actuar constitutivo de culpa grave, pues en su condición de militar causó muerte a un civil valiéndose de un arma de dotación oficial que empleó de manera irregular, desconociendo de manera flagrante e injustificada el derecho a la vida e integridad física de la señora María Isabel Yepes Quintero.

FUENTE FORMAL: DECRETO 85 DE 1989 - ARTICULO 34 LITERAL D

NOTA DE RELATORIA: Con relación al llamamiento en garantía ver los autos de: 11 de octubre de 2996, exp. 32324 y 28 de julio de 2919, exp. 38259; y la sentencia de 22 de junio de 2011, exp. 19231.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil once (2011)

Radicación número: 54001-23-31-000-1996-09313-01(20545)

Actor: JUAN EMILIO YEPES Y OTROS

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 29 de septiembre de 2000 proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar, mediante la que se dispuso:

*“**PRIMERO:** DECLARASE no probada la excepción de inepta demanda, alegada por la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL.*

***SEGUNDO:** DECLARASE administrativamente responsable a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL y a PEDRO ELIAS MORA ORTIZ, del os perjuicios materiales y morales que les han sido causados por la muerte de la señora MARIA ISABEL YEPES QUINTERO, ocurrida el 28 de febrero de 1994, en (sic) establecimiento público “Jet-Set” de la ciudad de Pamplona, conforme a las circunstancias referidas en la parte motiva de este (sic) sentencia.*

***TERCERO:** CONDENASE, en consecuencia, solidariamente a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL y a PEDRO ELIAS MORA ORTIZ, a pagar, por concepto de indemnización de los perjuicio (sic) morales irrogados Al (sic) señor JUAN EMILIO YEPES y a la señora OLIVA QUINTERO, por causa de la muerte de la señora MARIA ISABEL YEPES QUINTERO, la suma en pesos colombianos, equivalente a UN MIL GRAMOS ORO, para cada uno de ellos; y a MARTHA INES, LUZ MARINA, JOSÉ HERNANDO, LUIS ALBERTO y MARIA ELSY YEPES QUINTERO, la suma en pesos colombianos, equivalente a QUINIENTOS GRAMOS ORO, para cada uno de ellos.*

***CUARTO:** CONDENASE, en abstracto, y solidariamente a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL** y a **PEDRO ELIA (sic) MORA**, a pagar, por concepto de indemnización de los perjuicio (sic) materiales en la modalidad de lucro cesante, irrogados a JUAN EMILIO YEPES y OLIVA QUINTERO, por causa de la muerte de la señora **MARIA ISABEL YEPES QUINTERO**, para su liquidación, se seguirán las pautas previstas en la parte motiva de esta providencia.*

QUINTO: En el evento de surtirse el pago del valor de las condenas antes referidas por parte de LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL, ésta repetirá lo pagado, contra PEDRO ELIAS MORA ORTIZ.
SEXTO: DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.”

ANTECEDENTES

1.1 La demanda.

1 Fue presentada el 11 de diciembre de 1995 por Juan Emilio Yepes, Martha Inés Yepes Quintero, Luz Marina Yepes Quintero, José Hernando Yepes Quintero, Luis Alberto Yepes Quintero, María Elsy Yepes Quintero, mediante apoderado, y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERO.- Que se declare a la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa Nacional-Ejercito Nacional, representados por el señor Ministro de la Defensa Nacional, administrativamente responsables por la muerte de MARIA ISABEL y/o ISABEL YEPES QUINTERO, a manos del Sub-oficial del Ejército Nacional PEDRO ELIAS MORA ORTIZ cuando con arma de fuego de dotación oficial le cegó la vida, en hechos ocurridos el día 28 de febrero de 1994 en el establecimiento público denominado “JET-SET”, situado en el Barrio “EL CAMELLON” de la ciudad de Pamplona.

SEGUNDO.- Que como consecuencia de la anterior declaración, la Nación colombiana debe pagar a mis poderdantes la totalidad de los perjuicios materiales que le fueron causados con motivo de dichos sucesos y que se demuestren pericialmente en este proceso o posteriormente por el procedimiento señalado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

TERCERO.- Que la Nación colombiana debe pagar a mis poderdantes el valor de los perjuicios morales subjetivos de todo orden causados con la muerte violenta sufrida por MARIA ISABEL y/o ISABEL YEPES QUINTERO en las circunstancias de modo, tiempo y lugar a que se contrae el proceso, una suma equivalente a 1.000 y 500 gramos de oro para cada uno conforme al grado de parentesco, según determine el Banco de la República para cada gramo de oro y que determine igualmente que a la condena de perjuicios materiales y morales le serán reconocidos y pagados los intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia.

PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS.

Se deben a los actores o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, el equivalente en pesos a un MIL GRAMOS ORO fino, a sus hijos, padres, y abuelos; y el equivalente en pesos a QUINIENTOS GRAMOS ORO fino, a sus hermanos, al precio que se encuentre el metal en la fecha de las ejecutorias de la sentencia de conformidad con la certificación que en tal sentido expida el Banco de la República (art. 106 del C.P.)

Los presume la Jurisprudencia Nacional en materia administrativa por el parentesco o por el vínculo para los padres, cónyuges, concubinos, abuelos e hijos y, además, los presume hoy en día para los hermanos.

A:

JUAN EMILIO YEPES	PADRE	1000 grs oro
MARTHA INES YEPES QUINTERO	HERMANA	500 grs oro
LUZ MARINA YEPES QUINTERO	HERMANA	500 grs oro
JOSÉ HERNANDO YEPES QUINTERO	HERMANO	500 grs oro
LUIS ALBERTO YEPES QUINTERO	HERMANO	500 grs oro
MARIA ELSY YEPES QUINTERO	HERMANA	500 grs oro

CUARTO.- Que se actualice el monto de los perjuicios de acuerdo con el valor adquisitivo de la moneda en la fecha de la sentencia; que se hagan los incrementos anuales de sus entradas o ingresos e igualmente que en la indemnización se distingan dos periodos: el de los perjuicios actuales debidos y los futuros, y que con el primer periodo se condene a

la Nación a pagar a mis poderdantes el valor de los intereses de las sumas debidas también en la misma condición solicitada anteriormente.

PERJUICIOS MATERIALES. LUCRO CESANTE.

DETERMINABLES de acuerdo con las bases y en la cuantía que resulte del acervo probatorio demostrado en el proceso. Se incluirán en el lucro cesante los intereses compensatorios sobre el valor de aquellos que originen la fecha de causación y de la fijación de la indemnización. Su pago se hará en moneda corriente colombiana, teniendo en cuenta la variación porcentual del índice nacional de precios al consumidor entre esa (sic) mismas fechas. La indemnización futura se hará teniendo en cuenta los factores acogidos por la jurisprudencia.

Al liquidar los perjuicios, se actualizarán, y para ellos (sic) se adoptará la siguiente fórmula:

$$VP = S \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde:

VP=	Valor presente.
Índice Final=	Índice de precios al consumidor a la fecha del incidente regulador.
Índice Inicial=	Índice de precios al consumidor a la fecha de causación del perjuicio.
S=	Suma que se busca actualizar.

La indemnización comprenderá dos épocas, cuya fórmula para establecerla es:

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

Ra=	Renta mensual actualizada, según fórmula anterior.
i=	Interés puro o técnico del 6% anual o 0.4867 mensual. Y como se (sic) trabaja con 1 (sic) mas no (sic) con 100 (sic), se representa ese interés así: 0.004867.
n=	Periodo o mensualidades que comprende la indemnización desde la ocurrencia del hecho hasta (sic) la fecha probable (sic) de ejecutoria (sic) del auto (sic) que apruebe la liquidación.

La futura o anticipada, que se establecerá aplicando la fórmula:

S=	Suma buscada
Ra=	Renta actualizada (igual que el anterior)
i=	6% anual o 0.004867 mensual.
n=	número (sic) de meses a indemnizar (vida probable del beneficiario)

INTERESES.

Se pagarán al actor o a quien represente sus derechos al momento del fallo y aquellos que se causen desde la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Con fundamento en lo previsto en el artículo 1653 del C.C. todo pago se imputará primero a intereses.

Se pagarán intereses comerciales desde la fecha de la ejecutoria y transcurridos seis (6) meses los de mora.

Al fallo se le debe dar cumplimiento conforme a los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.”.

Como fundamento de las pretensiones, el actor expuso los hechos que la Sala sintetiza así:

La noche del 27 de febrero de 1994, en el Municipio de Pamplona, se encontraba el Sub-oficial del Ejército Pedro Elías Mora Ortiz en el sitio conocido como 'Jet-Set', ingiriendo licor y conversando con María Isabel Yepes Quintero, quien era trabajadora sexual en ese lugar. Ante la falta de recursos para costear los servicios de la citada trabajadora sexual, el señor Pedro Elías Mora Ortiz accionó el arma de dotación oficial, que llevaba consigo, sobre la humanidad de la señora María Isabel Yepes Quintero, causando su deceso.

2. Actuación procesal en primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander mediante providencia del 5 de febrero de 1996 admitió la demanda (fl 30, c1), la cual fue notificada al Ministro de Defensa el 8 de marzo de 1996 por conducto del Comandante del Departamento de Policía de Norte de Santander (fl. 31, c1).

En escrito de 28 de febrero de 1996, el apoderado de los actores presentó una adición de la demanda, en la que incluye como demandante a la señora Oliva Quintero de Yepes, en su calidad de madre de María Isabel y/o Isabel Yepes Quintero; y para quien solicita el reconocimiento y pago de 1000 gramos oro por concepto de perjuicios morales, además de los perjuicios materiales irrogados a raíz del fallecimiento de su hija. (fls 33-40, c1). Igualmente, en memorial del 25 de abril de 1996 el Ministerio Público solicitó la vinculación al proceso, en calidad de llamado en garantía, del señor Pedro Elías Mora Ortiz (fls.43-45, c1).

La Nación - Ministerio de Defensa contestó la demanda (fls 46-48, c1) en la oportunidad legal en el cual se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, en relación a los hechos manifestó que no le constan indicando que deben probarse en el proceso; y en el mismo sentido solicitó el decreto de algunas pruebas.

Por otra parte formuló la que denominó "Excepción de inepta demanda: Falta de determinación de las pretensiones del libelo y razonamiento de la cuantía", en razón a que las pretensiones no fueron expresadas por los actores de forma *clara y precisa*, por lo cual *"deja su determinación al resultado de lo que el demandante logre probar al proceso, lo que no es permitido en el derecho procesal por cuanto con ello se contraviene el principio de congruencia que debe existir en las sentencias y lleva al juzgador a proferir fallos oficiosos, extra o ultrapetita"*, razón por la cual el juez administrativo debe inhibirse para conocer de fondo el asunto puesto a su consideración.

En providencia del 24 de junio de 1996, el Tribunal aceptó la solicitud de llamamiento en garantía elevada por el Ministerio Público y en consecuencia ordenó vincular al señor Pedro Elías Mora Ortiz al respectivo proceso (fls. 55-56, c1), quien fue notificado personalmente de dicha decisión en debida forma (fl. 60, c1). Posteriormente, en proveído del 18 de febrero de 1997, el a-quo *aceptó* la adición de la demanda, ordenando su notificación personal a la parte demandada y al llamado en garantía (fl.63, c1).

Agotada la etapa probatoria, a la que se dio inicio, mediante auto del 3 de septiembre de 1997 (fl.73-74 c1), y habiéndose convocado a audiencia de conciliación a solicitud de la parte demandante, (fl 119, c1) sin lograrse acuerdo conciliatorio (fl 141-142, c1); por auto del 2 de junio de 2000 (fl.145 c1) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

El apoderado de los demandantes presentó sus alegatos de conclusión (fls 146-153, c1) mediante escrito de 22 de junio de 2000, en el que reiteró lo sostenido en otras instancias procesales, agregando, conforme al proceso penal adelantado contra el señor Pedro Elías Mora Ortiz por el homicidio de María Isabel y/o Isabel Yepes Quintero lo siguiente:

“... Que la muerte de MARÍA ISABEL y/o ISABEL YEPES QUINTERO conforme al reporte del respectivo proceso penal ocurrió con arma de dotación oficial una pistola Pietro Beretta 9 milímetros #65490/1097260 corroborado por el investigativo y avalado posteriormente por el mismo Ejército Nacional...

[...]

“...Que efectivamente el Sub-Oficial era perfectamente dueño de sus actos y no obró bajo el efecto de circunstancias exculpativas (sic).

...Que PEDRO ELÍAS MORA ORTIZ para la época en que ocurrieron los hechos denunciados era miembro activo del Ejército Nacional de Colombia adscrito en el grado de Sargento al Batallón de Infantería No. 13 “García Rovira” de Pamplona.

[...]

“La Nación incurrió en responsabilidad de tipo indirecto que se plasma en la falla del servicio en doble aspecto: primero por cuanto la administración permitió a través de su agente que en un arma de dotación oficial diera muerte a un particular contra expresa prohibición reglamentaria cuando se le exigía al Estado el deber de cuidar con celo tal arma y segundo, era un deber (sic) Jurídico de quien laboraba para el Ejército Nacional manejar con responsabilidad el arma de dotación oficial propia del servicio al cual se hallaba vinculado”.

La apoderada del Ministerio de Defensa Nacional presentó sus alegaciones finales en escrito del 27 de junio de 2000 (fls 155-160, c1) en los cuales reafirmó la ausencia de responsabilidad del demandado con sustento, entre otras, en las siguientes razones:

“...no es posible concluir dentro de los mismos una evidente FALLA en lo que pudo incurrir la administración, pues de los hechos consignados en la demanda y de las pruebas obrantes en la misma se concluye sin lugar a la menor duda; que ni la actividad que cumplía el señor PEDRO ELÍAS MORA ORTIZ, tenía carácter alguna oficial, relacionada con el servicio o se adelantaba como consecuencia del mismo como miembro de la Institución, pues la gran verdad es que tanto la víctima, como MORA ORTIZ, se encontraba en actividades absolutamente personales y particulares de carácter sentimental y sexual, de diversión ajenas, por lo mismo, a sus funciones oficiales, sin relación alguna con los deberes que les correspondía cumplir en forma absolutamente independiente de sus cargos y de sus ocupaciones, pues al parecer la muerte de MARÍA ISABEL YEPEZ (sic) QUINTERO , fue estrictamente (sic) personal...

[...]

“En el caso de autos, tampoco puede presumirse la responsabilidad de la administración por el solo hecho de que el arma fuera de dotación oficial, pues está comprobado que el agente no estaba actuando en razón del servicio de policía, razón por la cual tampoco se puede alegar que el agente ha debido actuar con la prudencia propia de las actuaciones estatales y en primer lugar hacer tiros al aire como lo exige el reglamento, porque el reglamento rige es para las actividades propias del servicio y cuando se está en ejercicio del mismo, pero no para cuando se utiliza clandeestivamente (sic) un arma de dotación oficial, no habiéndose comprobado que hubo una falla de la autoridad correspondiente que hubiera facilitado dicha situación”.

[...]

“Así las cosas, ante la existencia de una culpa personal del Agente como causa exclusiva de la muerte e la señora MARÍA ISABEL YEPEZ (sic) QUINTERO y al configurarse ésta se rompe el nexo causal entre el hecho atribuido a la administración y el daño y con ello se impida la configuración de la responsabilidad de ésta, debe así mismo concluirse que la Entidad Demandada debe exonerarse de responsabilidad y en consecuencia negar las Súplicas de la demanda.”

El Agente del Ministerio Público en escrito del 12 de julio de 2000 (fls 162-170, c1) presentó su concepto en los siguientes términos:

“... no existe un nexo e causalidad entre la muerte de la señora MARÍA ISABEL YEPES QUINTERO con la falla del servicio de la entidad demandada alegada por el apoderado de los actores, pues si bien es cierto que la muerte de la señora YEPES QUINTERO fue causada por el Suboficial (sic) PERDO ELÍAS MORA ORTIZ, pero también es cierto que este no se encontraba de servicio en el momento en que ocurrieron las circunstancias de modo tiempo y lugar, a su vez es cierto que el hecho lo cometió con arma de dotación oficial, pero este hecho no se le puede atribuir a la administración por falla presunta, pues un suboficial del rango del señor Ortiz debe ser responsable de sus actos y de su actuar cuando se encuentre fuera del servicio, es decir si portaba el arma de dotación oficial era bajo su responsabilidad y por lo tanto los actos que cometa fuera del servicio son de su propia responsabilidad y no de la administración”.

... indudablemente existe una culpa exclusiva y personal del agente perturbador que cometió el delito, es decir el señor PEDRO ELÍAS MORA ORTIZ Sargento para la época de los hechos, quien actuó bajo su propio proceder y actuar y no en razón del servicio.

3. Sentencia de primera instancia.

1 La Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar, en sentencia del 29 de septiembre de 2000 (fls. 173-197, c1) acogió las suplicas de los actores. Previo a considerar de fondo desechó la excepción de inepta demanda formulada por la parte demandada al considerar que del escrito de demanda se derivan pretensiones precisas como es el caso de los perjuicios morales en favor de los actores, e igualmente puso de presente que el actor indicó la estimación razonada de la cuantía, la cual fijó por el valor de 1000 gramos oro. Respecto del estudio de fondo de la cuestión litigiosa, el *a-quo* consideró lo siguiente:

“Se sostiene, entonces, que cuando se trata de daños ocasionados por casos utilizadas en el ejercicio de actividades peligrosas, como armas de dotación oficial, o por vehículos automotores de la Administración Pública, por ejemplo, la falla del servicio se presume en contra de la Administración. Con esta presunción se le quita al supuesto ofendido por un hecho dañoso de la Administración, la obligación de probar la falla del servicio, restándole sólo demostrar que ha recibido un daño indemnizable y que entre ese perjuicio y el hecho de la Administración, hubo un vehículo de causalidad. A la entidad demandada le queda la posibilidad de exonerarse de responsabilidad acreditando que aun cuando el daño se ocasionó por un hecho suyo, no se configura la falla del servicio, por cuanto había obrado con tal prudencia y diligencia que su conducta no es susceptible de calificar como omisiva, tardía o irregular...”

[...]

En este punto, es adecuado entonces, referirnos a la relación causal, para precisar que está probado, acorde con lo analizado previamente, que con el disparo realizado por el Suboficial del Ejército nacional PEDRO ELÍAS MORA ORTIZ, con arma de dotación oficial, sobre la humanidad de la señora MARÍA ISABEL YEPES QUINTERO, el 28 de febrero de 1994, se le causó la muerte.

[...]

En este orden de ideas, se tiene que el agente público, utilizó el arma de dotación oficial en forma innecesaria e imprudente, lo que compromete lógicamente, la responsabilidad de la administración, en este caso, en cabeza del Ejército nacional.

...independientemente del hecho de que tal crimen fue cometido durante horas fuera del servicio y en un ambiente que corresponde al ámbito personal y privado del servidor, el nexo instrumental con el que se cometió el delito fue un arma de dotación oficial, lo que pone en entre dicho el deber que tiene la Administración de no permitir que sus servidores

porten armas fuera del servicio, pues es bien sabido que estas sólo deben ser utilizadas en casos de extrema necesidad, y siempre, en cumplimiento de deberes oficiales.”

5. El recurso de apelación.

Mediante escrito de 7 de noviembre de 2000 (fl.199 c.1) la apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia del 29 de septiembre de 2000, proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar.

En auto del 24 de noviembre de 2000, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación presentado oportunamente por la parte demandada (fl. 202 c.1).

Posteriormente, en escrito del 31 de enero de 2001 la apoderada del Ministerio de Defensa sustentó el recurso de apelación (fls. 203-206).

6. Actuación en segunda instancia.

Recibido el expediente en esta Corporación, en auto del 13 de julio de 2001 (fl 210, c1) se admitió el recurso de apelación; acto seguido, en proveído del 23 de agosto de 2001 (fl 212, c1) se dispuso correr traslado a las partes por el término de 10 días para presentar alegatos de conclusión.

El 5 de septiembre de 2001 la apoderada de la parte demandada presentó alegatos de conclusión (fls. 213-216, c1), solicitando la revocatoria de la sentencia apelada, reiterando lo sostenido en otras instancias procesales.

El Ministerio Público y la parte demandante guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

1 Competencia

1 La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación en razón a que la mayor pretensión individualmente considerada corresponde a 1000 gramos oro por concepto de daño moral en favor de Juan Emilio Yepes y Oliva Quintero, monto que equivalía para el momento de la presentación de la demanda, 11 de diciembre de 1995, a la suma de \$11'379.610¹.

2 Aspectos procesales previos.

Previo a abordar el análisis respecto al objeto del recurso, la Sala advierte que obra prueba trasladada del expediente del proceso penal No. 037 adelantado contra Pedro Elías Mora Ortiz, por el homicidio de María Isabel Yepes Quintero, cuyas piezas procesales fueron incorporadas al proceso *sub iudice* mediante oficio remisorio No. 777 del Juzgado 2 Penal del Circuito de Pamplona (fl 77, c1).

A este respecto es preciso indicar, siguiendo el precedente de la Sala, que no obstante que la parte demandada no coadyuvó la solicitud probatoria elevada por

¹ Como quiera que la sentencia y el recurso de apelación tuvieron lugar para el año 2000, la norma aplicable, es el Decreto 597 de 1988, el cual señalaba que para el año 1995, 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 \$9'610.000.

el actor en relación al proceso penal adelantado en contra del señor Pedro Elías Mora, esta será valorada en razón a que tales documentos han permanecido a disposición de las partes e intervinientes en el proceso, sin que se hubiere controvertido, por parte de alguna de ellas, la veracidad de lo allí contenido, esto es, su autenticidad; por ende serán apreciadas con el valor probatorio que les corresponde².

No ocurre lo mismo con la prueba testimonial practicada en el trámite de la correspondiente investigación penal, puesto que respecto de ella no se cumplieron los requisitos de traslado, la misma no fue aportada al proceso por solicitud de la demandada, razones por las cuales dicho material no podrá ser imputado en su contra en aras de proteger el derecho de defensa de la Administración y de impedir la violación a su derecho de contradicción de la prueba. Al respecto, el precedente de la Sala enseña:

“Lo primero que advierte la Sala es que el proceso penal fue aportado en copia simple por la parte actora desde la presentación de la demanda, circunstancia que, prima facie, haría invalorable los medios de convicción que allí reposan. No obstante, de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales recientes, se reconocerá valor probatorio a la prueba documental que si bien se encuentra en fotocopia, ha obrado en el proceso desde el mismo instante de presentación del libelo demandatorio y que, por consiguiente, ha surtido el principio de contradicción.

“En efecto, los lineamientos procesales modernos tienden a valorar la conducta de las sujetos procesales en aras de ponderar su actitud y, de manera especial, la buena fe y lealtad con que se obra a lo largo de las diferentes etapas que integran el procedimiento judicial.

“En el caso sub examine, por ejemplo, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue acompañada con la demanda y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se entregó como anexo de la misma, circunstancia que no acaeció, tanto así que los motivos de inconformidad y que motivaron la apelación de la providencia de primera instancia por parte de las demandadas no se relacionan con el grado de validez de las pruebas que integran el plenario sino con aspectos sustanciales de fondo que tienen que ver con la imputación del daño y con la forma de establecer la eventual participación en la producción del mismo.

“Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor probatorio 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.

“El anterior paradigma fue recogido de manera reciente en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –que entra a regir el 2 de julio de 2012– en el artículo 215 determina que se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tienen el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas de falsas; entonces, si bien la mencionada disposición no se aplica al caso concreto, lo cierto es que con la anterior o la nueva regulación, no es posible que el juez desconozca el principio de buena fe y la regla de lealtad que se desprende del mismo, máxime si, se insiste, las partes no han cuestionado la veracidad y autenticidad de los documentos que fueron allegados al proceso.”³

3 Objeto del recurso de apelación.

El recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada se encamina a que se revoque la decisión adoptada por el *a-quo*, y en su lugar se denieguen las

² Este criterio fue recientemente expuesto por la Sala en sentencia del 26 de marzo de 2008, expediente: 34.038. M.P: Myriam Guerrero de Escobar.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2011, exp. 20171, M.P. Enrique Gil Botero.

suplicas de la demanda, reiterando la apoderada de los actores los argumentos expuestos en anteriores oportunidades procesales.

4 La excepción planteada por la entidad demandada.

Dentro del término de contestación de la demanda la entidad demandada formuló la “Excepción de inepta demanda: Falta de determinación de las pretensiones del libelo y razonamiento de la cuantía”, en razón a que las pretensiones de la demanda no se formularon de manera clara y precisa; razón por lo cual procede inhibirse para conocer el asunto de fondo.

Frente a ello, la Sala señala que toda demanda debe cumplir con los requisitos formales que estatuye el artículo 137⁴ del Código Contencioso Administrativo, so pena de su inadmisión y eventual rechazo, según lo prescribe el artículo 143 del C.C.A. Dentro de tales exigencias se encuentra la de señalar “*lo que se demanda*”, prescripción que se materializa en la formulación de las pretensiones del actor, bien sea solicitando el reconocimiento de un derecho que ha sido vulnerado por la actividad de la administración o con la obtención de las indemnizaciones con las cuales se repare el daño causado; en cualquiera de los dos sentidos, las mismas deben formularse de manera individual, precisa, clara y determinada, a fin que no induzca a confusiones o impida su materialización por ser oscura o ambigua.

En el caso en concreto, se encuentra que en el acápite de “declaraciones” los demandantes se limitan a solicitar el reconocimiento de perjuicios materiales a título de lucro cesante conforme a los criterios adoptados por esta Corporación y conforme a lo que resulte probado en el proceso⁵; aun así, y valorando de manera integral el contenido del escrito de demanda, se encuentra que en el acápite “*competencia - cuantía*” el apoderado de los actores señaló que “*Los [perjuicios] MATERIALES que se reclaman por la muerte de MARÍA ISABEL y/o ISABEL YEPES QUINTERO tienen a la fecha la liquidación de \$1.777.770.00 M/cte teniendo en cuenta solamente como base de la liquidación el salario mínimo, y habiendo tomado en cuenta solamente el 75% mensual de ese salario desde la fecha de los hechos hasta el de presentación de la demanda*”.

Conforme a lo anterior, fluye con claridad que la base de liquidación de los perjuicios materiales ha sido establecida de acuerdo al salario mínimo mensual de

⁴ Artículo 137 Código Contencioso Administrativo. Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:

1°) La designación de las partes y de sus representantes;

2°) Lo que se demanda;

3°) Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción;

4°) Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de violación;

5°) La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer;

6°) La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.

⁵ “SEGUNDO.- Que como consecuencia de la anterior declaración, la Nación colombiana debe pagar a mis poderdantes la totalidad de los perjuicios materiales que le fueron causados con motivo de dichos sucesos y que se demuestren pericialmente en este proceso o posteriormente por el procedimiento señalado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

[...]

PERJUICIOS MATERIALES. LUCRO CESANTE.

DETERMINABLES de acuerdo con las bases y en la cuantía que resulte del acervo probatorio demostrado en el proceso. Se incluirán en el lucro cesante los intereses compensatorios sobre el valor de aquellos que originen la fecha de causación y de la fijación de la indemnización. Su pago se hará en moneda corriente colombiana, teniendo en cuenta la variación porcentual del índice nacional de precios al consumidor entre esa (sic) mismas fechas. La indemnización futura se hará teniendo en cuenta los factores acogidos por la jurisprudencia.

Al liquidar los perjuicios, se actualizarán, y para ellos (sic) se adoptará la siguiente formula: ...” (fls 7-9, c1).

la época de los hechos, esto es, el año de 1994, y que dicho reconocimiento debe efectuarse en favor de todos los demandantes. Así las cosas, la Sala observa que se encuentra estructurada, en debida forma, la pretensión por perjuicios patrimoniales en la demanda, por lo cual, se desestimará la excepción formulada por la apoderada del Ministerio de Defensa y se procederá a abordar el conocimiento de fondo del presente asunto.

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

1 Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”⁶ de la responsabilidad del Estado⁷ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados⁸ y de su patrimonio⁹, sin distinguir su condición, situación e interés¹⁰. 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 potestad¹¹; 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”¹².

⁶ En precedente jurisprudencial constitucional se indica: “*El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente*”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁷ La “*responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización*”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “*consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos*”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

⁸ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “*son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado*”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

⁹ “*La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos*”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

¹⁰ La “*razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal*”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie general de la responsabilité civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

¹¹ “*La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos*”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

¹² MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

2 Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado¹³ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública¹⁴ tanto por la acción, como por la omisión.

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

“... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”¹⁵.

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”¹⁶.

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

¹⁴ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”¹⁷.

Así mismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”¹⁸. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹⁹, anormal²⁰ y que se trate de una situación jurídicamente protegida²¹.

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

“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”²².

5 Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad²³, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

¹⁸ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

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

²⁰ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

²¹ Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

²² Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

²³ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción, que entonces se llama acto (*factum*) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (*imputatio iudiciaria*), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (*imputatio diiudicatoria*)”. KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

sustento fáctico y la atribución jurídica²⁴. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”²⁵.

6 En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título que “*parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones*”²⁶. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “*atribución*”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “*cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta*”²⁷.

7 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*”²⁸. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no²⁹.

8 Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de

²⁴ El “*otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados*”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

²⁵ “*Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas*”. MIR PUIG, Santiago. “*Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal*”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminnet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

²⁶ “*El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionados por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre*”. GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*. Madrid, 1990, pp.77 ss.

²⁷ MIR PUIG, Santiago. “*Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal*”, ob., cit., p.7.

²⁸ LARENZ, K. “*Hegelszurechnungslehre*”, en MIR PUIG, Santiago. “*Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal*”, ob., cit., p.7.

²⁹ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “*De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia*”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

proporcionalidad³⁰ 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 ponderación³¹ 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”³².

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

*“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección³³ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible³⁴. 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*

³⁰ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de *optimización*... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62.

³¹ “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.64.

³² 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.

³³ Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

³⁴ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

*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*³⁵.

A lo que se agrega por el mismo precedente,

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

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

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

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

*Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos*^{36*37}.

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

“Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

³⁶ 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.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. Vg. Si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta mas (sic) de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo fundamental es si cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece, cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo, no sólo cuando entrega el arma homicida, también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social, hacen intercambiables la acción y la omisión³⁸. Günther Jakobs ha demostrado que todos los problemas del delito de omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón puede tropezar en la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella, porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella³⁹.

9 En los anteriores términos, la RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme a lo anterior esquema, se analizará el caso a resolver.

5. El régimen de responsabilidad por daños causados con armas de dotación oficial.

Las reglas específicas que dominan el tópico acerca de la responsabilidad del Estado por los daños causados con armas de dotación oficial han estado influenciadas por la noción de actividad riesgosa, que lleva a considerar que el uso de medios bélicos por parte de las autoridades públicas genera, de suyo, una potencialidad de lesión en los intereses legítimos de un sujeto de derecho.

En efecto, a la luz de la regla jurídica del artículo 2356 del Código Civil⁴⁰, la jurisprudencia ha comprendido por actividad peligrosa toda aquella “*manipulación de ciertas cosas o [e]l ejercicio de una conducta específica que lleva ínsito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, [que] tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que –de ordinario– despliega una persona respecto de otra*”⁴¹, o “*cuando rompe el equilibrio existente, colocando a las personas ante el peligro inminente de recibir lesión en su persona o en sus bienes.*”

³⁸ Cfr. Javier Sánchez-Vera. Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen. Duncker & Humboldt Berlin 1999. Pags. 51 y ss Kurt Seelmann. Grundlagen der Strafbarkeit. Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Reihe. Alternativkommentare. Luchterhand. Neuwied. 1990. Pag. 389.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁴⁰ Artículo 2356 Código Civil. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

Son especialmente obligados a esta reparación:

1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego.
2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.
3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de octubre de 2001. M.P.: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Radicado: Expediente 6315.

*La inminencia de un peligro que desborda la capacidad de prevención o resistencia común de los seres humanos, son las características determinantes para definir las actividades peligrosas*⁴². Por tales razones, no se ha dudado en reconocer al uso de armas de fuego como una actividad peligrosa.

Expuesto lo anterior, se tiene que el desarrollo de actividades peligrosas trae por consecuencia la generación objetiva de una amenaza de lesión para los bienes, derechos y/o intereses de una persona; esta situación desde la perspectiva de la responsabilidad hace prescindir de la demostración de la falla, falta o culpa de la entidad administrativa como elemento para estructurar el juicio de responsabilidad del Estado, de manera que la misma deviene en objetiva. En razón a ello esta Corporación ha sostenido que

*“para efectos de determinar la responsabilidad, resulta irrelevante el análisis de la licitud o ilicitud de la conducta asumida por los agentes estatales, como quiera que es suficiente para imputar el daño antijurídico, a título de riesgo excepcional, la demostración de que este fue causado por el artefacto o por la realización de la actividad peligrosa cuya guarda se encontraba a cargo del Estado.”*⁴³

En el mismo sentido,

*“en efecto, la Administración debe responder siempre que produzca un daño con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, como lo es la manipulación de las armas de fuego de las cuales están dotadas algunas autoridades por razón de las funciones a ellas encomendadas, tales como la Policía Nacional, el D.A.S., o el Ejército Nacional, pues el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos peligrosos. En virtud de ese título de imputación objetivo, el demandante tiene el deber de probar la existencia del daño y el nexo causal entre éste y una acción u omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial, sin entrar a analizar la licitud o ilicitud de la conducta del agente, la cual resulta irrelevante. A su vez la Administración, para exonerarse de responsabilidad, deberá acreditar la presencia de una causa extraña, como el hecho exclusivo de la víctima, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero.”*⁴⁴

Aun así, sin perjuicio del riesgo excepcional como título de imputación, la Sala también considera la posibilidad de imputar la responsabilidad del Estado, en tratándose de actividades peligrosas, a partir de la falla del servicio. En efecto, las actividades riesgosas permitidas dentro del medio social - como es el manejo de armas de fuego de dotación oficial- están sujetas a regulaciones, bien por reglas jurídicas precisas, o por normas que la técnica y la experiencia han decantado al respecto.

Por lo tanto, para la Sala, también es posible efectuar un juicio de atribución de responsabilidad del Estado por la desatención o desconocimiento de dichas prescripciones en el despliegue de tales actividades, como cuando se presenta un uso desproporcionado o excesivo de las armas de fuego⁴⁵, o se desconocen las

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 13 de septiembre de 2001. C.P.: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros. Radicado: 12487.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 28 de abril de 2010, C.P.: Dr. Enrique Gil Botero. Radicado: 76001-23-31-000-1997-04952-01(19160)

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 11 de noviembre de 2009, C.P.: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Radicado: 05001-23-24-000-1994-02073-01(17927)

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de marzo de 2011, C.P.: Dr. Enrique Gil Botero. Radicado: 05001-23-24-000-1995-00476-01(20294)

normas de cuidado en su manipulación⁴⁶, entre otras, siendo considerada la falla del servicio como el régimen general de responsabilidad a aplicar, en concurrencia con el riesgo excepcional, como se desprende del precedente de la Corporación:

“En todo caso, la falla probada del servicio constituye el régimen de responsabilidad general, y en los casos en que el asunto no pueda gobernarse bajo dicho título de imputación, se potenciará uno de responsabilidad distinta, y como quiera que en este caso, estamos en presencia de una actividad peligrosa en tratándose de la manipulación de armas de fuego, podría privilegiarse también la tesis del riesgo excepcional en caso de ser procedente. En este marco de referencia, sin duda, será el juzgador en presencia de todos los elementos existentes el que determinará si finalmente se dan o no los presupuestos para resolver el asunto sometido a su conocimiento con fundamento en la teoría de la falla probada del servicio, tal y como sucedió en el caso concreto, pues, las distintas pruebas incorporadas y practicadas conducen a inferir la falla imputada a la administración.”⁴⁷

En el mismo sentido, el precedente jurisprudencial de la Sala, también, ha señalado la preferencia de la falla del servicio, en el evento de haber lugar a ello, en cumplimiento de la función pedagógica del juez administrativo; en los siguientes términos:

“Sin embargo, cuando se advierte que el daño no se produjo accidentalmente sino por un mal funcionamiento de la Administración, ello se debe poner de presente y el título de imputación bajo el cual se definirá el litigio será el de falla del servicio, en aras del cumplimiento del deber de diagnóstico y pedagogía que tiene el juez al definir la responsabilidad del Estado y con el fin de que éste pueda repetir contra el agente que dolosa o culposamente hubiere producido el daño, en caso de ser condenado a la correspondiente reparación. En términos generales, la falla del servicio probada surge a partir de la comprobación de que el daño se ha producido como consecuencia de una violación -conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual resulta de la labor de diagnóstico que adelanta el juez en relación con las falencias en las cuales incurrió la Administración y se constituye en un juicio de reproche”.⁴⁸

Así las cosas, sobre el manejo, administración, cuidado y uso de las armas de dotación oficial, como bienes fiscales, es susceptible de configurarse la existencia de una posición de garante, en casos en concreto, como quiera que el riesgo intrínseco que tales artefactos representan lleva a exigir de parte del Estado el desarrollo de las acciones a que haya lugar, a efecto de garantizar que el riesgo administrado por quienes manipulan dichos artefactos no exceda los límites prescritos por las reglas que regulan la actividad, esto es, por ejemplo, que dichos instrumentos sean empleados por personal idóneo, su uso se efectúe en las ocasiones estrictamente necesarias y únicamente dentro de prestación del servicio, así como que los mismos artefactos se encuentren en condiciones óptimas para ser empleados.

En otras palabras, se trata del despliegue de actuaciones bien sobre los instrumentos peligrosos empleados (en cuanto a su cuidado y conservación), como sobre los funcionarios públicos encargados de su manipulación, cuando estos actúen amparados en el fuero institucional del Estado, o lo que es lo mismo,

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 18 de junio de 2008. C.P.: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Radicado: 05001-23-31-000-1994-00717-01(17516)

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008, C.P.: Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Radicado: 05001-23-31-000-1992-01490-01(16741)

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 11 de noviembre de 2009, C.P.: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Radicado: 05001-23-24-000-1994-02073-01(17927)

el Estado no puede intervenir en el fuero interno del agente más allá de cuando éste actúa a su nombre.

6. Los hechos probados.

De acuerdo con los medios probatorios allegados al proceso y que son objeto de valoración probatoria, se debe tener en cuenta como hechos probados:

- Copia autentica del registro civil de defunción María Isabel Yepes Quintero. (fl 21, c1).

- Copia autenticada de registro civil de nacimiento de Isabel Yepes Quintero. (fl 22, c1).

- Certificación del Notario Único del Círculo de Manzanares del registro civil de matrimonio contraído entre Emilio Yepes y Oliva Quintero. (fl 23, c1).

- Copia autenticada de registro civil de nacimiento de Martha Inés Yepes Quintero. (fl 24, c1).

- Copia autenticada de registro civil de nacimiento de Luz Marina Yepes Quintero. (fl 25, c1).

- Copia autenticada de registro civil de nacimiento de José Hernando Yepes Quintero. (fl 26, c1).

- Copia autenticada de registro civil de nacimiento de Luis Alberto Yepes Quintero. (fl 27, c1).

- Copia autenticada de registro civil de nacimiento de María Elsy Yepes Quintero. (fl 28, c1).

- Testimonio rendido por la señora Alba Lucia Cifuentes Romero en el que se manifestó:

“... PREGUNTADO: Sírvase decirnos si lo sabe como eran las relaciones entre MARIAISABEL (sic) QUINTERO YEPES, con sus padres, hijas y hermanos: CONTESTO: Eran bien, ella respondía por la mamá, quien ya es de edad, el papá a consecuencia de muerte de ella cayó grave a la cama y murió y las niñas pues ahorita las tiene la abuelita o sea doña Oliva. Las relaciones de MARÍA ISABEL con sus hermanos la iban bien. [...] PREGUNTADO: Sírvase decir que impacto moral causó la muerte de MARÍA ISABEL en relación con sus padres, hijas y hermanos. CONTESTO: Terrible, el papá no soportó la muerte de ella. Para todos fue terrible. Ahora las niñas están allí como medio ayuda de que las tías les puedan ayudar como para la comidita porque están sin estudio. La mayorcita de las niñas tiene como quince años y la otra tiene como nueve añitos.” (fl 90-93, c1).

- Testimonio rendido por la señora Yolanda Jurado Montezuma en el que se manifestó:

*“PREGUNTADA. Sírvase decir si MARÍA ISABEL YEPES QUINTERO tenía hijos, en caso afirmativo indiquenos (sic) los nombres de estos y de ser posible más edades. CONTESTO. Tiene dos niñas, una mayor como de 20 años y la otra tiene como 10 años, la mayor se llama Carolina Yepes y la otra no recuerdo en este momento el nombre de la menorcita.
[...]*

PREGUNTADA. Sírvase decir si lo sabe económicamente quien veía por las hijas por las hijas de MARÍA ISABEL YEPES QUINTERO. CONTESTO. Ella era quien mandaba para el sostenimiento de las hijas y de los padres. Me consta porque yo muchas veces estaba

allí y le llegaba giros de ella a la mamá. PREGUNTADA. Ya que usted dice haberse dado cuenta, cuando le llegaban giros enviados por MARÍA ISABEL a su mamá, sírvase decir cuál era el monto de los dinero que MARÍA ISABEL giraba. CONTESTO. Eran \$300.000 ó \$250.000 lo que ella giraba.

[...]

PREGUNTADA. Sírvase decir cómo eran las relaciones de familiaridad y afecto entre los Padres, hermanos, e hijas con MARÍA ISABEL YEPES. CONTESTO. Ellos eran muy unidos, siempre han sido muy unidos. La muerte de MARÍA ISABEL les afectó bastante, debido a eso el papá se murió de pena moral. Y también se han visto afectados económicamente con la muerte de ella. Pues Fernando gana muy poco para el sostenimiento de la mamá y las sobrinas. Debido a eso los abuelos por parte de papá se llevaron con ellos a la niña menor de MARÍA ISABEL, se la llevaron a vivir a Pasto, no sé los nombres de los abuelos paternos de la menor.” (fls 106-109, c1).

- Testimonio rendido por la señora María Guadalupe Murillo Cáceres en el que se manifestó:

“...PREGUNTADA. Sírvase decir para la fecha del fallecimiento de MARÍA ISABEL YEPES QUINTERO, que según los hechos de la demanda lo fue el 28 de febrero de 1994, en qué y dónde laboraba MARÍA ISABEL YEPES QUINTERO. CONTESTO. Ella era meretriz allá en Pamplona.

[...]

PREGUNTADA. Sírvase decir si lo sabe económicamente quién veía por las hijas de MARÍA ISABEL YEPES QUINTERO. CONTESTO. Ella les mandaba plata a las hijas, pues le mandaba a la mamá para el sostenimiento de las hijas, ella trabajaría en eso o sea de meretriz, pero nunca desamparó a las hijas.

[...]

PREGUNTADA. Por qué le consta a usted que MARÍA ISABEL le mandaba plata a la mamá para el sostenimiento de sus hijos. CONTESTO. Porque la mayorcita cuando cumplía años, pues mi esposo es fotógrafo, la abuela le hacía tomar fotos y decía que apenas María Isabel le mandara el giro se las cancelaba, por eso sé que ella le mandaba plata y desde antes que ella tuviera a las niñas, nunca desamparó a sus viejos. PREGUNTADA. Sírvase decir si sabe qué cantidad de dinero enviaba MARÍA ISABEL a su mamá para el sostenimiento de sus hijas. CONTESTO. No sé cuánto sería.” (fls 110-113, c1)

- Testimonio rendido por la señora Asceneth Varon de Sinales en el que se manifestó:

“PREGUNTADA. Sírvase decir dónde vivía MARÍA ISABEL YEPES QUINTERO para la fecha de su fallecimiento, que según la demanda fue el 28 de febrero de 1994. CONTESTO. Ella estaba en Pamplona. Ella trabajaba como dama de compañía, no se decirle donde.

[...]

PREGUNTADA. Cómo eran las relaciones de familiaridad y afecto entre MARÍA ISABEL YEPES QUINTERO, con sus padres, hermanos e hijas. CONTESTO. Eran buenas. PREGUNTADA. Antes del fallecimiento de MARÍA ISABEL YEPES QUINTERO, quien veía económicamente por las dos hijas de ésta. CONTESTO. Ella les mandaba plata, se la mandaba a doña OLIVA quien las tenía aquí en Cali.

[...]

PREGUNTADA. Sírvase decir que impacto moral y económico causó en sus padres, hijas y hermanos el fallecimiento de MARÍA ISABEL YEPES QUINTERO. CONTESTO. Fue horrible, porque ellos no esperaban ni ninguno de los conocidos esperábamos una muerte así.” (fls 114-116, c1).

- Oficio de 5 de agosto de 1999 (fl 118, c1), suscrito por el Comandante del Batallón de Infantería No. 18 García Rovira en el que se consigna:

“... muy respetuosamente me permito informar que la investigación penal que se adelantó con ocasión de la muerte de la Señora MARÍA ISABEL YEPES QUINTERO, ocurrida en esta ciudad el 28 de Febrero de 1.994 en el establecimiento público JET-SET, no se

ventiló en la Justicia Penal Militar, debiendo acudir (...) al JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE PAMPLONA (...) pues fue éste el que profirió la sentencia condenatoria que en estos momentos se encuentra purgando el referido suboficial.

Igualmente informo a su Despacho que para la fecha de la ocurrencia de los hechos el Sargento PEDRO ELÍAS MORA ORTIZ, era miembro activo de las Fuerzas Militares, orgánico de esta Unidad Táctica y al momento de los hechos que dieron lugar a la investigación penal no se encontraba en cumplimiento de orden alguna del servicio. Con relación al arma que fue hallada en su poder la noche de los hechos, debo informar que efectivamente había sido asignada al Suboficial por la Sección Segunda sólo para el cumplimiento y desarrollo de órdenes militares, lo que indica que no ha debido portarla esa noche pues no estaba en cumplimiento de orden alguna del servicio.”

- Oficio de 20 de octubre de 1997 (fl 77, c1) suscrito por el Juez Segundo Penal del Circuito de Pamplona, mediante el cual se remite la actuación del proceso No. 037 adelantadas por la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad penal contra Pedro Elías Mora Ortiz por el homicidio de María Isabel Quintero. En 105 folios.

7. Problema jurídico

¿Cabe imputar la responsabilidad al Estado por la muerte de una mujer con un arma de dotación oficial, en una acción ejecutada por un miembro de la fuerza pública que se encontraba fuera de servicio?

8. El daño antijurídico

La Sala encuentra la existencia de un daño antijurídico en el presente caso, el cual consiste en la muerte de la señora María Isabel Yepes Quintero, conforme al registro civil de defunción arrimado al proceso (fl 21, c1); tal hecho se califica como daño antijurídico como quiera que se trata de la afectación a un interés legítimo respecto del cual la víctima no tenía el deber jurídico de soportar, por ser un obrar atentatorio del primigenio derecho humano a la vida.

9. La imputación de la responsabilidad.

La Sala encuentra acreditado que la muerte de la señora María Isabel Yepes Quintero fue causada por un actuar desplegado por señor Pedro Elías Mora Ortiz, como se desprende de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pamplona en la que se indicó:

“Que PEDRO ELÍAS MORA ORTIZ llegó al establecimiento denominado Jet Set aproximadamente a las once de la noche del 27 de febrero de 1994, después de haber ingerido bebidas embriagantes con algunos compañeros militares y sus familiares, y que allí departió y bailó con MARÍA ISABEL YEPES QUINTERO hasta la una de la mañana del día siguiente cuando al no acceder ésta a las relaciones sexuales solicitadas por MORA ORTIZ, sin paga (sic) por ellas, su acompañante le disparó por la espalda ocasionándole la muerte..” (fls. 86-87, c2).

En el mismo sentido, la Sala encuentra acreditado que el disparo que causó la muerte de la señora Yepes Quintero se efectuó desde el arma de dotación oficial asignada al señor Pedro Elías Mora Ortiz.

En efecto, en el acta de levantamiento de cadáver se encontró *“una vainilla calibre 9 milímetros largo (...) distante 1.55 metros de los pies de la occisa, un proyectil deformado con ojiva blindada con adherencia (sic) de fragmentos de pared ubicada (...) a 1.90 metros de los pies de la occiso”* (fl 103, c2); al igual que en dicha diligencia se hizo entrega por parte del Cabo Chia Jefe de la Subsijin de Pamplona

del arma “*PISTOLA CALIBRE 9 mm LARGO DE FABRICACIÓN ITALIANA SERIAL No. 1097260/65490 PB, CON PROVEEDOR CON CAPACIDAD PARA QUINCE CARTUCHOS Y CON OCHO CARTUCHOS EN SU INTERIOR*” (fl 103, c2) la cual fue entregada voluntariamente por el señor Mora Ortiz al momento de ser aprehendido.

En relación a los mencionados elementos materiales se surtió una prueba de balística, por parte del Grupo de Balística Forense del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, el cual indicó la uniprocedencia de la vainilla y el proyectil respecto del arma entregada en la diligencia de levantamiento de cadáver, en otras palabras, se concluyó que “*el proyectil fue disparado y la vainilla percutida en la pistola marca Pietro Beretta, Modelo 9, calibre 9 mm. Largo N° 1097260*” (fl 69 vto, c2).

Y respecto de tal artefacto bélico el Comandante del Batallón de Infantería No. 18 ‘García Rovira’ manifestó que “*efectivamente había sido asignada al Suboficial [Pedro Elías Mora Ortiz] por la Sección Segunda solo para el cumplimiento y desarrollo de órdenes militares...*” (fl. 118, c1).

Ahora bien, la Sala precisa que si bien en la causación del daño, desde una perspectiva eminentemente causal, se acreditó la participación de un bien del Estado, como es la pistola Pietro Berreta No. 1097260, debe discutirse la responsabilidad a partir de criterios de atribución, recordando que la responsabilidad del Estado, siendo institucional, no se identifica con la personal en que pueda incurrir uno de sus agentes.

A este respecto, es preciso decir que la responsabilidad del Estado se deriva siempre que se registre una acción u omisión, generadora de un daño, en virtud del cual se desconozca el contenido obligacional imperativo que funcionalmente le es exigible a una persona jurídica de derecho público determinada; por tal razón, calificar si una conducta de un agente del Estado corresponde a un actuar de la administración, que tenga la virtualidad de comprometer la responsabilidad del Estado, requiere de la demostración de un nexo del agente con el servicio público, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala:

“No puede olvidarse que los agentes estatales -servidores públicos en general- son personas investidas de esta calidad pero que conservan la responsabilidad de su desempeño en su esfera individual, dentro de la cual actúan como cualquier particular y pueden cometer infracciones y delitos comunes, sin relación alguna con su calidad de funcionarios; en estos casos, resulta inadmisibles que, por el simple hecho de ser empleados suyos, tenga el Estado el deber de asumir la responsabilidad por las actuaciones de aquellos, sin discriminarse en qué circunstancias se produjeron y dejando de lado el hecho de que se trata de personas racionales con libre albedrío y discernimiento, que no se limitan a ejecutar un servicio público sino que cuentan con otras dimensiones en sus vidas en las que cumplan actos que producen consecuencias.”⁴⁹

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 16 de febrero de 2006 C.P.: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Radicado: 68001-23-15-000-1994-00026-01 (15383). Al respecto la doctrina afirma: “*para que ello ocurra es necesario que concurran, acumulativamente, dos circunstancias distintas: en primer lugar, que la persona física de que se trate esté integrada en la organización administrativa. En segundo lugar, que actúe en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, o, en la formulación preferida por la doctrina y jurisprudencia administrativistas de nuestro país, que actúe en el desempeño o ejercicio de su cargo.*” MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad. Madrid, Civitas. 1º Edición, 2000. Pág. 144.

Tal afirmación, inexorablemente lleva a aseverar que la responsabilidad personal del agente debe estructurarse a partir de un comportamiento autónomo y propio, diferente a la actividad pública, donde el funcionario obre por virtud de su fuero interno y personal, como lo haría cualquier particular. Por ello, si la conducta del agente ha sido propiciada, o se ha estructurado, a partir de un incumplimiento de los deberes normativos a cargo del Estado, o si para la realización de la conducta el autor del hecho lesivo se benefició de un actuar irregular de la administración, habrá lugar a considerar la responsabilidad del Estado por falla del servicio como título de imputación, como lo ha indicado la Sala:

“Es cierto que en tanto el agente se valga de su condición de autoridad pública y utilice los bienes de dotación oficial para cometer el hecho, su actuación tiene vínculo con el servicio y en esa medida le es imputable al Estado. Pero, se reitera, la responsabilidad de la administración no deviene del hecho de que el autor esté vinculado a una entidad pública. Si el funcionario incurre en una conducta delictiva ajena a la prestación del servicio, debe acreditarse que la entidad incurrió en una falla para imputarle el hecho, pues esta falla no se presume.”⁵⁰

Retomando las consideraciones en torno al caso en concreto, la Sala observa que al momento de presentarse los hechos objeto de esta decisión, el señor Pedro Elías Mora Ortiz era miembro activo de las Fuerzas Militares, siendo integrante del Batallón de Infantería No. 18 ‘García Rovira’⁵¹; empero para ese preciso momento el agente *“no se encontraba actuando en cumplimiento de orden alguna del servicio”*.⁵²

E igualmente, respecto de la tenencia del arma que portaba el referido militar, se informó por parte del Comandante del Batallón de Infantería No. 18 ‘García Rovira’ lo siguiente:

*Con relación al arma que fue hallada en su poder la noche de los hechos, debo informar que efectivamente había sido asignada al Suboficial por la Sección Segunda sólo para el cumplimiento y desarrollo de órdenes militares, **lo que indica que no ha debido portarla esa noche pues no estaba en cumplimiento de orden alguna del servicio.**”* (fl 118, c1). (Resaltado propio).

Conforme a lo anterior, observa la Sala la existencia de una falla del servicio como quiera que se permitió, por parte del Ejército Nacional, que el señor Pedro Elías Mora Ortiz portara su arma de dotación para labores fuera del servicio, bien sea porque no se adoptaron medidas de registro y control para ello, o las mismas fueron ineficientes.

Por las anteriores razones, para la Sala no existe duda sobre la imputación de responsabilidad a la entidad demandada por la muerte de la señora María Isabel Yepes Quintero.

Determinación de los perjuicios irrogados.

Perjuicios pecuniarios.

A efectos de precisar la legitimidad de los perjuicios de índole pecuniario que se generaron con ocasión de la muerte de la señora María Isabel Yepes Quintero, la Sala considera oportuno traer a colación los postulados desarrollados por la

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 16 de septiembre de 1999, C.P.: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Radicado: 10922.

⁵¹ Conforme al oficio de 5 de agosto de 1999 suscrito por el Comandante del Batallón de Infantería No. 18 ‘García Rovira’. Fl 118, c1).

⁵² *Ibídem.*

jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno a la licitud, desde las perspectiva constitucional, de la actividad desplegada por las trabajadoras sexuales, y cómo la misma se reconoce como permitida, y más aún, regulada por diversas autoridades administrativas.

En efecto, luego de superarse una etapa en que dicha actividad fue considerada como *evidentemente inmoral*⁵³, se fueron abordando diversos aspectos en los cuales *prima facie* parecieren vulnerarse derechos colectivos o fundamentales; en dichas oportunidades la Corte se pronunció indicando que tal labor, *per se*, no se podía considerar atentatoria del orden público y/o de diversos derechos difusos de los ciudadanos, siempre y cuando su ejercicio no afecte a terceros; en palabras de la Corte Constitucional:

*“[La Corte] En modo alguno ignora que las actividades de la prostitución y el travestismo en sí mismas no están prohibidas y, por tanto, no son ellas objeto de esta tutela. Ambas pueden ejercerse, pero no de manera irrazonable y desproporcionada, sino dentro de unos parámetros mínimos que no afecten el ejercicio de los legítimos derechos de terceros, de tal suerte que trasciendan el ámbito de la intimidad personal y familiar de personas ajenas a tales comportamientos y que, además, los repudian”*⁵⁴.

Por lo anterior la prostitución, como actividad social, no es susceptible de ser reprobada o prohibida por el Estado, en razón a que prescripciones de tal índole rebasarían los límites del orden público y desconocerían derechos fundamentales de libertad, de manera que, para la Corte, la regulación de la prostitución debe circunscribirse en lo pertinente a evitar que se afecten ilegítimamente derechos de particulares o intereses colectivos:

*“Si el propio Estado procura evitar que la mujer y el hombre se prostituyan, resulta apenas lógico que el ejercicio de la prostitución se delimite y restrinja a lugares alejados de las zonas residenciales, con el propósito de evitar su incidencia a toda la comunidad, y que su influencia nociva afecte a los menores de edad. Esto implica, necesariamente, que el ejercicio de esta actividad debe ceder frente al interés social y familiar y frente a los derechos fundamentales de terceros cuando la misma desborda los límites del orden público”*⁵⁵.

Esta tesis ha sido reiterada en la jurisprudencia Constitucional como se puede observar en el precedente sobre la materia:

*“Para la Corte es claro que aunque del régimen constitucional colombiano no se deriva una prohibición al ejercicio de la prostitución, el Estado, por disposición de la misma carta, no es indiferente a sus efectos nocivos, por lo que resulta legítimo, dentro de los límites razonables de la proporcionalidad, que las autoridades públicas de todos los órdenes adopten medidas tendientes a evitar su propagación y a disminuir los efectos negativos que esta conducta, calificada como degradante para la persona humana, genera en la sociedad”*⁵⁶.

Por último, en reciente pronunciamiento la Corte Constitucional, luego de observar las diferentes regulaciones a que se someten los lugares en los que se lleva a cabo la prostitución, concluye que *“no es legítimo considerar que aún respetando el Derecho, pueda apelarse a las buenas costumbres como fuente para declarar*

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia T-620/2005. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-476/1997. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-476/1997. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-636/2009. M.P.: Dr. Mauricio González Cuervo.

*ilícita una prestación relacionada con la prostitución, pues como se ha visto, dicha noción no actúa como fuente paralela al Derecho positivo sino conforme a él*⁵⁷.

Es por tal razón que la prostitución, como modo de vida legítima, es protegida por las normas jurídicas, bien reconociendo la existencia de vínculos laborales entre las personas que intervienen en tales actos, o regulando los sitios en donde pueden prestarse tales servicios sexuales, en últimas, se trata de una actividad reconocida y reglada por el derecho, por lo cual no se pueden desprender consecuencias negativas cuando se le indique de ser un proceder *inmoral* - criterio subjetivo y particular que pertenece a la cosmovisión que sobre cada sujeto social puede imperar en un momento determinado-; sobre este tópico la Corte precisó:

*“Sin demasiados miramientos, todas estas decisiones podrían ser estimadas generalmente como contrarias a la moral cristiana, es decir a la moral social*⁵⁸, *que más valdría llamar claramente la virtud social republicana, que se halla a la base del discurso de los derechos; todas ellas, por tanto, podrían ser merecedoras de un juicio de invalidez. Pero, como el Derecho sí ha regulado el fenómeno, lo reconoce, lo regla y ordena y como la prostitución puede hacer parte del libre desarrollo de la personalidad y del vivir como se quiera y del vivir bien (el ganarse la vida), no es admisible disponer ex novo, a partir de una moralidad de jueces, la ilicitud de aquellos acuerdos, cuando en la prestación u obligación que se analice se han cumplido a cabalidad con los principios y reglas que la someten, cuando no hay coacción, ni inducción, cuando se pacta en libertad, como decisión propia, autónoma, sin afectación de la integridad física o moral*⁵⁹.

Como colofón, la Sala recoge los anteriores planteamientos para afirmar que, en razón a la licitud de la prostitución, los perjuicios de índole patrimonial que se deriven de la muerte y/o afectación de quien se desempeña como trabajador o trabajadora sexual son susceptibles de ser indemnizados; esto es, tal situación se integra dentro del carácter personal del daño que quiere significar que quien reclama judicialmente la reparación de un daño es el titular de un derecho o interés que se encuentra amparado por el ordenamiento jurídico.

Conforme a las anteriores reflexiones, la Sala encuentra acreditada en el presente caso la realización de una actividad económica lícita por parte de la señora María

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-629/2010. M.P.: Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

⁵⁸ La expresión “moral cristiana” de que trata el artículo 13 de la ley 153 de 1887, fue declarada exequible en la sentencia C-224 de 1994, porque al referirse a ella, dijo la Corte que lo que se está reconociendo es la moral social que prevalece aún en la sociedad colombiana. Lo anterior, no obstante las incongruencias que en su momento destacaran los entonces magistrados Eduardo Cifuentes, Fabio Morón y Alejandro Martínez en su salvamento de voto suscrito en conjunto, cuando observaron que la interpretación de la Corte al declarar constitucional la expresión “moral cristiana” entendiéndola como “moral social”, hacía inaplicable la primera y la convertía simplemente en “una reiteración de uno de los elementos integrantes de la costumbre, la opinio iuris”. Por lo demás, se agrega en su salvamento que en tanto la Constitución de 1991 no invoca ninguna forma de moralidad religiosa, “la referencia a la moral cristiana establecida por la ley de 1887 constituye una discriminación contra otras formas de moralidad religiosa que pueden ser diversas a la cristiana pero conformes con la Constitución”. A su vez, dijo en salvamento individual el magistrado Carlos Gaviria, “la función que la costumbre (a secas) cumple en el derecho, es la de servir de fuente material de primer orden” para aproximar la legislación a la realidad, para nutrir la con las prácticas sociales que se van arraigando “y cuya conveniencia y rectitud compete evaluar al legislador, en función de los fines que, dentro del amplio esquema que la constitución le ofrece, juzgue conveniente perseguir”. No se trata –añade el salvamento de Gaviria- de reconocer carácter normativo entonces a la costumbre cifrada en creencias subjetivas, sino de “propiciar pautas razonables de conducta que contribuyan a informar de mayor reflexión y de menos instinto la acción humana”. Así puede interpretarse la voluntad constituyente, como voluntad “plausible, progresista, propiciatoria de certeza y nada incompatible con la búsqueda de un orden justo dentro de un ambiente participativo y democrático”.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-629/2010. M.P.: Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

Isabel Yepes Quintero como se decanta de las declaraciones vertidas en el proceso, en donde se indicó que la susodicha se desempeñaba como “*dama de compañía*” (fls 114-116, c1) o “*meretriz*” (fl 110-113, c1) y que precisamente se encontraba en el Municipio de Pamplona en razón a su actividad laboral.

En el presente caso se observa que no procede ninguna clase de reconocimiento de indemnización por concepto de lucro cesante en favor de los señores Martha Inés, Luz Marina, María Elsy, Luis Alberto y José Hernando Yepes Quintero, hermanos de la víctima, en razón a que no existe prueba alguna a partir de la cual se sustente una dependencia económica de estos con relación a la señora María Isabel Yepes Quintero.

Ahora, en relación a la madre de la víctima, señora Oliva Quintero, la Sala se abstendrá de reconocer una indemnización en su favor debido a que en el expediente no reposa poder amplio y suficiente otorgado por la mencionada señora al abogado demandante, razón por la cual se deduce que no existe, en debida forma, un representante judicial que pueda disponer de sus derechos en el presente proceso. La Sala precisa que no se trata de un problema de legitimación en la causa, sino de adecuada representación de la parte en el proceso judicial, razón por la cual no se puede establecer ningún tipo de relación procesal en la que la señora Oliva Quintero sea reconocida.

En efecto, debe recordarse que mediante el apoderamiento se permite a una persona cualificada la defensa, representación y disposición de los derechos del mandante, por lo cual debe consistir en un acto expreso, esto es, mediante la suscripción de un *poder* bien sea general, que aplica para toda clase de procesos, o especial, el cual consiste en la representación en asuntos puntuales o específicos⁶⁰, lo que descarta la posibilidad de inferir de manera indirecta o presunta la existencia de tal facultad; por otra parte, se observa que conforme al artículo 63 del Código de Procedimiento Civil “*las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito, excepto en los casos en que la ley permite su intervención directa*” lo que hace del *ius postulandi* una regla general en materia de comparecencia a los procesos judiciales en nuestro ordenamiento jurídico. A este respecto, el precedente de la Sala enseña:

“De conformidad con las disposiciones citadas, el derecho de postulación supone la potestad exclusiva para los abogados, salvo las excepciones contempladas en la ley⁶¹, de presentar la demanda, solicitar el decreto y práctica de las pruebas, presentar alegatos, recurrir las decisiones desfavorables y en general de realizar todas aquellas actuaciones propias del trámite del proceso. Es por lo anterior, que en los procesos judiciales se requiere que las personas vinculadas al mismo actúen mediante apoderado, quien en su nombre realizará las actuaciones propias de la actuación respectiva. Ahora bien, es pertinente señalar que si bien los abogados son los titulares del derecho de postulación, lo cierto es que el ejercicio del mismo en un proceso particular requiere de la celebración, previo a su inicio o durante el desarrollo del mismo, de un contrato de mandato que lo autorice para actuar en nombre y representación de alguna de las partes que integran el litigio”⁶².

En lo que concierne al reconocimiento de perjuicios de índole pecuniario en la modalidad de lucro cesante en favor del Juan Emilio Yepes, padre de la víctima, la Sala precisa que de las declaraciones acopiadas en el proceso no se puede estructurar con certeza que el mencionado actor se encontrara en una situación de

⁶⁰ Conforme al Artículo 65 del Código de Procedimiento Civil.

⁶¹ Artículo 28 del Decreto 196 de 1971.

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto de 28 de enero de 2011. Radicado: 38844.

dependencia económica respecto de la fatal víctima, puesto que declaraciones como las de la señora Asceneth Varon de Sinales (fls 114-116, c1) y María Guadalupe Murillo (fls 110-113, c1) señalan que la señora María Isabel Yepes Quintero periódicamente enviaba remesas de dinero para el mantenimiento de sus hijas, quienes estaban bajo cuidado de su señora madre Oliva Quintero; mientras que por otra parte el testimonio de la señora Alba Lucia Cifuentes Romero señala que la causante contribuía económicamente a su madre (fls- 90-93, c1), y por otra parte, la señora Yolanda Jurado sostuvo en su declaración, que la fallecida colaboraba para el mantenimiento de sus hijas –quienes no son demandantes en este proceso- y sus padres (fls 106-109, c1).

De todo esto, se deriva que no existe con seguridad el perjuicio que se invoca en favor del señor Juan Emilio Yepes, pues las diversas declaraciones no revisten una uniformidad que permitan demostrar la manutención por parte de la señora María Isabel Yepes Quintero en favor del señor Juan Emilio Yepes, su padre, más aun teniendo en cuenta que la mayoría de los testimonios manifiestan que la asistencia económica se les proveía a las hijas de la víctima; por lo tanto, se observa que los testimonios plantean escenarios eventuales, donde no queda acreditado la manera como se beneficiaba económicamente el señor Yepes de la actividad económica ejecutada por su hija, lo que lleva a la Sala a manifestar la existencia de un daño que carece de certeza y por lo tanto no es susceptible de ser indemnizado⁶³.

Perjuicios morales.

En los eventos en los que se sufre una lesión y ésta es imputable al Estado, ello puede desencadenar la indemnización de perjuicios morales, y su tasación dependerá de la gravedad del daño padecido, de tal manera que las personas que se sientan perjudicadas por dicha situación, podrán reclamar indemnización de perjuicios acreditando el parentesco con la víctima directa del daño, pues éste se convierte en un indicio suficiente para tener por demostrado el perjuicio sufrido, siempre que no hubieren pruebas en el plenario que indiquen o demuestren lo contrario, y su tasación, como se anotó, será proporcional al daño padecido.

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

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

“En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en a su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre

⁶³ Un ejemplo sobre la eventualidad del daño patrimonial puede observarse en la sentencia de 10 de febrero de 2000, Radicado 11878.

otras cosas, para con cimiento en la equidad arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material”⁶⁴.

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

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

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

De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona. Es por ello que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general - como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público- de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad⁶⁵. Tal distinción entre un sentido genérico y uno específico con que se usa el concepto de proporcionalidad conduce al problema de los métodos para su aplicación. 8.2. Un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación. La relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc., se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado. Se afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009. Exp. 1995-10351.

⁶⁵ Sobre la proporcionalidad como elemento del juicio de igualdad únicamente cuando el test es estricto, ver la sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería

general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto.

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

Por lo anterior, el análisis de proporcionalidad del límite de mil salarios mínimos legales, se hará de conformidad con el siguiente método: (i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida grava de manera manifiestamente desproporcionada⁶⁶ uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución⁶⁷ (subrayado fuera de texto).

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

“Frente a los llamados perjuicios morales objetivables, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha estimado que en algunos casos pueden ser valorados pecuniariamente⁶⁸, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas⁶⁹, el perjuicio estético causado⁷⁰ o el daño a la reputación⁷¹. Si de la aplicación de

⁶⁶ Ver entre otras la sentencia C-758 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis. Allí la Corte justifica que en materia de sanciones el límite entre lo constitucionalmente inadmisibles y lo permitido se traza con el criterio de la desproporción manifiesta

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

⁶⁸ Ver entre otras las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 13 de abril de 2000, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No. 11892; 19 de julio de 2001, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 13086; 10 de mayo de 2001, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No.13.475 y del 6 de abril de 2000, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 11.874. Ver también, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 29 de mayo de 1997, MP: Juan Manuel Torres Fresneda, Radicación 9536

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de agosto de 1982, CP: Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 3139, donde se reconoció como perjuicio moral el “malestar psíquico” sufrido a raíz del accidente. Consejo de Estado, Sección Tercera, 4 de abril de 1997, CP: Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente 12007, que

tales criterios surge que dichos perjuicios superan el límite fijado por el legislador, habría una afectación grave del interés de las víctimas por lograr una indemnización integral de los perjuicios que se le han ocasionado y cuyo quantum ha sido probado. Al igual que con los perjuicios materiales, el límite resultaría manifiestamente desproporcionado frente al derecho de las víctimas a la reparación integral, como quiera que el riesgo de arbitrariedad del juez es menor cuando el valor de los perjuicios ha sido acreditado en el juicio por factores que no dependen de su apreciación subjetiva.

Esta desproporción resulta más evidente si se tiene en cuenta que ni en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales. En dichas jurisdicciones se ha fijado una cifra para la valoración de ciertos perjuicios que depende de consideraciones puramente subjetivas y cuyo quantum ha sido reconocido tradicionalmente hasta por 1000 gramos oro, o más recientemente hasta por 2000 y 4000 gramos oro⁷²⁷³.

El fundamento, por lo tanto, del test de proporcionalidad no es otro, según los precedentes anteriores,, el cual, a su vez, comprende tres sub-principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto⁷⁴.

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

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

reconoció como perjuicio moral por el hecho de que la víctima “estuvo sometida al miedo, la desolación, a la zozobra, a la tristeza, mientras se produjo su liberación.”

⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de julio de 1989, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 2852. Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, CP: Julio César Uribe Acosta, Expediente 7428

⁷¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

⁷² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 25 de septiembre de 1997, Sección Tercera, Expediente 10.421, CP: Ricardo Hoyos Duque, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 2.000 gramos oro. Sentencia del 19 de julio de 2000, Expediente 11.842, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 4.000 gramos oro

⁷³ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

⁷⁴ La doctrina señala que “la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control”. ARROYO JIMENEZ, Luis. “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, en ORTEGA, Luis; SIERRA, Susana de la (Coords). *Ponderación y derecho administrativo*. Madrid, Marcial Pons, 2009, p.33.

familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad.

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

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

En el presente caso la Sala observa que están acreditados los vínculos de consanguinidad de los actores Martha Inés, Luz Marina, María Elsy, Luis Alberto José Hernando y Yepes Quintero –en calidad de hermanos- y de Juan Emilio Yepes–en calidad de padre- con la señora María Isabel Yepes Quintero, razón por la cual, se encuentra construido el hecho indicador a partir del cual tiene operancia la regla de la experiencia según la cual se infiere la existencia de un padecimiento moral en padres y hermanos por la muerte de una persona integrante del núcleo familiar.

En este orden, la Sala considera que una adecuada tasación de los perjuicios morales, en aplicación del test de proporcionalidad, con ocasión de la muerte de la señora María Isabel Yepes Quintero, impone reconocer a favor de Juan Emilio Yepes la suma de 100 Salarios Mínimos Mensuales Legales vigentes en razón a que diversas declaraciones en el proceso dan fe de la profunda afectación que le causó el evento dañoso al señor Yepes, tal como se desprende de la declaración de la señora Alba Lucia Cifuentes, quien indicó:

“PREGUNTADO: Sírvase decir que impacto moral causó la muerte de MARÍA ISABEL en relación con sus padres, hijas y hermanos. CONTESTO: Terrible, el papá no soportó la muerte de ella. Para todos fue terrible.” (fls. 90-93, c1)

Y en el mismo sentido, declaró la señora Yolanda Jurado:

“PREGUNTADA. Sírvase decir cómo eran las relaciones de familiaridad y afecto entre los Padres, hermanos, e hijas con MARÍA ISABEL YEPES. CONTESTO. Ellos eran muy unidos, siempre han sido muy unidos. La muerte de MARÍA ISABEL les afectó bastante, debido a eso el papá se murió de pena moral.” (fls. 106-109, c1).

Y respecto de Martha Inés, Luz Marina, María Elsy, Luis Alberto José Hernando y Yepes Quintero, en su calidad de hermanos de la víctima fatal, la Sala concederá la suma de 25 Salarios Mínimos Mensuales Legales para cada uno de ellos.

Llamamiento en garantía.

Ahora bien, establecida la responsabilidad de la entidad demandada por la muerte de María Isabel Yepes Quintero y determinada la tasación de los perjuicios causados, deberá la Sala resolver la procedencia del llamamiento en garantía que formuló el Ministerio Público en contra del señor Pedro Elías Mora Ortiz (fls 43-45, c1) solicitud que fue admitida mediante auto del 24 de junio de 1996 por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander (fls 55-56, c1), y que se puso en conocimiento del señor Pedro Elías Mora Ortiz mediante notificación personal (fl 60, c1).

Adicionalmente, existe la carga de aportar prueba sumaria de la existencia del derecho legal o contractual a formular el llamamiento en garantía. Es decir, es indispensable para la procedencia del llamamiento en garantía, además del cumplimiento de los requisitos formales, que el llamante allegue prueba siquiera sumaria del derecho legal o contractual en que apoya la vinculación del tercero al proceso, dado que dicha vinculación implica la extensión de los efectos de la sentencia judicial al tercero, causándole eventualmente una posible afectación patrimonial.⁷⁵

De conformidad con el precedente de la Sala

“(...) “En desarrollo del artículo 217 del C.C.A., en los procesos relativos a controversias contractuales y de reparación directa, la parte demandada podrá, en el término de fijación en lista, denunciar el pleito, realizar el llamamiento en garantía o presentar demanda de reconvencción, siempre que ello sea compatible con la índole o la naturaleza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El texto anterior prevé la facultad que tiene el demandado para solicitar la vinculación de terceros hasta el último día de fijación en lista. (...) La norma citada permite concluir que el llamamiento lo puede realizar tanto el demandante como el demandado. El primero de ellos con la presentación de la demanda y el demandado en el escrito de contestación. La petición procede cuando una de las partes tenga derecho legal o contractual a exigir de un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia. El Juez al desatar el proceso, estudiará primero la relación sustancial existente entre demandante y demandado y si las pretensiones de aquel están llamadas a prosperar, deberá analizar la relación existente entre el llamante y el llamado con el objeto de determinar si se debe imponer alguna obligación al llamado. Sobre el particular, la Sala ha sostenido que si el llamamiento encuentra su origen en una relación legal y no contractual, bastará la mención y análisis de las disposiciones legales que lo permitan para que prospere la vinculación del tercero; a pesar, de que la parte que provoca el llamamiento tiene la carga en principio de acompañar la prueba sumaria de su existencia. Sin embargo, dicha afirmación, resulta válida siempre que la fuente de la obligación sea un contrato, pero, se insiste no sucede lo mismo cuando el título jurídico que respalda el llamamiento es la ley. Se hace referencia a la relación legal existente entre parte y llamado en garantía, toda vez que el nexo que hace procedente el llamamiento en garantía de los agentes estatales citados por la parte accionada, se funda en normas constitucionales y legales. Auto de 5 de marzo de 2004. Exp.25203. Puede verse también Auto de 27 de enero de 2005, Exp.27825⁷⁶.

En el presente caso se observa que el llamamiento en garantía fue formulado dentro de la oportunidad procesal pertinente y con el lleno de los requisitos formales exigidos por la ley, como quiera que está demostrado la existencia de un vínculo legal, de carácter laboral entre el funcionario llamado en garantía, el militar Mora Ortiz, y la entidad demandada, esto es, Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

⁷⁵ Ver entre otras, auto del 11 de octubre de 1996, expediente 32324 y auto del 28 de julio de 1996, expediente 38259

⁷⁶ También se puede ver esta posición en sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 19231.

Por otra parte, se hace evidente que el señor Pedro Elías Mora Ortiz desplegó un actuar constitutivo de culpa grave, pues en su condición de militar causó muerte a un civil valiéndose de un arma de dotación oficial que empleó de manera irregular, desconociendo de manera flagrante e injustificada el derecho a la vida e integridad física de la señora María Isabel Yepes Quintero. E igualmente, se tiene que, conforme al reglamento disciplinario para las Fuerzas Armadas, una de las precisas prohibiciones impuestas a los militares, al tenor del literal d) del artículo 34 del Decreto 85 de 1989, es la de:

“d) Emplear vehículos, embarcaciones o aeronaves, armamento, equipo o cualquier elemento de dotación oficial en asuntos diferentes del servicio, sin autorización o aprobación del superior”.

En consecuencia, esta Sala encuentra acreditada la procedencia del llamamiento en garantía formulado por el Agente del Ministerio Público en contra del señor Pedro Elías Mora Ortiz.

Por todo lo anterior, y en virtud de los anteriores argumentos con los que se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandado, la Sala modificará la sentencia de primera instancia a fin de modificar parcialmente las pretensiones condenatorias consignadas en la demanda.

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

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 29 de septiembre de 2000 proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar, mediante la cual se acogieron parcialmente las pretensiones de la demanda; de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLARASE no probada la excepción de inepta demanda, alegada por la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL.

SEGUNDO: DECLARASE administrativamente responsable a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL, de los perjuicios morales que les han sido causados por la muerte de la señora MARIA ISABEL YEPES QUINTERO, ocurrida el 28 de febrero de 1994, en el establecimiento público “Jet-Set” de la ciudad de Pamplona, conforme a las circunstancias referidas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ADMITASE el llamamiento en garantía formulado en contra del señor PEDRO ELÍAS MORA ORTIZ; en consecuencia, se le condena al pago de los perjuicios reconocidos a favor de los actores en esta providencia, y en el evento de que la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL sufragase dichos costos, ésta repetirá lo pagado contra el señor PEDRO ELÍAS MORA ORTIZ.

CUARTO: CONDENASE, en consecuencia, a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL, a pagar, por concepto de indemnización de los perjuicios morales irrogados al señor JUAN EMILIO YEPES, por causa de la muerte de la señora MARIA ISABEL YEPES QUINTERO, la suma de CIENTO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES; y a MARTHA INES, LUZ

MARINA, JOSÉ HERNANDO, LUIS ALBERTO y MARIA ELSY YEPES QUINTERO, la suma en pesos colombianos, equivalente a VEINTICINCO SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES, para cada uno de ellos.

QUINTO: DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.”

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado